

ANNEXE I

(WT/DS160/5 du 16 avril 1999)

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

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes et leurs États membres

La communication ci-après, datée du 15 avril 1999, adressée par la Délégation permanente de la Commission européenne au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

D'ordre de mes autorités, j'ai l'honneur de présenter la demande ci-après au nom des Communautés européennes et de leurs États membres, pour que l'Organe de règlement des différends l'examine à sa prochaine réunion.

L'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, telle qu'elle a été modifiée par la "Loi sur la loyauté dans le domaine des droits musicaux" promulguée le 27 octobre 1998, exempte, sous certaines conditions, la communication ou l'émission comprenant la représentation ou exécution d'une œuvre par réception publique de l'émission au moyen d'un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers (alinéa A)) et, également sous certaines conditions, la communication par un établissement d'une émission ou retransmission comprenant la représentation ou exécution d'une œuvre musicale non dramatique destinée au public (alinéa B)), de l'obtention d'une autorisation auprès des détenteurs du droit respectifs. Cela signifie dans la pratique que l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur permet, dans certaines circonstances, de faire écouter de la musique radio ou télédiffusée dans des lieux publics (tels que des bars, des magasins, des restaurants, etc.) sans avoir à acquitter de redevance.

Or, l'article 9:1 de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, qui figure à l'Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"Accord sur les ADPIC"), oblige les Membres de l'OMC à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la "Convention de Berne").

L'article 11*bis* 1) de la Convention de Berne, telle qu'elle a été révisée par l'Acte de Paris de 1971, accorde aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, y compris les œuvres musicales, le droit exclusif d'autoriser non seulement la radiodiffusion et la communication par tout autre moyen sans fil de leurs œuvres, mais aussi la communication publique, par haut-parleur ou par un instrument analogue, de leurs œuvres radiodiffusées. L'article 11 1) de la même Convention accorde aux auteurs d'œuvres musicales le droit exclusif d'autoriser la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris par tous moyens ou procédés, et la communication publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.

En conséquence de ce qui précède, il apparaît que l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur est incompatible avec les obligations qui découlent pour les États-Unis de l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais pas exclusivement, de son article 9:1.

Dans une communication datée du 26 janvier 1999 (WT/DS160/1-IP/D/16), les Communautés européennes et leurs États membres ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis d'Amérique conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, qui figure à l'Annexe 2 de l'Accord sur l'OMC (le "Mémorandum d'accord"). Ces consultations, qui ont eu lieu le 2 mars 1999 à Genève, ont permis de mieux comprendre les positions respectives, mais n'ont pas abouti à un règlement satisfaisant du différend.

En conséquence, les Communautés européennes et leurs États membres demandent 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, pour qu'il examine la question à la lumière des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC et qu'il constate que les États-Unis ne se conforment pas aux obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais pas exclusivement, à l'article 9:1 dudit accord, et annulent et compromettent ainsi les avantages résultant pour les Communautés européennes et leurs États membres directement ou indirectement de l'Accord sur les ADPIC.

Les Communautés européennes et leurs États membres demandent que le groupe spécial soit doté du mandat type, comme le prévoit l'article 7 du Mémorandum d'accord.

ANNEXE II

(WT/DS160/6 du 6 août 1999)

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

Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes

Note du Secrétariat

1. À sa réunion du 26 mai 1999, l'ORD a établi un groupe spécial comme les Communautés européennes l'avaient demandé (WT/DS160/5), conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (WT/DSB/M/62).

2. À cette réunion, les parties au différend sont convenues que le Groupe spécial serait doté du mandat type. Ce mandat est le 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. Le 27 juillet 1999, les Communautés européennes ont demandé au Directeur responsable, en vertu de l'article 8:7 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, de déterminer la composition du Groupe spécial. L'article 8:7 est ainsi libellé:

"Si un accord sur la composition du Groupe spécial n'intervient pas dans un délai de 20 jours après la date d'établissement du groupe, le Directeur général, à la demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent, déterminera la composition du Groupe spécial en désignant les personnes qui lui paraissent les plus indiquées, conformément aux règles ou procédures spéciales ou additionnelles pertinentes de l'accord visé ou des accords visés qui sont invoqués dans le différend, après avoir consulté les parties au différend. Le Président de l'ORD informera les Membres de la composition du Groupe spécial ainsi constitué au plus tard dix jours après la date à laquelle il aura reçu une telle demande."

4. Le 6 août 1999, le Directeur responsable a donné au Groupe spécial la composition suivante:

Présidente: Carmen Luz Guarda

Membres: Arumugamangalam V. Ganesan
Ian F. Sheppard

5. Le Brésil, l'Australie, le Canada, le Japon et la Suisse ont réservé leurs droits en tant que tierces parties au différend.

APPENDICE 1.1

PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

(5 octobre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	85
II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	86
III. PROTECTION DES ŒUVRES COUVERTES PAR UN DROIT D'AUTEUR ET EXCEPTIONS À CETTE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR	87
1. Historique: l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur avant la modification de 1998 ("l'exception pour usage de type privé")	87
2. Portée actuelle et application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis	91
a) Alinéa A).....	91
b) Alinéa B).....	92
ba) Utilisation visées par l'exception	93
bb) Utilisateurs visés par l'exception	94
bc) Conditions générales.....	95
c) Résumé	96
IV. EFFETS QUANTITATIFS SUR LES TITULAIRES DU DROIT D'AUTEUR	96
V. INCOMPATIBILITÉ DE LA LÉGISLATION DES ÉTATS-UNIS AVEC LES OBLIGATIONS DÉCOULANT POUR EUX DE L'ACCORD DE L'OMC SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE	97
1. Brève histoire de la négociation de l'Accord sur les ADPIC	97
2. Protection du droit d'auteur dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC	98
3. L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur à la lumière de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention de Berne	98
a) L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC	98
b) L'article 11bis 1) de la Convention de Berne	99
c) L'article 11 1) de la Convention de Berne	101
4. Exceptions admissibles à la protection du droit d'auteur	101
5. Annulation et réduction	102
VI. CONCLUSION	102

I. INTRODUCTION

1. Les Communautés européennes et leurs États membres (ci-après CE/EM) déposent la présente plainte contre les États-Unis d'Amérique (États-Unis) parce qu'ils considèrent que certains aspects de la législation des États-Unis relative à la protection des œuvres couvertes par un droit d'auteur sont incompatibles avec les obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).

2. Tandis que l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur donne au détenteur du droit d'auteur sur une œuvre protégée le droit exclusif de reproduire cette œuvre, de créer des œuvres dérivées, de distribuer dans le public des exemplaires de l'œuvre et de représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée, l'article 110 5) de la même loi prévoit deux exceptions à la protection conférée par le droit d'auteur, qui en termes simples peuvent être résumées comme suit:

- En vertu de l'alinéa A), toute personne est autorisée à représenter ou exécuter dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients dans certaines conditions, sans le consentement du détenteur du droit, des œuvres protégées par un droit d'auteur autres que des œuvres non dramatiques telles que pièces de théâtre, opéras ou comédies musicales provenant d'émissions de radio ou de télévision.
- En vertu de l'alinéa B), toute personne est autorisée à exécuter dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients des "œuvres musicales non dramatiques" en communiquant des émissions de radio ou de télévision sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, sans aucune limitation pratique si une certaine superficie n'est pas dépassée ou, si cette superficie est dépassée, en respectant certaines conditions quant au nombre de haut-parleurs utilisés.

3. De l'avis des CE/EM, ces mesures des États-Unis sont contraires aux obligations découlant pour eux de l'Accord de l'OMC sur les ADPIC. En particulier, elles sont incompatibles avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11 1) et 11*bis* 1) de la Convention de Berne, et ne peuvent se justifier au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible en vertu de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC. Ces mesures portent atteinte aux droits légitimes des titulaires de droit d'auteur, annulant et compromettant ainsi les droits des CE/EM.

4. Les CE/EM voudraient aussi indiquer que plusieurs hauts fonctionnaires du gouvernement des États-Unis, qui ont fait des dépositions devant le Congrès des États-Unis pendant le processus législatif qui a abouti à la présente version de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, ont exprimé l'opinion selon laquelle l'extension de la portée de cette disposition serait contraire aux obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne.^{1,2,3}

¹ Le Directeur de l'enregistrement des droits d'auteur a déclaré, le 17 juillet 1997, devant le Congrès (une copie de l'intégralité de la déclaration portant sur les aspects internationaux est jointe - pièce n° 11 des CE) ce qui suit: "Le Bureau des droits d'auteur estime que plusieurs des exceptions élargies, si elles étaient adoptées en leur forme actuelle, amèneraient d'autres pays à alléguer que les États-Unis manquent aux obligations découlant pour eux de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, incorporée à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("ADPIC") issu du Cycle d'Uruguay du GATT."

² Aux mêmes occasions, le Sous-Secrétaire au commerce et Commissaire des brevets et des marques a déclaré ce qui suit: "Nos partenaires commerciaux allégueront vraisemblablement que plusieurs des modifications de la Loi sur le droit d'auteur proposées à l'article 2 du projet de loi risquent d'être incompatibles avec les obligations découlant pour nous de la Convention de Berne et de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("l'Accord sur les ADPIC") administré par l'Organisation

5. Les intérêts économiques des CE/EM en la matière sont importants. Selon une étude à laquelle les CE/EM se référeront dans la partie IV, aux États-Unis, environ 70 pour cent de l'ensemble des débits de boissons et établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail peuvent faire entendre sans limitation de la musique radio ou télédiffusée sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. Cela montre clairement que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peut être à l'origine de pertes très importantes de revenus provenant de licences.

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

6. Ce que l'on appelle "l'exception pour usage de type privé", qui correspond textuellement à l'actuel alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, figurait déjà dans la Loi sur le droit d'auteur de 1976 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978. L'alinéa B) a été ajouté en octobre 1998 à la Loi sur le droit d'auteur par la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales". Le résultat pratique de cette modification a été d'étendre considérablement la portée de l'exception à la protection du droit d'auteur par rapport à la précédente exception pour "usage de type privé".

7. Les États-Unis ont notifié au Conseil des ADPIC⁴ leurs lois et réglementations consacrées à la protection des droits de propriété intellectuelle conformément à l'article 63:2 de l'Accord sur les ADPIC et aux lignes directrices pertinentes⁵ adoptées par le Conseil des ADPIC. À sa réunion de juillet 1996, le Conseil des ADPIC a procédé à un examen de la législation des États-Unis relative au droit d'auteur, ainsi que de la législation relative au droit d'auteur d'autres pays industrialisés Membres de l'OMC; au cours de cet examen, les CE/EM ont, entre autres choses, posé aux États-Unis un certain nombre de questions concernant la protection du droit d'auteur s'agissant d'œuvres couvertes par un droit d'auteur auxquelles les États-Unis ont répondu par écrit.⁶

8. À l'échelon bilatéral, les CE/EM ont exprimé leurs préoccupations par le biais de plusieurs démarches diplomatiques à différents niveaux, y compris le niveau politique. Malheureusement, il s'est révélé impossible d'obtenir par ce moyen quelque progrès que ce soit vers la solution des questions.

9. Par une communication datée du 26 janvier 1999⁷, les CE/EM ont demandé l'ouverture de négociations conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord et à l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article XXII du GATT de 1994.

10. Par des communications datées des 11 et 12 février 1999, l'Australie⁸ et le Canada⁹ ont exprimé leur désir de participer aux consultations conformément à l'article 4:11 du Mémoire

mondiale du commerce. Si le projet de loi H.R. 789 est adopté, et que nous portions atteinte au droit qu'ont les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales d'exécuter leurs œuvres en public, en particulier dans un restaurant ou dans un bar comme le prévoit l'article 2 a), ou dans les établissements commerciaux visés par l'article 2 c), nous craignons fort que nos partenaires commerciaux n'allèguent que nous manquons aux obligations internationales découlant pour nous à la fois de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC, ce dernier contenant un droit similaire au droit protégé par l'article 14 3)" (une copie de l'intégralité de la déclaration portant sur les aspects internationaux est jointe - pièce n° 12 des CE).

³ Par souci d'exactitude, il convient de mentionner que les déclarations citées au paragraphe 4 ont été faites sur la base d'une proposition antérieure (H.R. 789, voir la pièce n° 13 des CE) qui prévoyait une exception légèrement plus large que celle figurant dans le présent article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

⁴ Documents de l'OMC IP/N/1/USA/C/1 et 2.

⁵ Document de l'OMC IP/C/M/7.

⁶ Document de l'OMC IP/Q/USA/1.

⁷ Document de l'OMC WT/DS160/1.

⁸ Document de l'OMC WT/DS160/4.

⁹ Document de l'OMC WT/DS160/2.

d'accord. Par une communication datée du 15 février 1999, la Suisse¹⁰ a fait de même. Les trois demandes ont été agréées par les États-Unis.¹¹

11. Des consultations entre les CE/EM et les États-Unis se sont tenues à Genève le 2 mars 1999. Le Canada a participé à ces consultations. Avant les consultations, les CE/EM ont présenté aux États-Unis un certain nombre de questions écrites; les États-Unis ont répondu oralement à la plupart de ces questions. Toutefois, ces consultations n'ont pas permis d'arriver à une solution satisfaisante de la question.

12. Par une communication datée du 15 avril 1999¹², les CE/EM ont demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC et aux articles 4:7 et 6:1 du Mémoire d'accord. À la réunion de l'ORD tenue le 28 avril 1999, les États-Unis se sont opposés à l'établissement d'un groupe spécial. À la réunion de l'ORD tenue le 26 mai 1999, le Groupe spécial a été établi.

13. Le mandat du Groupe spécial est le 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."¹³

14. Cinq Membres de l'OMC ont notifié, en vertu de l'article 10:2 du Mémoire d'accord, leur intérêt dans l'affaire portée devant le Groupe spécial. Ces tierces parties sont l'Australie, le Brésil, le Canada, le Japon et la Suisse.¹⁴

III. PROTECTION DES ŒUVRES COUVERTES PAR UN DROIT D'AUTEUR ET EXCEPTIONS À CETTE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

1. Historique: l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur avant la modification de 1998 ("l'exception pour usage de type privé")

15. En vertu de l'article 106 de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, le détenteur du droit d'auteur sur une œuvre a le droit exclusif de reproduire l'œuvre, de créer des œuvres dérivées et de distribuer des exemplaires de l'œuvre. En vertu de l'article 106 4) de la même loi, le titulaire du droit d'auteur a aussi le droit exclusif "*de représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée*".

16. Pour bien comprendre les exceptions figurant dans la présente version de l'article 110 5), il est indispensable d'en examiner la version précédente. Avant 1999, l'article 110 5) ne comprenait que l'actuel alinéa A) (sans l'expression "*sous réserve des dispositions de l'alinéa B*"). L'alinéa B) a été ajouté au texte en octobre 1998, par la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales". Il était généralement fait référence à la version de 1976 de l'article 110 5) comme à "l'exception pour usage de type privé". Le texte en est libellé comme suit:

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

¹⁰ Document de l'OMC WT/DS160/3.

¹¹ Note datée du 31 mars 1999, adressée à l'OMC par la Mission permanente des États-Unis.

¹² Document de l'OMC WT/DS160/5.

¹³ Document de l'OMC WT/DS160/6.

¹⁴ Document de l'OMC WT/DS160/6.

5) *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."*

17. En gros, l'exception "pour usage de type privé" correspondait à l'utilisation d'un poste de radio ou de télévision "à usage de type privé" dans une boutique, un bar, un restaurant ou tout autre lieu fréquenté par le public. L'exception n'était pas applicable aux lieux dans lesquels on faisait entendre des bandes magnétiques, des disques compacts ou une autre forme de musique reproduite mécaniquement.

18. Le *ratio legis* de l'exception pour usage de type privé remonte à l'affaire portée en 1975 devant la Cour suprême des États-Unis, *Twentieth Century Music Corp. contre Aiken*.¹⁵ M. Aiken était le propriétaire d'un petit restaurant à service rapide où était installée une radio raccordée à quatre haut-parleurs situés au plafond. Cette installation recevait de diverses stations de radio des émissions qui comprenaient des œuvres musicales protégées. À cette époque, on estimait que la décision rendue par la Cour suprême en 1931 dans l'affaire *Jewell-Lasalle*¹⁶ signifiait qu'un établissement commercial devait obtenir une licence pour pouvoir capter une émission et la communiquer légalement au public. Toutefois, M. Aiken n'avait pas obtenu de licence auprès des détenteurs de droits sur les œuvres protégées qui étaient radiodiffusées dans ses locaux. La Cour suprême a exonéré M. Aiken de toute responsabilité au titre de la Loi de 1909 sur le droit d'auteur (qui a précédé la Loi de 1976), au motif que, selon la Cour, ce qu'il faisait ne pouvait être considéré comme "exécuter" au sens de ladite loi.¹⁷

19. Toutefois, dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, la nouvelle définition d'"exécuter" visait, de toute évidence, les activités de M. Aiken. Pour assurer que les activités "Aiken" restent admissibles en l'absence du consentement du détenteur du droit, une disposition spécifique a été insérée dans la Loi sur le droit d'auteur afin de prévoir en faveur des utilisateurs une exonération de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur.

20. Pour pouvoir bénéficier de l'exception, l'émission doit être reçue sur "un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers". Le bénéfice de l'exception est perdu si un droit est directement perçu pour permettre de voir ou d'entendre l'émission ou si l'émission est retransmise en public.

21. Une question importante se pose quant à savoir ce qui doit être considéré comme "un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers". La technologie est en constante évolution et la technologie à laquelle correspondait le "poste de radio d'usage courant dans les foyers" des années 70 a été plusieurs fois remplacée, ce qui a eu pour effet pratique d'étendre sans cesse la portée de l'exception pour usage de type privé.

22. Il est clair qu'en pratique, l'exception pour usage de type privé s'est appliquée par le passé et continue à l'heure actuelle de s'appliquer essentiellement aux émissions de radio et de télévision ainsi

¹⁵ *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975) (pièce n° 1 des CE).

¹⁶ *Buck v. Jewell-Lasalle Realty Co.* 283 U.S. 191 (1931).

¹⁷ En vertu de l'article 101 de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, 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", tandis que 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".

qu'à la télévision par satellite et par câble, mais le libellé de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur semble, de l'avis des CE/EM, également applicable à une gamme plus large de transmissions, y compris celles qui empruntent les réseaux d'ordinateurs et Internet.¹⁸

23. La portée de l'article 110 5) (dans sa version "pour usage de type privé") a évolué au fil des ans. À l'époque de l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur (1976), l'intention du Congrès des États-Unis semblait être que cette exception soit de portée limitée et ne s'applique qu'aux petits établissements commerciaux "dans lesquels la mère est derrière le comptoir et le père à la caisse".¹⁹ Toutefois, l'intention du Congrès était assez ambiguë comme l'indique le passage suivant: [l'article] "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 (...)".²⁰

24. Selon les déclarations faites par les autorités américaines à propos de cette affaire, les tribunaux américains ont aussi donné une interprétation étroite de cette disposition: si le matériel de réception et les haut-parleurs étaient d'une trop grande technicité ou trop puissants, l'exception ne serait pas applicable.²¹ En réalité, lorsque l'on examine de près le vaste ensemble de litiges concernant l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, on ne parvient pas à la même conclusion. Dans les 20 années sur lesquelles se sont étendus ces litiges, on peut distinguer deux périodes.

25. Jusqu'au début des années 90, les principaux éléments que les tribunaux prenaient en considération à cet égard étaient les suivants²²:

- la dimension matérielle de l'établissement (superficie en pieds carrés, par comparaison, par exemple, avec la dimension du restaurant de M. Aiken²³);
- l'importance économique de l'établissement;
- le nombre de haut-parleurs;
- la question de savoir si les haut-parleurs étaient indépendants ou encastrés dans le plafond;
- la question de savoir si, en fonction de son chiffre d'affaires, l'établissement était de ceux qui normalement s'abonneraient à un service de diffusion de musique de fond;

¹⁸ Nous reviendrons sur ce point plus loin, lorsque nous examinerons l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur.

¹⁹ Voir aussi la réponse des autorités américaines aux questions posées par le Canada et les CE/EM au Conseil des ADPIC, 30 octobre 1996, document de l'OMC IP/Q/USA/1 page 14, qui contient une référence à H.R. Rep. N° 1476, 94th Congress, 2^d Session 87 (1976) (pièce n° 2 des CE): "*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. (...). La Commission considère que [la situation factuelle particulière dans l'affaire Aiken] représente la limite extrême de l'exception et estime qu'il faudrait tracer là la ligne de démarcation. Ainsi, la disposition exonérerait de toute responsabilité les propriétaires de petits établissements commerciaux qui se contentent d'apporter dans leurs locaux un matériel de radio ou de télévision courant qu'ils font marcher pour le plaisir de leurs clients, mais 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*".

²⁰ Voir H.R. Rep. N° 1476, 94th Congress, 2^d Session 86 (1976) (pièce n° 3 des CE).

²¹ Réponse des autorités américaines aux questions posées par le Canada et les CE au Conseil des ADPIC, 30 octobre 1996, document de l'OMC IP/Q/USA/1, page 14.

²² Une liste non exhaustive des affaires en justice pertinentes dans lesquelles l'exception prévue à l'article 110 5) est appliquée est jointe - pièce n° 4 des CE.

²³ Voir la note de bas de page 15 ci-dessus.

- le niveau sonore dans les zones à l'intérieur de l'établissement où les émissions pouvaient être entendues;
- la mesure dans laquelle l'appareil récepteur pouvait être considéré comme couramment utilisé dans les foyers; et
- la configuration de l'installation.

En raison de l'ambiguïté du libellé de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, le choix de tel ou tel de ces critères pendant une décennie de litiges a donné lieu à un certain degré d'incohérence dans la jurisprudence.²⁴

26. Ces dernières années, plutôt que de considérer l'historique de l'élaboration de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur et l'intention du législateur, les tribunaux ont commencé à s'attacher davantage au texte clair de l'exception pour usage de type privé, ce qui a abouti à une interprétation plus large de cette exception. En conséquence, on a pu constater que les grandes chaînes de magasins étaient exemptées de l'obligation de demander une licence et de payer un droit de licence. Les décisions *Edison*²⁵ et *Claire's Boutiques*²⁶ sont des exemples de décisions prises par deux différentes Cours d'appel fédérales à un mois d'intervalle.

27. Dans les deux cas, la question centrale était de savoir si, s'agissant d'une grosse société d'envergure nationale, dont les recettes annuelles se chiffrent en centaines de millions de dollars et qui comprennent un grand nombre de points de vente utilisant chacun un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur restait applicable.²⁷ Dans les deux cas, les Cours d'appel ont donné une réponse affirmative. Selon

²⁴ Il ressort de l'analyse de la jurisprudence américaine relative à l'exception pour usage de type privé que, bien que la superficie n'ait pas été le seul critère retenu pour que cette exception soit applicable, aucun tribunal n'a jamais appliqué favorablement ce critère à un établissement de restauration ou à un débit de boissons d'une superficie totale supérieure à 1 500 pieds carrés (le restaurant Aiken avait une superficie de 1 055 pieds carrés). Dans le même ordre d'idée, l'exception pour usage de type privé ne semble pas avoir été appliquée par les tribunaux à des établissements utilisant plus de quatre haut-parleurs.

²⁵ *BMI v. Edison Bros. Stores Inc.*, US Court of Appeals for the Eight Circuit, N° 91-2115, 13 janvier (pièce n° 5 des CE). Au début des années 80, Edison Brothers, importante chaîne de magasins de détail, a conclu avec une grande société américaine de recouvrement des droits (BMI) un accord portant sur une "politique en matière de radio" visant à exonérer ses magasins (plus de 1 500) de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur. L'arrangement prévoyait ce qui suit: a) deux haut-parleurs seulement pouvaient être reliés à un poste récepteur de radio, b) les haut-parleurs devaient être situés à moins de 15 pieds de l'appareil récepteur, c) il ne fallait pas employer de haut-parleurs encastrés dans les murs, seuls des haut-parleurs indépendants étaient autorisés, d) on ne pouvait faire entendre que la radio, mais ni bandes magnétiques, ni disques. Pour pouvoir respecter cette politique, Edison Brothers a effectué un important investissement. En 1988, BMI a adopté une nouvelle politique dont il résultait que l'exception prévue à l'article 110 5) ne pourrait jamais être appliquée aux magasins à succursales multiples, quel que fût le type de matériel employé. Toutefois, Edison Brothers a contesté cette interprétation en justice, avec succès. Cela a conduit un nombre important de grands magasins à succursales multiples à adapter leurs installations de sonorisation de manière à pouvoir bénéficier de l'exception. Certains de ces magasins ont même annulé leur abonnement à un service de musique de fond provenant de sources autres que la radio.

²⁶ *BMI v. Claire's Boutiques Inc.*, US Court of Appeals for the Seventh Circuit, N° 91-1232, 11 décembre 1991 (pièce n° 6 des CE). Cette affaire opposait aussi des détenteurs de droits à une chaîne de magasins, la situation factuelle et juridique était semblable à celle de l'affaire Edison.

²⁷ Dans l'affaire Edison comme dans l'affaire Claire's Boutiques, Edison Inc. et Claire's Boutiques Inc. étaient les seuls propriétaires de tous les magasins de la chaîne, qui étaient gérés à l'échelon central. Aucun système de franchise n'était appliqué. Chaque magasin de la chaîne Claire's Boutiques avait une superficie comprise entre 861 et 2 000 pieds carrés. Chaque magasin de la chaîne Edison avait une superficie comprise entre 800 et 1 200 pieds carrés.

elles, les seuls facteurs à prendre en considération pour évaluer l'applicabilité de l'exception étaient la puissance et la qualité de l'appareil récepteur employé dans un local particulier. La dimension matérielle que devait avoir l'établissement pour bénéficier de l'exception, la qualité du propriétaire et/ou la structure d'organisation de l'établissement et tout autre facteur pris en compte dans la jurisprudence antérieure ont été déclarés dénués de pertinence s'agissant de l'application de l'exception pour usage de type privé.

28. Au début des années 90, un groupement d'associations professionnelles a commencé à faire activement pression sur les membres du Congrès pour obtenir à la fois une clarification de l'article 110 5) et un élargissement de sa portée. Les efforts de ce groupement ont rapidement porté leurs fruits. Dès 1995, plusieurs projets de loi qui visaient à étendre de façon appréciable la portée de l'exception pour usage de type privé ont été déposés à la Chambre des représentants et au Sénat des États-Unis.

29. Les 6 et 7 octobre 1998, un projet de loi intitulé "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales", a été adopté par la Chambre des représentants et par le Sénat des États-Unis, respectivement. Ce projet de loi consistait à ajouter un nouvel alinéa B) à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, tandis que le libellé de l'exception pour usage de type privé restait inchangé dans l'alinéa A). La loi a été signée par le Président le 27 octobre 1998, et est entrée en vigueur le 26 janvier 1999.

2. Portée actuelle et application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis

30. L'article 110 5) contient désormais deux exceptions distinctes: ce que l'on a appelé l'exception "pour usage de type privé", prévue par l'alinéa A) modifié quant au type d'œuvres visées, et une nouvelle exception prévue par l'alinéa B) (quelquefois appelée "exception pour usage dans des entreprises commerciales").

a) Alinéa A)

31. Le sens exact et la portée de l'exception "pour usage de type privé", prévue désormais à l'alinéa A) de l'article 110 5), après l'adjonction au texte de l'alinéa B), et précédée du membre de phrase "*sous réserve des dispositions de l'alinéa B)*", paraissent être les suivants.

Tandis qu'avant la modification de 1998, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur était applicable à tous les types d'œuvres protégées, désormais, l'article 110 5) A) vise apparemment à exclure de son champ d'application les "œuvres musicales non dramatiques" et continue de s'appliquer à tous les autres types d'œuvres, y compris, par exemple, les pièces de théâtre, sketches, opéras, opérettes, comédies musicales, parce que l'article 110 5) A) de la Loi sur le droit d'auteur vise les "œuvres" en général, tandis que la portée de l'alinéa B) est expressément limitée aux "œuvres musicales non dramatiques".

32. Ce que l'on a dit plus haut à propos de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur continue de s'appliquer à l'alinéa A) de l'actuel article 110 5) de la même loi, à ceci près que l'on a apparemment limité la portée de cette disposition en en excluant les œuvres musicales non dramatiques, dont traite maintenant l'article 110 5) B). Toutefois, comme les limitations concernant la taille de l'établissement ont été considérablement assouplies dans l'alinéa B), on peut se demander si les tribunaux confirmeront la limite concernant la taille de l'établissement qu'ils ont établie dans la jurisprudence relative à l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur.²⁸

²⁸ Voir la note de bas de page 22.

b) Alinéa B)

33. L'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur est libellé comme suit:

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

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 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;

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."*

ba) *Utilisations visées par l'exception*

34. L'exception prévue à l'article 110 5) B de la Loi sur le droit d'auteur vise les émissions ou retransmissions comportant l'exécution²⁹ ou la présentation³⁰ 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. C'est là essentiellement une situation qui semble similaire à la situation visée par l'exception pour usage de type privé, c'est-à-dire que des établissements qui sont ouverts au public peuvent faire marcher une radio ou une télévision dans leurs locaux pour le plaisir de leurs clients sans le consentement des titulaires de droits.

35. Une dernière différence est que l'alinéa B) n'est pas applicable aux "œuvres" en général, mais seulement aux "œuvres musicales non dramatiques", c'est-à-dire aux chansons, et non aux opéras, opérettes, comédies musicales.

36. Tandis que l'ancienne "exception pour usage de type privé" et l'actuel alinéa A) limitent l'exception aux cas où est employé un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, cette condition est totalement absente de l'alinéa B) pour les cas dans lesquels l'établissement ne dépasse pas une certaine taille. Pour tous les établissements plus grands, la prescription d'un "usage de type privé" a été remplacée par des conditions beaucoup moins contraignantes quant au matériel audio ou télévisuel qui peut être utilisé.

37. De plus, les *retransmissions* qui n'étaient pas expressément visées par l'exception prévue à l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur sont désormais expressément visées par l'exception. Selon la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, "transmettre" une émission signifie "la communiquer par tout dispositif ou procédé grâce auquel les images ou des sons sont reçus au-delà de leur lieu d'émission".³¹ Par conséquent, "retransmettre" une émission signifie transmettre à nouveau une émission, comme c'est le cas, par exemple, des opérateurs de télévision par câble qui reçoivent

²⁹ Selon l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur, 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.

³⁰ Selon l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur, présenter une œuvre signifie en montrer un exemplaire, soit directement, soit indirectement au moyen de tout dispositif.

³¹ Article 101 de la Loi sur le droit d'auteur.

des signaux de télévision et les retransmettent à leurs abonnés, ou des satellites, qui reçoivent des signaux terre-satellite et les retransmettent vers la terre.

38. Aux États-Unis, la plupart des émissions de télévision sont transmises soit par les ondes, soit par câble ou par satellite. Par conséquent, l'inclusion expresse de ce mode de transmission fait que les émissions de télévision sont pleinement visées par les exceptions quelle que soit la forme de transmission.

39. Étant donné le libellé de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, il est présumé que cette disposition est applicable dans le cas de communication publique d'œuvres musicales faisant intervenir de nouvelles technologies comme les réseaux d'ordinateurs (par exemple, Internet). Ce mode de transmission, dont l'importance augmente de jour en jour, est désormais visé par l'exception à la protection du droit d'auteur.³²

bb) Utilisateurs visés par l'exception

40. Pour l'application de l'exception aux établissements autres que les établissements de restauration ou les débits de boissons, les conditions suivantes sont applicables:

- si l'établissement a moins de 2000 pieds carrés bruts (= 186 mètres carrés), l'exception est applicable sans aucune autre condition, c'est-à-dire que tout matériel audio, même de type professionnel, et n'importe quel nombre de haut-parleurs peuvent être employés;
- si l'établissement a une superficie supérieure à 2 000 pieds carrés bruts, l'exception est applicable aux conditions suivantes:
 - si l'exécution se fait par des moyens audio seulement, elle peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce;
 - si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels:
 - toute partie visuelle de l'exécution peut être communiquée par un maximum de quatre dispositifs audiovisuels, dont un en plus est situé dans une même pièce. De plus, les dispositifs en question ne doivent pas avoir un écran d'une dimension de plus de 55 pouces, dans le sens de la diagonale;
 - toute partie audio de l'exécution peut être communiquée par un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce.

41. En ce qui concerne les établissements de restauration ou débits de boissons³³ les conditions encore plus généreuses ci-après sont applicables:

³² L'exemple suivant est mentionné pour illustrer une situation dans laquelle cela devient pertinent: un organisme de radiodiffusion (ou de télévision) agréé par la Commission fédérale des communications 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) B) de la Loi sur le droit d'auteur.

³³ Qui sont définis à l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur modifié par l'article 205 de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des droits musicaux comme étant: "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

- si l'établissement a moins de 3 750 pieds carrés bruts (= 348 mètres carrés) (à l'exception de l'espace destiné au stationnement des véhicules), l'exception est applicable sans aucune condition, c'est-à-dire que tout matériel audio(-visuel), même de type professionnel, et n'importe quel nombre de haut-parleurs peuvent être employés;
- si l'établissement a une superficie supérieure à 3 750 pieds carrés bruts, l'exception est applicable aux conditions suivantes:
 - si l'exécution se fait par des moyens audio seulement, elle peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce;
 - si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels:
 - toute partie visuelle de l'exécution peut être communiquée au moyen d'un maximum de quatre dispositifs audiovisuels, dont un au plus est situé dans une même pièce. De plus, les dispositifs en question ne doivent pas avoir un écran d'une dimension de plus de 55 pouces dans le sens de la diagonale;
 - toute partie audio de l'exécution peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce.

42. L'exception est applicable aux "établissements" qui sont maintenant définis par l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis (après modification par l'article 205 de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales) comme étant *"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"*. Cette définition vient aussi confirmer les constatations des deux Cours de circuit mentionnées ci-dessus³⁴ à propos de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, selon lesquelles s'agissant des conditions à remplir pour bénéficier de l'exception à la protection du droit d'auteur, il convenait d'examiner chaque magasin, boutique ou établissement commercial individuellement, le fait qu'une société exploite plusieurs milliers de tels établissements commerciaux répartis dans l'ensemble des États-Unis n'étant pas pertinent.

bc) Conditions générales

43. *Aucun droit ne doit être directement perçu auprès du public pour qu'il puisse voir ou entendre l'émission ou la retransmission.* Cette condition est aussi applicable à l'exception pour usage de type privé. Toutefois, elle ne peut en aucune manière limiter la portée de l'exception, parce que l'exploitant de l'établissement reste entièrement libre d'amortir les frais d'acquisition et d'exploitation du matériel audio(-visuel) en facturant à ses clients pour les marchandises et les services vendus un prix calculé en conséquence.

44. *L'émission ou la retransmission ne doit pas être à nouveau transmise au-delà de l'établissement dans lequel elle est reçue.* Une nouvelle transmission ou retransmission signifierait évidemment qu'un nouvel auditoire serait atteint, et constituerait ainsi une nouvelle communication au public. Ainsi, cette condition ne peut pas non plus, en pratique, limiter de façon quelque peu appréciable la portée de l'exception.

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".

³⁴ Voir les notes de bas de pages 25 et 26.

45. *L'émission ou la retransmission doit être autorisée par voie de licence par le titulaire du droit sur l'œuvre exécutée.* Cela veut dire que l'organisme initial de radiodiffusion-télévision doit avoir été dûment autorisé par voie de licence par le détenteur du droit. Comme la quasi-totalité des stations de radiodiffusion ou de télévision des États-Unis détiennent une licence accordée par une organisation de gestion des droits d'exécution, cette condition n'a guère de chance non plus d'avoir pour effet pratique de limiter la portée de l'exception.

c) Résumé

46. Les exceptions à la protection du droit d'auteur contenues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peuvent être résumées comme suit:

Pour ce qui est des œuvres protégées à l'exclusion des œuvres musicales non dramatiques, toute personne aux États-Unis peut faire entendre de telles œuvres transmises par radio ou télévision dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. La seule condition inscrite dans la loi qui puisse réduire quelque peu la possibilité que le bénéficiaire de l'exception s'applique à tous les locaux commerciaux des États-Unis est la disposition exigeant que soit employé un appareil isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, sans que la loi définisse ce qu'il faut entendre par là. Les autres conditions ont peu de chance d'avoir, en pratique, quelque effet limitatif que ce soit.

47. En ce qui concerne les œuvres musicales non dramatiques, n'importe qui peut faire entendre de telles œuvres transmises par radio ou télévision dans son établissement pour le plaisir de ses clients sans le consentement du détenteur du droit d'auteur. Dans le cas où l'établissement a moins d'une certaine superficie (3 750 pieds carrés pour les restaurants et les bars et 2 000 pieds carrés pour tous les autres établissements), aucune autre condition de nature à limiter le nombre des établissements visés par l'exception n'est applicable. Dans les cas où les locaux dépassent ces dimensions limites, il y a des limitations assez généreuses ayant trait principalement au nombre de haut-parleurs qui peuvent être employés. De toute façon, l'emploi de matériel professionnel est parfaitement admissible.

IV. EFFETS QUANTITATIFS SUR LES TITULAIRES DU DROIT D'AUTEUR

48. Pour illustrer la portée de l'exception, en ce qui concerne les établissements visés par l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur et auxquels aucune limitation n'est applicable quant au matériel audio(-visuel) employé, les chiffres ci-dessous sont instructifs.

49. En se fondant sur une base de données de 1998 de Dun & Bradstreet's "Dun's Market Identifiers Market Profiles"^{35, 36}, qui est une base de données contenant des renseignements, portant entre autres choses sur la superficie, relatifs à plus de 6,5 millions d'entreprises des États-Unis, on peut dire ce qui suit.

En 1998, le nombre suivant d'établissements figurait dans la base de données de D&B (telle était aussi l'approche adoptée par le CRS en 1995); le nombre total tel qu'estimé par D&B est donné entre parenthèses:

- 7 819 (49 061) débits de boissons d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés (= 73 pour cent (85 pour cent) de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis figurant dans la base de données de D&B);

³⁵ D'autres explications ainsi que les données fournies par Dun & Bradstreet se trouvent dans Dun's Market Identifiers Market Profiles (pièce n° 7 des CE).

³⁶ Les chiffres de 1995 figurant dans cette base de données ont été utilisés par le Service de recherche du Congrès des États-Unis pour établir en 1996 le nombre d'établissements compris dans certaines catégories selon la taille qui seraient visés par la nouvelle loi.

- 51 385 (192 692) établissements de restauration d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés (= 70 pour cent (68 pour cent) de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis figurant dans la base de données de D&B);
- 65 589 (281 406) établissements de vente au détail d'une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés (= 45 pour cent (42 pour cent) de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis figurant dans la base de données de D&B).

50. Ces chiffres comprennent les bars, restaurants, salons de thé, snack-bars, etc., et les magasins de détail. Toutefois, d'autres secteurs dans lesquels un certain nombre d'établissements ont aussi toute chance de bénéficier de l'exception n'ont pas été pris en compte (par exemple: hôtels, points de vente de services financiers, agents immobiliers, autres types de fournisseurs de services).

51. Pour présenter différemment les résultats de ces données, aux États-Unis, environ 70 pour cent de l'ensemble des débits de boissons et établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail ont le droit, en vertu de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, sans aucune limitation, de faire entendre de la musique transmise par radio ou télévision dans leurs locaux commerciaux pour le plaisir de leurs clients sans le consentement des titulaires de droits d'auteur, privant ainsi ces derniers d'une source appréciable de revenus procurés par la concession de licences.

52. Tous les autres établissements – de plus grande dimension – bénéficient aussi, bien sûr, de l'exception prévue par l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, s'ils satisfont aux conditions très peu astreignantes relatives au nombre de haut-parleurs autorisés.

V. INCOMPATIBILITÉ DE LA LÉGISLATION DES ÉTATS-UNIS AVEC LES OBLIGATIONS DÉCOULANT POUR EUX DE L'ACCORD DE L'OMC SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE

1. Brève histoire de la négociation de l'Accord sur les ADPIC³⁷

53. À la Conférence ministérielle qui, en septembre 1986, a lancé le Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales à Punta del Este (Uruguay), les ADPIC ont été inscrits à l'ordre du jour des négociations où ils constituaient l'une de ce que l'on a appelé les nouvelles questions. Jusqu'alors, l'établissement de règles multilatérales dans le domaine des droits de propriété intellectuelle avait été dominé par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) qui administre ou coadministre la quasi-totalité des conventions importantes dans ce domaine. Il y avait au début des différences de vues entre les pays industrialisés, qui souhaitaient parvenir à une couverture complète de tous les droits de propriété intellectuelle, et les pays en développement, qui voulaient limiter les travaux à un Code contre le commerce des marchandises de contrefaçon.

54. Au cours du processus de négociation, l'opinion de ceux qui souhaitaient une approche globale a prévalu. En conséquence, la quasi-totalité des droits de propriété intellectuelle existants ont été inclus dans l'Accord sur les ADPIC. En premier lieu, le principe du traitement national et celui du traitement de la nation la plus favorisée (le second étant une nouveauté dans le domaine des droits de propriété intellectuelle) ont été énoncés. On a inclus par référence les conventions les plus importantes de l'OMPI (la Convention de Paris relative aux droits de propriété intellectuelle et la Convention de Berne relative au droit d'auteur, ainsi que le Traité de Washington pour la protection des topographies de semi-conducteurs), de manière aussi à les soumettre à un système efficace de

³⁷ Pour un examen détaillé de l'histoire de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, voir Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Londres 1998, pages 3 à 28.

règlement des différends. On a défini également des règles de grande portée propres à assurer le respect des normes de fond en matière de droits de propriété intellectuelle, ce qui était tout à fait nouveau dans le domaine de l'établissement de règles internationales concernant ces droits.

55. Ce que l'on appelle le texte Dunkel sur les ADPIC daté de décembre 1991 a été repris presque mot pour mot dans l'Acte final adopté en avril 1994 à la Conférence ministérielle de Marrakech, qui a conclu avec succès les négociations du Cycle d'Uruguay. Depuis le 1^{er} janvier 1996, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sont pleinement applicables aux Membres de l'OMC autres que les pays en développement (article 65:1 de l'Accord sur les ADPIC).

2. Protection du droit d'auteur dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

56. Les dispositions de fond relatives à la protection du droit d'auteur (y compris les droits connexes) figurent à la section 1 de la partie II, c'est-à-dire aux articles 9 à 14 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 9 énonce le principe selon lequel les Membres de l'OMC doivent se conformer aux dispositions de fond de la Convention de Berne (c'est-à-dire à ses articles 1 à 21) et réaffirment le principe fondamental de la protection du droit d'auteur, à savoir que la protection s'étend seulement aux expressions et non aux idées, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques.

57. L'article 12 de l'Accord énonce des normes minimales quant à la durée de la protection d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Pour de nombreuses œuvres, la durée de la protection est égale à la durée de la vie de son auteur, plus 50 ans.

58. L'article 9 2) de la Convention de Berne interdit d'imposer des limites ou des exceptions au droit de reproduction, sauf dans des cas spéciaux, lorsque de telles limites ou exceptions ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui doit aussi être lu conjointement avec l'article 20 de la Convention de Berne, étend cette disposition à tous les autres droits exclusifs relevant du droit d'auteur et des droits connexes, ce qui circonscrit étroitement les limitations et exceptions que les pays Membres de l'OMC peuvent imposer.

3. L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur à la lumière de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention de Berne

59. Pour la commodité de la présentation, les deux alinéas de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur seront examinés conjointement aux fins de l'analyse juridique.

a) L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC

60. Cette disposition est libellée comme suit:

"Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne et à l'Annexe de ladite Convention ..."

En conséquence, les obligations inscrites aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne sont devenues partie intégrante des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC et sont pleinement assujetties au système de règlement des différends de l'OMC.^{38,39}

³⁸ Voir Gervais, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, 1998, page 72.

³⁹ Voir aussi Message from the President of the United States transmitting the Uruguay Round Trade Agreements, texts of Agreements Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Required Supporting Statements, 103^d Congress, 2^d Session, House Document 103-316, Vol. 1, page 981, septembre 1994 (pièce n° 8 des CE).

b) L'article 11bis 1) de la Convention de Berne

61. La disposition qui est d'un intérêt tout particulier pour le cas d'espèce est l'article 11bis 1) de la Convention de Berne, qui est libellé comme suit:

"1) 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 ou 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;

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."

62. L'article 11bis a été introduit dans la Convention de Berne à l'occasion de la Révision de Rome (1928) et précisé par la Révision de Bruxelles (1948) à une époque où la communication publique par haut-parleurs, radio, etc., était devenue un moyen de communication très important. Un tel moyen de communication était de toute évidence similaire à l'exécution publique de l'œuvre, si ce n'est qu'il en augmentait l'auditoire potentiel.

63. Chacune des utilisations décrites aux points 1° à 3° de l'article 11bis 1) de la Convention de Berne doit être considérée comme une utilisation distincte, ce qui exige qu'il y ait une autorisation distincte du titulaire du droit d'auteur pour chaque utilisation.⁴⁰ C'est l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne qui est la disposition pertinente en l'espèce.

⁴⁰ Le raisonnement sous-jacent est exposé dans le Guide de la Convention de Berne, OMPI, 1978, pages 80 et 81: "*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.*

11bis.12. 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 récepteur 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.

11bis.13. L'exemple précité s'est référé à la musique, mais ce droit couvre évidemment toutes autres catégories d'œuvres, telles que des pièces de théâtre ou œuvres dramatico-musicales et des conférences ou autres œuvres orales, car le caractère de ces communications publiques n'est pas uniquement récréatif; il peut y en avoir d'instructives qui n'en sont pas moins aussi importantes dans la pratique. Ce qui importe c'est qu'il y ait, quelle que soit la nature de l'œuvre radiodiffusée [ou télévisée], une communication publique de celle-ci par

64. Il ne peut y avoir aucun doute que les communications au public d'émissions non seulement de radio mais aussi de télévision sont visées par l'article 11bis de la Convention de Berne.⁴¹ Il ne peut y avoir aucun doute non plus qu'en vertu de l'article 2 de la Convention de Berne⁴² les œuvres musicales, dramatiques, dramatico-musicales ou autres œuvres musicales sont considérées comme œuvres littéraires ou artistiques. On peut donc conclure que les œuvres auxquelles l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (dans les deux cas envisagés) refuse la protection sont des œuvres couvertes par le droit d'auteur en vertu des articles 11bis et 2 de la Convention de Berne.

65. L'expression "communication publique"⁴³ n'est pas définie dans la Convention de Berne, mais le Programme de la Révision de Bruxelles⁴⁴ donne quelque indication quant à ce qu'il faut entendre par communication publique:

"Partout où les hommes se réunissent: au cinéma, au restaurant, au salon de thé ..."

66. Si l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur vise expressément "... la représentation ou exécution, ou la présentation, d'une œuvre par la réception publique ...", la communication d'une œuvre musicale dans un établissement aux clients de cet établissement telle que décrite à l'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur constitue aussi une communication publique au sens de l'article 11bis 1) de la Convention de Berne.⁴⁵

67. En vertu de l'article 11bis 1) de la Convention de Berne, la communication publique doit être faite "par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue". Dans ce contexte, peu importe que les haut-parleurs soient incorporés à l'appareil de radio ou de télévision ou à tout autre appareil (y compris, par exemple, un ordinateur) ou qu'ils soient indépendants. Il est évident que la communication au public envisagée à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur inclut le cas dans lequel on fait entendre aux clients d'un établissement commercial, grâce à des haut-parleurs, des œuvres musicales. De toute façon, de la musique transmise par radio ou par télévision ne peut devenir audible que si l'on utilise quelque forme de haut-parleur.

68. En refusant la protection du droit d'auteur à des œuvres musicales (dans l'alinéa A) aux œuvres couvertes par le droit d'auteur autres que les œuvres musicales non dramatiques) lorsqu'elles sont reçues par l'intermédiaire de la radio ou de la télévision par ondes hertziennes et qu'elles sont ensuite diffusées dans des locaux commerciaux pour le plaisir des clients, les États-Unis n'accordent pas la protection qu'ils sont tenus d'accorder en vertu de l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 11bis 1) 30 de la Convention de Berne.

haut-parleur (ou instrument analogue, par exemple écran de télévision qui est transmetteur de signes, de sons ou d'images).

11bis.14. Il convient de noter que les trois aspects, ci-dessus décrits, du droit de radiodiffusion ne s'excluent pas l'un de l'autre, mais sont au contraire cumulatifs c'est-à-dire entrent en jeu chaque fois que se produisent les situations visées par la Convention."

⁴¹ Voir OMPI/WIPO, Guide de la Convention de Berne, 1978, page 77 (pièce n° 9 des CE).

⁴² Voir OMPI/WIPO, Guide de la Convention de Berne, 1978, page 15 (pièce n° 10 des CE).

⁴³ L'expression "communication au public" est synonyme.

⁴⁴ Observations contenues dans le programme de la Conférence de Bruxelles: documents 1948, pages 266 et suivantes.

⁴⁵ Les deux actes sont aussi clairement visés par la définition donnée par le droit interne des États-Unis à l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur, qui définit la représentation ou exécution publique, ou la présentation publique, d'une œuvre de la façon 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 (...)."

c) L'article 11 1) de la Convention de Berne

69. Cette disposition est libellée comme suit:

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

1° ...

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

70. Tandis que l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne exige que l'œuvre musicale ait été transmise par ondes hertziennes à un moment ou à un autre de son acheminement vers l'appareil récepteur, l'article 11 1) 2° vise le cas dans lequel l'ensemble de la transmission est réalisé par fil.⁴⁶

71. Les considérations présentées ci-dessus au titre de l'article 11bis de la Convention de Berne quant aux œuvres et quant à la communication au public s'appliquent, *mutatis mutandis*, s'agissant de l'article 11 1).

72. On peut donc dire que la diffusion d'œuvres musicales ou d'autres œuvres protégées par le droit d'auteur transmises par radio ou par télévision dans des locaux commerciaux pour le plaisir des clients, telle que décrite à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, constitue un acte protégé par l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne si la totalité de la transmission par la radio ou la télévision se fait par fil. En refusant cette protection, les États-Unis manquent aux obligations découlant pour eux de l'article 9:1) de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne.

4. Exceptions admissibles à la protection du droit d'auteur

73. Tandis que les États-Unis ont d'abord contesté qu'une "radio à usage de type privé" soit un "haut-parleur ou ... autre instrument analogue" au sens de l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne, ils se sont par la suite exclusivement bornés à affirmer que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur serait admissible en vertu des dispositions relatives aux exceptions contenues dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC. En particulier, les États-Unis se sont référés à ce que l'on appelle les "exceptions mineures" prévues par la Convention de Berne, aux articles 9 2) et 11bis 2) de la Convention de Berne et à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

74. Les CE/EM voudraient faire observer qu'il incombe à la partie invoquant une exception d'invoquer et de prouver l'applicabilité de cette exception. Cette règle cadre avec les rapports de l'Organe d'appel concernant les affaires États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules⁴⁷ et États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde.⁴⁸

⁴⁶ Voir le libellé sans équivoque du Guide de la Convention de Berne, OMPI, 1978, page 75: "... 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 11bis). 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 11bis 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".

⁴⁷ WT/DS2/AB/R, page 25 (rapport adopté le 20 mai 1996).

⁴⁸ WT/DS33/AB/R, page 18 (rapport adopté le 23 mai 1997).

75. Cela étant, les CE/EM voudraient dire qu'à leur avis, aucune des exceptions à la protection du droit d'auteur contenues dans l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne ne peut justifier – en totalité ou en partie – les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Les CE/EM présenteront à ce sujet des observations plus détaillées compte tenu des arguments que les États-Unis voudront peut-être présenter au Groupe spécial dans ce contexte.

5. Annulation et réduction

76. En vertu de l'article 64 1) de l'Accord sur les ADPIC, de l'article XXIII du GATT et de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, l'infraction aux obligations souscrites par les États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC est considérée *prima facie* comme constituant un cas d'annulation ou de réduction.

VI. CONCLUSION

77. Les CE/EM demandent donc respectueusement au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont manqué aux obligations découlant pour eux de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11*bis* 1) 30 et 11 1) 20 de la Convention de Berne et devraient rendre leur législation nationale conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

APPENDICE 1.2

DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES À LA PREMIÈRE RÉUNION AVEC LE GROUPE SPÉCIAL

(8 et 9 novembre 1999)

I. INTRODUCTION

1. La Communauté européenne (CE) et ses États membres (EM) voudraient tout d'abord vous remercier, Madame la Présidente, Messieurs les membres du Groupe spécial, d'avoir assumé la tâche que représente la présente affaire de manière anticipée et des efforts que vous lui consacrerez. Nos remerciements vont aussi aux membres du Secrétariat qui aideront le Groupe spécial dans ses travaux.

2. Le présent Groupe spécial est le quatrième qui soit consacré aux ADPIC et le premier consacré aux questions de droit d'auteur. Les constatations auxquelles il parviendra auront vraisemblablement beaucoup d'importance pour la mise en œuvre par les Membres de questions ayant trait spécifiquement à la section de l'Accord sur les ADPIC traitant du droit d'auteur et au rapport existant entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne.

3. Nous avons présenté la manière dont nous comprenons les faits de la présente cause ainsi que nos arguments dans notre première communication écrite, datée du 5 octobre 1999, dans laquelle nous expliquons pourquoi nous considérons que certains aspects de la législation des États-Unis relative à la protection des œuvres couvertes par un droit d'auteur sont incompatibles avec les obligations découlant pour eux de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Nous nous abstenons aujourd'hui de rappeler tous les faits et arguments inclus dans notre communication écrite, en nous attachant aux faits et arguments que nous considérons comme décisifs. Nous présenterons aussi à titre provisoire quelques observations sur la première communication écrite des États-Unis, en date du 26 octobre 1999, et sur les communications de tierces parties. Les CE/EM répondront évidemment de façon complète aux communications des États-Unis et des tierces parties dans leur communication présentée à titre de réfutation.

4. Pour parler en style télégraphique, la situation particulière créée par la législation des États-Unis sur le droit d'auteur, qui fait l'objet de la plainte des CE/EM, se présente comme suit.

Tandis que l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur donne au détenteur du droit d'auteur sur une œuvre protégée le droit exclusif de reproduire cette œuvre, de créer des œuvres dérivées, de distribuer dans le public des exemplaires de l'œuvre et de représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée, l'article 110 5) de la même loi prévoit deux exceptions à la protection conférée par le droit d'auteur, qui en termes simples peuvent être résumées comme suit

- En vertu de l'alinéa B), toute personne est autorisée à exécuter dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients des "œuvres musicales non dramatiques", en communiquant des émissions de radio ou de télévision sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, sans aucune limitation pratique si une certaine superficie n'est pas dépassée ou, si cette superficie est dépassée, en respectant certaines conditions quant au nombre de haut-parleurs utilisés.
- en vertu de l'alinéa A), toute personne est autorisée à représenter ou exécuter dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients, sans le consentement du détenteur du droit d'auteur, toutes autres œuvres protégées par un droit d'auteur telles que pièces de théâtre, opéras ou comédies musicales provenant d'émissions de radio ou de télévision à la condition, en particulier, que le matériel utilisé puisse être considéré comme "à usage de type privé".

5. De l'avis des CE/EM, ces mesures des États-Unis sont contraires aux obligations découlant pour eux de l'Accord de l'OMC sur les ADPIC. En particulier, elles sont incompatibles avec l'article 9:1) de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11 1) et 11*bis* 1) de la Convention de Berne, et ne peuvent se justifier au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible au titre de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC. Ces mesures portent atteinte aux droits légitimes des titulaires européens de droits d'auteur, annulant et compromettant ainsi les droits des CE/EM.

6. Les intérêts économiques des CE/EM en la matière sont importants. Selon une étude sur laquelle les CE/EM reviendront de façon plus détaillée, aux États-Unis, environ 70 pour cent de l'ensemble des débits de boissons et établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail peuvent faire entendre sans limitation de la musique radio ou télédiffusée sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. Cela montre clairement que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peut être à l'origine de pertes très importantes de revenus provenant de licences.

II. PROTECTION DES ŒUVRES COUVERTES PAR UN DROIT D'AUTEUR ET EXCEPTIONS À CETTE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

1. Historique: l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur avant la modification de 1998 ("l'exception pour usage de type privé")

7. En vertu de l'article 106 de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, le détenteur du droit d'auteur sur une œuvre a le droit exclusif de reproduire l'œuvre, de créer des œuvres dérivées et de distribuer des exemplaires de l'œuvre. En vertu de l'article 106 4) de la même loi, le titulaire du droit d'auteur a aussi le droit exclusif "*de représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée*".

8. Pour bien comprendre les exceptions figurant dans la présente version de l'article 110 5), il est utile d'en examiner la version précédente. Avant 1999, l'article 110 5) ne comprenait que l'actuel alinéa A. L'alinéa B) a été ajouté au texte en octobre 1998, par la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales". Il était généralement fait référence à la version de 1976 de l'article 110 5) comme à "l'exception pour usage de type privé". En gros, l'exception pour usage de type privé correspondait à l'utilisation d'un poste de radio ou de télévision "à usage de type privé" dans une boutique, un bar, un restaurant ou tout autre lieu fréquenté par le public. L'exception n'était *pas* applicable aux lieux dans lesquels on faisait entendre des bandes magnétiques, des disques compacts ou une autre forme de musique reproduite mécaniquement.

9. La *ratio legis* de l'exception pour usage de type privé remonte à l'affaire portée en 1975 devant la Cour suprême des États-Unis, *Twentieth Century Music Corp. contre Aiken* (voir le texte complet dans la pièce n° 1 des CE). Propriétaire d'un petit restaurant à service rapide, M. Aiken y faisait marcher une radio. Cette installation recevait de diverses stations de radio des émissions qui comprenaient des œuvres musicales protégées. À cette époque, on estimait qu'un établissement commercial devait obtenir une licence pour pouvoir capter une émission et la communiquer légalement au public, mais, M. Aiken n'avait pas obtenu de licence auprès des détenteurs de droits sur les œuvres protégées qui étaient diffusées par la radio dans ses locaux. La Cour suprême a exonéré M. Aiken de toute responsabilité au titre de la Loi de 1909 sur le droit d'auteur (qui a précédé la Loi de 1976), au motif que, selon la Cour, ce qu'il faisait ne pouvait être considéré comme "exécuter" au sens de ladite loi.

10. Toutefois, dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, la nouvelle définition d'"*exécuter*" visait, de toute évidence, les activités de M. Aiken. Pour assurer que les activités "Aiken" restent admissibles en l'absence du consentement du détenteur du droit, une disposition spécifique a été

insérée dans la Loi sur le droit d'auteur afin de prévoir en faveur des utilisateurs une exonération de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur.

11. La portée de l'article 110 5) (dans sa version "pour usage de type privé") a évolué au fil des ans. À l'époque de l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur (1976), l'intention du Congrès des États-Unis semblait être que cette exception soit de portée limitée et ne s'applique qu'aux petits établissements commerciaux "dans lesquels la mère est derrière le comptoir et le père à la caisse". Toutefois, l'intention du Congrès n'était pas très claire (un bon exemple de l'ambiguïté de l'intention du législateur ressort de l'extrait d'un document du Congrès que nous avons présenté – voir la pièce n° 3 des CE).

12. Alors que les États-Unis allèguent à maintes reprises que leurs tribunaux ont donné une interprétation étroite de cette disposition, en réalité, lorsque l'on examine de près le vaste ensemble de litiges concernant l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, on ne parvient pas à la même conclusion. Dans les 20 années sur lesquelles se sont étendus ces litiges, on peut distinguer deux périodes.

13. Jusqu'au début des années 90, les principaux éléments que les tribunaux prenaient en considération à cet égard étaient les suivants:

- la dimension matérielle de l'établissement;
- l'importance économique de l'établissement;
- le nombre de haut-parleurs;
- la question de savoir si les haut-parleurs étaient indépendants ou encastrés dans le plafond;
- la mesure dans laquelle l'appareil récepteur pouvait être considéré comme couramment utilisé dans les foyers.

En raison de l'ambiguïté du libellé de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, les tribunaux ont retenu tel ou tel critère ou ensemble particulier de critères, ce qui a donné lieu à un certain degré d'incohérence dans la jurisprudence.

14. Ces dernières années, plutôt que de considérer l'historique de l'élaboration de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, les tribunaux ont commencé à s'attacher davantage au texte clair de l'exception pour usage de type privé, ce qui a abouti à une interprétation plus large de cette exception. En conséquence, on a pu constater que les grandes chaînes de magasins étaient exemptées de l'obligation de demander une licence et de payer un droit de licence. Les décisions *Edison* et *Claire's Boutiques* sont des exemples de décisions prises par deux différentes Cours d'appel fédérales à un mois d'intervalle.

15. Dans les deux cas, la question centrale était de savoir si, s'agissant d'une grosse société d'envergure nationale, dont les recettes annuelles se chiffrent en centaines de millions de dollars et qui comprennent un grand nombre de points de vente utilisant chacun un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur restait applicable. Dans les deux cas, les Cours d'appel ont donné une réponse affirmative. Selon elles, les seuls facteurs à prendre en considération pour évaluer l'applicabilité de l'exception sont la puissance et la qualité de l'appareil récepteur employé dans un local particulier. La dimension matérielle que devait avoir l'établissement pour bénéficier de l'exception, la qualité du propriétaire et/ou la structure d'organisation de l'établissement et tout autre facteur pris en compte dans la jurisprudence antérieure ont été déclarés dénués de pertinence s'agissant de l'application de l'exception pour usage de type privé.

16. Les CE/EM ne voient pas de contradiction entre ces deux décisions rendues en appel et les deux décisions rendues en appel citées par les États-Unis au point 7 de leur première communication écrite, parce que dans les deux cas cités par les États-Unis, les superficies commerciales pertinentes étaient nettement plus importantes que dans les affaires Edison et Claire's Boutiques (dans l'affaire Sailor Music, la superficie moyenne était de 3 500 pieds carrés, tandis que dans les affaires Edison et Claire's Boutiques, elle était comprise entre 800 et 1 200 pieds carrés, et entre 900 et 2 000 pieds carrés, respectivement).

17. Au début des années 90, un groupement d'associations professionnelles a commencé à faire activement pression sur les membres du Congrès pour obtenir un élargissement de la portée de l'article 110 5). Les efforts de ce groupement ont rapidement porté leurs fruits. Dès 1995, plusieurs projets de loi qui visaient à étendre de façon appréciable la portée de l'exception pour usage de type privé ont été déposés à la Chambre des représentants et au Sénat des États-Unis.

18. En octobre 1998, un projet de loi, intitulé Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, a été adopté par le Congrès et signé par le Président, et la Loi est entrée en vigueur le 26 janvier 1999.

2. Portée actuelle et application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis

19. L'article 110 5) contient désormais deux exceptions distinctes: ce que l'on a appelé l'exception "pour usage de type privé", prévue par l'alinéa A) modifié quant au type d'œuvres visées, et une nouvelle exception prévue par l'alinéa B) (quelquefois appelée "exception pour usage dans des entreprises commerciales").

20. Le sens exact et la portée de l'exception "pour usage de type privé", prévue désormais à l'alinéa A) de l'article 110 5), après l'adjonction au texte de l'alinéa B), et précédée du membre de phrase "*sous réserve des dispositions de l'alinéa B)*", paraissent être les suivants:

Tandis qu'avant la modification de 1998, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur était applicable à tous les types d'œuvres protégées, désormais, l'article 110 5) A) de la même loi vise apparemment à exclure de son champ d'application les "œuvres musicales non dramatiques" et continue de s'appliquer à tous les autres types d'œuvres, y compris, par exemple, les pièces de théâtre, sketches, opéras, opérettes, comédies musicales, parce que l'article 110 5) A) de la Loi sur le droit d'auteur vise les "œuvres" en général, tandis que la portée de l'alinéa B) est expressément limitée aux "œuvres musicales non dramatiques".

Les CE/EM se félicitent d'apprendre que telle est aussi l'interprétation des États-Unis (point 9 de leur première communication écrite), mais voudraient néanmoins faire observer que cette interprétation ne sera peut-être pas nécessairement suivie par tous les tribunaux des États-Unis. Il pourrait y avoir des tribunaux qui ne tireront pas la conclusion *a contrario* et appliqueront l'exception prévue à l'article 110 5) A) de la Loi sur le droit d'auteur à toute espèce d'œuvre littéraire ou artistique.

Utilisations visées par l'exception

21. L'exception prévue à l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur vise les émissions ou retransmissions comportant 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. C'est là essentiellement une situation qui semble similaire à la situation visée par l'exception pour usage de type privé, c'est-à-dire que des établissements qui sont ouverts au public peuvent faire marcher une radio ou une télévision dans leurs locaux pour le plaisir de leurs clients sans le consentement des titulaires de droits.

22. Une dernière différence est que l'alinéa B) n'est pas applicable aux "œuvres" en général, mais seulement aux "œuvres musicales non dramatiques", c'est-à-dire aux chansons, et non aux opéras, opérettes, comédies musicales.

23. Tandis que l'ancienne "exception pour usage de type privé" et l'actuel alinéa A limitent l'exception aux cas où est employé un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, cette condition est totalement absente de l'alinéa B) pour les cas dans lesquels l'établissement ne dépasse pas une certaine taille. Pour tous les établissements plus grands, la prescription d'un "usage de type privé" a été remplacée par des conditions beaucoup moins astreignantes quant au matériel audio ou télévisuel qui peut être utilisé; en pratique, le nombre des haut-parleurs est limité à six. De plus, les communications en public à partir de *retransmissions* qui n'étaient pas expressément visées par l'exception prévue à l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur sont désormais expressément visées par l'exception.

24. Aux États-Unis, la plupart des émissions de télévision sont transmises soit par les ondes, soit par câble ou par satellite. Par conséquent, l'inclusion expresse de ce mode de transmission fait que les émissions de télévision sont pleinement visées par les exceptions quelle que soit la forme de transmission.

25. Étant donné le libellé de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, il est présumé que cette disposition est applicable dans le cas de communication au public d'œuvres musicales faisant intervenir de nouvelles technologies comme les réseaux d'ordinateurs (par exemple, Internet). Ce mode de transmission, dont l'importance augmente de jour en jour, est désormais visé par l'exception à la protection du droit d'auteur. L'exemple suivant est mentionné pour illustrer une situation dans laquelle cela devient pertinent: un organisme de radiodiffusion (ou de télévision) agréé par la Commission fédérale des communications 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) B) de la Loi sur le droit d'auteur. Les CE/EM comprennent bien que les communications faites par la voie d'un réseau numérique font aussi intervenir le droit de reproduction et le droit de distribution, mais elles ne s'attachent pas à ces droits dans la présente affaire.

En l'espèce, elles se préoccupent exclusivement du droit de communication au public, et rien, à leur avis, dans la première communication écrite des États-Unis, ne corrobore l'affirmation (point 16 de leur première communication écrite) selon laquelle les communications d'œuvres au public dans lesquelles un ordinateur sert d'appareil de réception et d'amplification ne seraient pas visées par les exceptions figurant à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

Utilisateurs visés par l'exception

26. Le législateur a établi une distinction entre les établissements de restauration et débits de boissons, d'une part, et les autres établissements, d'autre part. Pour l'application de l'exception aux établissements autres que les établissements de restauration ou les débits de boissons, les conditions suivantes sont applicables:

- si l'établissement a moins de 2000 pieds carrés bruts (= 186 mètres carrés), l'exception est applicable sans aucune autre condition, c'est-à-dire que tout matériel audio, même de type professionnel, et n'importe quel nombre de haut-parleurs peuvent être employés;
- si l'établissement a une superficie supérieure à 2 000 pieds carrés bruts, l'exception est applicable aux conditions suivantes:

- si l'exécution se fait par des moyens audio seulement, elle peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce;
- si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels:
 - toute partie visuelle de l'exécution peut être communiquée par un maximum de quatre dispositifs audiovisuels, dont un ou plus est situé dans une même pièce. De plus, les dispositifs en question ne doivent pas avoir un écran d'une dimension de plus de 55 pouces dans le sens de la diagonale;
 - toute partie audio de l'exécution peut être communiquée par un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce.

27. En ce qui concerne les établissements de restauration ou débits de boissons, les conditions encore plus généreuses ci-après sont applicables:

- si l'établissement a une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés bruts (= 348 mètres carrés), l'exception est applicable sans aucune condition, c'est-à-dire que tout matériel audio (-visuel), même de type professionnel, et n'importe quel nombre de haut-parleurs peuvent être employés;
- si l'établissement a une superficie supérieure à 3 750 pieds carrés bruts, l'exception est applicable aux conditions suivantes:
 - si l'exécution se fait par des moyens audio seulement, elle peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce;
 - si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels:
 - toute partie visuelle de l'exécution peut être communiquée au moyen d'un maximum de quatre dispositifs audiovisuels, dont un au plus est situé dans une même pièce. De plus, les dispositifs en question ne doivent pas avoir un écran d'une dimension de plus de 55 pouces dans le sens de la diagonale;
 - toute partie audio de l'exécution peut être communiquée au moyen d'un maximum de six haut-parleurs, dont quatre au plus sont situés dans une même pièce.

28. L'exception est applicable aux "*établissements*" qui sont maintenant définis par l'article 101 de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis (après modification par l'article 205 de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales) comme étant "*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*".

Résumé

29. Les exceptions à la protection du droit d'auteur contenues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peuvent être résumées comme suit. Pour ce qui est des œuvres protégées à l'exclusion des œuvres musicales non dramatiques (visées à l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur), toute personne aux États-Unis peut faire entendre de telles œuvres transmises par radio ou

télévision dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. La seule condition inscrite dans la loi qui puisse réduire quelque peu la possibilité que le bénéfice de l'exception s'applique à tous les locaux commerciaux des États-Unis est la disposition exigeant que soit employé un appareil isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, sans que la loi définisse ce qu'il faut entendre par là. Les autres conditions ont peu de chance d'avoir, en pratique, quelque effet limitatif que ce soit.

30. En ce qui concerne les œuvres musicales non dramatiques (visées à l'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur), toute personne peut faire entendre de telles œuvres transmises par radio ou télévision dans son établissement pour le plaisir de ses clients sans le consentement du détenteur du droit d'auteur. Dans le cas où l'établissement a moins d'une certaine superficie (3 750 pieds carrés pour les restaurants et les bars et 2 000 pieds carrés pour tous les autres établissements), aucune autre condition de nature à limiter le nombre des établissements visés par l'exception n'est applicable. Dans les cas où les locaux dépassent ces dimensions limites, il n'y a que des limitations relatives au nombre de haut-parleurs qui peuvent être employées. De toute façon, l'emploi de matériel professionnel est parfaitement admissible.

III. EFFETS QUANTITATIFS SUR LES TITULAIRES DU DROIT D'AUTEUR

31. Pour illustrer la portée de l'exception, en ce qui concerne les établissements visés par l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur et auxquels aucune limitation n'est applicable quant au matériel audio (-visuel) employé, les chiffres ci-dessous sont instructifs.

32. En 1999, Dun & Bradstreet Corp. s'est livrée à une analyse quantitative pour déterminer le nombre des établissements commerciaux qui, aux États-Unis, ont une superficie inférieure aux seuils établis par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, et échappent ainsi à la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur. La méthodologie employée par Dun & Bradstreet était identique à celle employée dans une analyse que cette société avait effectuée en 1995 pour le Service de recherche du Congrès des États-Unis pendant le processus législatif qui devait aboutir à l'adoption de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales.

33. L'analyse est fondée sur des chiffres de 1998 tirés de la base de données de Dun & Bradstreet qui comprend plus de 6,5 millions d'entreprises réparties dans l'ensemble des États-Unis.

L'analyse a donné les résultats suivants:

- 73 pour cent de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés;
- 70 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés; et
- 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis ont une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés.

34. Ces chiffres comprennent les bars, restaurants, salons de thé, snack-bars, etc., et les magasins de détail. Toutefois, d'autres secteurs dans lesquels un certain nombre d'établissements ont aussi toute chance de bénéficier sans condition de l'exception n'ont pas été pris en compte (par exemple: hôtels, points de vente de services financiers, agents immobiliers, autres types de fournisseurs de services).

35. Pour présenter différemment les résultats de ces données, aux États-Unis, environ 70 pour cent de l'ensemble des débits de boissons et établissements de restauration et 45 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail ont le droit, en vertu de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, sans aucune limitation, de faire entendre de la musique transmise par radio ou

télévision dans leurs locaux commerciaux pour le plaisir de leurs clients sans le consentement des titulaires du droit d'auteur, privant ainsi ces derniers d'une source appréciable de revenus procurés par la concession de licences autorisant cette utilisation de leur œuvre. Tous les autres établissements - de plus grande dimension – bénéficient aussi, bien sûr, de l'exception prévue par l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, s'ils satisfont aux conditions très peu astreignantes relatives au nombre de haut-parleurs autorisés.

36. Dun & Bradstreet a établi d'autres chiffres fondés sur ses propres estimations plutôt que sur les réponses à son questionnaire effectivement reçues, que nous avons déjà mentionnés dans notre première communication écrite. Comme les résultats des deux analyses sont tout à fait similaires, nous ne répèterons pas ici les chiffres.

37. Aux fins de comparaison, les chiffres établis par Dun & Bradstreet en 1995 pour le compte du Congrès des États-Unis aboutissaient aux résultats suivants:

- selon le premier scénario, fondé sur l'hypothèse selon laquelle les locaux exonérés sans condition de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur ne devaient pas dépasser la superficie de l'établissement Aiken, à savoir 1 055 pieds carrés:

- 16 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis,
- 13,5 pour cent de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis, et
- 18 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis

ont une superficie inférieure au seuil mentionné, si bien qu'ils bénéficient sans condition de l'exonération.

- selon le second scénario, fondé sur l'autre hypothèse, à savoir que l'exonération sans condition de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur pourrait être invoquée par les établissements de restauration et débits de boissons dont la superficie serait inférieure à 3 500 pieds carrés et les établissements de vente au détail dont la superficie serait inférieure à 1 500 pieds carrés:

- 65 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration des États-Unis,
- 72 pour cent de l'ensemble des débits de boissons des États-Unis, et
- 27 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail des États-Unis

ont une superficie inférieure à cet autre seuil, si bien qu'ils bénéficient sans condition de l'exonération.

38. Ces chiffres ne corroborent pas seulement les chiffres de l'analyse effectuée par Dun & Bradstreet en 1999, mais font aussi apparaître très clairement l'augmentation très importante de la portée de l'exception prévue par la Loi sur le droit d'auteur de 1976 au vu de l'exception applicable aujourd'hui. La portée de l'exception a augmenté de 437 pour cent pour les établissements de restauration, de 540 pour cent pour les débits de boissons et de 250 pour cent pour les établissements de vente au détail. Nous reviendrons plus loin sur ces chiffres et expliquerons pourquoi ils sont pertinents en l'espèce.

IV. INCOMPATIBILITÉ DE LA LégISLATION DES ÉTATS-UNIS AVEC LES OBLIGATIONS DÉCOULANT POUR EUX DE L'ACCORD DE L'OMC SUR LES ASPECTS DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT AU COMMERCE

1. L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur à la lumière de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention de Berne

39. La distinction entre les deux alinéas de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur n'étant peut-être pas tout à fait claire, ces deux alinéas seront examinés conjointement aux fins de l'analyse juridique.

L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC

40. Cette disposition est libellée comme suit:

Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne et à l'Annexe de ladite Convention ..."

En conséquence, les obligations inscrites aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne sont devenues partie intégrante des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC et sont pleinement assujetties au système de règlement des différends de l'OMC.

L'article 11bis 1) de la Convention de Berne

41. La disposition qui est d'un intérêt tout particulier pour le cas d'espèce est l'article 11bis 1) de la Convention de Berne, qui est libellé comme suit:

"1) 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 ou 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;*
- *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."*

42. L'article 11bis a été introduit dans la Convention de Berne à l'occasion de la Révision de Rome (1928) et précisé par la Révision de Bruxelles (1948) à une époque où la communication publique par haut-parleurs, radios, etc. était devenue un moyen de communication très important. Un tel moyen de communication a été considéré comme de toute évidence similaire à l'exécution publique de l'œuvre, si ce n'est qu'il en augmentait l'auditoire potentiel.

43. Chacune des utilisations décrites aux points 1° à 3° de l'article 11bis 1) de la Convention de Berne doit être considérée comme une utilisation distincte, ce qui exige qu'il y ait une autorisation distincte du titulaire du droit d'auteur pour chaque utilisation. C'est l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne qui est la disposition pertinente en l'espèce.

L'article 11 1) de la Convention de Berne

44. Tandis que l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne exige que l'œuvre musicale ait été transmise par ondes hertziennes à un moment ou à un autre de son acheminement vers l'appareil récepteur, l'article 11 1) 2° vise le cas dans lequel l'ensemble de la transmission est réalisé par fil.

2. Compatibilité de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne

45. Comme les États-Unis semblent admettre que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur est contraire aux articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne (point 17 de leur première communication écrite), nous limiterons aujourd'hui notre présentation de l'analyse aux observations ci-après et prions le Groupe spécial de se référer à la présentation systématique de l'analyse juridique portant sur les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne contenue dans notre première communication écrite. En refusant la protection du droit d'auteur à des œuvres lorsqu'elles sont reçues par l'intermédiaire de la radio ou de la télévision par ondes hertziennes et qu'elles sont ensuite diffusées dans des locaux commerciaux pour le plaisir des clients, les États-Unis n'accordent pas la protection qu'ils sont tenus d'accorder en vertu de l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne.

46. Les considérations présentées au titre de l'article 11*bis* de la Convention de Berne s'appliquent, *mutatis mutandis*, s'agissant de l'article 11 1). On peut donc dire que la diffusion de musique ou d'autres œuvres protégées par le droit d'auteur transmises par radio ou par télévision dans les locaux commerciaux pour le plaisir des clients, telle que décrite à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, constitue un acte protégé par l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne si la totalité de la transmission par la radio ou la télévision se fait par fil. En refusant cette protection, les États-Unis manquent aux obligations découlant pour eux de l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne.

3. Exceptions admissibles à la protection du droit d'auteur

47. Les CE/EM voudraient faire observer qu'il incombe à la partie invoquant une exception d'invoquer et de prouver l'applicabilité de cette exception. Cette règle cadre avec les rapports de l'Organe d'appel concernant les affaires États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules et États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde.

4. Les exceptions à la protection du droit d'auteur au titre de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne

48. Les États-Unis, au point 18 de leur première communication écrite, ont observé ce qui suit:

"La Convention [de Berne] permet aux membres d'assortir de "petites réserves" les droits exclusifs qu'elle garantit, y compris de limitations du droit de représentation et d'exécution publiques prévu à l'article 11 et 11*bis*. L'article 13 de l'Accord [sur les ADPIC] énonce la norme selon laquelle il convient de juger de l'acceptabilité de ces limitations des droits exclusifs."

Les CE/EM ne souscrivent pas à cette affirmation.

49. La Convention de Berne autorise certaines exceptions aux droits exclusifs spécifiques conférés. L'article 9 2) de la Convention autorise des exceptions au droit de reproduction et les

articles 10 et 10bis définissent de façon précise certaines possibilités de libre utilisation d'œuvres par ailleurs protégées.

50. En ce qui concerne le droit de représentation ou d'exécution publiques et de transmission publique inscrit à l'article 11 de la Convention de Berne, aucune exception ni limitation n'est prévue dans cette convention.

51. Quant aux droits exclusifs visés par l'article 11bis de la Convention de Berne, une certaine possibilité de "réglage de précision" est assurée par le paragraphe 2, 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."

Si les "pays de l'Union" se voient reconnaître la liberté de régler les conditions d'exercice des droits, cette liberté est limitée par la prescription minimale selon laquelle le titulaire d'un droit d'auteur doit obtenir au minimum une rémunération équitable. L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur n'assure pas cette rémunération équitable.

52. Il est vrai qu'à l'OMPI, lors des conférences de Bruxelles et de Stockholm, certaines discussions ont été consacrées à ce que l'on appelle les "petites réserves", mais la portée précise des droits inscrits dans la Convention de Berne faisant l'objet de ces petites réserves n'a jamais été pleinement clarifiée. En tout cas, ces petites réserves seraient limitées à la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres lors de cérémonies religieuses, par des fanfares militaires ou pour les nécessités de l'enseignement ou de la formation. Toutes ces utilisations se caractérisent par leur caractère non commercial et il est évident que les utilisations envisagées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne satisfont pas à cette prescription.

53. À titre de conclusion provisoire, on peut dire que la Convention de Berne ne contient aucune disposition expresse ou implicite qui justifierait les exceptions inscrites à l'articles 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

54. Il semblerait que les États-Unis soient d'accord jusque-là, mais ils expriment l'opinion selon laquelle l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC contient une disposition en matière d'exceptions qui, si les trois conditions qui y sont énoncées sont remplies, peut permettre des exceptions aux droits exclusifs conférés par les articles 11 et 11bis de la Convention de Berne. Les CE/EM ne souscrivent pas à cette interprétation de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

55. Tout d'abord, l'article 20 de la Convention de Berne va clairement à l'encontre de l'interprétation faite par les États-Unis de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'il autorise seulement les "pays de l'Union (de Berne) [à] prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention". En d'autres termes, les pays de la Convention de Berne ne peuvent, par un autre traité, convenir d'abaisser le niveau de protection découlant de la Convention de Berne. L'interprétation faite par les États-Unis de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aurait exactement pour effet d'abaisser le niveau de protection découlant de la Convention de Berne.

56. L'article 20 de la Convention de Berne a son équivalent, dans l'Accord sur les ADPIC, dans l'article 2:2 qui dispose que:

"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 Berne."

57. De plus, l'interprétation faite par les États-Unis de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aboutirait à ce résultat absurde que l'Accord abaisserait le niveau de protection prévu dans la Convention de Berne préexistante. L'opposé est vrai; tant les CE/EM que les États-Unis se sont énergiquement employés, finalement avec succès à relever grâce à l'Accord sur les ADPIC les niveaux préexistants de protection.

58. Même si l'on considérait que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC était applicable aux articles 11 ou 11*bis* de la Convention de Berne, en ce qui concerne ce dernier, toute exception ou limitation admissible devrait au moins procurer à l'auteur une rémunération équitable (dernière phrase de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne), ce que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne fait pas. Cette vue semble être pleinement partagée par l'Australie (voir les points 2.10 et 5.2 de sa communication de tierce partie).

59. En tout cas, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne satisfait ni pour ce qui est de son alinéa A), ni pour ce qui est de son alinéa B), aux trois critères énoncés à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

60. Avant d'analyser les trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il semble nécessaire de formuler un certain nombre de remarques systémiques supplémentaires quant à l'argumentation des États-Unis sur ce point.

61. En plusieurs points de leur première communication écrite (par exemple, aux points 28 et 29), les États-Unis donnent l'impression que les droits exclusifs mentionnés dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC sont organisés en un ordre hiérarchique comportant des droits "importants" et des droits "sans importance", et se réfèrent aux droits relatifs à la représentation ou à l'exécution publiques inscrits aux articles 11 1) 2° et 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne comme à des droits "secondaires". Les CE/EM ne souscrivent pas à cette opinion. Tous les droits exclusifs stipulés dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC sont des droits distincts également importants, et chacun doit être examiné selon le cas d'espèce. L'importance relative d'un droit pour un titulaire individuel de droit d'auteur variera selon le type d'œuvre en jeu et selon la manière dont il gère ses œuvres.

62. Il s'ensuit que contrairement à ce que les États-Unis semblent suggérer aux points 28 et 29 de leur première communication écrite, il n'est pas possible de faire valoir au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC que si l'on relève le niveau de protection pour un droit exclusif spécifique, il peut être justifié de ramener la protection d'un autre droit exclusif au-dessous de la norme minimale. En d'autres termes, on ne peut justifier une protection inférieure à la norme pour les droits de représentation ou d'exécution publiques par une protection supérieure à la norme du droit de reproduction. Pour sa part, l'Australie souligne, dans sa communication de tierce partie (voir, par exemple, le point 3.8), que les différents droits exclusifs accordés au titulaire du droit d'auteur doivent être examinés séparément.

63. De plus, les États-Unis renvoient aussi à plusieurs reprises à des accords entre des exploitants privés ou leurs associations et des associations représentant les titulaires de droits d'auteur (par exemple, au point 12 de leur première communication écrite) et allèguent que ces accords privés étaient similaires à ce qui a été finalement codifié par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Les États-Unis n'ont pas communiqué l'accord auquel ils ont fait référence, mais l'appréciation de deux sociétés américaines importantes de recouvrement des droits a été exprimée sans aucune ambiguïté dans un communiqué commun publié par BMI et l'ASCAP le lendemain de l'adoption par le Congrès de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres

musicales, dont je ne citerai qu'un petit nombre de passages (le communiqué sera présenté dans son intégralité en tant que pièce n° 8 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."

Bien plus, l'argument des États-Unis, qui consiste à faire état d'accords privés pour justifier les dispositions d'un texte de loi est de nature circulaire. Le rôle de la loi est de fixer le cadre juridique et de donner certains droits. C'est seulement après que le législateur a établi ce cadre juridique que les opérateurs économiques privés peuvent commencer à agir dans ce cadre. C'est seulement si la loi stipule un droit de représentation ou d'exécution publiques que les parties peuvent utilement se mettre d'accord sur un contrat de licence. Pour les utilisations qui sont libres, comme celles qui sont envisagées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, il n'y a pas lieu de conclure un contrat de licence parce qu'il n'y a aucun droit susceptible d'être accordé par voie de licence. Dans sa communication de tierce partie, l'Australie fait justement observer que le droit d'obtenir une rémunération doit être distingué d'une situation dans laquelle le titulaire du droit choisit de ne pas faire valoir ses droits (voir les points 3.12 et 3.13).

64. Les États-Unis font aussi référence aux difficultés administratives inhérentes à la concession de licences à un grand nombre de petits établissements. En bonne logique, les questions relatives aux moyens de faire respecter un droit n'ont pas à intervenir lorsqu'il s'agit de l'existence même de ce droit. On ne peut faire respecter un droit que s'il est reconnu par la loi. Les sociétés européennes de recouvrement des droits réussissent, à l'heure actuelle, à accorder aussi des licences à un grand nombre de petites entreprises et, apparemment, ne se heurtent pas à des obstacles insurmontables. Aux États-Unis, il semblerait que si les sociétés de recouvrement se heurtent effectivement à des difficultés administratives, c'est parce qu'elles ne se sont jamais dotées de la structure administrative nécessaire pour accorder des licences à de petits établissements, faute d'une protection légale s'étendant sur de longues périodes. L'argument des États-Unis est encore affaibli par le fait que l'article 110 5) prive de protection les œuvres couvertes par le droit d'auteur diffusées à partir de la radio ou de la télévision. La diffusion d'œuvres protégées à partir de disques compacts et de bandes magnétiques n'est pas visée par les exceptions. En d'autres termes, les exploitants d'établissement doivent obtenir des licences pour pouvoir faire entendre de la musique à partir de disques compacts ou de bandes, mais ils peuvent faire entendre de la musique à partir de la radio ou de la télévision sans licence. Cette différenciation est difficile à justifier. Ou bien la concession de licences à un grand nombre d'établissements se heurte à des difficultés insurmontables, et alors elle devrait se heurter à ces difficultés indépendamment du support employé, ou alors ce n'est pas le cas.

65. Examinons maintenant plus spécifiquement les trois conditions auxquelles, en vertu de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, des limitations ou exceptions aux droits exclusifs sont admissibles:

- elles doivent se borner à certains cas spéciaux;
- elles ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre; et
- elles ne doivent pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

Ces trois conditions doivent être remplies de manière cumulative.

66. Lorsque les États-Unis allèguent que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur borne l'exception à la protection du droit d'auteur à "certains cas spéciaux" (paragraphe 24 à 26 de la première communication écrite), les CE/EM estiment que cela revient à alléguer que les exceptions sont bien définies, en ce sens qu'elles établissent une certitude juridique. Toutefois, rien n'est dit de ce qui fait de la diffusion de musique à partir de la radio ou de la télévision pour le plaisir des clients quelque chose de "spécial" par comparaison avec d'autres cas. L'une des questions qui vient immédiatement à l'esprit est celle de savoir pourquoi la diffusion de musique à partir de la radio ou de la télévision est "spéciale" par comparaison avec la diffusion de musique à partir de disques compacts ou de cassettes. La remarque formulée par l'Australie dans sa communication de tierce partie (voir le point 5.5), selon laquelle "... l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur semble instituer une exception globale pour les établissements de ce type plutôt que traiter de cas spéciaux" aboutit à la même conclusion.

67. Bien plus, le fait qu'un nombre très important d'établissements sont visés par l'exception montre que l'exonération de responsabilité constitue plutôt la règle que l'exception, puisqu'une proportion comprise entre la moitié et les deux tiers de l'ensemble des établissements des États-Unis sont visés par l'exception.

68. En ce qui concerne l'article 110 5) A) de la Loi sur le droit d'auteur, la référence à un "appareil récepteur à usage de type privé" est en elle-même si imprécise que, loin de définir précisément ce qu'est un "cas spécial" au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, elle ne crée pas la moindre certitude juridique.

La notion d'appareil récepteur à usage de type privé est comme une cible qui ne cesse de se déplacer, en fonction de l'évolution de la technologie. Aujourd'hui, les chaînes audio achetées par de simples particuliers pour utilisation dans leur foyer peuvent avoir une puissance de sortie de plusieurs centaines de watts suffisante pour desservir plusieurs fois la superficie en jeu dans l'affaire historique Aiken.

69. Les limitations ou exceptions ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Comme on l'a déjà fait observer, cette analyse doit être effectuée pour chaque droit exclusif pris individuellement.

70. Les articles 11 1) 2° et 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne créent, pour le titulaire d'un droit d'auteur, le droit exclusif d'autoriser la représentation ou l'exécution publiques de son œuvre. S'il est difficile d'établir avec précision quel type de représentation ou exécution publiques ne ferait pas partie de l'exploitation normale des droits exclusifs de représentation ou d'exécution publiques, les CE/EM, estiment qu'il est permis de supposer qu'à tout le moins, toutes les utilisations qui créent un avantage économique pour les utilisateurs de l'œuvre sont comprises dans l'exploitation normale. L'historique de l'élaboration de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur et l'importante jurisprudence qui s'y rapporte montrent de façon parfaitement claire que la diffusion de musique dans un établissement commercial n'est pas le fait du hasard, mais un acte commercial délibéré visant à attirer les clients et à rendre plus agréable le temps qu'ils passent dans l'établissement, l'objectif ultime étant de contribuer à l'augmentation du chiffre d'affaires et des bénéfices. Ce dernier aspect est expressément reconnu par la NLBA dans un communiqué auquel se réfèrent les États-Unis dans leur pièce n° 7. De l'avis des CE/EM, il ne peut y avoir aucun doute que l'exploitation normale du droit exclusif visé comprend ces activités commerciales. Cette opinion est également partagée par l'Australie dans sa communication de tierce partie (points 5.6 et 5.7).

71. Ces arguments sont applicables aux deux alinéas de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Tant l'auteur d'œuvres musicales dramatiques que l'auteur d'œuvres de musique populaire escomptent qu'il ne sera pas fait abstraction de leurs droits exclusifs, du moins s'agissant d'activités qui sont menées par d'autres pour un gain commercial. Les États-Unis ne présentent aucun élément de preuve quel qu'il soit à l'appui de leur affirmation selon laquelle les auteurs d'œuvres musicales

dramatiques n'espèrent tirer aucun avantage des droits restreints par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (point 31 de leur première communication écrite). Par ailleurs, l'argument selon lequel "il était dans l'intention du Congrès de faire en sorte que cette exception codifiée simplement les pratiques en matière de licences ..." doit être rejeté à cause de son caractère circulaire. C'est seulement s'il y a un droit qu'il peut y avoir une licence.

72. L'exception ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. L'intérêt légitime du détenteur du droit consiste à toujours être en mesure d'empêcher qu'une tierce partie n'utilise, sans son consentement, son œuvre protégée par un droit exclusif spécifique. De toute évidence, ces intérêts légitimes incluent au minimum toutes les utilisations commerciales par une tierce partie de ses droits exclusifs. Les exceptions créées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur restreignent ces intérêts légitimes, et leur causent donc un préjudice. Cette vue est partagée par l'Australie dans sa communication de tierce partie, au point 5.10.

73. Sans doute est-il difficile de tracer la ligne de démarcation exacte entre préjudice justifié et préjudice injustifié, mais néanmoins, de l'avis des CE/EM, les deux exceptions figurant à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur causent un préjudice injustifié au titulaire du droit exclusif concerné.

74. Les États-Unis allèguent que l'effet économique de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur était minime, même avant l'adoption de la modification de 1998, mais ne présentent aucun élément de preuve quel qu'il soit à l'appui de cette affirmation. Au contraire, la vaste jurisprudence relative à des exceptions pour l'usage de type privé datant d'avant 1998 indique clairement que des intérêts économiques très importants étaient en jeu. Cela est encore corroboré par le débat législatif, long et acrimonieux, auquel a donné lieu la modification de 1998. Déjà, dans le cadre du scénario Aiken, l'étude du CRS de 1995 a montré que 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 des États-Unis étaient visés par l'exception. Étant donné que la superficie en jeu dans l'affaire Aiken avait été doublée par les tribunaux avant la modification de 1998, et que les tribunaux pourraient, depuis l'entrée en vigueur de cette modification, utiliser aux fins de l'alinéa A) les catégories de superficie indiquées à l'alinéa B), le champ d'application de l'alinéa A) a toute chance d'être similaire ou même identique à celui de l'alinéa B). Pratiquement, cela signifie qu'au moins la moitié de l'ensemble des établissements de services des États-Unis ont toute chance d'être visés par l'exception de l'alinéa A). Même s'il est sans intérêt pour la question du préjudice injustifié d'examiner le degré d'agressivité dont font preuve les sociétés de recouvrement des droits à l'occasion de la concession de licences, l'affirmation des États-Unis selon laquelle les établissements visés par l'exception en vertu de l'alinéa A) ... sont ceux qui risquent le moins de se voir imposer des licences de manière agressive par les organisations de gestion des droits (point 34 de leur première communication écrite) est en contradiction avec leur affirmation (point 10 de leur première communication écrite) selon laquelle ces organisations ont fait usage de harcèlement et de pratiques abusives aux fins de la concession de licences.

75. Quant à l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur, le caractère injustifié du préjudice résultant pour le détenteur de droits devient pleinement apparent lorsque l'on considère 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 et que les autres établissements aussi peuvent être exonérés de responsabilité à des conditions très peu rigoureuses. Dans cette situation, la privation de protection a été élevée au rang de règle et la protection du droit est devenue l'exception.

76. S'agissant des analyses établies par Dun & Bradstreet, même si une branche de l'Administration des États-Unis peut les considérer comme "dénuées de signification en elles-mêmes", le fait est que l'analyse de 1995 a été effectuée à la demande du Congrès des États-Unis, parce qu'on en attendait quelques informations importantes quant aux effets de la dimension d'une exception.

L'analyse de 1998 n'est qu'une nouvelle version des analyses de 1995, fondée sur les chiffres de 1998. De l'avis des CE/EM, il n'est pas pertinent de quantifier les pertes financières effectives subies par les détenteurs de droits concernés. Il suffit de démontrer le potentiel de préjudice.

77. Quant à la critique des États-Unis selon laquelle les CE n'ont rien fait pour évaluer les effets de ces exceptions pour leurs détenteurs de droits, il suffit de dire qu'au moins 25 pour cent de l'ensemble des œuvres musicales diffusées aux États-Unis appartiennent à des titulaires de droit d'auteur des CE.

78. Pour résumer notre argumentation juridique, Mme la Présidente, MM. les membres du Groupe spécial, permettez-moi de faire observer ce qui suit:

De l'avis des CE/EM, avis qui est apparemment partagé par les États-Unis, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur est contraire à 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.

79. Les CE/EM n'acceptent pas le moyen de défense présenté par les États-Unis selon lequel l'exception stipulée à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peut se justifier en vertu de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. De l'avis des CE/EM, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas applicable aux articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne parce que l'article 20 de la Convention de Berne et l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC ne permettent pas que l'Accord étende la portée d'exceptions qui peuvent être autorisées en vertu de la Convention de Berne. De toute façon, aucune exception à l'article 11*bis* de la Convention de Berne ne pourrait ignorer la prescription énoncée à la dernière phrase de l'article 11*bis* 2), selon laquelle, à tout le moins, le détenteur de droits doit obtenir une rémunération équitable. Cette rémunération équitable n'est pas prévue à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

80. Enfin, même si l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC était applicable aux articles 11 ou 11*bis* de la Convention de Berne, aucune des trois conditions qu'il stipule, qui doivent être remplies de manière cumulative, ne serait remplie par aucune des possibilités envisagées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Il ressort évidemment de précédents établis à l'OMC qu'il incombe pleinement aux États-Unis d'établir que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC serait applicable et que toutes les conditions qu'il stipule seraient remplies.

5. Annulation et réduction

81. En vertu de l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC, de l'article XXIII du GATT et de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, l'infraction aux obligations souscrites par les États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC est considérée *prima facie* comme constituant un cas d'annulation ou de réduction.

V. CONCLUSION

82. Les CE/EM demandent donc respectueusement au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont manqué aux obligations découlant pour eux de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne et devraient rendre leur législation nationale conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Les CE/EM seront évidemment heureux de répondre à toutes questions que le Groupe spécial voudrait leur poser. La version écrite de la présente déclaration sera disponible demain au plus tard.

APPENDICE 1.3**RÉPONSES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS
ÉTATS MEMBRES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU
GROUPE SPÉCIAL – PREMIÈRE RÉUNION**

(19 novembre 1999)

**I. RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
ET À LEURS ÉTATS MEMBRES PAR LE GROUPE SPÉCIAL****Législation en vigueur dans les CE**

Q.1 Quels sont les types d'exceptions mineures applicables à la représentation ou à l'exécution publiques d'œuvres dans la législation des CE ou dans les législations de leurs États membres, et en particulier y a-t-il des limitations applicables aux établissements de restauration et débits de boissons et aux établissements autres que les établissements de restauration et débits de boissons (ci-dessous dénommés "autres établissements")?

Voir la réponse à la question n° 2.

Q.2 La communication au public d'œuvres musicales comprises dans des émissions ou diffusées à partir d'enregistrements sonores ou de représentations ou d'exécutions en direct fait-elle l'objet de droits exclusifs ou d'un droit à rémunération dans la législation des CE ou dans les législations de leurs États membres, et les droits relatifs à de telles utilisations d'œuvres musicales sont-ils exercés par les détenteurs de droits ou par leurs organisations de gestion collective?

Bien que le Groupe spécial emploie ici et en d'autres instances l'expression "exception mineure", les CE/EM voudraient signaler que cette expression n'est une expression consacrée ni relativement à la Convention de Berne, ni relativement à l'Accord sur les ADPIC. Nous parlerons d'"exceptions" lorsque nous nous référerons à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ou mentionnerons des exceptions au titre de la Convention de Berne, et de "petites réserves" lorsque nous nous référerons à la notion qui a été examinée lors des conférences diplomatiques de Bruxelles et de Stockholm de l'Union de Berne.

Aucune législation communautaire ne traite directement de la question des exceptions visant la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres; cette question relève exclusivement de la législation nationale des États membres. Étant donné la brièveté du temps imparti pour préparer les présentes réponses, il n'a pas été possible de réunir les renseignements demandés.

Des questions portant sur les exceptions aux droits exclusifs ont été posées aux CE/EM dans le contexte de l'examen de la mise en œuvre par les États membres, et les réponses ont été données au Conseil des ADPIC en 1996. Ces réponses sont reproduites dans les documents IP/Q/nom du Membre de l'OMC/1.

Selon les renseignements dont nous disposons, il semble que l'on puisse dire que dans aucun des États membres des CE il n'y a d'exception à la protection du droit d'auteur identique ou similaire à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis. À notre demande expresse, l'*Irish Music Rights Organisation (Imro)*, dont la plainte aux CE est, de fait, à l'origine du présent règlement de différend, a confirmé qu'elle-même et d'autres sociétés de recouvrement des droits des États membres des CE s'emploient activement et systématiquement à faire respecter les droits énoncés aux articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne, et que cette activité génère des montants

importants de revenu (1,2 million de livres irlandaises (£Ir) pour la seule Irlande; sur ce total, 0,86 million de £Ir concernent les bars, boîtes de nuit, pensions de famille, salons de coiffure et instituts de beauté, hôtels, restaurants, boutiques et magasins de détail) et sont redistribuées aux détenteurs de droits.

Incidence sur le marché

Q.3 Veuillez donner des renseignements quant aux pertes estimatives résultant pour les titulaires de droits des CE des exceptions figurant à l'article 110 5), ventilées si possible selon qu'elles résultent de l'alinéa A) ou de l'alinéa B) de ce paragraphe.

Il est très difficile d'établir des chiffres précis relatifs aux pertes découlant pour les détenteurs de droits des CE de l'application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Les CE/EM estiment n'avoir pas à présenter des chiffres aussi précis.

Toutefois, pour donner un ordre de grandeur des pertes que les auteurs européens d'œuvres couvertes par le droit d'auteur risquent fort de subir, les CE/EM voudraient prier le Groupe spécial de se référer à l'ordre de grandeur des pertes pour tous les détenteurs de droits, que les deux principales sociétés américaines de recouvrement des droits ont estimé, lorsque ce qui était anciennement le champ d'application de l'"exception pour usage de type privé" a été élargi par la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, représenter un montant de "dizaines de millions de dollars" par an (voir la pièce présentée pendant la première réunion de fond et reproduite maintenant en tant que pièce n° 14 des CE).

Les pertes qui seraient supportées par les détenteurs de droits des CE représentent une part de ces "dizaines de millions de dollars" proportionnelle à la part de marché des auteurs des CE, pour laquelle nous avons donné des estimations dans notre réponse à la question n° 5 ci-dessous.

Cette analyse permet de penser que les pertes supportées par les auteurs des CE sont, de toute façon, de l'ordre de millions de dollars par an.

Q.4 Veuillez fournir tous renseignements ou estimations disponibles quant aux recettes perçues par les sociétés communautaires de recouvrement des droits, en particulier indiquer:

- a) **les recettes totales provenant de licences autorisant l'exécution publique d'œuvres musicales réparties selon les principales catégories d'utilisation, dont:**
 - i) **la radiodiffusion et la retransmission au sens de l'article 11bis 1) 1° et 2° de la Convention de Berne,**
 - ii) **la communication publique au sens de l'article 11bis 1) 3°, et**
 - iii) **les autres droits, y compris ceux qui sont mentionnés à l'article 11bis 1) de la Convention de Berne;**
- b) **En ce qui concerne les recettes perçues auprès des établissements de restauration et débits de boissons et des autres établissements, comment se ventilent-elles entre redevances pour l'exécution publique de musique radiodiffusée et pour l'exécution publique de musique à partir d'autres supports?**
- c) **Ventilation de ces recettes selon les différentes sources, en particulier pourcentage des recettes perçues auprès des petits établissements commerciaux (par exemple, des établissements du type visé par l'article 110 5)).**

Les CE/EM ne disposent pas de renseignements ou d'estimations quant aux recettes perçues par toutes les sociétés de recouvrement des droits de l'UE en rapport avec les licences d'exécution publique d'œuvres musicales, réparties selon les catégories indiquées dans cette question.

Il est signalé à l'attention du Groupe spécial que les sociétés de recouvrement des droits de l'UE ne repartissent pas nécessairement les recettes provenant de licences autorisant l'exécution publique d'œuvres musicales par référence aux articles, paragraphes et alinéas de la Convention de Berne ou par référence aux catégories mentionnées dans les alinéas b) et c) de la présente question.

Toutefois, les CE/EM ont pu obtenir, à titre d'illustration, auprès de l'Irish Music Rights Organisation (Imro), des renseignements relatifs à un État membre des CE. L'Imro est une société de recouvrement des droits qui autorise par voie de licences l'exécution publique d'œuvres musicales en Irlande et perçoit les recettes s'y rapportant. La population de l'Irlande correspondant en gros au centième de la population des CE (3,6 millions d'habitants en Irlande; 370 millions dans les CE), pour obtenir par extrapolation les chiffres relatifs aux CE, il convient de multiplier par 100 les chiffres relatifs à l'Irlande.

- a) i) Pendant son exercice financier clos le 31 décembre 1998, l'Imro a perçu, pour la radiodiffusion et la retransmission d'œuvres musicales (correspondant approximativement aux droits prévus à l'article 11*bis* 1) 1° et 2° de la Convention de Berne) des recettes se montant à 3 634 594 £Ir (4 614 982 euros).
- ii) Pendant le même exercice, l'Imro a perçu, au titre de licences d'exécution publique d'œuvres musicales au moyen de la radio et de la télévision (correspondant approximativement au droit prévu à l'article 11*bis* 1) 3° des recettes d'un montant de 1 242 210 £Ir (1 577 281 euros).
- iii) Pendant le même exercice, l'Imro a perçu au titre de licences relatives à toutes exécutions publiques d'œuvres musicales des recettes d'un montant de 6237 675 £Ir (7 920 214 euros). Ce chiffre n'inclut pas les recettes perçues au titre de licences accordées pour la radiodiffusion et la retransmission d'œuvres musicales (correspondant approximativement à l'article 11*bis* 1) 1° et 2°) mentionnées à l'alinéa a) ci-dessus. En dehors des recettes provenant de l'exécution publique à la radio et à la télévision, l'Imro a perçu 4995 466 £Ir (6 342 933 euros) au titre de licences accordées pour tous les autres types d'exécution publique d'œuvres musicales (y compris ceux visés à l'article 11 1) de la Convention de Berne).
- b) Comme on l'a indiqué ci-dessus, pendant son exercice financier le plus récent, l'Imro a perçu des recettes d'un montant de 1 242 210 £Ir (1 577 281 euros) au titre de l'exécution publique de musique radiodiffusée dans des établissements de restauration et débits de boissons et dans d'autres établissements. Pendant le même exercice financier, l'Imro a perçu des recettes d'un montant de 6 237 676 £Ir (7 920 214 euros) au titre d'exécutions publiques d'œuvres musicales de toutes sources (y compris pour l'exécution publique de musique radiodiffusée) dans des établissements de restauration et débits de boissons et dans d'autres établissements.
- c) L'Imro estime que les recettes qu'elle a perçues au titre de licences accordées pour l'exécution publique d'œuvres musicales au moyen de la radio et de la télévision dans de petits établissements commerciaux se sont montées approximativement à 861 098 £Ir (1 093 369 euros) pendant son exercice financier le plus récent. Les catégories d'établissements mentionnées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne sont pas la base employée par l'Imro pour identifier les recettes provenant des "*petits établissements commerciaux*". Toutefois, dans les recettes provenant des petits établissements commerciaux, l'Imro a inclus les recettes perçues auprès de boutiques de vente au détail, bars, boîtes de nuit, pensions de famille, hôtels, restaurants, salons de coiffure et instituts de beauté. Les recettes

perçues auprès de ces petits établissements commerciaux au titre de licences accordées pour l'exécution publique d'œuvres musicales au moyen de la radio et de la télévision représentaient 13,8 pour cent des recettes perçues par l'Imro, pendant ledit exercice, au titre de l'exécution publique d'œuvres.

Q.5 Compte tenu du paragraphe 77 de votre déclaration orale à la première réunion de fond, selon lequel 25 pour cent de l'ensemble des œuvres musicales jouées aux États-Unis appartiennent à des détenteurs de droits des CE, veuillez donner des renseignements quant au montant des recettes transférées par les organisations de gestion collective américaines aux organisations de gestion collective communautaires pendant les trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles. Quelle est la proportion de ces recettes transférées par rapport aux recettes totales perçues par les organisations de gestion collective communautaires?

Il est très difficile de chiffrer la part de marché des auteurs européens dans les œuvres protégées par le droit d'auteur qui sont communiquées au public par la radio ou la télévision, et le mieux que l'on puisse obtenir est une estimation. Il convient de rappeler que, de manière générale, pour une œuvre musicale, outre qu'il y a un nombre important de détenteurs de droits d'auteur et de droits voisins (auteurs-compositeurs, paroliers, chanteurs, musiciens, producteurs, éditeurs, organismes de radiodiffusion, etc.), la catégorie des auteurs comprend aussi, en général, plus d'une seule personne.

De plus, les statistiques relatives aux ventes de disques ne sont apparemment pas établies en fonction de l'origine du détenteur de droit sur une œuvre donnée, mais en fonction de l'origine du producteur. La chanson de Frank Sinatra "My way", par exemple, est l'œuvre d'un compositeur français. Une partie du revenu provenant de la licence relative à cette chanson revient donc à un détenteur de droit des CE. Toutefois, le disque comportant la version de Frank Sinatra a été produit aux États-Unis. Les ventes de ce disque n'entreront donc pas dans la catégorie des "ventes d'un disque français".

Le chiffre de 25 pour cent, figurant au point 77 de notre déclaration orale, est fondé sur une estimation communiquée aux CE par la branche d'activité, qui a utilisé des données publiées permettant de penser qu'en 1988, les artistes interprètes ou exécutants du Royaume-Uni détenaient une "part du marché" de 23 pour cent dans les ventes aux États-Unis de musique enregistrée. Pour que ce chiffre soit pertinent s'agissant de la communication au public, il faut évidemment faire deux hypothèses supplémentaires: premièrement, que la présence d'artistes interprètes ou exécutants est proportionnelle à la présence de paroliers ou de compositeurs; et deuxièmement, qu'il existe un rapport de proportionnalité entre la vente de musique enregistrée et l'incidence de la communication au public par radio ou télévision.

Une autre manière d'estimer la "part du marché" des auteurs européens consiste à examiner la proportion des droits répartis qu'ils reçoivent des sociétés américaines de recouvrement des droits. Les chiffres que nous avons reçus de l'ASCAP (voir la pièce n° 15 des CE) pour 1998 indiquent que les détenteurs du droit des CE reçoivent x pour cent des droits répartis.⁴⁹

Les CE/EM voudraient faire observer que les deux chiffres permettent de penser que les auteurs des CE représentent une "part de marché" importante du marché des États-Unis pour la communication au public au moyen de la radio ou de la télévision.

Q.6 Veuillez fournir une copie de l'intégralité de l'étude de Dun & Bradstreet mentionnée dans la pièce n° 7 des CE. Veuillez commenter l'observation contenue au paragraphe 37 de la communication des États-Unis, en particulier en ce qui concerne les établissements à retrancher des chiffres pertinents.

⁴⁹ Ce renseignement a été communiqué aux CE à titre confidentiel.

Les CE/EM ont communiqué – en tant que partie de la pièce n° 7 des CE – copie d'un document établi par Dun & Bradstreet qui présente les résultats de l'analyse effectuée en 1999 sur la base de données de 1998. Nous joignons – comme l'a demandé le Groupe spécial – l'intégralité de notre documentation concernant l'analyse de Dun & Bradstreet (voir la pièce n° 16 des CE).

L'analyse de 1999 – comme celle de 1995 – de l'incidence de l'article 110 5) examine l'incidence potentielle des exceptions. Au point 37 de leur première communication écrite, les États-Unis s'efforcent de transformer les données relatives à l'incidence potentielle en renseignements relatifs à l'incidence effective.

De l'avis des CE/EM, c'est l'incidence potentielle qui est pertinente pour l'analyse relative à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et non l'incidence effective, qui est extrêmement difficile sinon impossible à établir de façon suffisamment certaine. Il semblerait que le Congrès des États-Unis, en 1995, ait aussi jugé plus instructif de demander des données relatives à l'incidence potentielle qu'à l'incidence effective.

Q.7 Veuillez communiquer tous renseignements sur les marchés concernant d'autres pays qui vous paraîtraient pertinents pour le cas d'espèce.

Les CE/EM ne disposent d'aucun renseignement sur les marchés concernant d'autres pays.

Obligations nées de traités internationaux

Q.8 Veuillez préciser à quels droits exclusifs individuels visés par quelles dispositions spécifiques des articles 11 1) et 11bis 1) de la Convention de Berne il est porté atteinte, et dans quelle mesure, par quelle disposition spécifique de l'alinéa A) et/ou de l'alinéa B) de l'article 110 5).

Comme nous l'avons souligné dans les points 61 à 72 de notre première communication écrite et reconfirmé dans les points 41 à 46 de notre déclaration orale à la première réunion avec le Groupe spécial, l'opinion des CE/EM – qui est apparemment partagée par les États-Unis, l'Australie et la Suisse – est que les deux alinéas de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur sont contraires à l'article 11bis 1) 3° et à l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne.

Ces deux dispositions de la Convention de Berne concernent le même droit exclusif, c'est-à-dire le droit d'autoriser la communication au public d'une œuvre protégée. La distinction établie entre les deux dispositions tient au moyen (c'est-à-dire les ondes hertziennes pour l'article 11bis et le câble pour l'article 11) grâce auquel les œuvres parviennent à l'endroit où on les fait ensuite entendre au public (voir aussi la citation empruntée au Guide de la Convention de Berne figurant dans la note de bas de page 46 de notre première communication écrite). Les deux alinéas de l'article 110 5) autorisent la diffusion de musique pour le plaisir des clients.

Q.9 Est-ce le champ d'application potentiel plutôt que l'incidence effective existante de l'article 110 5) A) et B) qui est pertinent lorsqu'il s'agit d'examiner la compatibilité de cet article avec l'article 11bis 1) ou avec l'article 11 1) de la Convention de Berne, selon le cas, ou de déterminer si l'article 110 5) satisfait aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en particulier aux deuxième et troisième conditions qui y sont énoncées?

De l'avis des CE/EM, l'article 110 5) est incompatible avec les articles 11bis et 11 de la Convention de Berne pour la simple raison qu'un droit exclusif est dénié, ce qui selon les deux parties est le cas. La dichotomie entre portée potentielle et incidence effective est, de l'avis des CE/EM, pertinente pour les trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. À supposer, bien sûr, que l'article 13 de cet accord soit applicable en tant qu'exception aux articles 11bis et 11 de

la Convention de Berne, ce que les CE/EM ont à maintes reprises contesté (voir aussi la réponse à la question n° 11 ci-dessous).

De l'avis des CE/EM, c'est l'incidence potentielle qui est de première importance lorsqu'il s'agit d'évaluer les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Du point de vue du titulaire du droit, son droit exclusif n'est pas seulement menacé par ceux qui accomplissent effectivement les actes interdits par le droit exclusif, mais aussi par tous ceux qui sont libres de décider de le faire à tout moment et sans avoir à l'informer ou à informer sa société de recouvrement des droits de leurs intentions.

C'est le potentiel créé qui fixe les conditions du marché. Cet argument peut aussi être illustré par référence à un autre domaine des droits de propriété intellectuelle. Dans le domaine des brevets, il y a eu, lors des négociations du Cycle d'Uruguay consacrées aux ADPIC à propos des licences obligatoires, des discussions longues et acrimonieuses qui ont abouti finalement aux disciplines énoncées aux articles 27 1) et 31 de l'Accord sur les ADPIC.

Lors de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC par les Membres de l'OMC qui a été effectué en 1996-1997, il est apparu à l'évidence qu'un grand nombre des pays faisant l'objet de cet examen n'avaient accordé que très peu de licences obligatoires – et dans plusieurs cas, n'en n'avaient pas accordé une seule – pendant une période prolongée, alors même que la quasi-totalité de ces pays avaient inscrit dans leurs recueils de lois des dispositions qui autorisaient l'octroi de licences obligatoires. Là aussi, l'incidence des licences obligatoires ne peut être raisonnablement mesurée par le simple nombre de licences accordées pendant une période donnée: on ne peut s'en faire vraiment une idée que par les effets que la possibilité d'accorder des licences obligatoires entraîne, en tant que telle, sur le marché. Dans un pays où il est relativement facile d'obtenir une licence obligatoire, un titulaire de droit sera plus facilement enclin à accorder une licence contractuelle à des conditions plus désavantageuses que si le système rendait plus difficile l'obtention d'une licence obligatoire.

Q.10 Les CE pourraient-elles expliquer de façon plus détaillée la base juridique de leur interprétation selon laquelle l'exception énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est applicable qu'aux droits d'auteur qui ont été introduits par l'Accord sur les ADPIC en plus de ceux protégés par les articles 1 à 21 de la Convention de Berne? Cela est-il contraire à l'argument selon lequel les trois premières conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC peuvent s'appliquer en plus de toutes prescriptions au titre des exceptions inscrites dans la Convention de Berne?

L'Accord sur les ADPIC a été négocié, du moins du point de vue des CE/EM, pour améliorer le niveau de protection des droits de propriété intellectuelle par rapport à la situation préexistante. Étant donné que la Convention de Berne contenait déjà un système d'exceptions bien définies à des droits spécifiques, il n'était nullement nécessaire de définir une exception générale applicable à tous les droits visés par la section 1 de la partie II de l'Accord sur les ADPIC. Si tel avait été l'objectif, on aurait créé pour les droits protégés par la Convention de Berne des exceptions allant au-delà de celles qui étaient contenues dans cette Convention avant l'Accord sur les ADPIC. Un tel résultat serait de toute évidence incompatible avec l'article 20 de la Convention de Berne et avec l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC.

La position de négociation des CE/EM est bien indiquée dans le document MTN.GNG/NG11/W/68 (pièce n° 17 des CE). Le texte proposé de projet d'article relatif aux ADPIC concernant les limitations et exceptions (article 8 de la proposition) permettait aux Membres de prévoir des limitations, des exceptions et des réserves en ce qui concernait certains droits connexes telles qu'elles étaient autorisées par la Convention de Rome. Il ne permettait pas, toutefois, de prévoir des limitations et exceptions aux droits protégés par la Convention de Berne. Il est intéressant de noter que les États-Unis avaient apparemment le même objectif lorsqu'ils indiquaient dans leur communication au Groupe de négociation (document MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, pièce n° 18 des

CE) que "Toute limitation des droits économiques exclusifs et toute exemption ouvrant possibilité de passer outre auxdits droits ne doivent être permises que dans la mesure où elles sont prévues par la Convention de Berne (1971) et pleinement conformes à ses dispositions".

L'argument selon lequel les trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC peuvent s'appliquer en plus de toute prescription au titre des exceptions inscrites dans la Convention de Berne est présenté au titre de l'hypothèse subsidiaire selon laquelle l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC serait applicable aux articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne.

Q.11 Sur quelle base juridique les CE fondent-elles leur opinion selon laquelle la doctrine des "petites réserves" relative à la Convention de Berne ne justifie que des exceptions préexistantes? Ce bénéfice du "principe de l'antériorité" en faveur d'exceptions vise-t-il les exceptions qui existaient avant la conclusion de la Convention de Berne, avant la révision ou la modification de certains articles (par exemple, l'article 9 2) en 1967 ou l'article 11*bis* en 1928/1948), avant la date d'entrée en vigueur de la Convention de Berne pour un pays donné qui devient membre de l'Union ou avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC?

Les discussions engagées au sein de l'Union de Berne sur la question des "petites réserves" n'ont jamais été concluantes. Toutefois, on peut conclure, à partir de plusieurs sources, que l'intention était de maintenir les "petites réserves" préexistantes ou, pour reprendre les termes du Groupe spécial, de faire bénéficier ces dernières du "principe de l'antériorité". Le Guide de la Convention de Berne, au point 11.6, indique ce qui suit:

"Il convient de noter, à propos de l'article 11, la question de ce qu'il est convenu d'appeler "les petites réserves"... Lors de la révision de Stockholm (1967) il fut reconnu à nouveau que les dispositions de la Convention n'empêchaient pas les pays de l'Union de maintenir dans leurs législations des exceptions qui auraient été édictées sur la base de ces "petites réserves".

De plus, dans le rapport de la Conférence de Stockholm (1967) (cité dans Ricketson, *The Berne Convention*, page 535 – voir la pièce n° 11 des CE), il est indiqué ce qui suit:

"210. Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir (non souligné dans l'original) dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles."

L'intention de ne pas admettre de nouvelles "petites réserves" est confirmée par le fait que la Conférence de Bruxelles s'est prononcée contre l'adoption d'une disposition générale, parce que l'on craignait qu'elle "n'incitât positivement aux restrictions les pays qui jusqu'ici n'en connaissaient pas [en matière de représentation et d'exécution]" (Ricketson, *The Berne Convention: 1886-1986*, pages 533 et 536).

Quant à la question de la date à retenir, il faudrait ne faire bénéficier de la doctrine des "petites réserves" que les législations nationales qui figuraient déjà dans les recueils de lois en 1967 ou avant cette date. Les CE/EM voudraient faire valoir que pour les pays accédant à la Convention de Berne après 1967 il n'y a que deux possibilités: ou bien, ils ne peuvent aucunement bénéficier, en vertu de la doctrine des "petites réserves", du "principe de l'antériorité" ou alors, ils ne peuvent en faire bénéficier que leurs exceptions antérieures à 1967 (si toutes les autres conditions sont remplies, bien sûr). Tout autre raisonnement donnerait aux "nouveaux venus" plus de droits qu'aux Membres de longue date.

Cette logique a aussi été suivie dans une disposition de l'Accord sur les ADPIC qui tient compte du principe de l'antériorité, l'article 24:4, où le délai pertinent est le même pour les Membres de longue date et pour les nouveaux venus. Il semblerait que l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC soit une date sans pertinence pour l'application de la doctrine des "petites réserves".

Q.12 Puisqu'en vertu de l'article 11bis 2) une rémunération équitable doit être versée, y a-t-il des moyens d'assurer cette rémunération équitable autrement que par l'octroi de licences obligatoires?

Il 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 auquel on permet de diffuser sans autorisation des œuvres protégées par un droit d'auteur, le produit des taxes ainsi recouvrées étant distribué aux détenteurs de droits.

II. RÉPONSES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES AUX QUESTIONS POSÉES AUX DEUX PARTIES PAR LE GROUPE SPÉCIAL

Q.1 Veuillez indiquer dans quelle mesure la jurisprudence concernant l'article 110 5), citée dans vos communications respectives, est pertinente aux fins de l'interprétation de l'actuel alinéa A) de ce paragraphe.

Cette jurisprudence aide, tout d'abord, à prendre conscience de l'évolution des exceptions depuis l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur jusqu'à la Loi de 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales. En ce qui concerne l'article 110 5) A), il semble que la jurisprudence devrait rester pertinente pour tous les éléments de l'exception qui sont restés inchangés dans le cadre de la nouvelle loi.

Catégories d'œuvres

Q.2 Le Groupe spécial croit comprendre que le texte de l'article 110 5) initial est identique à celui de l'actuel alinéa A) sans le membre de phrase "sous réserve des dispositions de l'alinéa B)". Les travaux préparatoires reproduits dans les pièces n° 3 des CE et n° 1 des États-Unis (H.R. Rep. No. 94-1476 (1976)) expliquent que la disposition "est applicable aux représentations ou exécutions, ou aux présentations, de tous types d'œuvres". Le paragraphe 31 de la communication des CE et le paragraphe 9 de la communication des États-Unis (et certains autres paragraphes) contiennent une interprétation selon laquelle ce texte, tel qu'il figure à l'alinéa A), vise à exclure de son champ d'application les "œuvres musicales non dramatiques". Veuillez clarifier votre interprétation du texte de cette disposition, en tant que partie du paragraphe initial, d'une part, et en tant que partie de l'alinéa A) d'autre part et, dans la mesure où, à votre avis, le texte devrait être compris différemment dans chacun de ces deux contextes, expliquez pourquoi.

Tout en estimant que l'article 110 5) doit être examiné comme un tout, nous avons indiqué que nous croyons comprendre qu'il est possible d'établir une distinction entre les alinéas A) et B) de l'article 110 5) en ce qui concerne les types d'œuvres couvertes par un droit d'auteur, visés par chacun de ces alinéas, tant dans notre première communication écrite (voir les points 31 et 32), que dans notre déclaration orale (voir le point 20). Dans cette dernière, nous avons aussi fait référence à la possibilité d'interprétations divergentes par les tribunaux américains.

Q.3 Quelle est la définition de l'expression "œuvre musicale non dramatique" dans le contexte de l'article 110 5)? Quels types d'œuvres musicales sont inclus dans le champ

d'application des dispositions de cet article, ou en sont exclus, et quels types de détenteurs de droits d'auteur sont visés par les dispositions des alinéas A) et B)? L'article s'applique-t-il aussi à la communication publique d'œuvres musicales exécutées en direct? Par exemple, la diffusion d'une chanson d'une comédie musicale serait-elle l'exécution d'une œuvre musicale "dramatique" ou "non dramatique"? Lorsqu'une chanson d'une comédie musicale est exécutée isolément et par un autre artiste, s'agit-il encore d'une œuvre "dramatique"? Dans quelle mesure la notion d'"œuvre musicale non dramatique" correspond-elle ou est-elle censée correspondre à la notion de "petits droits" sur des œuvres musicales appliquée dans la pratique des organisations de gestion collective?

Comme ni la Convention de Berne ni l'Accord sur les ADPIC ne prévoit une telle distinction, nous attendons des États-Unis qu'ils précisent une distinction existant dans leur loi, tout en réservant notre droit de présenter des observations sur ces explications.

Pratique en matière de licences

Q.4 Au paragraphe 4 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la première réunion de fond, il est dit que l'article 110 5) n'est applicable qu'à certaines utilisations secondaires d'émissions comprenant l'exécution publique de l'œuvre, pour laquelle le détenteur du droit a déjà reçu une rémunération au titre de l'exécution primaire. De quelle manière les accords de licence entre organisations de gestion collective et organismes de radiodiffusion aux États-Unis ou dans les CE prennent-ils en compte, si tel est le cas, l'auditoire supplémentaire potentiel créé par la nouvelle communication au public, par haut-parleur, etc., de l'œuvre radiodiffusée au sens de l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne?

Les CE/EM voudraient réaffirmer qu'à leur avis, chaque droit exclusif doit être examiné séparément. Par conséquent, pour chaque utilisation, une autorisation expresse du détenteur du droit doit être accordée. Sans doute serait-il possible – d'un point de vue purement juridique – que l'organisme de radiodiffusion obtienne aussi – et rémunère – une licence pour les utilisateurs "en aval" de son émission (licence incluant des tiers bénéficiaires), mais les CE/EM ne sont pas informés de l'existence d'une telle pratique aux États-Unis pour les utilisations visées en l'espèce.

Interprétation des obligations nées de traités

Q.5 Quelle est, à la lumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la nature juridique de textes comme les "rapports généraux" des conférences diplomatiques des pays signataires de la Convention de Berne? Constituent-ils des "accord[s] ultérieur[s] intervenu[s] au sujet de l'interprétation ou de l'application" au sens de l'article 31 3) a), une "pratique ultérieurement suivie" au sens de l'article 31 3) b), des "règle[s] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties" au sens de l'article 31 3) c), ou un "sens particulier [dans lequel] le terme sera entendu s'il est établi que telle était l'intention des parties"?

Des textes comme les "rapports généraux" des conférences diplomatiques de la Convention de Berne semblent relever de l'historique de la négociation. Ils pourraient donc constituer des "travaux préparatoires" de la Convention au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Comme les CE/EM n'estiment pas qu'une interprétation suivant le "sens ordinaire", conformément à l'article 31 1) de la Convention de Vienne, des dispositions pertinentes des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable, ils n'estiment pas qu'il y ait quelque possibilité que ce soit de recourir aux rapports généraux comme à des "travaux préparatoires" en vue de déterminer le sens des dispositions mentionnées de la Convention de Berne.

Les parties pertinentes des rapports généraux peuvent constituer ou être des éléments de preuve d'un accord ou d'un instrument relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention de Berne des types décrits à l'article 31 3) de la Convention de Vienne. La difficulté évidente que soulève cette suggestion est qu'il n'y a, dans les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne, aucun libellé susceptible d'être *interprété* comme autorisant des "petites réserves" ou ayant un sens spécial aboutissant au même résultat.

Une autre possibilité, qu'il serait peut-être plus facile de concilier avec le texte de la Convention de Berne, serait de considérer que l'"accord" entre les parties en 1967 visait à *modifier* la Convention de Berne pour permettre ce qui a été désigné dans les conférences diplomatiques par l'expression "petites réserves". Cette interprétation se heurte toutefois à des difficultés, parce que la Convention de Berne contient, dans son article 27, des dispositions et procédures spécifiques relatives aux modifications. On peut donc difficilement faire valoir qu'une modification a été effectuée dans un rapport général de la conférence diplomatique.

Une autre possibilité encore serait que les déclarations relatives à des petites réserves contenues dans les rapports généraux constituent de véritables "réserves" au traité, exprimées par certaines parties et acceptées par les autres parties lorsqu'elles ont approuvé les rapports généraux. Cette approche se heurte à la même difficulté que la théorie de l'"accord portant modification", puisque la Convention de Berne traite des réserves à son article 28 et exige qu'elles soient exprimées dans l'instrument de ratification (voir aussi les articles 19 à 21 de la Convention de Vienne).

La question de savoir si les textes en question font partie du droit international coutumier est examinée dans la réponse à la question n° 8 ci-dessous. Toutefois, les CE/EM estiment qu'en l'espèce, il n'est pas nécessaire de résoudre la question de la nature juridique de la doctrine des "petites réserves". La teneur des "petites réserves" est telle que la doctrine en question ne peut justifier les mesures prises par les États-Unis qui font l'objet du présent différend, quelle qu'en soit la nature juridique.

Il est admis que l'origine de la doctrine des "petites réserves" se trouve dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles (1948) dans lequel il est indiqué ce qui suit:

"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 exemptions 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 11bis, 11ter, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit."⁵⁰

Il est admis que l'existence de cette doctrine a été confirmée par le rapport général de la Conférence de Stockholm (1967):

"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

⁵⁰ La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986, OMPI, Genève, 1986, page 216.

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 11bis, 11ter, 13 et 14. Le Rapporteur terminait en disant que ces allusions étaient données "d'une touche légère sans infirmer le principe du droit.

Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles."⁵¹

Quelle que soit la nature juridique du principe énoncé dans ces textes, les CE/EM estiment que l'intention était clairement de limiter les "petites réserves" aux cas suivants:

- utilisations non commerciales décrites dans les rapports généraux: cérémonies religieuses, exécutions par des fanfares militaires et nécessités de l'enseignement et de la formation;
- toutes exceptions existant dans la législation des États membres de l'Union de Berne à l'époque où les conférences ont eu lieu (1967 au plus tard), c'est-à-dire reconnaissance du principe de l'antériorité en faveur des pratiques préexistantes. Cela ressort expressément de l'emploi des termes "maintenir" et "préserver" et de l'intention claire de ne pas porter atteinte au droit (ou "infirmer le principe du droit") en autorisant la création de nouvelles exceptions exprimée dans le rapport général de Bruxelles (*supra*).

Comme les deux exceptions prévues par la législation des États-Unis, "pour usage de type privé" et "pour activités commerciales", n'ont clairement rien à voir avec les "cérémonies religieuses", "fanfares militaires" et "nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation", mais sont d'une nature commerciale évidente et correspondent à une large proportion d'établissements commerciaux, et comme l'"exception pour usage de type privé" dans sa formulation initiale n'a été introduite qu'en 1976/1978 (et l'"exception pour activités commerciales" dans la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" n'a été introduite qu'en 1998), il semblerait qu'elles ne puissent en aucun cas bénéficier de la doctrine des "petites réserves".

Q.6 À votre avis, quel est le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11bis 2) de la Convention de Berne? L'article 13 l'emporte-t-il sur l'exception prévue à l'article 11bis 2) en ce qui concerne les droits exclusifs conférés par l'article 11bis 1) 1° à 3° de la Convention, en ce sens que, lorsque les trois conditions énoncées à l'article 13 sont remplies, le versement d'une rémunération équitable n'est pas prescrit? Les prescriptions de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne l'emportent-elles en tant que *lex specialis* sur les prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en ce sens que si une rémunération équitable est versée, il n'est pas nécessaire de satisfaire au critère comportant trois conditions énoncé à l'article 13? Les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11bis 2) s'appliquent-elles de manière cumulative, en ce sens que, d'une part, même s'il est satisfait au critère comportant trois conditions énoncé à l'article 13, il y a encore une quatrième prescription, exigeant que soit versée une rémunération équitable, et d'autre part, même si une rémunération équitable est versée conformément à l'article 11bis 2), il est nécessaire de remplir aussi les trois conditions énoncées à l'article 13? Veuillez expliquer votre réponse.

Comme nous l'avons fait observer dans notre déclaration orale, les CE/EM estiment que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas applicable en tant qu'exception aux droits exclusifs

⁵¹ Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, OMPI, Genève, 1971, paragraphes 209 et 210, page 1174.

inscrits dans la Convention de Berne (voir les points 54 à 58; voir aussi la réponse donnée à la question n° 10 posée aux CE/EM par le Groupe spécial). Si l'on devait appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aux droits énoncés dans la Convention de Berne, le rapport entre l'article 13 de l'Accord et l'article 11*bis* 2) de la Convention serait pertinent. De l'avis des CE/EM, il semblerait qu'en tout cas la prescription d'une rémunération équitable constitue une condition *sine qua non* pour qu'il soit possible de bénéficier des exceptions aux droits énoncés à l'article 11*bis* 1) de la Convention de Berne.

Q.7 À votre avis, dans quelle mesure la Convention de Berne est-elle devenue un élément du droit international coutumier et, s'il en est ainsi, quelles sont notamment les dispositions des articles 1 à 21 qui font partie de ce droit?

De l'avis des CE/EM, la Convention de Berne ne fait pas partie du droit international coutumier. Le droit international coutumier est une "coutume constante et uniforme, acceptée comme étant le droit".⁵² On ne peut inférer facilement qu'une disposition d'un traité est devenue partie du droit international coutumier.⁵³ La Convention de Berne n'est pas universellement acceptée et les pays qui l'ont acceptée en ont accepté des versions différentes. Les CE/EM ne croient donc pas qu'il soit possible de parler d'une "coutume constante et uniforme". Ils ne voient pas non plus comment les principes qui y sont énoncés pourraient être considérés comme ayant été "acceptés comme étant le droit" indépendamment de ses dispositions.

Q.8 La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne, en particulier dans le contexte des articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention, est-elle devenue une règle du droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne compte tenu du paragraphe 3), alinéas a) à c) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne, ou compte tenu de l'article 32 de la Convention de Vienne? La doctrine des "exceptions mineures" ou d'autres exceptions implicites ont-elles été incorporées dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 de l'Accord, en même temps que les articles 1 à 21 de la Convention de Berne? Veuillez expliquer votre réponse.

Comme cela est expliqué dans la réponse donnée à la question n° 5, les CE/EM n'estiment pas que la Convention de Berne fasse partie du droit international coutumier. Pour les CE/EM, il s'ensuit que la doctrine des "petites réserves" ne paraît guère pouvoir faire partie du droit international coutumier. Une difficulté particulière tient au caractère exceptionnel de ces réserves, qui empêcherait qu'elles ne deviennent une "coutume constante et uniforme, acceptée comme étant le droit".

Les CE/EM n'excluent pas que la doctrine des "petites réserves" soit devenue, en vertu de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et quelle que puisse être sa signification juridique, partie de l'Accord sur les ADPIC. Les CE/EM ne comprennent pas ce que le Groupe spécial entend lorsqu'il se réfère à d'"autres exceptions implicites".

En ce qui concerne l'article 31 4) de la Convention de Vienne, les CE/EM ne voient pas à quel terme des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne la doctrine des "petites réserves" pourrait donner un sens particulier.

Q.9 En dehors des cérémonies religieuses, des fanfares militaires, des concerts de bienfaisance ou des nécessités de l'enseignement, à quoi s'applique la doctrine des "petites réserves"? Ne s'applique-t-elle qu'aux utilisations non commerciales? A-t-elle été élaborée uniquement eu égard à l'article 11 de la Convention de Berne, ou a-t-elle été étendue à l'article 11*bis* 1) 3°, étant donné que ces articles concernent des types de droits différents?

⁵² *Affaire du droit d'asile: Colombie c. Pérou*, CIJ Recueil 1950, page 266.

⁵³ *Plateau continental de la mer du Nord*, CIJ Recueil 1969, page 3.

Quels exemples d'exceptions implicites de ce genre pourraient être pertinents dans le présent différend?

Le rapport général de la Conférence de Bruxelles (1948), qui fait état de la doctrine des "petites réserves" à propos de l'article 11 de la Convention de Berne, donne une liste exhaustive des circonstances dans lesquelles la doctrine est applicable. Ces circonstances ont été limitées aux cérémonies religieuses, aux fanfares militaires et à l'enseignement et à la formation.

De l'avis des CE/EM, on peut déduire de ces circonstances que les "petites réserves" ne peuvent viser des activités commerciales. Cette vue est aussi étayée par une référence aux actes de la Conférence de Bruxelles, dans lesquels il est indiqué clairement que *"les limitations avaient un caractère restreint et qu'en particulier, il ne suffisait pas que l'exécution, la représentation ou la récitation fussent "sans but de lucre" pour qu'elles échappassent au droit exclusif de l'auteur"* (voir Ricketson, *The Berne Convention: 1886-1986*, page 536).

Q.10 Pour satisfaire à la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ("certains cas spéciaux"), suffit-il que la limitation ou l'exception soit définie de façon très précise?

Le critère "certains cas spéciaux" signifie que ces cas doivent être distingués en raison de leurs particularités de l'ensemble des cas visés par un droit individuel.

"Spécial" signifie "sortant de l'ordinaire". Cette notion comporte donc un élément qualitatif. Les cas spéciaux doivent être distingués des cas non spéciaux, c'est-à-dire des cas normaux. En d'autres termes, il faut établir une distinction entre la règle et l'exception.

La notion comporte aussi un élément quantitatif, en ce sens que la proportion entre "certains cas spéciaux" et les cas normaux ne peut en aucun cas dépasser un seuil *de minimis*.

Q.11 S'agissant de la deuxième condition énoncée à l'article 13, à quel égard, le cas échéant, une exploitation normale de l'"œuvre" est-elle la même chose qu'une exploitation normale des "droits exclusifs" relatifs à cette œuvre?

De l'avis des CE/EM, il faut procéder à l'analyse par rapport à un droit exclusif spécifique. Ainsi, l'exploitation normale de l'œuvre au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est l'exploitation normale de ce droit tout à fait exclusif en ce qui concerne une œuvre donnée.

Autrement, si l'on ne maintenait que les droits "essentiels", on risquerait de faire disparaître en totalité certains droits exclusifs au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

Cette dernière approche serait clairement contraire au fondement même de la Convention de Berne, qui établit un système élaboré de droits exclusifs différents, assorti de mécanismes différents de "régulation fine".

Q.12 Dans quelle mesure est-il approprié d'évaluer la conformité d'une loi avec les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC en se fondant sur la situation actuelle du marché dans un pays donné?

Les CE/EM ne voient pas très bien ce qu'il faut entendre par "situation actuelle du marché dans un pays donné".

Il nous paraît clair que l'analyse portant sur les trois conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC doit être effectuée pour le territoire d'un pays donné, en l'espèce les

États-Unis, puisque la protection des droits de propriété intellectuelle est fondée sur le principe de la territorialité.

Q.13 Dans quelle mesure l'évolution ultérieure des technologies et des marchés (par exemple, l'apparition de nouveaux moyens de transmission ou une utilisation accrue de la musique de fond ou de la télévision) est-elle pertinente pour l'interprétation des conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

Il semblerait aussi que cette analyse doive être fondée sur l'environnement socio-économique existant dans le pays concerné. Nous avons, toutefois, souligné à maintes reprises qu'à notre avis, les effets économiques d'une exception qui doivent être évalués sont ses effets potentiels. Voir aussi notre réponse à la question n° 9 posée aux CE/EM ci-dessus.

Q.14 Est-il justifié de définir les trois conditions exclusivement par référence à un marché particulier, ou y a-t-il lieu de procéder à une analyse comparative des pratiques en matière de licences dans les autres Membres où les conditions économiques sont similaires?

Il semblerait, toujours compte tenu de la réponse à la question n° 12 ci-dessus, que les trois conditions mentionnées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC doivent faire l'objet d'une analyse par référence à la situation existant dans le Membre de l'OMC concerné, mais des données relatives à d'autres Membres d'un niveau de développement socio-économique similaire peuvent être utiles pour corroborer ou contredire les données initiales relatives au pays concerné ou pour fournir des données qui, pour des raisons pratiques, ne sont pas disponibles chez le Membre concerné.

Q.15 S'agissant de la troisième condition énoncée à l'article 13, les notions de "préjudice injustifié" et d'"intérêts légitimes" devraient-elles être définies en fonction des droits existants, garantis par la loi, ou connotent-elles aussi l'existence d'une préoccupation normative chez les détenteurs de droits? Dans ce dernier cas, quelle pourrait être cette préoccupation normative? Outre l'analyse empirique du préjudice causé aux intérêts légitimes, comment cet élément normatif pourrait-il être pris en compte pour définir le seuil d'application de la troisième condition énoncée à l'article 13?

Les CE/EM ne voient pas très bien ce qu'il faut entendre par "préoccupation normative". Comme cela est souligné aussi dans la réponse à la question n° 18 ci-dessous, les CE/EM estiment que des éléments tant normatifs qu'empiriques doivent être pris en considération au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et que les éléments empiriques peuvent avoir une incidence sur les questions normatives. Nous voudrions aussi prier le Groupe spécial de se reporter à l'exemple donné dans la réponse à la question n° 18 ci-dessous.

Q.16 Quelle est l'étendue du préjudice "justifié" causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits qui est acceptable au titre de la troisième condition énoncée à l'article 13?

Les trois conditions mentionnées à l'article 13 visent à assurer que ce qui est l'exception ne devienne pas la règle. Le préjudice justifié doit être estimé par rapport au préjudice injustifié. S'il peut être difficile, comme nous l'avons fait observer précédemment (voir les points 73 et suiv. de notre déclaration orale) de tracer la ligne de démarcation précise entre préjudice justifié et préjudice injustifié, il ne peut y avoir aucun doute, de l'avis des CE/EM, que le préjudice causé par une exception qui vise entre 45 pour cent et plus de 70 pour cent des établissements ne peut en aucun cas être considéré comme justifié parce qu'alors, l'exception deviendrait la règle.

Q.17 En vue de donner un sens distinct à la deuxième et à la troisième condition énoncées à l'article 13, à quel égard l'étendue, le degré ou la forme d'une atteinte aux droits exclusifs qui ne va pas jusqu'au seuil à partir duquel il y a "atteinte à l'exploitation normale" diffèrent-ils de l'étendue, du degré ou de la forme d'une atteinte aux droits exclusifs qui dépasse le seuil

jusqu'auquel il y a préjudice justifié causé aux intérêts du détenteur du droit? En d'autres termes, quel est le rapport entre le degré de préjudice acceptable au titre de la troisième condition énoncée à l'article 13 et l'"exploitation normale" au titre de la deuxième condition?

Les CE/EM conviennent que les deuxième et troisième conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC sont des conditions distinctes, qui doivent être appliquées de manière cumulative.

Tout d'abord, la prescription selon laquelle une exception de limitation ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre semble exiger une approche plus normative ou qualitative que la troisième prescription. Cela ressort de la comparaison du terme "atteinte" ("*conflict*") (au sens de "léser" ou "ne pas être compatible avec") avec l'expression "préjudice injustifié".

Deuxièmement, la prescription concernant l'"exploitation normale de l'œuvre" diffère des "intérêts légitimes du détenteur du droit" à un certain nombre d'égards. L'exploitation qui n'est pas "normale" peut encore correspondre à un "intérêt légitime" du détenteur du droit. Par ailleurs, l'"exploitation" renvoie aux modalités selon lesquelles un auteur peut obtenir une *rétribution* au titre d'un droit exclusif sur son œuvre, tandis que ses "intérêts" peuvent viser d'autres questions que les intérêts financiers dans l'exploitation du droit particulier en question, tel que l'intérêt dans la reconnaissance de son œuvre ou l'information quant à son utilisation.

En conséquence de l'étendue excessive des situations visées par l'article 110 5) (voir aussi les résultats de l'analyse de Dun & Bradstreet à laquelle nous nous sommes référés à maintes reprises), il ne peut y avoir aucun doute, de l'avis des CE/EM, qu'aucune des deux dernières conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est remplie.

Q.18 Conviendrait-il d'adopter des approches empiriques quantitatives ou normatives pour définir les trois conditions énoncées à l'article 13?

De l'avis des CE/EM, il convient de recourir, aux fins d'interprétation, à des éléments à la fois quantitatifs et normatifs. Il y a aussi des cas dans lesquels des données quantitatives peuvent influencer sur une évaluation normative, comme lorsqu'il est établi à partir de données quantitatives que l'exception vise plus de la moitié des situations, si bien que l'exception devient la règle, contrairement au principe sur lequel est fondé l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

APPENDICE 1.4

RÉPONSES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES AUX QUESTIONS ÉCRITES POSÉES PAR LES ÉTATS-UNIS – PREMIÈRE RÉUNION

(19 novembre 1999)

Q.1 Les CE peuvent-elles présenter des éléments factuels à l'appui de leur affirmation selon laquelle les œuvres musicales européennes représentent 25 pour cent de l'ensemble des œuvres musicales jouées aux États-Unis?

Veillez vous reporter à la réponse à la question n° 5 posée aux CE/EM par le Groupe spécial.

Q.2 Sur quels faits les CE se basent-elles pour affirmer que des établissements, aux États-Unis, ont "adapté leurs installations de sonorisation" ou ont résilié leur abonnement à des services commerciaux de diffusion de musique à la suite des décisions Claire's Boutiques et Edison?

Il ressort clairement de la demande de jugement déclaratoire et de la demande d'ordonnance en référé dans l'affaire Edison Brothers Stores Inc. contre Broadcast Music Inc. (l'affaire Edison) (voir les pièces n° 19 et n° 20 des CE) qu'Edison avait adapté le matériel de sonorisation dans ses magasins de manière à bénéficier de l'exception pour usage de type privé. C'est ce que l'on désigne par l'expression "politique d'Edison en matière de radio" qui a d'abord obtenu l'accord de BMI jusqu'à ce que celle-ci révoque son accord (ce qui a donné lieu à l'affaire Edison).

Dans son intervention désintéressée présentée à la Cour d'appel dans l'affaire Claire's Boutiques (voir la pièce n° 21 des CE), l'ASCAP a déclaré qu'à son avis "*cette décision (c'est-à-dire celle du tribunal de district), si elle n'est pas infirmée, aboutira[it] à une réduction très substantielle des droits de licence acquittés par les propriétaires d'établissements qui diffusent de la musique au moyen de radios et de systèmes de haut-parleurs, et par les preneurs de licence pour de la musique de fond, dont beaucoup d'abonnés annuleront leur abonnement et feront entendre de la musique diffusée par la radio*".

Q.3 Les CE soutiennent-elles qu'en ce qui concerne la représentation ou l'exécution publiques, aucune exception aux droits inscrits à l'article 11 de la Convention de Berne n'est admissible?

Comme nous l'avons fait remarquer dans la réponse à la question n° 11 posée aux CE/EM par le Groupe spécial, les débats consacrés dans le cadre de l'OMPI à la doctrine des "petites réserves" ont essentiellement porté sur l'article 11 de la Convention de Berne. De l'avis des CE/EM, l'article 110.5) ne pourrait en aucun cas bénéficier de la doctrine des "petites réserves" telle qu'envisagée à l'OMPI, même si cette "doctrine" était applicable à l'article 11 de la Convention de Berne.

Q.4 Les CE soutiennent-elles que la doctrine des "petites réserves" n'autorise aucune exception autre que celles qui existaient déjà dans les pays Membres à l'époque de leur adhésion à la Convention de Berne?

Veillez vous reporter à la réponse à la question n° 11 posée aux CE/EM par le Groupe spécial.

Q.5 Veuillez énumérer et décrire toutes exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques contenues dans les législations relatives au droit d'auteur ou les législations relatives aux droits voisins de la CE/EM, et indiquer la date d'entrée en vigueur de ces exceptions.

Les États-Unis sont priés de se reporter aux réponses données par les CE/EM dans le contexte de l'examen portant sur le droit d'auteur et les droits connexes qui a été effectué pendant le premier semestre de 1996 au Conseil des ADPIC, pour lequel le Secrétariat de l'OMC a établi une vaste documentation. Nous voudrions, par ailleurs, appeler l'attention des États-Unis sur le fait que toutes les lois et réglementations ayant de l'importance pour la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC ont été notifiées au Conseil des ADPIC de la manière prévue par l'Accord.

Q.6 Selon les CE, 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 subissent l'incidence de la modification de 1998; les CE disposent-elles de données factuelles indiquant:

- combien de ces établissements font entendre de la musique;
- combien de ces établissements font entendre de la musique radiodiffusée, par opposition à la musique enregistrée.

Tous les chiffres en pourcentage reproduits dans les analyses de Dun & Bradstreet, y compris, bien sûr, la base de 100 pour cent, correspondent à des utilisateurs potentiels. Les utilisateurs potentiels visés par l'exception sont libres de bénéficier de la possibilité offerte par l'article 110 5) à tout moment, à leur gré, et sans aucune notification aux détenteurs de droits ou à leurs sociétés de recouvrement des droits. Les CE/EM estiment donc que la question de savoir "*combien d'établissements font effectivement entendre de la musique radiodiffusée ou de la musique enregistrée à un moment donné*" est d'une importance secondaire et que la réponse est difficile à établir factuellement.

Q.7 Sur quels faits la CE se base-t-elle pour affirmer que les détenteurs de droits des CE ont perdu ou perdront des recettes du fait de l'application de l'article 110 5) B)? Quel est le montant estimatif des pertes ou des pertes projetées?

Comme le montre le communiqué publié conjointement par BMI et l'ASCAP au lendemain de l'adoption par le Congrès de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales (voir la pièce n° 14 des CE), les pertes totales que subiront les détenteurs de droits en conséquence de ces mesures se montent à des "dizaines de millions de dollars par an". Les pertes supportées par les détenteurs de droits des CE seront d'un montant proportionnel à leur part dans le marché des États-Unis, pour laquelle nous avons présenté une estimation en réponse à la question n° 5 posée aux CE/EM par le Groupe spécial.

Q.8 Les détenteurs de droits des CE ont-ils jamais reçu des recettes provenant de représentations ou d'exécutions secondaires dans des établissements américains d'œuvres autres que des œuvres musicales non dramatiques? Dans l'affirmative, veuillez fournir des données factuelles à l'appui. Si les CE allèguent que ces détenteurs de droits ont perdu ou perdront des recettes en conséquence de l'application de l'article 110 5) A), veuillez fournir des données à l'appui de cette allégation et indiquer le montant estimatif de ces pertes.

Les CE supposent que par l'expression "*représentations ou exécutions secondaires*" (expression qui ne figure pas dans la Convention de Berne ou dans l'Accord sur les ADPIC), les États-Unis désignent les représentations ou exécutions pour lesquelles les auteurs bénéficient de droits exclusifs en vertu des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne.

Dans le délai imparti, il n'a pas été possible aux CE/EM de consulter toutes les sociétés de recouvrement des droits de l'UE sur cette question. Toutefois, les CE/EM ont reçu, en rapport avec cette question, des renseignements communiqués par l'Irish Music Rights Organisation (Imro), société de recouvrement qui administre le droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres musicales pour la plupart des détenteurs de droits sur des œuvres musicales résidant en Irlande. L'Imro a confirmé qu'au nom de ses membres détenteurs du droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres dramatico-musicales, elle confie le recouvrement de recettes aux États-Unis correspondant à la représentation ou à l'exécution publiques de ces œuvres aux sociétés de recouvrement américaines, étant entendu seulement que la représentation ou l'exécution de ces œuvres sur la scène ou dans des circonstances semblables est exclue. L'Imro a expressément confirmé qu'elle confie aux sociétés de recouvrement américaines le recouvrement des recettes provenant de la radiodiffusion et de la retransmission de ces œuvres dramatico-musicales aux États-Unis (ce qui correspond approximativement au droit inscrit à l'article 11*bis* 1) 1° et 2° de la Convention de Berne) et celui des recettes provenant de l'exécution publique d'œuvres dramatico-musicales radiodiffusées aux États-Unis (ce qui correspond approximativement au droit prévu à l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne).

Q.9 Étant donné l'affirmation des CE selon laquelle les exceptions aux droits exclusifs inscrits à l'article 11*bis* de la Convention de Berne doivent être évaluées compte tenu de l'article 11*bis* 2), comment les CE évalueraient-elles l'admissibilité de l'article 110 5), qui implique deux droits exclusifs distincts, dont un seul fait l'objet d'un droit à une rémunération équitable?

Si la législation nationale d'un Membre de l'OMC prévoit une exonération de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur qui concerne plusieurs droits exclusifs pour lesquels des conditions différentes sont applicables, les différentes conditions doivent être remplies de manière cumulative.

Q.10 Les CE soutiennent-elles qu'une exception pour but commercial aux droits inscrits aux articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne n'est en aucun cas admissible?

Les CE/EM estiment que la doctrine des "petites réserves" ne permet pas d'exception pour l'utilisation commerciale du droit. Veuillez vous reporter aussi à la réponse à la question n° 9 posée par le Groupe spécial aux deux parties. Nous n'excluons pas, toutefois, qu'une exception pour un but commercial puisse, si elle est correctement formulée, satisfaire aux prescriptions énoncées à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne.

APPENDICE 1.5

DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

(24 novembre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	138
II. ÉLÉMENTS FACTUELS	138
1. Importance économique, pour l'auteur d'œuvres musicales, des droits de communication publique des œuvres, comparée à celle des autres droits d'auteur exclusifs	138
2. Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur: interactions et distinctions	139
3. Internet	139
4. Pratiques des pays tiers	140
5. Pratiques des États-Unis	140
III. ÉLÉMENTS JURIDIQUES	140
1. Article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et articles 11bis 1) 3°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne	140
2. La doctrine des petites réserves	140
a) Nature juridique	140
b) Champ d'application et calendrier	141
3. Article 13 de l'Accord sur les ADPIC	141
a) Champ d'application	142
b) Les conditions d'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC	142
IV. CONCLUSION	143

I. INTRODUCTION

1. Compte tenu du grand nombre de questions auxquelles les parties et les tierces parties ont récemment répondu, ainsi que des discussions souvent très détaillées qui ont eu lieu lors de la première réunion de fond du Groupe spécial, qui s'est tenue les 8 et 9 novembre 1999, les CE/EM saisissent cette occasion pour présenter leur point de vue de façon systématique et mettre en lumière les questions litigieuses qui subsistent.

II. ÉLÉMENTS FACTUELS

2. Un grand nombre d'éléments factuels ont déjà été clarifiés lors de nos travaux antérieurs. De l'avis des CE/EM, il reste à clarifier un certain nombre d'éléments factuels importants.

1. Importance économique, pour l'auteur d'œuvres musicales, des droits de communication publique des œuvres, comparée à celle des autres droits d'auteur exclusifs

3. Le principal objet du droit d'auteur est de rémunérer les auteurs pour leurs efforts et investissements de créateurs. Ainsi, par le biais d'accords de licence appropriés, les auteurs peuvent contrôler chaque utilisation de leur propriété intellectuelle faisant l'objet d'une protection et être adéquatement rémunérés.

4. Cependant, au cours des dernières décennies, certaines utilisations ont pris une importance commerciale plus grande que d'autres. En particulier, selon certains commentateurs des États-Unis, le droit d'exécution publique est devenu le droit le plus important et le plus rémunérateur pour la plupart des compositeurs, paroliers et éditeurs de musique.¹

5. La valeur commerciale que représente pour les auteurs le droit d'exécution publique, ou de communication au public, considérée isolément ou comparée à celle des droits de reproduction, est significative, ce que confirment les chiffres publiés chaque année par les sociétés de recouvrement des droits. En Belgique, par exemple, où une société unique est responsable du recouvrement de tous les droits sur les œuvres musicales (ce qui permet de faire plus rapidement des comparaisons), le total des recettes distribuées aux auteurs au titre des droits d'exécution s'est élevé en 1998 à 867 millions de francs belges (21 millions d'euros), tandis qu'au premier semestre de la même année, le montant réparti au titre des droits de reproduction mécanique n'a atteint que 324 millions de francs belges (8 millions d'euros). Cela signifie qu'environ 60 pour cent des recettes distribuées à tous les auteurs provenaient des droits de communication au public.²

6. Cela illustre bien l'ampleur, en termes quantitatifs, du manque à gagner que des exceptions semblables à celles qui sont prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur entraînent pour les auteurs. Si l'on considère à nouveau l'Europe, les recettes réparties au titre d'œuvres musicales diffusées à la télévision et à la radio dans de petits établissements ouverts au public représentent entre 10 et 26 pour cent des recettes totales perçues au titre de l'exécution publique d'œuvres. Par conséquent, des exemptions semblables à celles qui sont examinées ici diminueraient globalement les recettes que les auteurs perçoivent au titre de leurs œuvres d'environ 6 à 15 pour cent. Ces chiffres montrent clairement que les droits exclusifs qui sont stipulés aux articles 11*bis* 1) 3°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne ne sont pas des droits secondaires et annexes, n'ayant pratiquement que peu ou pas du tout de valeur, mais qu'ils constituent des droits exclusifs considérables, non seulement en termes absolus, mais aussi quand on les compare aux autres droits exclusifs garantis par la Convention de Berne et par l'Accord sur les ADPIC.

¹ Selon B. Korman et I. F. Koenigsberg, "Performing rights in music and performing rights societies", dans 33 *Journal of Copyright Society*, 1986, page 332 et suiv. (Voir ci-joint la pièce n° 22 des CE.)

² Voir pièce n° 23 des CE.

2. Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur: interactions et distinctions

7. Les deux parties interprètent l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur en s'appuyant sur un argument *a contrario* tiré de l'alinéa B) et en concluent que l'alinéa A) s'applique à tous les types d'œuvres littéraires et artistiques, à l'exception des œuvres musicales non dramatiques.

8. Bien que les deux parties aient avancé cette interprétation, il n'est toutefois pas certain que les tribunaux des États-Unis l'adoptent dans tous les cas. Si un tribunal des États-Unis interprétait textuellement l'alinéa A), il risquerait d'appliquer l'exception qu'il contient à toutes les œuvres littéraires et artistiques, y compris aux œuvres musicales non dramatiques.

9. Dans ce contexte, un autre élément mérite d'être éclairci. Au cours de la première réunion du Groupe spécial qui s'est tenue les 8 et 9 novembre 1999, les États-Unis, répondant à une question du Groupe spécial, ont fourni quelques explications relatives à la définition des œuvres musicales non dramatiques. Ils ont expliqué qu'une œuvre musicale dramatique était définitivement catégorisée comme telle au moment de sa création. Cela aurait pour conséquence qu'une aria tirée d'un opéra, ou bien une chanson tirée d'une œuvre musicale, continuerait à être considérée comme une œuvre musicale dramatique, même dans le cas où elle serait interprétée isolément.

10. Selon les informations dont disposent les CE/EM, cette explication ne reflète pas fidèlement la situation de droit et de fait qui prévaut aux États-Unis. Le classement d'une œuvre dans la catégorie des œuvres dramatiques ou dans celle des œuvres non dramatiques dépend des circonstances de son exécution. Cela signifie qu'une chanson tirée d'une œuvre musicale dramatique, interprétée isolément, en dehors de l'œuvre dramatique, serait considérée comme une œuvre non dramatique. Il est par ailleurs important de noter que toutes les pièces de musique qui font à l'origine partie d'une œuvre musicale dramatique, mais qui sont interprétées comme des œuvres non dramatiques, appartiennent au répertoire qui, aux États-Unis, fait l'objet de licences concédées par l'ASCAP et BMI.³ Cela ne signifie pas que les détenteurs de droits sur des œuvres dramatiques ne perçoivent aucune rémunération pour l'exécution publique de leurs œuvres. Aux États-Unis, la communication au public des œuvres dramatiques fait l'objet d'une licence concédée directement par le détenteur de droit, sans que l'ASCAP et BMI interviennent en tant qu'intermédiaires.

11. La grande difficulté qu'il y a à distinguer clairement entre les deux alinéas est un autre argument qui incite à les traiter comme une même entité, leur objectif commun étant de permettre une large utilisation des œuvres littéraires et artistiques, dans des établissements très divers, pour le bénéfice des clients, pour autant que les œuvres soient diffusées à la radio ou à la télévision.

3. Internet

12. Alors que dans leur première communication écrite, les CE/EM ont attiré l'attention du Groupe spécial sur le fait que l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur s'applique vraisemblablement aussi à des cas concernant certaines communications sur Internet⁴, les États-Unis ont essayé d'écarter ou de minimiser ce risque⁵, en se référant en particulier à d'autres droits exclusifs qui ne sont pas visés dans la présente affaire. Les CE/EM se réjouissent de constater que, dans leur réponse à la question n° 6 du Groupe spécial aux États-Unis, les États-Unis indiquent qu'ils n'excluent plus cette possibilité. En tout état de cause, il ne fait aucun doute que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur s'applique pleinement quand un ordinateur est utilisé comme récepteur pour la radio ou la télédiffusion.

³ Voir la note 1 ci-dessus.

⁴ Voir le point 39.

⁵ Voir le point 16.

4. Pratiques des pays tiers

13. Bien que les CE/EM n'aient pu, dans le bref laps de temps qui s'est écoulé depuis la transmission des réponses des États-Unis, vérifier l'exactitude de la réponse concernant les pratiques des pays tiers qui a été donnée à la question n° 16 du Groupe spécial aux États-Unis, il est remarquable, mais pas surprenant, qu'aucun des pays mentionnés n'autorise d'exception à la protection des droits d'auteur dans des situations comparables à celles qui sont prévues par l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur les droits d'auteur. Il est également intéressant de relever qu'un certain nombre de pays (Brésil, Inde, Philippines et Afrique du Sud) ne sont pas encore tenus de respecter la section relative au droit d'auteur de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où ils bénéficient de périodes transitoires en vertu de l'article 65:2 de l'Accord sur les ADPIC et où leur législation nationale n'a pas encore fait l'objet d'un examen relatif à l'Accord sur les ADPIC.

5. Pratiques des États-Unis

14. Il est intéressant de noter que d'autres exceptions, semblables aux pratiques des pays tiers dont font état les États-Unis, sont également prévues par la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur en dehors de l'article 110 5), notamment aux paragraphes 1) à 4) de l'article 110 et que ces exceptions ne sont pas contestées dans la présente affaire.

III. ÉLÉMENTS JURIDIQUES

1. Article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et articles 11bis 1) 3°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne

15. Bien que la rédaction des communications ne soit pas identique, les parties semblent convenir que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur institue des exceptions aux droits exclusifs stipulés dans les dispositions auxquelles il est fait référence ci-dessus. La divergence de vues concerne la question de savoir si, et dans quelle mesure, ces exceptions peuvent être justifiées par les autres dispositions de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC.

2. La doctrine des petites réserves

16. La question des petites réserves a été soulevée dans le cadre de deux conférences diplomatiques de l'Union de Berne. Il est rendu compte de ces débats dans les rapports généraux des deux conférences.

a) Nature juridique

17. Comme nous l'avons souligné dans notre réponse à la question n° 5 du Groupe spécial aux CE/EM et aux États-Unis, le fondement juridique de la doctrine des petites réserves n'est pas clair. Pour les raisons déjà indiquées, aux termes de l'article 31 3) de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, les rapports généraux des conférences diplomatiques peuvent, en principe, être utilisés pour interpréter la Convention de Berne. Toutefois, le texte des articles 11bis et 11 de la Convention de Berne ne contient aucun élément qui puisse être interprété dans le sens de la doctrine des petites réserves.

18. L'interprétation selon laquelle la doctrine des petites réserves constitue un droit international coutumier, qui modifierait le texte de la Convention de Berne, a été écartée par les deux parties.⁶

19. Selon une autre interprétation, les rapports généraux constitueraient la preuve d'un accord entre les membres de l'Union de Berne, visant à modifier la Convention de Berne conformément au

⁶ Voir les réponses à la question n° 8 du Groupe spécial aux deux parties.

contenu desdits rapports. Non seulement le langage utilisé dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles (1948): "Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici, d'une touche légère (non souligné dans l'original)"⁷, ne reflète pas ce type d'approche, mais encore l'article 27 de la Convention de Berne va manifestement à l'encontre de cette interprétation.

20. Enfin, l'option qui consiste à considérer que le langage pertinent des rapports généraux constitue de véritables réserves se heurte à des objections similaires à celles qui concernent "l'approche du type accord" dans la mesure où l'article 28 de la Convention de Berne prescrit des procédures à suivre pour faire valoir ces réserves qui n'ont pas été suivies dans la présente affaire.

b) Champ d'application et calendrier

21. En fin de compte, les CE/EM considèrent que dans la présente affaire ces questions juridiques complexes peuvent rester non résolues dans la mesure où les exceptions prévues à la section 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur vont, par de nombreux aspects, bien au-delà de ce que la doctrine des petites réserves aurait permis.

22. Pour ce qui est du champ d'application des petites réserves, les rapports généraux ne mentionnent que trois exemples d'exceptions – les cérémonies religieuses, l'exécution d'œuvres musicales par des fanfares militaires, et nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Il ne fait aucun doute, et à ce qu'il semble, personne n'a encore prétendu le contraire, que les exceptions établies par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur n'entrent dans aucune de ces trois catégories et ne sont comparables à aucune d'entre elles.

23. En outre, les textes prouvent clairement que la doctrine des petites réserves visait à protéger par une clause d'antériorité les pratiques auxquelles il est fait référence au paragraphe précédent, qui étaient en vigueur à la date de la Conférence diplomatique de 1967 ou bien qui existaient préalablement. À cette époque, les États-Unis n'avaient institué de clause d'exception de ce type et ils ne sont devenus membres de l'Union de Berne qu'en 1989.

24. En résumé, quel que soit le fondement juridique de la doctrine des petites réserves, il est clair que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne tombe pas dans son champ d'application et n'est pas concerné par ses clauses d'antériorité. En d'autres termes, aucune exception figurant dans la Convention de Berne ne peut être le prétexte des dispositions de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

3. Article 13 de l'Accord sur les ADPIC

25. Alors que les deux parties sont apparemment d'accord sur le principe, clairement énoncé à l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC et à l'article 20 de la Convention de Berne, selon lequel l'Accord sur les ADPIC a pour objet d'augmenter les niveaux de protection des droits de propriété intellectuelle, les États-Unis font valoir que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur pourrait être justifié en vertu de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

26. L'application de l'article 13 des ADPIC aux droits énoncés à l'article 11*bis* 1) de la Convention de Berne doit également être considéré au regard de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne qui stipule une clause d'exception spécifique en ce qui concerne les droits énoncés à l'article 11*bis* 1) de ladite convention. Cela signifie que toute exception devrait, au minimum, assurer une rémunération équitable au détenteur du droit. Or, ce n'est pas ce que prévoit l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Les CE/EM sont d'avis que l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne s'applique à toutes les exceptions et limitations à l'article 11*bis* 1) de ladite convention. Il n'y a absolument rien dans le texte de cette convention pour étayer le point de vue des États-Unis selon

⁷ Voir la citation reproduite dans la réponse à la question n° 5 du Groupe spécial aux deux parties.

lequel l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne ne s'applique qu'aux licences obligatoires. Le libellé de l'article 11*bis* de la Convention de Berne n'est pas pertinent dans la mesure où il ne se fonde pas sur un texte négocié mais sur un projet de texte établi par le Bureau international de l'OMPI.⁸

27. Les CE/EM ont toujours défendu le point de vue selon lequel l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne s'applique pas, pour de multiples raisons, aux articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne. Et même si l'on devait considérer que l'article 13 des ADPIC joue un rôle dans le contexte des exceptions aux droits exclusifs prévues par la Convention de Berne, il faudrait respecter le principe selon lequel l'Accord sur les ADPIC a pour objet de réduire ou d'éliminer les exceptions existantes plutôt que d'en accorder de nouvelles ou d'élargir les exceptions existantes. Par ailleurs, le texte de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est rédigé ainsi:

"Les Membres restreindront (non souligné dans l'original) les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits ..."

Cette rédaction est singulièrement différente de celle qui est utilisée dans toutes les autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux exceptions, par exemple aux articles 17, 26 2) et 30 de l'Accord, qui stipulent que:

"Les Membres pourront prévoir (non souligné dans l'original) des exceptions limitées ..."

a) Champ d'application

28. À supposer que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ait eu pour objet de restreindre les exceptions existantes en vertu de la Convention de Berne, il aurait alors été nécessaire que les États-Unis précisent l'étendue des exceptions qui existaient préalablement à l'adoption des articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne. Comme on l'a souligné ci-dessus, la doctrine des petites réserves s'applique à des situations préexistantes – les cérémonies religieuses, l'exécution d'œuvres musicales par des fanfares militaires et les nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation, mais elle ne s'applique en aucun cas à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur et peut encore moins être étendue à d'autres dispositions et notamment s'appliquer à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC de sorte que celui-ci puisse être invoqué pour restreindre les exceptions et limitations.

29. Les CE/EM ne comprennent pas la pertinence des arguments présentés par les États-Unis en relation avec le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions de phonogrammes, qui ont été adoptés par une Conférence diplomatique en décembre 1996. Ces traités (51 signataires pour le Traité sur les droits d'auteur et 50 signataires pour le Traité sur les interprétations et exécutions de phonogrammes) n'ont à ce jour été ratifiés que par un petit nombre des parties contractantes (neuf pour le premier et sept pour le second; les CE/EM ne les ont pas encore ratifiés) et n'ont pas encore atteint le seuil des 30 ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur. Il est difficile d'imaginer que de tels traités, qui sont encore à l'état *nasciturus*, puissent ajouter ou enlever quoi que ce soit aux obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC qui est en vigueur depuis 1995 qui a force obligatoire pour plus de 130 Membres de l'OMC.

b) Les conditions d'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

30. Même si l'on fait valoir que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC crée également de nouvelles exceptions aux droits existants en vertu de la Convention de Berne – situation qui serait bien sûr incompatible avec l'argument selon lequel l'Accord sur les ADPIC a pour objet d'améliorer le niveau de protection des droits de propriété intellectuelle, d'où l'article 13 qui vise à limiter ou à

⁸ Voir à l'article 1 de la Convention de Berne, note 1.

restreindre les exceptions existantes – les effets de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur sont tels qu'aucune des trois conditions fixées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne serait remplie.

31. En ce qui concerne "certains cas spéciaux" les CE/EM ont souligné⁹ les raisons pour lesquelles nous pensons que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne remplit pas ces conditions. Du point de vue de la plausibilité, il apparaît évident qu'une exemption qui couvre de 45 pour cent à plus de 70 pour cent de tous les établissements existants ne constitue pas "certains cas spéciaux" mais inverse la relation règle-exception.

32. Pour ce qui est des seconde et troisième conditions, les CE/EM ont indiqué leur point de vue en réponse aux questions n° 11 et 12 du Groupe spécial aux deux parties dans la déclaration orale présentée lors de la première réunion du Groupe spécial, les 8 et 9 novembre 1999.¹⁰ Les CE/EM continuent de croire que l'analyse doit se fonder sur une évaluation se rapportant au droit exclusif concerné, compte tenu de la distinction savante établie par la Convention de Berne en ce qui concerne les droits exclusifs individuels. Une argumentation différente risquerait de conduire à ignorer complètement certains droits exclusifs pour autant que le droit économique fondamental reste protégé, situation que les États-Unis considéreraient également comme n'étant pas prévue par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.¹¹

33. Les CE/EM ne peuvent accepter l'argumentation présentée par les États-Unis en réponse à la question 18 du Groupe spécial, selon laquelle l'analyse doit se fonder sur les deux aspects, c'est-à-dire le droit exclusif individuel et les droits relatifs à l'ensemble de l'œuvre. Si l'on peut certes concevoir un critère multiple, celui-ci n'est pas satisfait s'il manque un seul élément. En d'autres termes, si la condition relative au droit exclusif n'est pas remplie, le critère n'est pas satisfait et l'analyse relative à l'ensemble de l'œuvre, quelle qu'en soit l'issue, n'est plus pertinente.

34. Enfin, les CE/EM aimeraient rappeler que selon la jurisprudence bien établie de l'OMC¹², il incombe aux États-Unis de prouver que les exceptions invoquées sont applicables et que leurs conditions d'application sont pleinement remplies.

IV. CONCLUSION

35. Au titre de l'article 64 1) de l'Accord sur les ADPIC, de l'article XXIII du GATT et de l'article 3 8) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, la violation par les États-Unis des obligations qui leur incombent au titre de l'Accord sur les ADPIC est présumée annuler ou compromettre un avantage.

36. Les CE/EM ont donc l'honneur de demander au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont enfreint les obligations qui leur incombent au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et des articles 11*bis* 1) 2°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne et devraient rendre leur législation nationale conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

⁹ Voir la réponse à la question n° 10 du Groupe spécial aux deux parties et aux points 66 à 68 de la déclaration orale que nous avons présentée lors de la première réunion du Groupe spécial.

¹⁰ Voir les points 69 et 71.

¹¹ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 18 du Groupe spécial aux États-Unis.

¹² Voir les références fournies au titre du point 47 de la déclaration orale que nous avons faite lors de la première réunion du Groupe spécial.

APPENDICE 1.6

DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES À LA SECONDE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL

(7 et 8 décembre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	145
II. ÉLÉMENTS FACTUELS	145
III. ÉLÉMENTS JURIDIQUES	145
1. La doctrine des petites réserves	146
a) La portée de la doctrine des petites réserves.....	147
b) La doctrine des petites réserves en tant que clause d'antériorité	147
c) La Loi type de Tunis sur le droit d'auteur	148
d) Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes	149
2. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.....	149
a) Certains cas spéciaux	150
b) Atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre	150
c) Préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits	150
i) <i>Estimation approximative du manque à gagner effectuée par les États-Unis.....</i>	<i>151</i>
ii) <i>Une autre approche ascendante est possible</i>	<i>152</i>
IV. CONCLUSION	153

I. INTRODUCTION

La présente audience est la seconde dans la présente affaire et donc la dernière occasion pour les parties de vous présenter l'ensemble des faits et arguments.

Les CE/EM présenteront leur thèse à la lumière des faits et arguments qui ont été portés à leur connaissance par les parties et les tierces parties. Lorsque cela sera nécessaire, nous ferons également des commentaires sur les réponses apportées par les États-Unis aux questions du Groupe spécial ainsi que sur la déclaration des États-Unis à titre de réfutation en date du 24 novembre 1999.

II. ÉLÉMENTS FACTUELS

1. Il semble aux CE/EM que la question du champ d'application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur a maintenant été largement clarifiée par les parties, à l'exception de la question des interactions et des distinctions entre les alinéas A) et B) et leur applicabilité au monde des technologies de l'information et au réseau Internet.

2. En ce qui concerne la première question, les termes de l'alinéa A) donnent à penser que toutes les œuvres couvertes par des droits d'auteur qui peuvent faire l'objet de communication au public par haut-parleur, sont concernées. Dans l'alinéa B), il est précisé que celui-ci s'applique aux œuvres musicales non dramatiques. S'il semble possible de tirer de cet alinéa un argument *a contrario* selon lequel l'alinéa A) ne s'appliquerait pas aux œuvres musicales non dramatiques, il est loin d'être certain que les tribunaux des États-Unis accepteraient systématiquement cet argument *a contrario*.

Quand les États-Unis mentionnent (au point 4 de leur déclaration à titre de réfutation) qu'il existe "*une jurisprudence constante des tribunaux des États-Unis pour ce qui est de l'interprétation de l'exception pour usage privé ...*", les CE/EM voudraient faire observer qu'il n'existe à ce jour aucune décision d'un tribunal des États-Unis interprétant la portée de l'article 110 5) A) de la Loi sur le droit d'auteur.

3. Par ailleurs, les critères de la distinction entre œuvres musicales dramatiques et non dramatiques restent à expliciter. Alors que les États-Unis ont indiqué lors de la première réunion, en réponse à une question du Groupe spécial, que la distinction était définitivement établie lors de la création de l'œuvre, les CE/EM ont fait valoir dans leur déclaration de réfutation que, selon les sources américaines sur ce sujet, la ligne de partage n'est pas fixée définitivement, mais dépend des circonstances de l'exécution. En d'autres termes, cela implique qu'une aria tirée d'un opéra ou bien une chanson tirée d'une comédie musicale, diffusée à la radio ou à la télévision, doit être considérée comme une œuvre non dramatique, ce qui entraîne des conséquences importantes pour les pratiques en matière de concession de licences.

4. Si les CE/EM comprennent bien que dans le monde des technologies de l'information d'autres droits exclusifs que ceux qui sont couverts par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur sont pertinents en matière de communication au public, les États-Unis n'ont pas fait valoir que les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne s'appliquent pas dans l'environnement numérique.

III. ÉLÉMENTS JURIDIQUES

5. Bien que les termes employés par les États-Unis soient différents, il apparaît que les États-Unis sont en substance d'accord avec les CE/EM.

L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur est incompatible avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, considéré conjointement avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de

Berne, à moins que les États-Unis ne démontrant que cette disposition est couverte par une clause relative aux exceptions.

6. Les États-Unis font valoir que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC autorise les exceptions aux articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne, qui sont prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

Les CE/EM sont d'avis que les exceptions prévues à la section 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne peuvent être justifiées par aucune argumentation fondée sur l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

7. Les CE/EM ont précisé pourquoi, à leur sens, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas applicable aux droits établis par la Convention de Berne, qui ont été incorporés par renvoi à l'Accord sur les ADPIC. Les termes de l'Accord sur les ADPIC, l'historique des négociations de l'Accord, comme l'objet et les fins de l'Accord, viennent appuyer cette interprétation.

8. Cependant, même si l'on faisait valoir l'argument selon lequel l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC peut jouer un rôle dans le contexte des exceptions prévues par la Convention de Berne, les exceptions que contient l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne peuvent être justifiées.

9. Il semble que les États-Unis conviennent que l'un des principaux objectifs de l'Accord consiste à accroître le niveau de protection de la propriété intellectuelle, par rapport à celui qui était garanti par les conventions de l'OMPI déjà existantes. Cela signifie, en ce qui concerne l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC – au cas où il serait applicable aux articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention de Berne – que son objectif devrait être de limiter les exceptions plus vastes prévues par la Convention de Berne.

10. Alors que la Convention de Berne prévoit un certain nombre d'exceptions, par exemple dans ses articles 9 2), 10 et 10*bis*, son article 11 ne comporte aucune disposition relative à des exceptions tandis que le paragraphe 2 de l'article 11*bis* établit une exception spécifique, selon laquelle le détenteur de droit doit, au minimum, bénéficier d'une rémunération équitable. Les États-Unis ne vont cependant pas jusqu'à prétendre que l'on peut justifier l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur par l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne.

2. La doctrine des petites réserves

11. Dans la présente affaire, les États-Unis invoquent la doctrine des petites réserves qui, de leur point de vue, a été précisée et articulée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC (voir le point 2 de la déclaration à titre de réfutation).

12. Il est vrai que des discussions ont eu lieu sur les soi-disant petites réserves à l'occasion des deux conférences diplomatiques de l'Union de Berne, en 1948 et en 1967. Nous avons examiné de façon détaillée la nature juridique éventuelle des références aux petites réserves qui se trouvent dans les rapports généraux de ces conférences diplomatiques dans notre réponse à la question 5 du Groupe spécial aux CE/EM. Nous avons conclu que le fondement juridique de la doctrine des petites réserves en droit public international est douteuse.

13. Les États-Unis prétendent que la doctrine des petites réserves constitue une "pratique ultérieure" au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Toutefois, cette "pratique ultérieure" est un instrument, parmi d'autres, qui sert à interpréter, le cas échéant, les dispositions d'un traité. Dans le cas qui nous concerne, il est éminemment clair que l'article 11 de la Convention de Berne ne contient pas de dispositions relatives aux exceptions et que l'article 11*bis* de la même convention contient une disposition relative à une exception dont les conditions ne sont pas

remplies par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Il n'est donc pas nécessaire d'interpréter le texte de l'article plus avant.

b) La portée de la doctrine des petites réserves

14. La liste des dispositions relatives aux exceptions alléguées, qui figure dans la pièce n° 22 des États-Unis, ne donne que les numéros des articles, sans même spécifier la loi à laquelle ils appartiennent et sans donner aucune explication sur leur contexte. Elle ne contribue donc aucunement à établir une "pratique ultérieure", et moins encore à déterminer le champ d'application de la doctrine des petites réserves. Les États-Unis ont également fait référence à la doctrine des petites réserves en ce qui concerne les exceptions prévues par dix pays membres de l'Union de Berne (l'Union de Berne comprend actuellement plus de 130 membres). Toutes ces exceptions se caractérisent par leur caractère non commercial et reflètent pour la plupart des exceptions qui sont également prévues dans la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, en particulier aux paragraphes 1 à 4 de l'article 110. Ces exceptions ne sont pas celles qui sont couvertes par le paragraphe 5 de l'article 110 de la Loi sur le droit d'auteur.

15. Tout ceci nous mène à la conclusion selon laquelle il est difficile de donner une quelconque valeur juridique à la doctrine des petites réserves. Ainsi que nous l'avons indiqué à plusieurs reprises, il n'est heureusement aucunement nécessaire de trancher cette question épineuse dans l'affaire dont est saisi le Groupe spécial, car les exceptions que contient l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne satisfont aucunement les conditions relatives au champ d'application et au calendrier auxquelles il est fait référence dans les rapports généraux.

16. Les seuls exemples qui ont été mentionnés au cours des débats sur les petites réserves qui ont eu lieu lors des deux conférences diplomatiques étaient les fanfares militaires, les services religieux et les nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. À l'évidence, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne se limite à aucune de ces catégories. Mais même si l'on fait valoir que ces trois exemples ne sont là qu'à titre d'illustration, ils ont pour traits communs de concerner des activités non commerciales, et d'avoir un objectif social bien défini. Or, étant donné que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur vise directement à servir des intérêts commerciaux par l'utilisation, dans des établissements commerciaux, d'œuvres couvertes par des droits d'auteur pour le bénéfice des clients, dans le but d'accroître le chiffre d'affaires et les bénéfices, on ne peut trouver aucune de ces caractéristiques communes à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

17. L'argument des États-Unis selon lequel les considérations de politique générale qui sont à l'origine de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur visaient à encourager les petites entreprises est, au mieux, illusoire. Tout d'abord, il convient de rappeler que les titulaires de droits d'auteur sont eux-mêmes dans leur vaste majorité, de "petites entreprises" et ensuite, comme le montre bien l'affaire Claire's Boutique (voir pièce n° 6 des CE), l'exception relative aux usages de type privé s'applique à de grandes sociétés. Claire's Boutique Inc. avait un chiffre d'affaires annuel proche de 200 millions de dollars et des bénéfices nets supérieurs à 13 millions de dollars.

c) La doctrine des petites réserves en tant que clause d'antériorité

18. En ce qui concerne le calendrier d'adoption des exceptions mineures, nous maintenons que les citations tirées des rapports généraux montrent à l'évidence que la doctrine des petites réserves avait pour objet de protéger les pratiques existantes par une clause d'antériorité, et n'invitait pas les membres de l'Union de Berne à adopter ultérieurement des petites réserves de ce type.

19. Par ailleurs, pour ce qui est de l'application des dispositions visant à protéger par une clause d'antériorité les nouvelles parties à une convention, nos arguments restent valables. Il n'y a pas de raison de mieux traiter les nouveaux venus que les Membres établis en les autorisant à réduire le niveau de leurs obligations alors qu'un Membre établi ne serait plus autorisé à le faire. Cette approche

est parfaitement neutre eu égard au niveau de développement d'un pays Membre ou d'un candidat à l'adhésion à une convention internationale.

20. Le cas de la Convention de Berne illustre bien les effets non discriminatoires d'une telle approche dans la mesure où la grande majorité des pays en développement étaient déjà membres de l'Union de Berne au moment de l'adhésion des États-Unis. En outre, l'Accord sur les ADPIC a adopté une approche identique en ce qui concerne les clauses d'antériorité (voir les articles 4:d) et 24:4 de l'Accord sur les ADPIC).

d) La Loi type de Tunis sur le droit d'auteur

21. Un nouvel argument en faveur de notre point de vue selon lequel la doctrine des petites réserves ne couvre en aucun cas les situations envisagées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur peut être tiré de la Loi type de Tunis sur le droit d'auteur, adoptée en 1976 (c'est-à-dire à une date ultérieure à la dernière référence aux "petites réserves" faite lors de la Conférence diplomatique de 1967). Cette loi type a pour objet de mettre à la disposition des législateurs des pays en développement un texte dont ils peuvent s'inspirer lors de l'élaboration d'une loi sur les droits d'auteur conforme à la Convention de Berne (pour plus de détails se référer à la description présentée dans le document intitulé Background Reading Material on Intellectual Property, OMPI, 1988 pages 255 à 257, pièce n° 24 des CE).

Cette loi type "*fixe des limitations diverses au droit d'auteur, aussi bien des utilisateurs à titre gratuit que des licences non volontaires*", mais aucune de ces limitations ne ressemble, même de loin, aux exceptions de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur. Le texte de la loi type de Tunis sur le droit d'auteur auquel il est fait référence est reproduit dans notre communication.

Selon la loi type, les utilisations à titre gratuit comprennent:

- a) l'utilisation d'une œuvre pour l'usage personnel et privé de celui qui l'utilise;
- b) l'insertion de citations conformes aux bons usages et faites dans la mesure justifiée par le but à atteindre;
- c) l'utilisation de l'œuvre à titre d'illustration dans des publications, des émissions de radiodiffusion ou des enregistrements sonores et visuels, dans un but d'enseignement et sous réserve que cette utilisation soit conforme aux bons usages et que la source et le nom de l'auteur de l'œuvre soient mentionnés par l'utilisateur;
- d) la reproduction dans la presse ou la communication publique d'articles d'actualité économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou d'une œuvre radiodiffusée ayant le même caractère, sous réserve que la source de l'œuvre soit clairement indiquée par l'utilisateur et que de telles utilisations n'aient pas été expressément interdites lors de la publication ou de la radiodiffusion initiale de cette œuvre;
- e) l'utilisation d'une œuvre qui peut être vue ou entendue à l'occasion de comptes rendus d'événements d'actualité;
- f) la reproduction en vue de la cinématographie ou de la télévision d'œuvres d'art et d'architecture dans la mesure où leur utilisation n'a qu'un caractère incident et où lesdites œuvres sont placées dans un lieu public;
- g) la reproduction par un procédé photographique d'une œuvre couverte par des droits d'auteur, quand elle est faite par une bibliothèque publique, un centre de

documentation non commercial, une institution scientifique ou un établissement d'enseignement, à condition que le nombre d'exemplaires soit limité aux besoins de leurs activités et qu'une telle reproduction ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur;

- h) la reproduction par voie de presse ou de communication publique de discours politiques ou de discours prononcés pendant les débats judiciaires, ou de toutes conférences ou sermons prononcés en public, etc., sous réserve que cette utilisation soit faite exclusivement dans un but d'information d'actualité et n'entraîne pas la publication d'une collection de ces œuvres.
- e) Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes

22. Enfin, les États-Unis, invoquant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, suggèrent qu'il doit exister en vertu de la Convention de Berne de larges exceptions, non définies.

23. Nous avons déjà souligné dans notre déclaration à titre de réfutation qu'étant donné que ces traités sont à l'état *nasciturus*, qu'ils ne sont même pas en vigueur et n'ont pas encore été ratifiés par les CE/EM, leurs stipulations quelles qu'elles soient, ne peuvent ni réduire le niveau de protection accordé en vertu de la Convention de Berne ou de l'Accord sur les ADPIC, ni créer de nouvelles exceptions, non prévues par ces deux instruments.

Mais même sur le fond, il n'y a rien dans le texte de l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui donne à penser que de nouvelles exceptions auraient été envisagées. Alors que l'article 10 1) du Traité limite les nouveaux droits exclusifs institués par le Traité et institue des exceptions à ces droits, l'article 10 2) traite des cas dans lesquels le Traité rend les droits prévus par la Convention de Berne applicables à l'environnement numérique, ce qui ne figurait pas dans la Convention de Berne.

24. En revanche, dans la présente affaire, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur est contraire aux articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne, dont la portée n'a pas été modifiée par l'Accord sur les ADPIC.

25. Les arguments qui ont été présentés au sujet de l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur s'appliquent *mutatis mutandis* à l'article 16 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

26. En tout état de cause, on peut dire qu'il n'existe pas dans la Convention de Berne de disposition - expresse ou implicite - relative aux exceptions ou limitations qui justifierait les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, et moins encore de disposition relative aux exceptions ou limitations dont la portée aurait été "restreinte" par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et qui pourrait de ce fait justifier l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

3. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

27. Dans l'hypothèse où le Groupe spécial considérerait que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est pertinent aux fins de l'évaluation de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, nous appliquons maintenant le triple critère prévu à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

a) Certains cas spéciaux

28. Nous avons indiqué à plusieurs reprises pourquoi nous considérons que les exemptions qui figurent à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur ne constituent pas "certains cas spéciaux". Nous n'avons pas l'intention de réitérer ici ces raisons, mais nous pensons qu'il est suffisant de dire que des exceptions qui exonèrent de façon inconditionnelle de 45 à plus de 70 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail, de restauration et les débits de boissons, de responsabilité pour atteinte au droit d'auteur lorsqu'ils diffusent, par radio ou par télévision, des œuvres couvertes par des droits d'auteur, et qui exonèrent le reste de ces établissements à des conditions généreuses, ne peuvent être considérés comme "certains cas spéciaux", de telles exonérations constituant plutôt une inversion du principe règle-exception.

b) Atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

29. Ici encore nous avons exposé en détail les raisons pour lesquelles nous considérons que les exceptions établies par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur portent incontestablement atteinte à l'exploitation normale (voir par exemple nos réponses aux questions n° 11 et 12 du Groupe spécial aux deux parties). Nous nous limiterons ici à mentionner une fois de plus l'importance de cette exception, qui couvre de façon inconditionnelle une très grande partie des entreprises de secteurs entiers, et de ce fait porte atteinte à l'exploitation normale des droits d'exécution publique.

c) Préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits

30. Nous n'avons pas l'intention de répéter tous les arguments que nous avons avancés à l'appui de notre point de vue selon lequel les exceptions que contient l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur portent incontestablement un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits, mais nous souhaiterions axer nos propos sur les nouvelles estimations quantitatives présentées par les États-Unis dans leur déclaration à titre de réfutation (point 33 et suivants).

31. Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre réponse à la question n° 12 du Groupe spécial aux deux parties, nous convenons que le préjudice économique subi par le détenteur du droit doit être évalué principalement sur la base de ses effets économiques dans le pays qui a établi les exceptions. Ainsi que nous l'avons dit précédemment, et ainsi que les États-Unis l'ont eux-mêmes indiqué au cours des négociations de la clause des ADPIC sur les exceptions (voir les communications des États-Unis au Groupe de négociation, document MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, pièce n° 18 des CE, et l'article 6 du document MTN.GNG/NG11/W/70, pièce n° 25 des CE), nous sommes d'avis qu'il est plus approprié d'examiner l'incidence potentielle que l'incidence effective dans la mesure où la première peut être établie avec un degré de certitude plus élevé et où elle est moins affectée par des changements imprévus.

32. Nous avons présenté une analyse des effets économiques potentiels de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur qui n'a jamais été contestée de façon motivée par les États-Unis. Cette analyse démontre que 73 pour cent de tous les débits de boissons, 70 pour cent de tous les établissements de restauration et 45 pour cent de tous les établissements de vente au détail des États-Unis sont inconditionnellement exemptés du paiement de droits d'auteur par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur tandis que les autres établissements sont exemptés dans la mesure où ils satisfont à une condition se rapportant essentiellement au nombre de haut-parleurs utilisés. De notre point de vue, ces résultats montrent à l'évidence que les exceptions stipulées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur constituent incontestablement un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droit.

i) *Estimation approximative du manque à gagner effectuée par les États-Unis*

33. Dans leur déclaration à titre de réfutation, les États-Unis se sont efforcés de minimiser le préjudice causé sur la base d'une estimation approximative du manque à gagner effectif fondée sur la répartition de droits effectuée par une seule société de recouvrement, l'ASCAP.

De l'avis des CE/EM, cette approche est viciée à la base pour plusieurs raisons:

34. La répartition des droits entre les titulaires qu'effectuent les sociétés de recouvrement est fonction des sommes recouvrées, qui sont elles-mêmes fonctions de la protection juridique dont bénéficient les droits exclusifs pertinents.

Aux États-Unis, les droits auxquels il est fait référence aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne n'étaient pas du tout protégés jusqu'en 1976 (voir la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Aiken, pièce n° 1 des CE). Si ces droits exclusifs ont généralement été protégés à compter de 1976, l'exception "pour usage privé" a été établie à la même époque par le précédent article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

Cette exception excluait déjà de nombreux "usages dans les entreprises commerciales" (voir par exemple les affaires Claire's Boutique et Edison, pièces n° 5 et n° 6 des CE, respectivement), ce qui réduisait déjà considérablement le nombre d'entreprises ayant besoin d'obtenir une licence.

35. En outre, la National Licensed Beverage Association (NLBA) a, selon les États-Unis, conclu en 1995 un accord avec les sociétés de recouvrement des États-Unis, qui exonère de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur tous les établissements d'une superficie inférieure à 3 500 pieds carrés ainsi que, dans certaines conditions, d'autres établissements plus importants. (Voir la première communication écrite des États-Unis, points 12 à 14.) De ce fait, depuis l'entrée en vigueur de cet accord, aucun droit de licence n'a été recouvré auprès des débits de boissons et des établissements de restauration qui sont membres de la NLBA.

36. À titre de rappel, les chiffres qui figurent dans l'analyse de Dun & Bradstreet réalisée à la demande du Congrès des États-Unis (voir la déclaration orale des CE/EM lors de la première audience, point 37) indiquent que l'exonération inconditionnelle accordée aux débits de boissons et aux établissements de restauration d'une superficie de moins de 3500 pieds carrés couvre 65 et 72 pour cent, respectivement, de l'ensemble de ces établissements.

37. Par ailleurs, le chiffrage des pertes, qui ne concerne les détenteurs de droits des CE que lorsqu'un préjudice a été établi au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, constitue une interprétation erronée de l'article 13 dudit accord.

En ce qui concerne toutes les conditions auxquelles il est fait référence à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il convient d'évaluer l'incidence sur tous les détenteurs de droits, y compris les détenteurs de droits des États-Unis, les détenteurs de droits des CE et les détenteurs de droits appartenant à d'autres pays. L'impact spécifique sur les détenteurs de droits des CE n'est absolument pas pertinent à ce stade. Il ne devient pertinent que dans le contexte de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

38. Par ailleurs, les estimations quantitatives approximatives fournies par les États-Unis comportent une autre lacune: alors que dans cette affaire trois sociétés de recouvrement des droits sont concernées, les États-Unis ne fournissent des chiffres que pour l'une d'entre elles.

ii) *Une autre approche ascendante est possible*

39. Ayant fait valoir à plusieurs reprises qu'aux fins de l'analyse concernant l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il faut évaluer l'incidence potentielle plutôt que l'incidence effective, les CE/EM considèrent aussi que le recours à l'approche ascendante ci-après permet de recueillir au moins quelques indications plausibles sur l'ordre de grandeur des pertes réellement subies par les détenteurs de droits du fait de l'application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

40. Dans la base de données de Dun & Bradstreet (voir pièce n° 16 des CE), on trouve les chiffres suivants pour l'année 1998 et l'ensemble des États-Unis:

- 49 061 débits de boissons, et
- 192 692 établissements de restauration,

d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés et

- 281 406 établissements de vente au détail d'une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés.

Ces chiffres sont probablement inférieurs au nombre réel d'établissements si l'on en croit les données du Bureau du recensement des États-Unis pour l'année 1996 (voir pièce n° 18 des États-Unis), qui estiment à 240 000 le nombre d'établissements de restauration d'une superficie de moins de 3 750 pieds carrés.

41. En second lieu, nous convenons avec les États-Unis que tous ces établissements ne diffusent pas dans leurs locaux, à la radio ou à la télévision, des œuvres musicales, pour le bénéfice de leurs clients.

Dans leur déclaration à titre de réfutation, les États-Unis émettent l'hypothèse selon laquelle 30,5 pour cent de tous les débits de boissons et établissements de restauration ayant une superficie de moins de 3 750 pieds carrés diffusent effectivement des œuvres musicales à la radio ou à la télévision (voir point 39).

Bien que les États-Unis n'aient pas étayé cette hypothèse, nous l'utiliserons aux fins de la présente analyse, et l'appliquerons également à tous les établissements de vente au détail.

Ce processus établit que:

- 14 700 débits de boissons,
- 57 800 établissements de restauration, et
- 84 400 établissements de vente au détail,

ayant une superficie inférieure au seuil de 3 750/2 000 pieds carrés diffusent effectivement dans leurs locaux des œuvres musicales à la radio sans avoir à payer de droit de licence. Cette analyse ne tient pas compte des œuvres musicales diffusées à la télévision.

42. Après cela, on relèvera le montant du droit de licence perçu pour la diffusion d'œuvres musicales à la radio dans les établissements pertinents, dans les barèmes des droits de licence de l'ASCAP (dont on trouvera un extrait dans la pièce n° 26 des CE) et du BMI (dont on trouvera un extrait dans la pièce n° 27 des CE).

Dans la mesure où l'ASCAP et le BMI représentent des répertoires différents, les établissements commerciaux doivent obtenir des licences auprès de chacun de ces organismes pour pouvoir diffuser de la musique à la radio.

Les droits de licences les plus faibles perçus par l'ASCAP et BMI auprès des débits de boissons et des établissements de restauration s'élèvent, au total, à 410 dollars EU par an. On peut comparer ce chiffre à ceux qui figurent dans le barème des droits de licence de la pièce n° 7 des États-Unis, qui indique effectivement des droits de licence annuels de 455 dollars EU pour les établissements d'une superficie inférieure à 1 500 pieds carrés, de 869 dollars EU pour des établissements d'une superficie allant de 1 500 à 2 500 pieds carrés, et de 1 265 dollars EU pour les établissements dont la superficie est comprise entre 2 500 et 3 500 pieds carrés.

Pour les établissements de vente au détail, le total des droits les plus faibles perçus par BMI et l'ASCAP s'élève à 283,50 dollars EU par an.

43. Quand on multiplie ces montants respectifs par le nombre d'établissements qui diffusent des œuvres musicales à la radio dans leurs locaux, on obtient le montant des recettes perdues par BMI et l'ASCAP, du fait de l'application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur.

Pour les débits de boissons et les établissements de restauration, la perte de recettes s'élève à 29 725 millions de dollars EU alors qu'elle est de 23,93 millions de dollars EU pour les établissements de détail, soit un total de 53,65 millions de dollars EU.

44. Ces chiffres représentent le manque à gagner total pour des détenteurs de droits, des États-Unis, des CE et des pays tiers. Cette analyse confirme également la déclaration faite par BMI et l'ASCAP dans le communiqué de presse qu'ils ont publié le jour qui a suivi l'adoption de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales (voir pièce n° 14 des CE) dans laquelle ils déclarent que:

"Les gains des auteurs de chansons, compositeurs et éditeurs ont été amputés de plusieurs dizaines de millions de dollars chaque année."

45. Cette incursion dans le domaine de l'estimation des pertes réelles subies par les titulaires de droits d'auteur du fait de l'application de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur confirme l'analyse basée sur les pertes potentielles qui a déjà été présentée et, de l'avis des CE/EM, indique clairement que les exceptions prévues par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur imposent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit d'auteur et que par conséquent la troisième condition stipulée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne peut être satisfaite.

IV. CONCLUSION

46. Les CE/EM ont donc l'honneur de demander au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont violé les obligations qui leur incombent au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC et au titre des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 1° de la Convention de Berne et devraient rendre leur législation nationale conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

Les CE/EM sont naturellement à la disposition du Groupe spécial pour répondre à toute autre question. Pour ce qui est des réponses fournies par l'OMPI, les CE/EM se réservent le droit de formuler des observations lorsqu'ils auront eu la possibilité de les examiner attentivement.

APPENDICE 1.7

OBSERVATIONS FORMULÉES PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LEURS ÉTATS MEMBRES SUR LA LETTRE ENVOYÉE PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI AU PRÉSIDENT DU GROUPE SPÉCIAL¹

(12 janvier 2000)

1. Les Communautés européennes et leurs États membres (CE/EM) souhaiteraient remercier, par votre entremise, le Bureau international de l'OMPI pour les travaux qu'il a accomplis en vue de répondre aux trois questions du Groupe spécial.
2. Pour ce qui est de la substance des réponses apportées, nous relevons que les réponses et annexes de l'OMPI ne fournissent aucune preuve de l'existence ou de la portée, aux termes de la Convention de Berne, d'une quelconque exception ou limitation, y compris la soi-disant doctrine des petites réserves, qui serait susceptible de justifier les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur.
3. De l'avis des CE/EM, cela confirme la conclusion que nous avons déjà exprimée au point 26 de notre communication à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial selon laquelle:

"En tout état de cause, on peut dire qu'il n'existe pas dans la Convention de Berne de disposition – expresse ou implicite – relative aux exceptions ou limitations qui justifierait les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, et moins encore de disposition relative aux exceptions ou limitations dont la portée aurait été "restreinte" par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et qui pourrait de ce fait justifier l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur."

4. Les CE/EM ne doutent pas qu'elles seront invitées à formuler des observations sur toute remarque de fond que pourraient présenter les États-Unis sur la base des réponses et annexes fournies par l'OMPI.

¹ Cette communication des CE contient également des commentaires sur la lettre envoyée au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales par un cabinet juridique représentant l'ASCAP, dont copie a été transmise au Groupe spécial. Cette partie de la communication n'est pas reproduite ici. La lettre dont il est question, de même que les observations formulées par les États-Unis à son égard, ne figurent pas non plus dans les appendices au présent rapport. Voir la section VI.B du présent rapport.

APPENDICE 2.1

PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

(26 octobre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	156
II. EXPOSÉ DES FAITS.....	156
A. L'ARTICLE 110 5) A).....	156
B. L'ARTICLE 110 5) B).....	159
III. ANALYSE JURIDIQUE.....	163
A. L'ARTICLE 110 5) S'APPLIQUE À CERTAINS CAS SPÉCIAUX.....	164
B. L'ARTICLE 110 5) NE PORTE PAS ATTEINTE À L'EXPLOITATION NORMALE	164
C. L'ARTICLE 110 5) NE CAUSE PAS UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ AUX INTÉRÊTS LÉGITIMES DU DÉTENTEUR DU DROIT	166
1. L'article 110 5) A).....	166
2. L'article 110 5) B).....	167
IV. CONCLUSION	168

I. INTRODUCTION

1. L'article 110 5) de la Loi des États-Unis de 1976 sur le droit d'auteur¹ est pleinement compatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'"Accord sur les ADPIC"). L'Accord, qui reprend les dispositions de fond de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) ("Convention de Berne"), permet aux Membres d'imposer des limitations mineures aux droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur. L'article 13 de l'Accord établit une norme permettant d'évaluer le bien-fondé de ces limitations ou exceptions. Les exceptions prévues à l'article 110 5) de la Loi sont conformes à cette norme: elles s'appliquent à des cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qui ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

II. EXPOSÉ DES FAITS

2. Le système de protection de la propriété intellectuelle des États-Unis est l'un des plus solides du monde. Leur régime du droit d'auteur confère au détenteur du droit d'auteur un "ensemble" de droits exclusifs. En particulier, aux termes de l'article 106 de la Loi sur le droit d'auteur, il a le droit exclusif d'accomplir et d'autoriser les actes suivants:

- i) reproduire l'œuvre protégée;
- ii) créer des œuvres dérivées fondées sur l'œuvre protégée;
- iii) distribuer dans le public des exemplaires de l'œuvre protégée;
- iv) 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;
- v) dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes ainsi que d'œuvres de peinture, des arts graphiques ou de sculpture, présenter en public l'œuvre protégée; et
- vi) dans le cas d'enregistrements sonores, représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée au moyen d'une transmission audionumérique.

3. L'article 110 de la Loi sur le droit d'auteur prévoit plusieurs exceptions limitées à l'un de ces droits exclusifs – le droit de représentation ou d'exécution publique. Ces exceptions portent notamment sur le droit de représenter ou exécuter une œuvre dans le cadre de certaines activités éducatives, charitables et religieuses, et elles comprennent les dispositions contestées par les CE dans la présente procédure, à savoir l'article 110 5) A) et B).

A. L'ARTICLE 110 5) A)

4. L'article 110 5) A) a constitué la totalité de l'exception au titre de l'article 110 5) pendant 22 ans, jusqu'à l'adoption en 1998 de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales (la modification de 1998).² L'article 110 5) A) exempte l'exécution

¹ Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, Loi du 19 octobre 1976, Pub.L. 94-553, 90 Stat. 2541 (telle que modifiée).

² La modification de 1998 a ajouté un nouvel alinéa B) à l'article 110 5). En conséquence, l'ancien article 110 5) est devenu l'article 110 5) A). Loi du 27 octobre 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives et des œuvres musicales, P.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Sess. (1998).

publique d'œuvres musicales communiquées au moyen d'un appareil récepteur pour "usage de type privé", sous réserve de certaines limitations supplémentaires; elle est libellée comme suit.³

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

5) 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.

5. En établissant, en 1976, l'exception pour usage de type privé, le Congrès voulait exonérer de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur les petits magasins et restaurants dont les propriétaires faisaient marcher un poste de radio ou de télévision ordinaire dans le cadre de leur travail. Comme cela est expliqué dans le rapport de la Chambre relatif à la révision de 1976 de la Loi sur le droit d'auteur:

Cette disposition exempterait les petits établissements commerciaux dont les propriétaires ne font qu'apporter dans leurs locaux un poste de radio ou de télévision ordinaire et recevoir des émissions pour le bénéfice de leurs clients; mais elle engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un 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".⁴

D'après le rapport de la Chambre, 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 sont reçues et la mesure dans laquelle l'appareil récepteur a été modifié ou sa puissance a été augmentée afin d'améliorer la qualité de la réception.⁵ Le rapport de conférence explique la raison d'être de l'exception, soulignant qu'elle serait justifiée dans les cas où le défendeur est un petit

³ L'article 110)5) A) et B) prévoit aussi une exception pour le droit de présentation d'une œuvre. Comme ce droit n'a pas ou pratiquement pas d'incidence économique pour les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales, il n'en est pas question ici.

⁴ Rapport de la Commission des lois de la Chambre des représentants, H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2nd Sess. 87 (1976) (ci-après dénommé le "rapport de la Chambre") (la page pertinente figure dans la pièce n° 1 des États-Unis).

⁵ *Id.* Les facteurs à prendre en considération pour appliquer l'exception reposent en grande partie sur les circonstances d'une affaire tranchée par la Cour suprême des États-Unis immédiatement avant l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur de 1976, l'affaire *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975). Dans cette affaire, la Cour a estimé que le propriétaire d'un petit établissement de restauration rapide d'une superficie de 1 055 pieds carrés ne portait pas atteinte au droit d'auteur lorsqu'il diffusait de la musique simplement au moyen d'une radio et de quatre haut-parleurs. Selon le rapport de la Chambre, cette situation de fait constitue la "limite extrême" de l'exception pour usage de type privé. *Id.*; voir aussi la pièce n° 1 des CE.

établissement commercial qui n'avait pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, un abonnement à un service commercial de musique de fond.⁶

6. La concession de licences à des milliers de restaurants et d'établissements de vente au détail est, par nature, un processus complexe nécessitant des ressources considérables.⁷ Il y a naturellement un point où les recettes pouvant provenir de la concession de licences ne justifient pas la charge administrative qu'impose ce processus. Celui-ci est particulièrement complexe dans le cas des petits établissements susceptibles de bénéficier de l'exception pour usage de type privé. Le Congrès pensait que cette exception aurait une incidence économique limitée parce qu'elle codifiait pour l'essentiel les pratiques en matière de licences des organisations de gestion des droits d'exécution à l'égard de ces établissements. Comme le fait remarquer le rapport de la Chambre, "dans la grande majorité des cas, aucune redevance n'est perçue aujourd'hui et il faudrait que l'exception soit énoncée expressément dans la loi".⁸

7. Depuis l'adoption de l'exception pour usage de type privé, il y a presque 25 ans, les tribunaux américains ont appliqué cette exception de façon étroite, conformément à l'intention du Congrès. Sur les 40 décisions rendues au titre de l'article 110 5) (qui est maintenant l'article 110 5) A)), il y en a eu seulement trois dans lesquelles le tribunal a estimé que le défendeur était en droit de bénéficier de l'exception. Les tribunaux ont généralement fondé leurs conclusions sur une analyse très factuelle, prenant en considération les facteurs mentionnés dans le texte et dans l'historique de l'article 110 5) A). Par exemple, dans l'affaire *Sailor Music contre Gap Stores, Inc.*, la Cour d'appel du deuxième Circuit a estimé qu'un magasin à succursales multiples n'avait pas le droit de bénéficier de l'exception parce qu'il utilisait quatre à sept haut-parleurs encastrés dans le plafond et, selon les termes de la Cour, "il avait une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, un abonnement à un service commercial de musique de fond".⁹ De même, dans l'affaire *Broadcast Music, Inc. contre United States Shoe Corp.*, la Cour d'appel du neuvième Circuit a suivi la jurisprudence établie dans l'affaire *Gap Stores* en affirmant que l'exception n'était pas applicable à une chaîne de magasins de détail. La Cour s'est expressément fondée sur le fait que la taille et la nature de l'établissement du défendeur justifiaient le recours à un système commercial de diffusion de musique de fond.¹⁰

⁶ Rapport de conférence de la Commission des lois de la Chambre des représentants, Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, H.R. Rep. No. 94-1733, 94th Cong., 2nd Sess. 75 (1976) (ci-après dénommé le "rapport de conférence") (pièce n° 2 des États-Unis).

⁷ Voir "Music Licensing in Restaurants and Retail and Other Establishments", audience de la Chambre des représentants, Sous-Commission de la justice et de la propriété intellectuelle, Commission des lois (17 juillet 1997) (ci-après dénommée "audience de la Commission des lois") (déposition de M. Patrick Collins, SESAC, pages 109 et 110). En raison de la longueur du procès-verbal de l'audience de la Commission des lois, celui-ci n'est pas joint, mais il peut être consulté sur Internet à l'adresse suivante: http://commdocs.house.gov/committees/judiciary/hju43667.000/hju43667_0.htm.

⁸ Rapport de la Chambre, page 86 (pièce n° 1 des États-Unis).

⁹ *Sailor Music v. Gap Stores, Inc.*, 668 F.2d 84 (2d Cir. 1981). *cert. denied*, 456 U.S. 945 (1982) ("*Gap Stores*") (les affaires dans lesquelles l'article 110 5) A) a été interprété sont énumérées, par ordre alphabétique, dans la pièce n° 3 des États-Unis).

¹⁰ *Broadcast Music, Inc. v. United States Shoe Corp.*, 678 F.2d 816 (9th Cir. 1982). Voir aussi *Red Cloud Music Co. v. Schneegarten, Inc.*, 27 U.S.P.Q.2d 1219 (C.D. Cal.1992) (suivant la décision rendue dans l'affaire *United States Shoe*). D'autres tribunaux américains ont également effectué une analyse nuancée du matériel utilisé et de la taille et des recettes de l'établissement pour conclure que l'exception pour usage de type privé ne s'appliquait pas. Par exemple, *Hickory Grove Music v. Andrews*, 749 F. Supp. 1031 (D. Mont. 1990) (un restaurant d'une superficie de 1 192 pieds carrés utilisant un poste de radio et des haut-parleurs encastrés ne pouvait pas bénéficier de l'exception prévue à l'article 110 5)); *Little Mole Music v. Mavar's Supermarket*, 12 U.S.P.Q.2d 1209 (N.D. Ohio 1988) (une chaîne de supermarchés ne pouvait pas bénéficier de l'exception prévue à l'article 110 5) du fait de sa taille et de l'utilisation de six à dix haut-parleurs encastrés); *Merrill v. Bill Miller's Bar-B-Q Enters.*, 688 F. Supp. 1172 (W.D. Tex. 1988) (une chaîne de restaurants ne pouvait pas bénéficier de l'exception parce que le matériel utilisé n'était pas destiné à un usage de type privé, la superficie

8. En appliquant l'exception pour usage de type privé, deux tribunaux ont accordé au matériel plus de poids qu'aux autres facteurs. Ils n'ont pas pris en considération les recettes des établissements ou leur mode de propriété, mais se sont basés sur le fait que les magasins de la chaîne en question disposaient de matériel stéréo extrêmement limité. Par exemple, dans l'affaire *Broadcast Music, Inc. contre Claire's Boutiques*, l'"appareil récepteur" en question coûtait 129,95 dollars, sa puissance était de 5 watts seulement et il ne pouvait être raccordé qu'à deux haut-parleurs de 7 x 5 x 4 pouces chacun (environ 18 x 13 x 10 cm). Le tribunal a ensuite procédé à une analyse rigoureuse du système stéréo en demandant au défendeur de prouver que chacun des composants du système était de "type familial" et que leur configuration était du genre de celle que l'on trouve couramment dans les foyers.¹¹ De même, dans l'affaire *Broadcast Music, Inc. contre Edison Brothers*, la Cour a acquis la conviction que l'exception s'appliquait lorsqu'elle a constaté que l'établissement utilisait seulement "un simple récepteur de radio bas de gamme" et deux haut-parleurs portables placés à 15 pieds (4,6 mètres) du récepteur.¹²

9. Globalement, l'abondante jurisprudence relative à l'article 110 5) A) témoigne du caractère restreint de cet article et de son application prudente par les tribunaux. Il faut cependant souligner aussi que la modification de 1998 a limité encore plus la portée de l'exception pour usage de type privé. Comme l'admettent les CE, l'article 110 5) A) ne s'applique plus du tout aux œuvres musicales non dramatiques. Il s'applique seulement aux autres types d'œuvres, comme les pièces de théâtre et les opéras. Il n'existe actuellement aucun mécanisme de licence permettant aux détenteurs du droit d'auteur de percevoir collectivement des redevances pour la représentation secondaire de ce genre d'œuvres dans des établissements. En pratique, aucune redevance n'est perçue pour ces représentations secondaires et, par conséquent, l'exception prévue par la loi pour l'utilisation de matériel de réception de type privé n'a aucun effet sur ce marché.

B. L'ARTICLE 110 5) B)

10. Au milieu des années 90, différentes catégories de petites entreprises ont dénoncé diverses pratiques abusives des organisations de gestion des droits d'exécution¹³, à la suite de quoi le Congrès a examiné une proposition demandant l'extension de l'exception pour usage de type privé, présentée par une coalition d'associations professionnelles (la "coalition"). Cette proposition avait une portée beaucoup plus large que le texte finalement adopté; en effet, elle préconisait une exemption totale pour l'exécution d'œuvres musicales non dramatiques, quel que soit le type ou la taille de l'établissement, ou le matériel utilisé pour diffuser l'œuvre. Elle aurait en outre permis la retransmission au-delà du lieu de réception de l'émission. Les seules conditions étaient qu'aucun droit d'admission ne soit perçu et que la transmission soit dûment autorisée par voie de licence.¹⁴

des restaurants était de 1 000 à 1 500 pieds carrés et leurs recettes annuelles justifiaient un abonnement à un service commercial).

¹¹ *Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques*, 949 F.2d 1482, 1493 (7th Cir. 1991).

¹² *Broadcast Music, Inc. v. Edison Bros. Stores, Inc.*, *supra*. Dans leur communication, les CE affirment, sans fournir de preuves, que, à la suite de cette affaire, les magasins à succursales multiples ont adapté leurs installations de sonorisation de manière à pouvoir bénéficier de l'exception et ont même résilié leur abonnement à des services de diffusion de musique. Communication des CE, page 9, note 25. Les CE ne présentent aucun élément étayant cette affirmation et les États-Unis n'ont connaissance d'aucun cas où un tel scénario a effectivement eu lieu.

¹³ En particulier, de nombreux propriétaires de petits établissements se sont plaints d'être en butte au harcèlement et aux tactiques abusives des organisations de gestion des droits d'exécution dans le cadre de la concession de licences. *Voir en général*, l'audience de la Commission des lois, déclaration de M. Bruce A. Lehman, Secrétaire adjoint au commerce et Commissaire aux brevets et aux marques, page 42, déclaration de M. Pete Madland au nom de la Tavern League du Wisconsin, page 220, et déposition de M. Peter Kilgore au nom de l'Association nationale des restaurateurs, pages 235 et 236.

¹⁴ La proposition de la coalition a été mentionnée dans H.R. 789, Loi de 1997 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, par le représentant James Sensenbrenner,

11. À l'époque, les organisations de gestion des droits d'exécution ont également proposé une modification de l'article 110 5) qui, à leur avis, "reflétait exactement les utilisations faites par les petits établissements commerciaux".¹⁵ Elles suggéraient de limiter la superficie à 1 250 pieds carrés (116,2 mètres carrés) et préconisaient en outre des limitations spécifiques concernant le matériel – pas plus de quatre haut-parleurs et de deux écrans de télévision de 44 pouces maximum (1,1 mètre).¹⁶ Il faut noter que la portée de l'exception préconisée par les organisations de gestion des droits d'exécution dans cette proposition initiale allait au-delà de l'interprétation de l'exception existante donnée par les tribunaux, et représentait donc une légère extension de cette dernière.

12. En octobre 1995, l'Association nationale des débits de boissons (NLBA), qui avait été l'une des premières à proposer la modification de l'article 110 5) et qui était un membre important de la coalition, a réglé ses différends avec les organisations des droits d'exécution et a signé un accord privé de licence collective qui s'appliquait à la plupart des membres de l'Association et dont pouvait bénéficier aussi tout restaurant, débit de boissons ou établissement de vente au détail autorisé à vendre des boissons alcooliques consommées sur place.¹⁷ 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:

- i) l'établissement a une superficie de moins de 3 500 pieds carrés (325,28 mètres carrés), ou
- ii) l'établissement a une superficie de 3 500 pieds carrés ou plus et n'utilise pas plus de six haut-parleurs raccordés à un poste de radio et/ou de télévision, dont quatre au plus dans une même pièce, et pas plus de trois postes de télévision ayant un écran de moins de 55 pouces (1,4 mètre), dont deux au plus dans une même pièce; et
- iii) aucun droit n'est directement perçu pour permettre de voir ou d'entendre l'émission et il n'y a pas de retransmission.¹⁸

13. L'accord signé par la NLBA prévoyait en outre une réduction des droits de licence pour la diffusion de musique par d'autres moyens, par exemple pour la musique reproduite mécaniquement ou

pièce n° 4 des États-Unis. C'est cette proposition, *et non* les dispositions en question dans la présente affaire, qui a servi de base à la déposition de la responsable du Registre du droit d'auteur, Mme Marybeth Peters, et à celle de M. Bruce Lehman, citée par les CE dans leur communication (première communication des CE, paragraphe 4). Les CE citent la partie de la déclaration de Mme Peters relative à cette exception beaucoup plus vaste qui n'a pas été adoptée, mais elles ne mentionnent pas sa déclaration relative à l'article 110 5) A). À propos de cet article, Mme Peters a fait observer qu'une commission *ad hoc* avait examiné l'article 110 5) dans le contexte de l'accession des États-Unis à la Convention de Berne, et elle a déclaré ce qui suit: "Je suis fermement convaincue que l'article 110 5) sous sa forme actuelle est adéquat, étant donné ce que prescrit la Convention de Berne, et que les exceptions qu'il prévoit sont comparables à celles qui existent dans d'autres pays." Audience de la Commission des lois page 46. Par ailleurs, les CE dénaturent les propos de Mme Peters et de M. Lehman sur la compatibilité de la proposition de la coalition avec l'Accord sur les ADPIC. Une lecture même rapide des déclarations citées révèle que Mme Peters et M. Lehman pensaient en fait que les modifications proposées amèneraient d'autres pays à alléguer que les États-Unis manquaient à leurs obligations – ce qui n'avait rien d'étonnant puisque les CE avaient déjà contesté la compatibilité de l'exception avec l'Accord sur les ADPIC et avaient ouvert une enquête officielle sur cette disposition au moment où les déclarations ont été faites. Voir aussi les pièces n° 11 et 12 des CE.

¹⁵ Lettre adressée le 24 juillet 1995 à l'Honorable Carlos Moorhead par l'ASCAP, BMI, Inc. et SESAC, Inc. (pièce n° 5 des États-Unis).

¹⁶ *Id.* pages 5 et 6.

¹⁷ Tout établissement membre de la NLBA peut bénéficier des dispositions de l'accord et les établissements qui n'en sont pas membres peuvent également en bénéficier en adhérant à la NLBA. Pour ce faire, un établissement doit être autorisé à vendre de l'alcool consommé sur place, ce qui est le cas de tous les bars et tavernes ainsi que de très nombreux restaurants.

¹⁸ NLBA News, avril 1997 (pièce n° 6 des États-Unis).

exécutée en direct, les juke-box appartenant à l'établissement et les émissions de radio et de télévision ne bénéficiant pas de l'exception.¹⁹ La principale organisation de gestion des droits d'exécution des États-Unis, la Société américaine des compositeurs, auteurs et éditeurs (ASCAP), s'est félicitée de l'accord, le qualifiant de "compromis équitable"²⁰, et déclarant qu'il profiterait aux petites entreprises tout en garantissant la protection des droits "des auteurs de chansons, des compositeurs et des éditeurs de musique".²¹ Il faut noter une fois encore que la portée de l'exception prévue dans cet accord à l'amiable est presque 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. De plus, au moment où l'accord a été conclu avec la NLBA, les organisations de gestion des droits d'exécution ont proposé d'appliquer la même formule à l'Association nationale des restaurateurs (NRA) et aux autres membres de la coalition, mais leur proposition a été rejetée.²²

14. En octobre 1998, après les longues négociations entre les organisations de gestion des droits d'exécution et la coalition, le Congrès a adopté une loi modifiant l'article 110 5), dont les termes étaient très semblables à ceux de l'accord avec la NLBA. Cette modification ajoutait à l'article 110 5) l'alinéa B) qui s'applique exclusivement aux œuvres musicales non dramatiques. Ce nouvel alinéa exempté les exécutions secondaires d'œuvres musicales non dramatiques sur la base de critères bien définis concernant la superficie et/ou le matériel, et impose trois limitations supplémentaires. En voici le texte intégral:

5) 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 2000 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 (185,9 mètres carrés) (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 attenant; ou

II) si l'exécution ou la présentation se fait par des moyens audiovisuels, toute partie visuelle de l'exécution ou de la

¹⁹ *Id.*; voir aussi Music Licensing Agreement with ASCAP, BMI et SESAC for NLBA Members, pages 2 et 3 (pièce n° 7 des États-Unis).

²⁰ ASCAP Playback, février 1996 (pièce n° 8 des États-Unis).

²¹ ASCAP Playback, décembre 1995 (pièce n° 9 des États-Unis).

²² Audience de la Commission des lois (déposition de M. Wayland Holyfield au nom de l'ASCAP, page 75). La NRA a rejeté cette offre parce qu'à son avis, il valait mieux que ses règles soient énoncées dans une loi plutôt que dans un accord commercial privé.

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;

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 (348,5 mètres carrés) (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.²³

15. Cette disposition faisait partie d'un projet de loi plus vaste qui prolongeait de 20 ans la durée de la protection par le droit d'auteur, accordant ainsi aux titulaires du droit d'auteur une protection beaucoup plus étendue que ce qu'exigeaient les accords internationaux.

16. Contrairement à ce qu'allèguent les CE, l'article 110 5) B) ne s'applique pas à la communication d'œuvres sur Internet.²⁴ En fait, ni l'article 110 5) A) ni l'article 110 5) B) n'exemptent les communications passant par un réseau numérique. De par la nature même du procédé de

²³ P.L. 105-298, article 202 (pièce n° 10 des États-Unis).

²⁴ Première communication des CE, paragraphe 39.

transmission, ces communications comportent de nombreuses reproductions et pourraient aussi impliquer le droit de distribution. Quand une œuvre est transmise à distance par un réseau informatique, des copies RAM temporaires sont effectuées dans les ordinateurs par lesquels elle passe, en raison du procédé de transmission.²⁵ C'est là un aspect essentiel du mode de transmission des données sur un réseau numérique. Les exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) ne s'appliquent qu'au droit d'exécution et n'affectent pas les droits exclusifs de reproduction et de distribution du détenteur du droit d'auteur. Par conséquent, même aux termes de l'article 110 5) modifié, les propriétaires d'établissements doivent en général demander une licence pour obtenir les droits de reproduction et éventuellement de distribution qu'impliquent les transmissions sur Internet.

III. ANALYSE JURIDIQUE

17. L'argumentation juridique des CE repose presque entièrement sur l'argument selon lequel les exceptions prévues à l'article 110 5) impliquent les articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne. Cette question n'est pas en litige. La question pertinente en l'espèce est de savoir non pas si les droits conférés par la Convention de Berne sont impliqués, mais si les dispositions en cause sont des exceptions autorisées conformément à la norme énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Dans leur communication, les CE ne procèdent pas à l'examen de fond de cette question centrale.

18. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore les articles 1 à 21 de la Convention de Berne. La Convention permet aux membres d'assortir de "petites réserves" les droits exclusifs qu'elle garantit, et notamment de prévoir des limitations du droit de représentation et d'exécution publiques prévu aux articles 11 et 11*bis*.²⁶ L'article 13 de l'Accord énonce la norme par rapport à laquelle il faut examiner si ces limitations des droits exclusifs sont admissibles. Cette norme s'inspire des termes de l'article 9 2) de la Convention²⁷ relatif aux exceptions au droit de reproduction, qui est libellé comme 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."

19. 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 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". Cette disposition doit être interprétée conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la *Convention de Vienne*, qui dispose, dans la partie pertinente, qu'"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 son but".²⁸

20. Le texte de l'article 13 établit clairement des prescriptions cumulatives concernant les exceptions aux droits exclusifs. Une exception ne doit s'appliquer qu'à certains cas spéciaux; elle ne peut pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et, de surcroît, elle ne peut pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

²⁵ Les tribunaux américains ont toujours estimé que les copies RAM impliquent le droit de reproduction du détenteur du droit d'auteur. *Voir, par exemple, MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), *cert. dismissed*, 114 S.Ct. 671 (1994); *Stenograph L.L.C. v. Bossard Assocs.*, 144 F.3d 96, 101-02 (D.C.Cir. 1998) (ces affaires figurent dans la pièce n° 11 des États-Unis). Cette conclusion a été codifiée à l'article 301 du Titre III de la Loi sur le droit d'auteur à l'ère numérique.

²⁶ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris de 1971), 103 (1978) ("Guide de la Convention de Berne").

²⁷ *Voir aussi* Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, paragraphe 2.72, 90 (1998).

²⁸ *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, WT/DS50/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 18 décembre 1997 (citant la Convention de Vienne, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 RTNU 221; 8 International Legal Materials 679 (1969)).

21. Le contexte de l'article 13 comprend les autres exceptions énoncées dans l'Accord, qui laissent aux Membres une certaine latitude pour mettre en œuvre ses dispositions pertinentes. Les articles 17, 26 et 30 contiennent des termes très semblables à ceux de l'article 13, appliquant cette exception, respectivement, aux marques de fabrique ou de commerce, aux dessins et modèles industriels et aux brevets. L'article 1:1 de l'Accord met également l'accent sur la flexibilité, disposant que "les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques".

22. L'objet et le but de l'article 13, exprimés dans le texte de cet article, sont de permettre certaines exceptions aux droits exclusifs conférés par le droit d'auteur. Ils doivent être considérés à la lumière des "objectifs" de l'Accord énoncés à l'article 7, qui dispose que l'Accord a pour but d'assurer l'avantage mutuel des producteurs et des utilisateurs et de contribuer à un équilibre de droits et d'obligations.

23. Chacun des critères énoncés à l'article 13 doit être interprété à la lumière de ces principes. Sur la base de cette analyse, les exceptions prévues à l'article 110 5) A) et B) sont conformes à l'article 13 parce qu'elles sont limitées à des cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

A. L'ARTICLE 110 5) S'APPLIQUE À CERTAINS CAS SPÉCIAUX

24. À titre préliminaire, l'article 110 5) ne s'applique qu'à "certains cas spéciaux". L'Accord sur les ADPIC ne précise pas selon quels critères un cas est considéré comme "spécial", et les Membres de l'OMC sont libres de déterminer pour eux-mêmes si un cas particulier justifie une exception aux droits exclusifs. Les adjectifs restrictifs "certains" et "spéciaux" employés à l'article 13 indiquent bien que les exceptions devraient être "clairement définies", plutôt que vagues et indéterminées.²⁹

25. L'article 110 5) A) ne s'applique qu'à certains cas spéciaux – ceux dans lesquels est utilisé un appareil récepteur pour "usage de type privé". C'est une norme factuelle, mais qui est quand même bien définie. Les tribunaux ont pris en considération les différents facteurs mentionnés dans le texte et dans l'historique de cette disposition pour déterminer si un établissement donné satisfaisait à cette norme. Pour se prononcer, les juges ont peut-être apprécié différemment ces différents facteurs, mais les affaires en question témoignent de l'application raisonnable et constante d'une norme factuelle en régime de common-law.

26. L'article 110 5) B) ne s'applique lui aussi qu'à certains cas spéciaux et il définit très précisément les établissements qui ont le droit de bénéficier de l'exception. Les limitations concernant la taille de l'établissement et le matériel utilisé sont explicites et sont faciles à appliquer.

B. L'ARTICLE 110 5) NE PORTE PAS ATTEINTE À L'EXPLOITATION NORMALE

27. L'Accord sur les ADPIC ne contient pas de définition normative de ce qui constitue l'"exploitation normale" d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Néanmoins, l'exploitation normale d'une œuvre peut et doit nécessairement comprendre des exceptions admissibles aux droits exclusifs de l'auteur – et c'est pour permettre ces exceptions que l'article 13 a été inclus dans l'Accord. Par définition, toute limitation des droits exclusifs et toute exception à ces droits privent le titulaire du droit d'auteur de la rémunération qu'il pourrait recevoir pour certaines utilisations de son œuvre. Si, chaque fois que le titulaire du droit est privé d'une rémunération éventuelle, cela portait atteinte à l'exploitation normale, l'article 13 serait dénué de sens.

28. Afin de déterminer ce qui constitue une exploitation normale, le Groupe spécial doit examiner toutes "les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en

²⁹ Gervais, page 90.

temps normal".³⁰ Conformément à la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale jouit de nombreux droits exclusifs. Les plus importants pour lui sont notamment le droit de reproduire l'œuvre sous forme d'exemplaires et de phonogrammes, le droit de distribuer et de vendre ces exemplaires ou phonogrammes et le droit d'exécuter l'œuvre musicale en public.³¹ L'exception établie à l'article 110 5) ne vise que le droit d'exécution publique.

29. En ce qui concerne le droit d'exécution publique, la forme d'exploitation de loin la plus importante pour le titulaire du droit d'auteur est l'exécution primaire de l'œuvre. La rémunération donnée par les organismes de radiodiffusion en échange du droit de diffuser l'œuvre musicale est particulièrement importante. Les redevances versées pour la radiodiffusion et l'exécution en direct d'une œuvre sont la principale forme de rémunération du titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale non dramatique pour son exécution en public. L'article 110 5) n'affecte pas le droit du titulaire de recevoir une rémunération pour ces formes d'exploitation. Il vise seulement les utilisations secondaires des émissions. De plus, il n'exempte pas toutes les formes d'exécution secondaire, mais seulement celles qui ont lieu dans des établissements qui utilisent des appareils récepteurs pour usage de type privé ou qui satisfont aux autres critères énoncés dans la loi, notamment ceux qui concernent la superficie. Enfin, même si l'établissement est exempté en vertu de l'article 110 5), le propriétaire doit payer des droits de licence pour l'utilisation de musique enregistrée sur CD ou cassettes et pour l'exécution en direct d'œuvres musicales.

30. De surcroît, comme l'a fait observer le professeur Ricketson, une utilisation ne porte pas atteinte à l'exploitation normale si le titulaire du droit d'auteur ne s'attend pas normalement à percevoir un droit pour cette utilisation.³² Il convient de souligner que la question en litige est celle de la portée de l'exploitation normale aux États-Unis. Par conséquent, même si une utilisation relève en principe des droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur, il se peut qu'elle ne puisse pas être exploitée normalement sur un marché ou dans un pays particuliers. Pour ce qui est de l'exception pour usage de type privé énoncée à l'article 110 5) A), elle était limitée aux établissements qui n'étaient pas suffisamment grands pour justifier un abonnement à un service commercial de musique de fond, même avant que les œuvres musicales non dramatiques soient exclues de son champ d'application par suite de l'adoption de la modification de 1998.³³ Comme cela est dit dans le rapport de la Chambre, le Congrès souhaitait que l'exception codifiée simplement les pratiques en matière de licences des titulaires du droit d'auteur et de leurs organisations chargées de la concession de licences.³⁴ L'intention du Congrès et la portée qu'il souhaitait donner à cette disposition ont été suivies par les tribunaux, comme nous l'avons dit précédemment. Étant donné que l'article 110 5) A) ne visait que les établissements qui, du reste, n'auraient probablement pas demandé une licence ou ne l'auraient probablement pas obtenue compte tenu des pratiques en vigueur à l'époque, il ne portait pas atteinte aux attentes des détenteurs de droits concernant l'exploitation normale de leurs œuvres.

31. Dès lors que l'article 110 5) A) exclut maintenant de son champ d'application les œuvres musicales non dramatiques (par exemple, les chansons couramment diffusées à la radio, et non dans le cadre d'une représentation dramatique plus vaste comme un opéra), il est encore plus évident qu'il ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour les œuvres musicales non dramatiques, il existe au moins un mécanisme de licence collective (les organisations de gestion des droits d'exécution) qui tirent *quelques* recettes des exécutions secondaires. Pour les autres œuvres visées par l'exception, comme les opéras, les pièces de théâtre et les comédies

³⁰ Sam Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, 483 (Kluwer 1987). Cette phrase se réfère à l'expression "exploitation normale" employée à l'article 9 2) de la Convention de Berne.

³¹ Cela comprend le droit de radiodiffuser l'œuvre énoncée à l'article 11 *bis* de la Convention.

³² Ricketson, page 483 ("les utilisations pour lesquelles [le titulaire du droit d'auteur] ne s'attendrait pas d'ordinaire à percevoir un droit – même si elles relèvent en toute rigueur de son droit [exclusif]" sont un exemple d'utilisation qui ne porterait pas atteinte à l'exploitation normale).

³³ Rapport de conférence, page 75 (pièce n° 2 des États-Unis).

³⁴ Rapport de la Chambre, page 86 (pièce n° 1 des États-Unis).

musicales, il n'existe pas de système de licence collective pour les exécutions secondaires, et les détenteurs de droits ne concèdent pas ou pratiquement pas de licences directement aux établissements de vente au détail, aux restaurants ou aux débits de boissons. Les titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres ne s'attendent pas et ne se sont jamais attendus à ce que les exécutions secondaires dans les établissements de ce genre leur procurent des recettes directes. En d'autres termes, la concession de licences pour cet aspect du droit d'exécution ne fait pas partie des manières dont un auteur "pourrait raisonnablement s'attendre à exploiter son œuvre en temps normal".³⁵

32. S'agissant de l'article 110 5) B), une grande partie des établissements exemptés en vertu de cet article l'étaient déjà depuis près d'un quart de siècle en vertu de l'exception pour usage de type privé. Les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales non dramatiques ne s'attendaient pas à percevoir des droits auprès de ces établissements. De plus, même si l'article 110 5) B) n'avait pas été adopté, bon nombre des établissements pouvant aujourd'hui bénéficier de l'exception auraient pu se prévaloir de l'exception pratiquement identique prévue dans l'accord à l'amiable conclu avec la NLBA par les organisations de gestion des droits d'exécution. Par conséquent, même avant l'adoption de la modification de 1998, les titulaires du droit d'auteur ne s'attendaient pas non plus normalement à percevoir des droits auprès de ces établissements. En dernière analyse, il se peut que quelques établissements qui ne pouvaient pas bénéficier de l'exception pour usage de type privé ou de l'exception prévue dans l'accord avec la NLBA soient maintenant exemptés en vertu de l'article 110 5) B). Toutefois, vu les multiples façons dont le titulaire du droit d'auteur peut exploiter son œuvre conformément à la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, cette limitation mineure concernant certaines utilisations secondaires d'émissions communiquées au public ne va pas jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale.

C. L'ARTICLE 110 5) NE CAUSE PAS UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ AUX INTÉRÊTS LÉGITIMES DU DÉTENTEUR DU DROIT

33. Alors que le critère de l'"atteinte à l'exploitation normale" énoncé à l'article 13 fait référence au degré de modification des parts de marché causé par une limitation ou une exception, le critère du "préjudice injustifié" se réfère à l'importance du dommage causé au détenteur du droit en raison des effets de l'exception. Il faut souligner que, dans cette analyse, il ne s'agit pas de déterminer si un préjudice est causé aux intérêts du détenteur du droit. Étant donné que toute exception aux droits exclusifs peut en principe causer un préjudice au détenteur du droit, il s'agit principalement de savoir si ce préjudice est injustifié.³⁶

1. L'article 110 5) A)

34. L'incidence économique de l'article 110 5) A) était minime même avant l'adoption de la modification de 1998 et, par conséquent, elle ne causait pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits des CE. Une fois encore, l'objectif fondamental de cette disposition était d'exonérer de toute responsabilité les propriétaires de petits magasins et de petits restaurants dont les établissements n'auraient pas justifié, pour diverses raisons, une licence commerciale. En général, comme aucune licence de ce genre n'aurait été demandée ou accordée en l'absence d'exception, une exception expresse ne cause littéralement aucun préjudice économique au détenteur du droit.³⁷ Les établissements exemptés en vertu de l'article 110 5) A), parce qu'ils ont une faible superficie et emploient du matériel de sonorisation rudimentaire, sont ceux qui risquent le moins de se voir imposer des licences de manière agressive par les sociétés de gestion des droits d'exécution et pour

³⁵ Ricketson, 483. Cette phrase se réfère à l'expression "exploitation normale" employée à l'article 9 2) de la Convention de Berne.

³⁶ Guide de la Convention de Berne, page 63.

³⁷ Voir *supra* le paragraphe 6 (examen des pratiques en matière de licence).

lesquels les droits de licence seraient probablement les plus faibles.³⁸ De plus, 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.

35. L'adoption de la modification de 1998 et le retrait des œuvres musicales non dramatiques du champ d'application de l'article 110 5) A) ont limité encore plus la portée de cet article qui a cessé d'avoir une incidence économique réelle. Comme cela a été dit précédemment, dans la pratique, la concession de licences pour les exécutions secondaires d'œuvres désormais visées par l'article 110 5) A) dans les établissements de vente au détail, les restaurants ou les débits de boissons ne représente pas un marché important. Autrement dit, ces établissements ne sont pas et ne pourraient pas être une source de revenus importante pour les détenteurs de droits. Cette exception ne cause donc pas de préjudice à leurs intérêts légitimes.

36. L'élément le plus probant à cet égard est peut-être que les CE n'ont pas cherché, dans leur communication, à analyser l'effet de cette exception sur leurs propres détenteurs de droits. Leur communication ne contient aucune allégation concrète concernant le préjudice qu'elles croient subir à cause de l'article 110 5) A).

2. L'article 110 5) B)

37. Dans la section de leur communication intitulée "Effets quantitatifs sur les titulaires du droit d'auteur", les CE ne fournissent aucun renseignement sur les effets quantitatifs de l'article 110 5) B) sur les titulaires du droit d'auteur. Au lieu de cela, elles fournissent au Groupe spécial quelques statistiques – dénuées de signification en elles-mêmes – concernant la superficie de certains débits de boissons, restaurants et établissements de vente au détail aux États-Unis. Ces chiffres ne sont pas utiles pour évaluer l'incidence économique de l'article 110 5) B) sur les détenteurs de droits, et ce pour plusieurs raisons. Ils ne tiennent pas compte de la plupart des facteurs pertinents qui déterminent si l'exception prévue à l'article 110 5) B) leur cause ou non un préjudice économique. Même à supposer, pour les besoins du débat, que les chiffres cités par les CE soient exacts, pour obtenir une estimation raisonnable du nombre d'établissements auprès desquels les titulaires du droit d'auteur ont subi un réel manque à gagner du fait de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, il faudrait:

- retrancher des chiffres totaux bruts le nombre élevé d'établissements qui ne diffusent pas de musique;
- retrancher de ce nombre les établissements qui diffusent de la musique à partir d'une source autre que la radio ou la télévision (cassettes, CD, juke-box ou musique en direct);
- retrancher aussi le nombre d'établissements qui n'avaient pas de licence avant l'adoption de la Loi et auxquels les organisations de gestion des droits d'exécution ne pourraient pas concéder de licence de toute façon, indépendamment de l'exception;
- retrancher le nombre d'établissements qui profiteraient simplement de l'exception prévue dans l'accord avec la NLBA, qui est pratiquement identique à celle de l'article 110 5) B), si cette dernière n'existait pas; et enfin
- retrancher le nombre d'établissements qui préféreraient simplement ne plus diffuser de musique, plutôt que de payer les droits exigés par les organisations de gestion des droits d'exécution.

³⁸ Voir l'audience de la Commission des lois, lettre de Mme Marilyn Bergman, Présidente de l'ASCAP, pages 175 à 186.

Il est impossible de calculer ces chiffres avec précision, mais il y a tout lieu de penser qu'ils représentent un nombre considérable d'établissements. Toutefois, une estimation même réaliste du nombre d'établissements auprès desquels les titulaires du droit d'auteur ont subi un manque à gagner n'indiquerait pas le montant exact du préjudice économique subi par les détenteurs de droits des CE. En effet, il faudrait retrancher du montant des recettes qui pourraient être recouvrées auprès de ces petits établissements la part revenant aux détenteurs des CE, par rapport à tous les autres détenteurs de droits.

38. Les CE ne tiennent aucun compte de ces facteurs et se contentent d'affirmer que les titulaires du droit d'auteur ont été privés d'une importante source de revenus. Comme elles n'ont fourni aucun élément à l'appui de cette affirmation, elles n'ont pas établi *prima facie* qu'un éventuel préjudice causé aux détenteurs de droits des CE est injustifié au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

39. Compte tenu de l'historique de la modification de 1998 et de la grande ressemblance entre cette disposition législative et l'accord à l'amiable conclu en 1995 par les organisations de gestion des droits d'exécution et la NLBA, l'allégation des CE selon laquelle les détenteurs de droits subissent un préjudice injustifié est encore plus mince. Comme cela a été dit précédemment, les organisations de gestion des droits d'exécution ont conclu avec la NLBA un accord à l'amiable qui exempte pratiquement les mêmes établissements. Loin de prétendre qu'il était déraisonnable, elles l'ont salué comme un arrangement "équitable" qui "protégeait" les droits de leurs membres. Mme Marilyn Bergman, présidente de l'ASCAP, a expliqué dans le rapport annuel de l'Association pour 1996 que "nous sommes fiers d'avoir trouvé une solution avec la NLBA et cette solution est bonne pour nos deux organisations".³⁹

40. Enfin, l'analyse de la question du préjudice injustifié doit aussi tenir compte des ressources limitées des organisations de gestion des droits d'exécution et du faible pourcentage d'établissements auxquels elles ont effectivement concédé une licence. Étant donné la certitude qu'offrent les limitations précises de l'exception énoncée à l'article 110 5) B), ces organisations peuvent désormais réorienter efficacement leurs ressources en matière de licences vers les établissements qui ne peuvent pas bénéficier de l'exception et compenser ainsi le préjudice mineur qu'elles pourraient subir. En fait, la principale organisation a déjà annoncé que c'était précisément son intention et qu'elle entendait dégager des revenus supplémentaires en encourageant l'exécution de musique en direct et de musique enregistrée, pour laquelle il n'y a pas d'exception. Même avant l'entrée en vigueur de la modification de 1998, l'ASCAP avait exposé son plan pour "neutraliser les effets" de la loi: "*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.*"⁴⁰

IV. CONCLUSION

41. Pour ces diverses raisons, le Groupe spécial devrait constater que tant l'article 110 5) A) que l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur sont conformes aux normes énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et aux obligations de fond découlant de la Convention de Berne. Ces deux dispositions sont limitées à certains cas spéciaux et ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits des CE. Le Groupe spécial devrait donc rejeter les allégations formulées par les CE dans ce différend.

³⁹ Mme Marilyn Bergman, *Safeguarding the Creative Community*, rapport annuel de l'ASCAP, 1 (1996) (pièce n° 12 des États-Unis).

⁴⁰ ASCAP, *Playback*, octobre-novembre-décembre 1998, page 2 (pas d'italique dans l'original) (pièce n° 13 des États-Unis).

APPENDICE 2.2

DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION AVEC LE GROUPE SPÉCIAL

(8 novembre 1999)

I. INTRODUCTION

1. Madame la Présidente, Messieurs les membres du Groupe spécial, nous sommes heureux de pouvoir comparaître devant vous pour présenter les arguments invoqués par les États-Unis pour défendre les exceptions prévues à l'article 110.5 concernant la concession de licences pour des œuvres musicales. Nous répondrons volontiers aux questions que vous voudrez bien nous poser.

2. Le système de protection de la propriété intellectuelle des États-Unis est l'un des plus solides du monde. La modification de 1998 concernant la concession de licences pour des œuvres musicales faisait partie d'un projet de loi plus vaste, qui prolongeait de 20 ans la durée de la protection conférée par le droit d'auteur, assurant ainsi aux titulaires du droit d'auteur une protection beaucoup plus étendue que ce que prescrivent les accords internationaux. Pour que le Groupe spécial puisse se concentrer sur le véritable objet de ce différend, nous vous avons fourni un graphique (pièce n° 14 des États-Unis) qui indique la portée des exemptions dans le contexte approprié.

II. HISTORIQUE DES EXCEPTIONS PRÉVUES À L'ARTICLE 110 5)

3. En examinant la pièce n° 14, on voit que le régime du droit d'auteur des États-Unis confère un ensemble de droits exclusifs aux titulaires du droit d'auteur, qui ont, en particulier, le droit exclusif d'accomplir et d'autoriser les actes suivants: 1) reproduction de leur œuvre sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes, 2) distribution et vente de ces exemplaires et phonogrammes, 3) adaptation, traduction, arrangement ou toute autre transformation de l'œuvre, 4) représentation et exécution en public de l'œuvre, 5) présentation de l'œuvre, et 6) dans le cas d'enregistrements sonores, représentation ou exécution en public de l'œuvre au moyen d'une transmission audionumérique. Parmi ces droits, les plus importants pour le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale sont les droits de reproduction, de distribution et d'exécution publique.

4. L'article 110 5) ne limite en fait que l'un de ces droits exclusifs – le droit d'exécution publique. De plus, il n'a pas d'effet sur la forme d'exécution publique la plus importante pour le titulaire du droit d'auteur – à savoir l'exécution primaire de son œuvre (par exemple, sa diffusion à la télévision ou à la radio). En effet, l'exception est limitée à certaines utilisations secondaires d'émissions comprenant l'exécution publique de l'œuvre, pour laquelle le détenteur du droit a déjà reçu une rémunération au titre de l'exécution primaire.

5. Les CE exagèrent considérablement la portée de l'article 110 5). Il est important de rappeler que cet article énonce deux exceptions: l'exception pour l'usage de type privé, à l'alinéa A) (dont la portée a été réduite) et l'exception de l'alinéa B), ajouté par suite de la modification de 1998. Presque toutes les allégations des CE reposent sur des hypothèses concernant l'effet de cette modification qui est à l'origine de l'article 110 5) B).

6. En ce qui concerne l'exception pour usage de type privé, les CE admettent que sa portée a été limitée par la modification de 1998, qui a exclu de son champ d'application les œuvres musicales non dramatiques. Mais elles essaient de dénaturer la jurisprudence constante établie par les tribunaux américains depuis plus de 20 ans concernant la portée de cette exception.

7. Comme nous l'avons démontré dans notre première communication, l'exception pour usage de type privé, qui est en vigueur depuis près de 25 ans, a toujours été appliquée par les tribunaux américains de façon stricte, conformément à la lettre de la loi et à l'intention déclarée du Congrès. Sur les 40 décisions rendues au titre de l'article 110 5) (l'exception pour usage de type privé), trois seulement ont reconnu que le défendeur était en droit de bénéficier de l'exception. Et, dans deux affaires seulement, *Claire's Boutiques* et *Edison Bros.*, le tribunal a estimé qu'un magasin à succursales multiples pouvait en bénéficier. Dans ces deux affaires, le facteur déterminant a été l'utilisation dans les magasins de matériel limité et rudimentaire pour usage de type privé. Par exemple, dans l'affaire *Edison Bros.*, les magasins utilisaient seulement un simple récepteur de radio avec deux haut-parleurs portables placés à 15 pieds du récepteur. Ces deux affaires ne sont pas "révélatrices", comme les CE l'ont prétendu ici même et dans leur communication. Ce sont les seules affaires dans lesquelles il a été jugé qu'un magasin à succursales multiples pouvait bénéficier de l'exception.

8. Au milieu des années 1990, un certain nombre de petites entreprises ont demandé que des mesures soient prises contre les pratiques, selon elles, abusives et le harcèlement des sociétés de recouvrement des droits. Dans les années qui ont suivi, une coalition composée d'entreprises très diverses a préconisé une large extension de l'exception pour usage de type privé. En réponse, les sociétés de recouvrement ont proposé une loi exemptant les établissements sur la base de la taille et du matériel utilisé. En fait, les dispositions législatives qui sont finalement devenues, l'an dernier, l'article 110 5 B), après d'intenses négociations avec la coalition et les sociétés de recouvrement, ressemblaient beaucoup à l'accord que ces dernières avaient librement conclu, trois plus tôt, avec la National Licensed Beverage Association. À l'époque, l'ASCAP, qui est la principale société de recouvrement aux États-Unis, s'est félicitée de l'accord, le qualifiant de "compromis équitable".

III. L'ARTICLE 110 5) EST CONFORME À LA RÈGLE DE L'ARTICLE 13

9. Comme nous l'avons dit dans notre première communication, la question pertinente en l'espèce est de savoir non pas si les droits reconnus par la Convention de Berne sont impliqués, mais si les dispositions en question sont des exceptions autorisées au regard de la règle de la Convention concernant les "petites réserves", reprise à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 13 édicte la règle par rapport à laquelle il convient d'examiner si des limitations des droits exclusifs (ou "petites réserves") sont admissibles. En fait, l'article 13 est fondé sur la règle de l'article 9 2) de la Convention de Berne concernant les exceptions au droit de reproduction exclusif.

10. En examinant la portée des droits reconnus par la Convention, comme ceux qui sont en question dans la présente affaire, il est important de se souvenir de la distinction fondamentale établie, dans le domaine du droit d'auteur, entre les exceptions aux droits exclusifs et les licences obligatoires. L'article 110 5 A) et B) établit une exception à un droit exclusif. Par contre, pour certains droits, la Convention de Berne permet aux pays d'accorder une licence obligatoire à la place d'un droit exclusif. Une licence obligatoire prive l'auteur du droit d'autoriser ou d'interdire l'utilisation de son œuvre à condition qu'il reçoive une rémunération. Les exceptions et les licences obligatoires sont soumises à des critères d'examen différents dans le cadre de la Convention. Les exceptions aux droits exclusifs sont généralement régies par le principe des "petites réserves", tandis que les licences obligatoires sont soumises à la règle de la rémunération équitable, énoncée à l'article 11*bis* 2). C'est pourquoi cet article n'entre pas en ligne de compte dans l'examen par le Groupe spécial de l'article 110 5 A) et B).

11. La principale question pour le Groupe spécial est donc de savoir si, conformément à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, l'article 110 5) exonère de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur "les 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".

12. À titre préliminaire, l'article 110 5) s'applique uniquement à "certains cas spéciaux". L'Accord sur les ADPIC ne précise pas selon quels critères un cas doit être considéré comme

"spécial", et les Membres de l'OMC sont libres de déterminer pour eux-mêmes si un cas particulier justifie une exception aux droits exclusifs. Les adjectifs restrictifs "certains" et "spéciaux" employés à l'article 13 indiquent bien que les exceptions devraient être "clairement définies", et non vagues et indéterminées.

13. L'exception pour usage de type privé est limitée à certains cas spéciaux – ceux où un appareil récepteur "pour usage de type privé" est employé dans une petite entreprise qui, en général, ne paierait pas une licence commerciale. C'est un critère factuel, mais quand même bien défini. Les tribunaux ont pris en considération les différents facteurs mentionnés dans le texte et dans l'historique de la disposition pour déterminer si un établissement donné satisfait à ce critère. Pour se prononcer, les juges n'ont peut-être pas donné le même poids aux différents facteurs, mais malgré cela, ces affaires témoignent de l'application raisonnable et constante d'un critère factuel en régime de common-law.

14. La modification de 1998 est elle aussi limitée à certains cas spéciaux et elle définit très précisément les établissements qui ont le droit de bénéficier de l'exception. Les limitations concernant la taille et le matériel sont parfaitement claires et sont faciles à appliquer. L'historique de la modification montre que le Congrès considérait que le critère précis de la superficie mettrait un frein aux pratiques excessives et abusives des sociétés de recouvrement.

IV. EXPLOITATION NORMALE

15. Les deux questions centrales sont donc de savoir si l'article 110 5) porte atteinte à l'exploitation normale et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit d'auteur. Premièrement, toute limitation des droits exclusifs ou toute exception à ces droits prive par définition le titulaire du droit de la rémunération qu'il pourrait recevoir pour certaines utilisations de son œuvre. Si, chaque fois que le titulaire du droit d'auteur est privé d'une rémunération éventuelle, cela portait atteinte à l'exploitation normale, l'article 13 serait dénué de sens.

16. Pour déterminer en quoi consiste l'exploitation normale, le Groupe spécial doit examiner de quelle façon un auteur serait raisonnablement censé exploiter son œuvre en temps normal. Comme cela est indiqué dans la pièce n° 14 des États-Unis, la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur confère au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre musicale toute une série de droits exclusifs. L'article 110 5) établit une exception à un seul des trois principaux droits exclusifs – le droit d'exécution publique. Parmi les utilisations protégées par ce droit, l'article 110 5) ne vise que certaines utilisations secondaires, et non la forme d'exécution publique la plus importante pour le titulaire du droit, l'exécution primaire de l'œuvre. De plus, même si l'établissement est exempté en vertu de l'article 110 5), le propriétaire doit payer des droits de licence pour l'utilisation de musique enregistrée sur CD ou sur cassettes et pour l'exécution en direct d'œuvres musicales.

17. Comme nous l'avons souligné dans notre communication, le marché à prendre en considération en l'espèce pour évaluer la portée de l'exploitation normale est celui des États-Unis. Par conséquent, même si une utilisation relève en principe des droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur, il se peut qu'elle ne puisse pas être exploitée normalement sur un marché ou dans un pays particuliers. Pour ce qui est de l'exception pour usage de type privé, sa portée était limitée aux établissements qui n'étaient pas suffisamment grands pour justifier la souscription d'un abonnement à un service commercial de diffusion de musique de fond, même avant que les œuvres musicales non dramatiques soient exclues de son champ d'application par suite de l'adoption de la modification de 1998.

18. En fait, cette exception codifiait simplement les pratiques en matière de licences des détenteurs du droit d'auteur et de leurs organisations chargées de délivrer des licences. Comme l'exception ne concernait que les établissements qui du reste n'auraient probablement pas demandé une licence ou ne l'auraient pas obtenue compte tenu des pratiques de l'époque, elle ne portait pas

atteinte aux attentes des détenteurs de droit d'auteur concernant l'exploitation normale de leurs œuvres.

19. Maintenant que les œuvres musicales non dramatiques (par exemple, les chansons diffusées à la radio et non dans le cadre d'une représentation dramatique plus vaste comme un opéra) sont exclues du champ d'application de l'exception, il est encore plus évident qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour les œuvres musicales non dramatiques (chansons pop, jazz ou rock), il y a au moins un mécanisme de licences collectives (les sociétés de recouvrement) qui permet de tirer *quelques* revenus des exécutions secondaires. Pour les autres œuvres visées par l'exception, comme les opéras, les pièces de théâtre et les comédies musicales, il n'existe pas de système de licences collectives pour les exécutions secondaires, et il est rare que les détenteurs du droit d'auteur concèdent directement une licence aux établissements de vente au détail aux restaurants ou aux débits de boissons. Les titulaires du droit d'auteur sur ces œuvres n'espèrent pas et n'ont jamais espéré tirer un revenu direct des exécutions secondaires ayant lieu dans ces établissements.

20. S'agissant de la modification de 1998, une grande partie des établissements exemptés en vertu de cette disposition l'étaient déjà depuis près d'un quart de siècle en vertu de l'exception pour usage de type privé. Les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales non dramatiques ne s'attendaient pas à recevoir des droits de ces établissements. De plus, même si la modification n'avait pas été adoptée, bon nombre des établissements pouvant aujourd'hui bénéficier de l'exception auraient pu se prévaloir de l'exception pratiquement identique prévue dans l'accord librement conclu par la NLBA et les sociétés de recouvrement. L'accord avec la NLBA et la modification de 1998 se basent l'un et l'autre sur la superficie et le matériel. Dans l'accord avec la NLBA, la superficie prescrite est de 3 500 pieds carrés et dans la modification de 1998, elle est de 3 750 pieds carrés, soit une différence de seulement 250 pieds carrés. Par conséquent, même avant l'adoption de la modification, les titulaires de droit d'auteur ne s'attendaient pas davantage normalement à recevoir des droits de ces établissements.

21. En dernière analyse, il se peut que quelques établissements qui ne pouvaient pas bénéficier de l'exception pour usage de type privé ou de l'exception prévue par l'accord avec la NLBA, soient maintenant exemptés par suite de la modification de 1998. Toutefois, comme les titulaires du droit d'auteur ne s'attendaient pas à recevoir une rémunération pour la plupart des utilisations exemptées par la loi, cette limitation mineure concernant certaines utilisations secondaires d'émissions communiquées au public ne va pas jusqu'à porter atteinte à l'exploitation normale. Les exceptions prévues à l'article 110 5) ne portent donc pas atteinte à l'exploitation normale.

V. PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ

22. Le critère du "préjudice injustifié" examine l'importance du dommage que les effets de l'exception causent au détenteur du droit. Il faut souligner que, dans cette analyse, il ne s'agit pas de déterminer si un préjudice est causé aux intérêts du détenteur du droit. Toute exception aux droits exclusifs peut en principe causer un préjudice au détenteur du droit. Il s'agit donc principalement de savoir si ce préjudice est injustifié.

23. L'incidence économique de l'exception pour usage de type privé était minime même avant l'adoption de la modification de 1998 et, partant, elle ne causait pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs du droit d'auteur des CE. Une fois encore, l'objectif fondamental de cette disposition était d'exonérer de toute responsabilité les propriétaires de petits magasins et de petits restaurants dont les établissements ne justifiaient pas l'octroi d'une licence commerciale. L'exception ne faisait que codifier les pratiques suivies alors en matière de licences. En général, comme aucune licence n'aurait été demandée ou accordée en l'absence d'exception, une exception expresse ne cause littéralement aucun préjudice économique au détenteur du droit. Comme l'a noté l'ASCAP, les établissements bénéficiant de l'exception pour usage de type privé parce qu'ils ont une petite

superficie et emploient du matériel de sonorisation rudimentaire, sont ceux qui risquent le moins de se voir imposer des licences de manière agressive par les sociétés de recouvrement et pour lesquels les droits de licence seraient probablement les plus bas. (Lettre de l'ASCAP présentée à l'audience de la commission des lois). De surcroît, étant donné leur taille et comme la diffusion de musique est souvent accessoire aux services qu'ils fournissent, ces établissements sont parmi ceux qui seraient le plus enclins à éteindre la radio s'ils étaient obligés de payer des droits de licence.

24. L'adoption de la modification de 1998 et le retrait des œuvres musicales non dramatiques du champ d'application de l'exception pour usage de type privé ont limité encore plus la portée de l'article qui a cessé d'avoir une quelconque incidence économique. Comme nous l'avons démontré dans la pratique, la concession de licences pour les exécutions secondaires, dans les établissements de vente au détail, les restaurants ou les débits de boissons, de la catégorie limitée d'œuvres désormais visées par l'exception (œuvres dramatiques comme les opéras) ne représente pas un marché important. Autrement dit, ces établissements ne sont pas et ne pourraient pas être une source de revenus importante pour les détenteurs du droit d'auteur. Cette exception ne cause donc pas de préjudice à leurs intérêts légitimes.

25. Dans la section de leur communication intitulée "Effets quantitatifs sur les titulaires du droit d'auteur", et encore ici aujourd'hui, les CE fournissent au Groupe spécial quelques statistiques - dénuées de signification en elles-mêmes - concernant la superficie de certains débits de boissons, restaurants et établissements de vente au détail aux États-Unis, dans le but de montrer l'effet spectaculaire de la modification de 1998. Toutefois, ces chiffres ne sont pas utiles pour plusieurs raisons. Ils ne peuvent certainement pas servir de base pour évaluer l'incidence économique de la modification sur les détenteurs du droit d'auteur. Ils ne tiennent pas compte de la plupart des facteurs pertinents qui servent à déterminer si l'exception leur cause ou non un préjudice économique. Même à supposer, pour les besoins du débat, que les chiffres cités par les CE soient exacts, pour obtenir une estimation raisonnable du nombre d'établissements dont l'exemption a effectivement entraîné un manque à gagner pour les titulaires du droit d'auteur par suite de la modification de 1998, il faudrait retrancher:

- des chiffres totaux bruts, le nombre élevé d'établissements qui ne diffusent pas de musique;
- le nombre d'établissements qui diffusent de la musique à partir d'une source autre que la radio ou la télévision (cassettes, CD, juke-boxes ou musique en direct);
- le nombre d'établissements qui n'avaient pas de licence avant l'adoption de la modification de 1998 et auxquels les sociétés de recouvrement ne pourraient pas concéder de licence de toute façon, indépendamment de l'exemption;
- le nombre d'établissements qui profiteraient simplement de l'exception prévue dans l'accord avec la NLBA, qui est pratiquement identique à la modification de 1998 si l'exception prévue par la loi n'existait pas; et enfin,
- le nombre d'établissements qui préféreraient simplement ne plus diffuser de musique, plutôt que de payer les droits exigés par les sociétés de recouvrement.

Il est impossible de calculer ces chiffres avec précision, mais il y a tout lieu de penser qu'ils représentent un nombre considérable d'établissements.

26. Toutefois, une estimation même réaliste du nombre d'établissements dont l'exemption a entraîné un manque à gagner pour les titulaires du droit d'auteur ne donnerait pas une indication exacte du préjudice économique subi par les détenteurs du droit d'auteur des CE. En effet, il faudrait retrancher du montant des droits qui pourraient être recouverts auprès de ces petits établissements la part revenant aux détenteurs des CE, par rapport à tous les autres détenteurs de droits.

27. Les CE ne tiennent aucun compte de ces facteurs et se contentent d'affirmer que les titulaires du droit d'auteur ont été privés d'une importante source de revenus. Comme elles n'ont fourni aucun élément à l'appui de cette affirmation, elles n'ont pas établi *prima facie* que l'éventuel préjudice causé aux détenteurs du droit d'auteur des CE est injustifié au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

28. Compte tenu de l'historique de la modification de 1998 et de la grande ressemblance entre cette disposition législative et l'accord librement conclu en 1995 par les sociétés de recouvrement et la NLBA, l'allégation des CE selon laquelle les détenteurs du droit d'auteur subissent un préjudice injustifié est encore plus fragile. Comme cela a été dit précédemment, les sociétés de recouvrement ont volontairement conclu l'accord avec la NLBA qui exempte pratiquement les mêmes établissements. Loin de prétendre qu'il était déraisonnable, elles l'ont salué comme un arrangement "équitable" qui "protégeait" les droits de leurs membres.

29. Enfin, l'analyse de la question du préjudice injustifié doit aussi tenir compte des ressources limitées des sociétés de recouvrement et du faible pourcentage d'établissements auxquels elles concèdent effectivement des licences. Par exemple, les recettes de l'ASCAP provenant des licences générales représentent en moyenne 14 pour cent de ses recettes totales. Ce chiffre comprend les recettes provenant d'autres sources de revenus importantes qui ne sont pas visées par l'article 110 5). Outre la musique radiodiffusée utilisée dans les établissements, il comprend les recettes provenant de la diffusion de musique au cours de réunions importantes, comme les congrès, dans des lieux comme les cirques, les parcs d'attraction ou les centres commerciaux, à l'occasion de manifestations sportives et sur les pistes de patinage à roulettes ou à glace, ainsi que les recettes provenant de certaines exécutions de musique en direct et de musique enregistrée (CD, disques et cassettes). Par conséquent, si les sociétés de recouvrement subissent un manque à gagner du fait de l'article 110 5), celui-ci représente nécessairement une petite fraction de 14 pour cent des recettes totales.

30. Étant donné la certitude qu'offrent les limitations précises fixées dans la modification de 1998, les sociétés de recouvrement peuvent désormais utiliser efficacement leurs ressources pour concéder des licences aux établissements qui ne peuvent pas bénéficier de l'exception prévue à l'article 110 5) B) et compenser ainsi le préjudice mineur qu'elles pourraient subir. En fait, l'ASCAP a déjà annoncé que c'était précisément son intention et qu'elle entendait générer des revenus supplémentaires en encourageant la diffusion de musique exécutée en direct ou enregistrée, pour laquelle il n'y a pas d'exception. Comme nous l'avons dit dans notre première communication, même avant l'entrée en vigueur de la modification de 1998, l'ASCAP avait indiqué ce qu'elle prévoyait de faire pour "neutraliser les effets" de la loi.

31. Nous sommes convaincus qu'une analyse approfondie de toutes ces questions vous amènera à conclure que l'exception pour usage de type privé et la modification de 1998 sont l'une et l'autre pleinement conformes à l'Accord sur les ADPIC.

APPENDICE 2.3**RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS ÉCRITES
DU GROUPE SPÉCIAL – PREMIÈRE RÉUNION**

(19 novembre 1999)

I. RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX ÉTATS-UNIS PAR LE GROUPE SPÉCIAL**Q.1 Veuillez fournir:**

- a) **une version codifiée du texte actuel de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur ainsi que le texte actuel de l'article 106;**
 - b) **une copie de l'étude du Service de recherche du Congrès (SRC) sur l'incidence de la proposition de loi mentionnée au paragraphe 5.3 de la communication de l'Australie;**
 - c) **si possible, une copie du texte intégral de l'accord de licence collective entre les organismes de gestion collective des États-Unis et la National Licensed Beverage Association (NLBA), mentionné dans votre communication.**
- a) Il n'y a pas de version codifiée officielle de l'article 110 5). Nous fournissons au Groupe spécial une copie du texte codifié de l'article 110 5) émanant d'un service commercial ainsi que le texte actuel de l'article 106, en tant que pièce n° 15 des États-Unis.
 - b) Nous croyons savoir que l'"étude" du SRC mentionnée par l'Australie consistait seulement en quelques estimations, présentées dans le graphique figurant dans la pièce n° 16 des États-Unis.
 - c) La NLBA nous a informé que son accord avec les sociétés de recouvrement renferme une clause de non-divulgateur stricte et ne peut être rendu public. Nous avons cependant joint une circulaire de la NLBA et une lettre de l'organisme qui donnent l'une et l'autre un aperçu des principales clauses de cet accord. (*Voir la pièce n° 17 des États-Unis.*)

Exceptions et limitations

Q.2 Au paragraphe 17 de leur première communication, les États-Unis disent – à propos des allégations des CE selon lesquelles l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur est contraire aux articles 11 et/ou 11bis de la Convention de Berne lus dans le contexte de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC – que "cette question n'est pas en litige" et que le différend porte essentiellement sur les exceptions et limitations prévues à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis pourraient-ils préciser s'ils admettent que l'article 110 5) A) et B) sous sa forme révisée n'est pas compatible avec les articles 11 et/ou 11bis de la Convention de Berne lus dans le contexte de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, et prétendent cependant que l'article 110 5) est pleinement justifié par les exceptions et limitations prévues à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

Les États-Unis ne contestent pas que l'article 110 5) A) et B) implique les articles 11 et 11bis de la Convention de Berne. En effet, il affecte des droits protégés conformément à ces articles. Toutefois, la question de savoir si l'article 110 5) est compatible ou non avec ces articles ne peut être tranchée sans examiner à la fois l'étendue des droits qu'ils confèrent et les exceptions autorisées à ces droits. L'article 110 5) n'est incompatible avec les articles 11 et 11bis que s'il n'entre pas dans le champ d'application des exceptions qu'ils autorisent.

Les États-Unis ne prétendent pas que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC permet des exceptions ou des limitations qui ne seraient pas autorisées par la Convention de Berne pour ce qui est des droits reconnus par la Convention. Ils ne prétendent pas non plus que l'article 110 5) est justifié au regard de la doctrine des "petites réserves". L'article 13 de l'Accord est pertinent parce qu'il fournit un critère explicite pour évaluer le bien-fondé d'une petite réserve. Il offre un moyen d'évaluer ce qui serait permis et ce qui ne le serait pas conformément à la Convention de Berne. (Cette question est examinée en détail dans la réponse des États-Unis à la question 14 du Groupe spécial.)

Catégories d'œuvres

Q.3 L'article 110 5 B) s'applique à "l'exécution ou à la présentation d'une œuvre musicale non dramatique". Dans quel but les œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques ont-elles été exclues du champ d'application de l'alinéa B)? Quand la "présentation" d'une œuvre musicale non dramatique est-elle pertinente? Dans quelle mesure l'alinéa B) s'applique-t-il à des catégories autres que les œuvres musicales, en particulier les œuvres audiovisuelles?

L'alinéa B) vise principalement les œuvres non dramatiques pour deux raisons interdépendantes. D'abord, il a été adopté parce que des propriétaires d'entreprises s'étaient plaints de la tactique employée par les sociétés de gestion des droits d'exécution pour concéder des licences. Comme ces sociétés ne concèdent pas de licences pour les œuvres musicales dramatiques, les licences pour ces œuvres n'ont pas été mises en cause, et par conséquent, il n'y avait pas de raison de traiter de ces œuvres dans la modification. De plus, puisque les sociétés de droits d'exécution ne concèdent pas de licences pour ces œuvres, aucune licence n'est en fait exigée pour l'exécution secondaire d'œuvres musicales dramatiques dans les établissements bénéficiant de l'exception. À notre connaissance, les détenteurs du droit d'auteur ne concèdent pas de licence pour ce type d'exécutions secondaires. Comme il n'y a pas de licences dans ce domaine, il n'était pas nécessaire d'inclure ces œuvres dans le champ d'application de l'article 110 5 B).

La présentation d'une œuvre musicale non dramatique n'est pratiquement jamais pertinente. Le seul cas où elle pourrait l'être à la rigueur serait celui d'une transmission audiovisuelle au cours de laquelle la partition a été montrée à la caméra. Il convient de noter aussi que le droit de présentation, reconnu par la Loi des États-Unis, n'est pas prescrit par la Convention de Berne.

L'alinéa B) ne s'applique à aucune autre catégorie d'œuvres que les œuvres musicales non dramatiques. L'application de cette disposition à des œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques, en particulier aux œuvres audiovisuelles, dépend de l'interprétation du terme "comprenant". L'alinéa B) exempte uniquement l'exécution d'œuvres musicales non dramatiques ayant lieu au cours d'une transmission audiovisuelle. Si le propriétaire de l'établissement n'a pas à payer de droit de licence pour l'exécution d'une œuvre musicale pendant une émission de télévision, il doit quand même payer un droit aux titulaires du droit d'auteur sur les autres œuvres exécutées, telles que les œuvres cinématographiques. Toutefois, en pratique, une licence n'est pas exigée pour l'exécution secondaire des autres catégories d'œuvres, y compris les œuvres audiovisuelles, dans les bars, les restaurants et les établissements de vente au détail.

Établissements visés

Q.4 Conformément à l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, si i) un établissement autre qu'un établissement de restauration ou un débit de boissons a une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés bruts, ou ii) un établissement de restauration ou un débit de boissons a une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés bruts, et s'il veut diffuser des œuvres musicales non dramatiques, peut-il utiliser du matériel professionnel ou peut-il utiliser uniquement du matériel pour usage de type privé, comme cela est indiqué à l'article 110 5) A)?

Si un établissement a une superficie comprise entre 2 000 et 3 750 pieds carrés, les limitations concernant le matériel énoncées à l'alinéa A) ne s'appliquent pas.

Droits affectés

Q.5 Quels types de transmissions sont visés par l'article 110 5) A) et B), en particulier:

a) Veuillez indiquer séparément si l'alinéa A) et l'alinéa B) visent:

i) les émissions originales radiodiffusées;

Elles sont visées à la fois par l'alinéa A) et par l'alinéa B) si elles sont diffusées par une station de radio ou de télévision agréée par la FCC.

ii) les émissions originales transmises par satellite;

Elles sont visées à la fois par l'alinéa A) et par l'alinéa B).

iii) la rediffusion par des moyens terrestres ou par satellite;

Elle est visée à la fois par l'alinéa A) et par l'alinéa B).

iv) la retransmission par câble d'une émission originale;

Elle est visée à la fois par l'alinéa A) et par l'alinéa B).

v) la transmission originale par câble ou une autre transmission par fil.

Elle est visée à la fois par l'alinéa A) et par l'alinéa B).

b) Dans les cas susmentionnés, y a-t-il une différence de traitement entre les transmissions audio et les transmissions audiovisuelles?

En général, il n'y a pas de différence de traitement sauf en ce qui concerne les aspects techniques des appareils récepteurs.

c) Quels sont les objectifs et les conséquences de la mention particulière, à l'alinéa B), des transmissions audiovisuelles effectuées par un réseau de distribution par câble ou un organisme d'acheminement par satellite. Quelles situations cela est-il censé inclure ou exclure?

Étant donné que les réseaux de distribution par câble et les organismes d'acheminement par satellite ne sont pas agréés par la FCC en tant que "station de radiodiffusion ou de télévision agréée en tant que telle", ils sont expressément inclus dans l'alinéa B). Cela rend l'application de la disposition uniforme et prévisible puisqu'elle s'applique à la plupart des transmissions audiovisuelles sans distinction quant à leur source.

d) L'alinéa A) s'applique-t-il aux émissions qu'elles soient ou non destinées à être reçues par le grand public (voir les termes de l'alinéa B))?

Aux termes de l'alinéa A), l'exécution doit avoir lieu "par la réception publique de l'émission sur un appareil récepteur isolé ...". Si la réception n'est pas publique, l'alinéa A) ne s'applique pas. Si l'émission n'est pas reçue par le public, aucun des deux alinéas n'implique les droits

exclusifs de l'auteur au titre des articles 11 et 11bis de la Convention de Berne. Par exemple, si une radio diffuse de la musique dans une voiture ou dans l'arrière-salle privée d'un restaurant, le droit d'exécution publique ne s'exerce pas.

Comme le note le Groupe spécial, dans le cas de l'alinéa B), il faut en plus que l'émission soit *destinée* à être reçue par le grand public. On peut donc supposer que cela exclut du champ de l'exception les émissions destinées à une audience plus restreinte, par exemple les services de diffusion de musique sur abonnement ou à la carte. L'alinéa A) ne contient aucune prescription de ce genre. En fait, cette limitation y figure implicitement puisque les appareils récepteurs du genre de ceux qui sont utilisés dans les foyers ne sont censés recevoir que les émissions destinées au public.

Q.6 a) L'article 110 5) A) et B) s'applique-t-il aux transmissions sur Internet?

L'article 110 5) A) ou B) ne s'applique pas, en général, aux transmissions sur Internet car il ne vise que le droit d'exécution publique. Voir la réponse au point b) ci-dessous. On ne sait pas au juste si l'aspect exécution d'une transmission sur Internet serait visé par l'article 110 5) A) ou B). S'agissant de l'alinéa A), les tribunaux n'ont pas déterminé si un ordinateur serait considéré comme un "appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers", mais il faut souligner que les ordinateurs diffèrent à bien des égards des récepteurs stéréo et des récepteurs de radio considérés dans l'historique de l'exception pour usage de type privé et dans la jurisprudence relative à l'article 110 5) A). S'agissant de l'alinéa B), la plupart des transmissions sur Internet ne proviennent pas de stations de télévision ou de radio agréées en tant que telles par la FCC et ne sont pas non plus des transmissions audiovisuelles par satellite ou par câble. Toutefois, si une station agréée par la FCC envoie elle-même des signaux sur Internet, l'aspect exécution de l'émission pourrait relever de l'alinéa B).

- b) Au paragraphe 16 de la communication des États-Unis, il est dit que "les propriétaires d'établissements doivent en général demander une licence pour obtenir les droits de reproduction et éventuellement de distribution qu'implique la transmission sur Internet". Veuillez expliquer dans quelle mesure des reproductions sont créées quand quelqu'un écoute une émission de radio transmise "en continu" sur Internet et indiquer si une autorisation est nécessaire pour ces reproductions et dans quelles circonstances une personne qui reçoit des émissions de radio transmises "en continu" sur Internet porterait atteinte au droit de distribution. Veuillez préciser si des petits magasins ou des petits restaurants visés par l'article 110 5) ont acquis une licence de reproduction ou de distribution pour communiquer par haut-parleur de la musique diffusée en continu sur Internet et auprès de qui une telle licence a été ou pourrait être obtenue.**

Une reproduction temporaire est créée chaque fois qu'une émission passe par un réseau informatique. C'est une condition technique de la transmission de données numériques – les données sont envoyées à partir d'un ordinateur et passent par de nombreux serveurs avant d'atteindre leur destination finale. Chacun des serveurs par lesquels elles passent en fait une copie au moment de leur passage. Conformément à la législation des États-Unis, ces copies impliquent le droit de reproduction de l'auteur.

La création de reproductions temporaires a lieu que l'émission soit transmise "en continu" ou non. Le terme "en continu" signifie simplement qu'une reproduction de l'œuvre intégrale ne peut pas être créée sur l'ordinateur du destinataire. Des reproductions ont quand même lieu lorsque les données circulent sur le réseau.

Le droit de distribution pourrait être impliqué si des copies de l'œuvre ou de parties de l'œuvre sont déposées sur l'ordinateur du destinataire. C'est ce qui se produit avec de nombreuses technologies de transmission en continu, dans lesquelles des parties de l'œuvre transmises sont

"stockées" sur l'ordinateur du destinataire en tant que sauvegarde ou tampon pour la partie diffusée ou présentée à l'écran.

Les États-Unis n'ont aucun renseignement sur le point de savoir si des propriétaires d'établissements ont obtenu ou pourraient obtenir une licence pour les pratiques décrites ci-dessus, ni comment ils l'auraient fait ou pourraient le faire. L'idée que le propriétaire d'un établissement peut faire écouter à sa clientèle, au moyen d'un ordinateur, des œuvres radiodiffusées est encore nouvelle, et nous n'en avons pas d'exemple concret.

Même si ces formes de réception se répandent, il faut noter que cela ne donnerait pas au propriétaire d'un établissement de plus grandes possibilités de diffuser de la musique que celles que lui donne la radio. Au cours des consultations qui ont eu lieu avant l'établissement du Groupe spécial, les CE ont exprimé la crainte que cet alinéa ne s'applique aux nouveaux services musicaux qui pourraient être offerts sur Internet, comme les services à la carte. Or, comme il ne vise que les émissions "destinées à être reçues par le grand public", le propriétaire d'un restaurant ou d'un petit établissement n'aurait accès qu'aux émissions qu'il peut capter sur un poste de radio ou de télévision ordinaire. L'accès à ces mêmes émissions sur un ordinateur, limité aux émissions provenant du nombre relativement restreint de stations de radio agréées, ne constitue pas une menace supplémentaire pour les titulaires du droit d'auteur.

- c) **Si un restaurant, un débit de boissons ou un autre établissement était obligé d'obtenir une licence de reproduction et/ou de distribution pour la diffusion en public de musique transmise sur Internet, est-ce que cela modifierait la mesure dans laquelle il serait admissible de prévoir dans la loi des limitations du droit d'exécution publique?**

Oui, l'obligation d'obtenir une licence pour la reproduction et/ou la distribution de musique diffusée sur Internet pourrait affecter la portée des exceptions au droit d'exécution publique qui pourraient être admises. Bien qu'il soit difficile de répondre à cette question sans avoir aucune expérience des licences dans ce domaine, il semble que le détenteur du droit pourrait tenir compte, en concédant des licences de reproduction et/ou de distribution, de tout manque à gagner lié à la diffusion de son œuvre. L'exception au droit d'exécution publique ne pourrait alors lui causer aucun préjudice économique. De plus, il pourrait simplement refuser l'autorisation de reproduire ou de distribuer son œuvre chaque fois qu'il veut empêcher une exécution publique non autorisée.

Q.7 À quelle fin l'article 110 5) prévoit-il une exception pour la communication au public de musique radiodiffusée, et non de musique enregistrée sur cassettes ou disques compacts ou de musique exécutée en direct? En quoi est-il plus difficile, du point de vue administratif, de concéder des licences à des milliers de petits établissements qui passent de la musique radiodiffusée que de percevoir des redevances pour l'utilisation de cassettes ou de disques compacts ou pour l'exécution de musique en direct?

Les États-Unis ne prétendent pas que la concession de licences à des petits établissements soulève plus de difficultés administratives dans le cas de la musique radiodiffusée que dans celui des disques compacts ou de la musique exécutée en direct. Cette distinction est faite pour des raisons en partie historiques. Dans l'affaire *Aiken*, la Cour suprême a estimé qu'une émission radiodiffusée n'était pas une exécution publique. Quand le Congrès a infirmé ce motif, mais pas le résultat de l'affaire, dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur en déclarant que le fait de passer de la musique radiodiffusée était une exécution publique, il a établi une exception au droit exclusif d'exécution publique sur la base des circonstances de l'affaire *Aiken* (à savoir, un petit établissement d'une superficie d'environ 1055 pieds carrés utilisant du matériel de réception limité). La considération équitable selon laquelle le titulaire du droit d'auteur avait déjà reçu une fois une rémunération apparaît

dans l'historique de l'article 110 5) A) et B). Le Congrès a ainsi voulu encourager les petits établissements en créant l'exception, tout en limitant sa portée aux émissions radiodiffusées.

Procédures gouvernementales visant à fixer ou ajuster les redevances

Q.8 Veuillez préciser l'objet du paragraphe ajouté à l'article 110 concernant l'incidence des exceptions prévues au paragraphe 5) sur les procédures administrative, judiciaire, ou autre destinées à fixer ou à ajuster les redevances, en indiquant en particulier si l'intention est de permettre ou non la prise en compte des exceptions dans les redevances à verser aux détenteurs du droit d'auteur pour la radiodiffusion ou d'autres transmissions de leurs œuvres.

Nous croyons savoir que ce paragraphe a été rédigé par les sociétés de recouvrement pour faire en sorte que l'exception prévue à l'article 110 5) B) ne soit pas prise en considération dans une procédure destinée à déterminer le montant des redevances que les sociétés doivent verser à chaque détenteur du droit d'auteur. On peut supposer que cette disposition était le résultat d'une décision commerciale des sociétés de recouvrement visant à éviter que l'adoption de l'article 110 5) influe sur la répartition des redevances qu'elles versent aux détenteurs du droit d'auteur.

Incidence sur le marché

Q.9 Veuillez fournir les renseignements ou les estimations disponibles concernant les bénéficiaires effectifs ou potentiels de l'exception prévue à l'article 110 5), en particulier:

- a) le pourcentage d'établissements de restauration ou de débits de boissons et d'établissements autres que des établissements de restauration et des débits de boissons (ci-après dénommés autres établissements) qui bénéficiaient de l'exception initiale pour "usage de type privé";

En 1996, le Service de recherche du Congrès a estimé que, sur la base de la superficie indiquée dans l'affaire *Aiken* (1 055 pieds carrés), environ 16 pour cent des établissements de restauration et 13,5 pour cent des débits de boissons pouvaient bénéficier de l'exception pour usage de type privé. Compte tenu de l'estimation de l'Association nationale des restaurateurs, selon laquelle environ x pour cent des restaurants utilisent la radio (et x pour cent la télévision)¹, on estime que moins de 5 pour cent des restaurants et des débits de boissons auraient pu bénéficier de l'exception initiale pour les œuvres radiodiffusées et moins de 3 pour cent pour les œuvres télévisées. Pièce n° 18 des États-Unis (lettre de l'Association nationale des restaurateurs, 18 novembre 1999).

- b) le pourcentage d'établissements de restauration ou de débits de boissons et d'autres établissements dont la taille ne dépasse pas les limites fixées à l'alinéa B) (respectivement, 3 750 pieds carrés et 2 000 pieds carrés);

D'après les estimations de l'Association nationale des restaurateurs, aux États-Unis, 36 pour cent des restaurants assurant un service à table (employant des serveurs) et environ 95 pour cent des établissements de restauration rapide ont une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés (pièce n° 18 des États-Unis). En 1996, le Service de recherche du Congrès, analysant une proposition de loi présentée par l'ASCAP et BMI qui tendait à exempter les restaurants de moins de 3 500 pieds carrés, a estimé que 65,2 pour cent des restaurants et 71,8 pour cent des débits de boissons avaient une taille inférieure à cette limite (pièce n° 16 des États-Unis). Les États-Unis n'ont pas pu obtenir de renseignements sur le nombre d'établissements de vente au détail dont la superficie est inférieure à 2 000 pieds carrés.

¹ Pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

- c) **le pourcentage d'établissements dont la superficie est inférieure ou supérieure à la limite et qui sont susceptibles d'être exemptés si d'autres facteurs sont pris en considération, notamment les limites concernant le matériel.**

Les États-Unis ne disposent pas de données sur les établissements susceptibles d'être exemptés en vertu de l'article 110 5) B) sur la base du matériel utilisé.

Q.10 Veuillez fournir des renseignements sur les pratiques en matière de licences des trois organismes de gestion collective des États-Unis pour ce qui est de l'exécution publique d'œuvres musicales dans des établissements de restauration et des débits de boissons et dans d'autres établissements, en particulier.

Les États-Unis fournissent au Groupe spécial les renseignements ci-après en réponse aux questions 10, 11 et 12. Nous tenons à rappeler que, comme nous l'avons dit à la première réunion avec le Groupe spécial relative à cette affaire, nous avons demandé aux principales sociétés de recouvrement des États-Unis (ASCAP et BMI) des renseignements sur leurs pratiques en matière de licences, mais ces renseignements ne nous ont pas été communiqués. Nous avons renouvelé notre demande à plusieurs reprises. Si nous obtenons une réponse, nous pourrions peut-être fournir ultérieurement au Groupe spécial des renseignements supplémentaires (voir la pièce n° 19 des États-Unis).

- a) **Le pourcentage d'établissements qui étaient autorisés par voie de licence à transmettre de la musique radiodiffusée avant l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur de 1976;**

Les États-Unis n'ont pas de renseignements détaillés sur la période antérieure à 1976; toutefois, d'après le rapport de la Chambre cité dans leur première communication (pièce n° 1 des États-Unis), le Congrès avait constaté que la majorité des bénéficiaires de l'exception pour usage de type privé n'avaient pas de licence.

- b) **Le pourcentage d'établissements autorisés par voie de licence à transmettre de la musique radiodiffusée depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur le droit d'auteur de 1976 jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives aux œuvres musicales (pour les trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles);**

D'après une enquête effectuée en 1996 et 1997 par l'Association nationale des restaurateurs (NRA), 16 pour cent des restaurants assurant un service à table et 5 pour cent des établissements de restauration rapide avaient une licence avant l'adoption de la modification de 1998. D'après les données du Bureau du recensement, il y avait en 1996 à peu près autant d'établissements de chaque catégorie aux États-Unis (pièce confidentielle n° 18 des États-Unis, lettre de la NRA contenant des estimations établies sur la base des chiffres du Bureau du recensement, soit 183 253 restaurants assurant un service à table et 185 891 établissements de restauration rapide). Ainsi, si l'on fait la moyenne de 16 pour cent et de 5 pour cent, on voit qu'environ 10,5 pour cent des restaurants avaient une licence.

Les données communiquées par l'ASCAP, qui est la principale société de recouvrement, indiquent également que le nombre de licences concédées à des établissements est relativement peu élevé. Dans sa déposition devant le Congrès en 1997, Mme Marilyn Bergman, Présidente de l'ASCAP, a déclaré que "le nombre total de restaurants auxquels l'ASCAP a concédé des licences ne dépasse pas 70 000" (pièce n° 20 des États-Unis, page 177). D'après les chiffres précités du Bureau du recensement, il y a environ 368 044 restaurants (service à table et restauration rapide) aux États-Unis. Par conséquent, la principale société de recouvrement aux États-Unis, l'ASCAP, estime elle-même qu'elle a concédé des licences à 19 pour cent seulement des restaurants américains.

- c) **Dans quelle mesure les sociétés de recouvrement concèdent-elles des licences à ces établissements pour l'utilisation d'œuvres musicales autres que des œuvres radiodiffusées (par exemple, la musique exécutée en direct ou au moyen d'enregistrements sonores ou de juke-box) (pour les trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles).**

Les États-Unis ne disposent pas de données indiquant dans quelle mesure les sociétés de recouvrement cherchent à percevoir des droits auprès des établissements de moins de 3750 ou 2 000 pieds carrés pour la diffusion de musique exécutée en direct ou pour l'utilisation de musique enregistrée ou de juke-box.

Q.11 Veuillez fournir les renseignements ou les estimations disponibles concernant les recettes perçues par les sociétés de recouvrement des États-Unis (pour les trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles), en particulier:

- a) **Les recettes totales provenant de la concession de licences autorisant l'exécution publique d'œuvres musicales, réparties entre les principales catégories d'utilisation, notamment a) la radiodiffusion et la retransmission au sens de l'article 11bis 1) 1° et 2° de la Convention de Berne, b) la communication publique au sens de l'article 11bis 1) 3° et c) les autres droits, y compris ceux qui sont énoncés à l'article 11 1) de la Convention de Berne;**

D'après les rapports annuels de l'ASCAP pour la période 1995-1997, figurant dans la pièce n° 21 des États-Unis, les recettes provenant de la radiodiffusion sont de loin les plus importantes.

Les recettes provenant de la concession de licences autorisant l'exécution publique d'œuvres musicales diffusées par la télévision ont représenté 32 à 33 pour cent des recettes annuelles de l'ASCAP en 1995, 1996 et 1997 et les recettes provenant de l'exécution d'œuvres diffusées à la radio en ont représenté 25 à 26 pour cent pendant la même période. Leurs montants effectifs sont les suivants:

	<u>1995</u>	<u>1996</u>	<u>1997</u>
	(en millions de dollars)		
Radio	110	120	124,7
Télévision	141,8	158,4	155,2
Recettes totales	436,8	482,6	482,1

On ne dispose pas de chiffres précis indiquant le montant des recettes provenant des licences autorisant la communication publique par haut-parleur. Les seules statistiques disponibles concernent les recettes de l'ASCAP provenant de la concession de "licences générales ou secondaires", qui comprennent la totalité des recettes provenant des licences concédées à des établissements de restauration, des débits de boissons et des établissements de vente au détail ainsi que pour des cirques, des parcs d'attractions, des congrès et des manifestations sportives. Il faut se rappeler que ces chiffres globaux comprennent la totalité des recettes provenant des licences concédées à ces établissements, y compris pour la diffusion de musique enregistrée et de musique exécutée en direct par un orchestre. C'est pourquoi ils ne représentent pas l'éventuel manque à gagner, causé par les exceptions prévues à l'article 110 5) A) ou B), mais ils représentent assurément la limite supérieure de ce manque à gagner. En 1995, en 1996 et en 1997, les recettes provenant des licences générales ont représenté environ 14 pour cent des recettes totales de l'ASCAP:

	<u>1995</u>	<u>1996</u>	<u>1997</u>
	(en millions de dollars)		
Licences générales	63,2	66,2	67,3

Les autres recettes mentionnées par l'ASCAP pour chacune de ces trois années proviennent notamment des symphonies et des concerts (1 pour cent), des sociétés de recouvrement étrangères (25 pour cent-36 pour cent) et des intérêts et des cotisations des membres (1 pour cent).

- b) **En ce qui concerne les recettes perçues auprès des établissements de restauration, des débits de boissons et des autres établissements, comment se répartissent-elles entre les redevances pour la diffusion publique de musique radiodiffusée et les redevances pour la diffusion publique de musique provenant d'autres sources;**

Comme cela a été dit précédemment, les recettes de l'ASCAP provenant des établissements de restauration, des débits de boissons et des autres établissements représentent moins de 14 pour cent de ses recettes annuelles totales entre 1995 et 1997. Les États-Unis ne disposent pas de données indiquant la ventilation des recettes de l'ASCAP provenant des licences générales entre la musique radiodiffusée et la musique provenant d'autres sources.

Toutefois, une enquête effectuée par la NLBA indique que l'utilisation de musique enregistrée sur disques compacts et cassettes (26 pour cent des établissements membres) ou de services de diffusion de musique de fond (18 pour cent) est très importante dans les établissements membres de l'Association, presque autant que l'utilisation de musique radiodiffusée (28 pour cent). La même enquête montre que l'exécution publique de musique en direct (37 pour cent) était encore plus répandue que l'utilisation de musique radiodiffusée. Voir la lettre de la NLBA du 18 novembre 1999, pièce n° 17 des États-Unis. Étant donné que de nombreux établissements passent de la musique provenant de différentes sources, ces chiffres ne correspondent pas au pourcentage des redevances totales perçues pour l'utilisation de musique provenant de chaque source. Par exemple, le pourcentage des redevances perçues pour l'utilisation de musique radiodiffusée est certainement inférieur à 28 pour cent car de nombreux établissements qui passent de la musique radiodiffusée passent aussi de la musique émanant d'autres sources.

Les États-Unis estiment que 74 pour cent environ des restaurants passent de la musique d'une façon ou d'une autre. Sur la base de ces données et d'estimations confidentielles de la NRA, on est en droit de penser que pas plus de 44 pour cent des droits de licence versés par les restaurants peuvent être attribués à la musique radiodiffusée.

- c) **En ce qui concerne la ventilation de ces recettes entre les différentes sources, en particulier le pourcentage des recettes perçues auprès des établissements de restauration, des débits de boissons et des autres établissements, veuillez indiquer si possible comment se répartissent ces chiffres entre les établissements de restauration et les débits de boissons et les autres établissements dont la superficie est inférieure ou supérieure aux limites fixées à l'alinéa B);**

Si ces renseignements sont disponibles, ils ont été communiqués dans la réponse à la question 10 et dans les réponses aux points a) et b) ci-dessus.

- d) **Quelle est l'incidence probable de l'article 110 5) modifié sur les recettes perçues auprès de ces établissements?**

L'effet de l'article 110 5) modifié sur les recettes des sociétés de recouvrement est probablement minime. Quatorze pour cent seulement 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 sont liées à la diffusion en public de musique exécutée en direct ou de musique enregistrée, et non de musique radiodiffusée. Sur la base des données émanant de la NLBA et d'autres sources, on peut estimer de façon prudente 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. Mais il faut encore réduire ce chiffre car les restaurants et les bars ne bénéficient pas tous de l'exception prévue à l'article 110 5). Même sur la base du chiffre des CE, indiquant que 70 pour cent de l'ensemble des restaurants américains seraient exemptés en vertu de l'article 110 5) 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.

Q.12 Les États-Unis peuvent-ils confirmer ce qu'ont dit les CE au paragraphe 77 de leur déclaration orale à la première réunion de fond, à savoir qu'au moins 25 pour cent des œuvres musicales jouées aux États-Unis appartiennent à des titulaires du droit d'auteur des CE? Dans la négative, les États-Unis peuvent-ils fournir d'autres estimations?

Les États-Unis ne sont pas d'accord avec la déclaration des CE. En particulier, ils ne peuvent pas admettre 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. En fait, les États-Unis sont surpris par cette déclaration car, dans une étude interne de 1998 sur l'incidence économique de l'exception sur les détenteurs de droits des CE, elles ont estimé que 6,2 pour cent seulement des recettes de l'ASCAP étaient distribués à l'ensemble des sociétés de recouvrement étrangères et que seulement 5,6 pour cent des recettes de BMI revenaient à l'ensemble des sociétés de recouvrement étrangères. Le pourcentage revenant aux sociétés de recouvrement des CE serait évidemment bien inférieur aux pourcentages revenant à toutes les sociétés de recouvrement étrangères. Commission européenne, Examen Procédure Regarding the Licensing of Music Works in the United States of America (23 février 1998).

Q.13 Veuillez fournir des renseignements sur les marchés d'autres pays que vous jugez pertinents en l'espèce.

Les conditions du marché aux États-Unis sont les plus pertinentes en l'espèce et de ce fait les États-Unis ne pensent pas que des renseignements sur d'autres marchés soient nécessaires pour régler cette affaire. Les attentes légitimes du détenteur du droit d'auteur concernant l'exploitation de son œuvre sur un marché particulier doivent être guidées par les conditions de ce marché.

Obligations nées des traités internationaux

Q.14 Les États-Unis pourraient-ils expliquer en quoi, en l'absence de stipulation expresse à cet effet dans l'Accord sur les ADPIC, l'article 13 de l'Accord "énonce" la doctrine des "petites réserves" établie dans le cadre de Convention de Berne? Veulent-ils dire que l'article 13 peut être invoqué séparément ou ne peut l'être qu'à travers la doctrine des "petites réserves"?

La question que pose le Groupe spécial a été longuement examinée durant la négociation de l'article 13 et des opinions divergentes ont été exprimées quant à la nécessité de cet article. Finalement, la position qui l'a emporté reconnaissait que presque tous les pays appliquaient des petites exceptions aux droits exclusifs énoncés dans la Convention de Berne, dans le cadre de leur droit législatif, de leur jurisprudence ou de leur pratique, et que l'article 13 offrait un moyen efficace de déterminer si ces exceptions étaient appropriées.

Dans le projet de texte de l'Accord datant du 23 juillet 1990 (W/76), il est dit ce qui suit à propos de l'article 13: "En ce qui concerne les droits prévus au point 3, les limitations et exemptions, y compris les licences obligatoires, reconnues par la Convention de Berne (1971) s'appliqueront aussi *mutatis mutandis*". Par ailleurs, un éminent spécialiste, auteur d'un ouvrage retraçant l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, fait l'observation suivante:

L'interprétation de [l'article 13] n'est possible qu'à la lumière des articles 2 2) et 9 1) de l'Accord et, par incorporation, de l'article 20 de la Convention de Berne. Par conséquent, l'article 13 n'établit pas de nouvelles exceptions bien que l'on soit tenté de dire, en le lisant séparément, qu'il permet aux pays de créer de nouvelles licences obligatoires. Mais cet argument est défaillant. L'introduction de *nouvelles* licences obligatoires serait contraire, dans presque tous les cas, à la Convention de Berne. L'article 13 permet à un groupe spécial d'examiner les exceptions, y compris ce qu'il est convenu d'appeler les "petites exceptions", pour s'assurer qu'elles satisfont au critère établi. ... [Citation du rapport de la Conférence de Bruxelles mentionnant les petites réserves applicables aux articles 11, 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14.] Quand elles sont invoquées, ces exceptions peuvent désormais être soumises au critère général de l'article 13. ... (non souligné dans l'original)

D. Gervais, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, 89-80 (1998).

Il est important de noter que cette interprétation est corroborée par les termes et l'historique des traités ultérieurs confirmant les droits reconnus par la Convention de Berne. Les traités de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) ont été adoptés par la Conférence diplomatique le 20 décembre 1996, à Genève. Le WCT exige le respect des droits fondamentaux énoncés dans la Convention de Berne (article 1 4)) et renferme des termes très semblables à ceux de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. De plus, il stipule expressément qu'il constitue "un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne" (article 1 1)). Tant à l'article 10 du WCT qu'à l'article 16 du WPPT, il a été jugé important de reprendre la norme déjà énoncée dans l'Accord sur les ADPIC et dans la Convention de Berne aux fins de l'évaluation des limitations et des exceptions.

Le WCT précise expressément que la norme énoncée à l'article 13 de l'Accord s'applique aux dispositions de la Convention de Berne et aux droits reconnus par le nouveau traité. À l'article 10 1), il dispose que:

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.

À l'article 10 2), il précise que cette norme vaut également pour ce qui est de l'application des limitations ou exceptions dont sont assortis les droits prévus par la Convention de Berne:

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.

La déclaration commune concernant l'article 10 du WCT corrobore cette opinion:

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 par la législation nationale 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.

Il est aussi entendu que l'article 10 ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne.

Si la Convention de Berne ne permettait aucune exception ou limitation mineure, l'article 10 2) du WCT et la disposition citée de la déclaration commune n'auraient pas de raison d'être.

L'article 10 du WCT reprend le texte figurant en tant qu'article 12 dans la proposition de base soumise à l'examen de la Conférence diplomatique (CRNR/DC/4). Le commentaire sur la proposition de base apporte des éclaircissements. Après avoir noté que l'Accord sur les ADPIC énonçait déjà la norme applicable aux limitations et exceptions admissibles, il dit 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".

Les CE et les États-Unis sont signataires du WCT et du WPPT.

Q.15 À la lumière de l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 20 de la Convention de Berne, l'article 13 de l'Accord peut-il déroger à l'obligation d'assurer une "rémunération équitable" énoncée à l'article 11*bis* 2) de la Convention?

Comme cela est expliqué plus haut, l'article 13 ne déroge en rien à la protection accordée en vertu de la Convention de Berne et par conséquent il est pleinement conforme à l'article 2:2 de l'Accord et à l'article 20 de la Convention. En fait, il renforce cette protection en établissant des critères explicites, qui n'existaient pas auparavant, pour évaluer les exceptions.

En particulier, appliqué à l'article 11*bis* 2), l'article 13 ne déroge pas au droit à une rémunération équitable. Des exceptions mineures s'appliquent à bon nombre des droits accordés par la Convention de Berne, comprenant explicitement les articles 11 et 11*bis*. Si une partie décide d'établir un régime de licences obligatoires en vertu de l'article 11*bis* 2), au lieu de prévoir une petite exception à ce droit, ce régime doit assurer une rémunération équitable. Le régime de licences obligatoires des États-Unis, par exemple, tel qu'il s'applique aux transmissions secondaires de signaux radiodiffusés par un réseau de distribution par câble, entre manifestement dans le champ d'application de cette disposition et est conforme à celle-ci. (Ce point est examiné plus en détail dans la réponse des États-Unis à la question 6 du Groupe spécial posée aux deux parties.)

Q.16 Existe-t-il des exceptions analogues à celles que prévoit l'article 110 5) A) ou B) de la Loi des États-Unis, ou des exemples d'exceptions constituant des "petites réserves" dans les lois sur le droit d'auteur d'autres pays?

Il existe de nombreuses exceptions analogues à celles qui prévoit l'article 110 5) A) et B) et des exemples d'exceptions constituant des "petites réserves" dans les lois sur le droit d'auteur d'autres pays. Bien que les États-Unis n'aient pas eu le temps de passer en revue les lois de tous les autres Membres de l'OMC ou de l'Union de Berne, un examen même limité des lois de quelques Membres de l'OMC révèle qu'il y a un certain nombre d'exceptions au droit d'exécution publique, notamment dans la législation de plusieurs États membres des CE.

Par exemple, la Loi sur le droit d'auteur de l'Australie prévoit plusieurs exceptions au droit d'exécution publique. L'article 46 prévoit une exception pour l'exécution en public d'une œuvre au moyen d'un appareil de télégraphie sans fil ou d'un phonogramme " dans les locaux où des personnes résident et logent, au titre des distractions offertes exclusivement aux résidents ou pensionnaires desdits locaux ou à ces résidents pensionnaires et à leurs invités". *Loi de 1968 sur le droit d'auteur (modifiée en 1994), article 46.* Le caractère commercial de cette exception apparaît clairement puisqu'elle s'applique aux hôtels et aux pensions de famille. Parlement australien, Commission permanente des affaires juridiques et constitutionnelles "Don't Stop the Music!": rapport d'enquête sur le droit d'auteur, la musique et les petites entreprises", 29 mai 1998 (disponible sur Internet à l'adresse suivante: www.aph.gov.au/house/committee/laca/reports/copyrigh/index.htm). L'Australie exempte aussi l'exécution publique d'œuvres à des fins éducatives. *Id., article 28.*

La Loi sur le droit d'auteur de la Belgique dispose, à l'article 22, que l'auteur "ne peut interdire ... la communication au public de l'œuvre exposée dans un lieu accessible au public, lorsque le but ... de la communication au public n'est pas l'œuvre elle-même". *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins de 1994 (modifiée en 1995), article 22 1).* La Belgique prévoit aussi une exception pour "l'exécution gratuite d'une œuvre au cours d'un examen public, lorsque le but de l'exécution n'est pas l'œuvre elle-même, mais l'évaluation de l'exécutant ..." *Id.*

La Loi sur le droit d'auteur de la Finlande dispose qu'"[u]ne œuvre publiée peut être interprétée ou exécutée publiquement lorsque cette interprétation ou exécution ne constitue pas l'essentiel d'une manifestation, que cette manifestation est ouverte gratuitement au public et que le but de celle-ci n'est pas lucratif". *Loi sur le droit d'auteur (modifiée en 1997), article 21 (446/1995).* Cette loi prévoit aussi une exception pour l'exécution d'une œuvre en public "dans le cadre d'un service religieux ou de l'enseignement". *Id.* Le Danemark prévoit lui aussi une exception pour les interprétations ou exécutions publiques d'œuvres non dramatiques à la radio ou à la télévision "lors de manifestations dont l'objet principal n'est pas l'interprétation ou l'exécution d'œuvres, sous réserve que le public soit admis gratuitement et que la manifestation soit sans but lucratif". *Loi sur le droit d'auteur de 1995, article 21.*

La Nouvelle-Zélande prévoit elle aussi une exception pour l'exécution publique d'œuvres musicales dans le cadre d'un établissement d'enseignement. *Loi de 1994 sur le droit d'auteur, article 47.* Les Philippines prévoient une exception pour l'exécution d'une œuvre en public à des fins didactiques et humanitaires. *Code de la propriété intellectuelle des Philippines, article 184 (1997).* L'Inde prévoit une exception pour "la représentation ou l'exécution d'une œuvre littéraire dramatique ou musicale" dans le cadre d'un établissement d'enseignement, mais aussi "par un club ou une société d'amateurs, si elle est donnée devant un public qui n'a pas payé pour la voir ou l'entendre ... ". *Loi de 1957 sur le droit d'auteur (modifiée en 1994), articles 52 i) et 52 1).*

Le Canada prévoit un certain nombre d'exceptions au droit d'exécution publique. *Loi de 1994 sur le droit d'auteur (modifiée en 1997).* Ces exceptions concernent la reproduction et l'exécution d'œuvres dans le cadre de l'enseignement, *article 29.4 et 29.5,* et l'exécution d'une œuvre "à une exposition ou foire agricole ou industrielle et agricole", *article 32.2 2).* Il y a aussi une

exception générale pour l'exécution en public d'une œuvre musicale – exécution en direct ou exécution du signal de communication – par une organisation ou institution religieuse, par un établissement d'enseignement ou par une organisation charitable ou fraternelle, dans l'intérêt d'une entreprise religieuse, éducative ou charitable. *Articles 32.2 3*). Cet article prévoit en particulier que dans ces circonstances, les établissements concernés ne sont pas tenus de payer une compensation". (*non souligné dans l'original*)

La loi de l'Afrique du Sud stipule que "le droit d'auteur sur une œuvre littéraire ou musicale n'est pas enfreint par l'utilisation qu'en fait un vendeur de récepteurs de radio ou de télévision ou de tout matériel d'enregistrement ou de lecture d'enregistrements pour faire, de bonne foi, une démonstration de ce matériel à un client". *Loi de 1978 sur le droit d'auteur (modifiée en mai 1995)*.

Enfin, les États-Unis se réfèrent à la lettre que le Brésil a adressée au Groupe spécial le 17 novembre 1999, dans laquelle l'Ambassadeur Amorim indique que la loi du Brésil sur le droit d'auteur renferme des exceptions au sens de la doctrine des "petites réserves".

Q.17 Comment justifiez-vous précisément l'affirmation selon laquelle les dispositions de l'article 110 5) A) et B) constituent un cas spécial au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

L'article 13 exige que les exceptions soient limitées à certains cas spéciaux. D'après l'Oxford Dictionary, le terme "certain" signifie "déterminé; fixe" et "défini". *The New Shorter Oxford Dictionary* (ed. Lesley Brown), 364 (1993). Le terme "spécial" signifie "exceptionnel", "qui se distingue par une qualité ou une caractéristique particulière dans son genre; reconnaissable d'une certaine façon", "destiné ou utilisé à une fin ou à une occasion particulière", "ayant une application ou une fin particulière ou limitée" et "détaillé, précis, spécifique". *Id.*, page 2971. Ces définitions se chevauchent dans une large mesure et le principal critère qui ressort de la prescription exigeant qu'une exception soit limitée à "certains" cas "spéciaux" est qu'elle doit être à la fois bien définie et d'application limitée. Un compte rendu de l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC explique que: "[q]uand ces exceptions sont invoquées, elles peuvent désormais être soumises au critère général de l'article 13, qui doit être interprété à la lumière de l'article 9 2) de la Convention de Berne. Les deux critères figurant dans cet article sont applicables de façon cumulative. De plus, toute exception doit être clairement délimitée de manière à ne s'appliquer que dans "certains cas spéciaux". *Gervais, page 90*.

L'historique de la négociation de l'article 9 2) de la Convention de Berne corrobore cette opinion. Le texte proposé initialement indiquait trois cas dans lesquels des exceptions étaient permises, le troisième étant "certains cas particuliers, pourvu que i) une telle reproduction ne soit pas contraire aux intérêts légitimes de l'auteur, et ii) elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre". La Conférence a cependant décidé qu'une formule plus générale était préférable et, au lieu de ces trois cas d'exceptions, elle a adopté une proposition du Royaume-Uni tendant à modifier le texte de manière à permettre des exceptions "dans certains cas spéciaux" remplissant les deux conditions. OMPI, *Actes de la Conférence de Stockholm*, 1150-1152, paragraphes 78, 81 & 86 (1967). Le Guide de la Convention de Berne de l'OMPI confirme aussi que l'expression "certains cas spéciaux", à l'article 9 2), n'est pas censée être une condition limite distincte applicable aux exceptions et n'évoque aucune limitation du but dans lequel une exception peut être établie. *OMPI – Guide de la Convention de Berne*, page 62, paragraphe 9.6 (où il est exclusivement question des "deux" conditions limitant la faculté de prévoir des exceptions: l'atteinte à l'exploitation normale et le préjudice injustifié).

Ainsi, la notion de "spécial" n'a pas à englober la notion du but de l'exception. Pour autant que celui-ci est pertinent au regard de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il suffit que l'exception ait un but particulier. Le terme "spécial" n'exprime pas en soi une priorité ou une préférence entre des objectifs.

De plus, en examinant si une exception constitue un "cas spécial", un groupe spécial de l'OMC doit absolument éviter de se prononcer sur le bien-fondé des considérations de politique publique qui amènent un pays à établir une exception. Dans une organisation aussi diverse que l'OMC, un groupe spécial ne doit pas déterminer si les objectifs de politique publique d'un Membre sont acceptables. Rien dans l'Accord sur les ADPIC ne permet à un groupe spécial de déterminer quelles raisons de politique générale sont acceptables pour justifier une exception au titre de l'article 13. Le but dans lequel un Membre peut établir des exceptions aux droits exclusifs n'est pas le principal objet de l'article 13; c'est au mieux un point accessoire. Ce qui est important, c'est la portée de l'exception et son effet sur les détenteurs de droits.

Comme cela est expliqué aux paragraphes 24 à 26 de la première communication des États-Unis, les exceptions prévues à l'article 110 5 A) et B) de la Loi sur le droit d'auteur sont bien définies et sont limitées à des cas particuliers. L'article 110 5 A) s'applique uniquement aux cas où un appareil de réception pour usage de type privé est employé et l'article 110 5 B) aux cas dans lesquels des établissements remplissent les conditions précises qu'il impose concernant la taille et le matériel.

De plus, d'importantes considérations de politique publique sous-tendent l'article 110 5 A) et B). S'agissant de l'article 110 5 A), il est clair que le Congrès se préoccupait des petites entreprises familiales. Les petites entreprises jouent un rôle particulièrement important dans le tissu social américain. Elles contribuent à la promotion des valeurs locales et encouragent l'innovation et l'expérimentation. En outre, elles créent beaucoup plus de possibilités économiques pour les femmes, les minorités, les immigrants et les personnes dépendant de l'assistance publique, contribuant ainsi de façon décisive à l'insertion économique et sociale de milliers de personnes. *The State of Small Business: Report of the President*, (U.S. GPO: Washington) 3 (1998).

D'importantes considérations de politique publique étayent aussi l'exception prévue à l'article 110 5 B). Les considérations relatives à l'importance sociale des petites entreprises s'appliquent également à bon nombre des entreprises qui en bénéficient. Voir le Bulletin du Congrès (7 octobre 1998); Lettre du représentant James Sensenbrenner, Jr. aux membres du Congrès, "*Key small business vote next week*" (20 mars 1998). De plus, l'historique de cette disposition montre que le législateur était très préoccupé par les pratiques abusives des organismes de gestion des droits d'exécution. En exemptant les petites entreprises, dont beaucoup étaient déjà exemptées par les sociétés de recouvrement dans le cadre de l'accord avec la NLBA, le Congrès pensait qu'il réglait le problème des pratiques abusives en matière de licences sans causer un préjudice injustifié aux détenteurs de droits.

Q.18 L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC permet-il de mettre en balance les recettes générées ou susceptibles d'être générées au titre des différents droits exclusifs, entre autres, pour déterminer s'il y a "exploitation normale" de l'œuvre et/ou s'il est causé "un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit", ou bien faut-il considérer séparément chaque droit exclusif?

Comme la question 19, cette question semble supposer que le Groupe spécial doit considérer soit chaque droit séparément soit tous les droits ensemble. En fait, les deux formules sont pertinentes. Une exception devrait être considérée dans le contexte de tous les droits exclusifs conférés au détenteur du droit ainsi que dans le contexte du droit particulier auquel elle s'applique.

Les exceptions peuvent prendre diverses formes. Certaines pourraient empiéter considérablement sur un droit exclusif particulier, sans empiéter sur les autres droits exclusifs. D'autres pourraient empiéter à un moindre degré sur plusieurs droits exclusifs. Dans les deux cas, les exceptions pourraient être contraires à l'Accord sur les ADPIC et le cadre analytique de l'article 13 doit tenir compte des deux situations.

Par conséquent, en examinant une exception, un groupe spécial devrait considérer la portée de l'exception par rapport à celle de tous les droits exclusifs conférés au détenteur du droit ainsi que la portée de l'exception par rapport au droit exclusif auquel elle s'applique. La question de savoir si une exception s'applique à un seul droit exclusif ou à plusieurs est pertinente pour examiner s'il y a une atteinte à l'exploitation normale et un préjudice injustifié. De même, il est pertinent d'examiner dans quelle mesure l'exception affecte un droit exclusif particulier. Au bout du compte, pour déterminer si une exception particulière porte atteinte à l'exploitation normale ou cause un préjudice injustifié, on procède à une analyse très factuelle, axée sur les circonstances précises de l'exception et du marché en question.

Le texte de l'article 13 corrobore cette analyse générale. L'article 13 dispose que les exceptions doivent être limitées aux cas qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'"œuvre" et non à l'exploitation normale du droit affecté. Si les rédacteurs avaient voulu limiter l'analyse au droit exclusif auquel s'applique une exception, ils auraient pu aisément faire référence, dans cette disposition, à "l'exploitation normale des droits exclusifs". Il faut noter aussi que l'article 13 parle de préjudice injustifié aux "intérêts légitimes du détenteur du droit", mais ne contient aucun terme restrictif concernant ses intérêts légitimes dans un droit particulier.

Le fait qu'une exception doit être évaluée dans le contexte global des droits conférés par un pays ne signifie pas qu'un pays pourrait complètement supprimer un droit exclusif si celui-ci n'avait pas d'importance économique. L'Accord sur les ADPIC établit des normes minimales. Les droits exclusifs énoncés aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (abstraction faite de l'article *6bis*) et dans la section 1 de la partie I de l'Accord sur les ADPIC doivent être accordés. De plus, l'article 13 fait référence aux "limitations des droits exclusifs" ou aux "exceptions à ces droits". L'abolition d'un droit exclusif n'équivaut pas à la limitation de ce droit. Néanmoins, dès lors que ce droit exclusif est accordé, son importance économique relative est un facteur pertinent aux fins de l'analyse au titre de l'article 13.

Les recettes effectives dégagées de l'exercice des droits exclusifs sont aussi un facteur important aux fins de cette analyse. Les bénéfices escomptés par le titulaire du droit d'auteur dépendent des conditions du marché. Pour déterminer la portée de l'exploitation normale et du préjudice injustifié, il est indispensable de prendre en considération les conditions du marché. Les notions d'exploitation normale et de préjudice injustifié ne peuvent pas être définies dans l'abstrait.

Q.19 En examinant les critères permettant de déterminer s'il y a "exploitation normale" et/ou s'il est causé "un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit" au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, faut-il considérer séparément chaque droit exclusif?

Voir la réponse à la question 18 ci-dessus.

Q.20 Les États-Unis pourraient-ils expliquer en quoi la disposition de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne pourrait représenter une dérogation plus importante aux règles de fond en matière de droit d'auteur qu'une exception au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

Cette question pourrait aussi être formulée de la façon suivante: "En quoi le droit à une rémunération prévu à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne représenterait-il une dérogation plus importante aux droits exclusifs qu'une exception conforme à la doctrine des "petites réserves" applicable à l'article 11*bis*?" Comme cela a été dit précédemment, l'article 13 de l'Accord ne "prévoit" pas des exceptions qui ne sont pas déjà prévues par la Convention; il établit simplement une norme permettant d'évaluer ces exceptions.

D'une manière générale, une licence obligatoire peut avoir une portée beaucoup plus étendue qu'une exception et peut supprimer un plus grand nombre de droits. La doctrine des "petites réserves", appliquée à l'article 11*bis*, ne permettrait que des exceptions limitées et raisonnables aux

droits du détenteur du droit. Si un pays choisissait de substituer le droit à une rémunération aux droits exclusifs énoncés à l'article 11*bis*, au lieu d'établir une exception limitée pour remédier à un problème particulier, cela pourrait se traduire par une diminution bien plus importante des recettes. L'octroi d'une licence obligatoire conformément à l'article 11*bis* 2) pourrait priver le détenteur du droit de tous les droits conférés par l'article 11*bis*, y compris le droit de concéder une licence à une station de radio ou de télévision ou à un réseau de distribution par câble. On voit que cela aurait une portée considérable en particulier dans le cas de certaines œuvres audiovisuelles dont les auteurs reçoivent la quasi-totalité de leur rémunération de cette façon. De surcroît, bien que le détenteur du droit ait droit à une rémunération pour l'utilisation de son œuvre, il ne peut pas en fixer lui-même le montant. Celui-ci sera probablement fixé par une entité administrative ou quasi gouvernementale, qui pourrait estimer que la valeur de l'œuvre est bien inférieure à ce que croit le détenteur du droit ou à ce qu'il pourrait obtenir sur le marché.

En revanche, conformément à la clôture des "petites réserves", les exceptions pures et simples aux droits énoncés dans la Convention de Berne doivent être limitées et ne peuvent pas porter atteinte à l'exploitation normale ni causer un préjudice aux intérêts légitimes du détenteur du droit. Les exceptions qui satisfont à ce critère sont vraisemblablement plus limitées que les licences autorisées par l'article 11*bis* 2) et ont une incidence moindre sur le détenteur du droit.

En résumé, conformément à l'article 11*bis* 2), un pays peut assortir de n'importe quelle condition les droits conférés au détenteur du droit pourvu qu'il ne soit pas privé d'une rémunération équitable, qu'il n'est même pas habilité à fixer lui-même. En revanche, conformément à la doctrine des "petites réserves", considérée à travers l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, les pays peuvent seulement établir des exceptions limitées ayant un effet justifié.

Q.21 Les États-Unis protègent-ils les droits de radiodiffusion à travers les droits d'exécution protégés conformément à l'article 106 de leur Loi sur le droit d'auteur?

À supposer que, par "droits de radiodiffusion", le Groupe spécial entende le droit de radiodiffusion du titulaire du droit d'auteur au sens de l'article 11*bis* (et non les droits des organismes de radiodiffusion sur les programmes qu'ils produisent) la réponse est simplement oui.

La radiodiffusion n'est que l'un des moyens d'exécuter une œuvre en public. Le titulaire du droit d'auteur a généralement le droit exclusif, aux termes de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, d'autoriser ou d'interdire la radiodiffusion. Le droit d'exécution publique énoncé à l'article 106 de la Loi comprend le droit de radiodiffusion prévu à l'article 11*bis* de la Convention ainsi que d'autres formes d'exécution publique.

II. RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS POSÉES AUX DEUX PARTIES PAR LE GROUPE SPÉCIAL

Q.1 Veuillez indiquer dans quelle mesure la jurisprudence concernant l'article 110 5), citée dans vos communications respectives, est pertinente aux fins de l'interprétation de l'actuel alinéa A) de ce paragraphe.

Les États-Unis considèrent que la jurisprudence est pertinente parce que l'article 110 5) était conforme à l'Accord sur les ADPIC même avant que les œuvres musicales non dramatiques soient exclues de son champ d'application. De plus, la jurisprudence donne des indications sur les limites de l'exception pour ce qui est des œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques.

Catégories d'œuvres

Q.2 Le Groupe spécial croit comprendre que le texte de l'article 110 5) initial est identique à celui de l'actuel alinéa A), sans le membre de phrase "sous réserve des dispositions de

l'alinéa B)'. Les travaux préparatoires reproduits dans les pièces n° 3 des CE et n° 1 des États-Unis (H.R. Rep. No. 94-1476 (1976)) expliquent que la disposition "est applicable aux représentations ou exécutions, ou aux présentations de tous types d'œuvres". Le paragraphe 31 de la communication des CE et le paragraphe 9 de la communication des États-Unis (et certains autres paragraphes) contiennent une interprétation selon laquelle ce texte, tel qu'il figure à l'alinéa A), vise à exclure de son champ d'application les "œuvres musicales non dramatiques". Veuillez clarifier votre interprétation du texte de cette disposition en tant que partie du paragraphe initial d'une part, et en tant que partie de l'alinéa A) d'autre part, et dans la mesure où, à votre avis, le texte devrait être compris différemment dans chacun de ces deux contextes, expliquer pourquoi.

Pour ce qui est de l'exception initiale (pour usage de type privé), qui est devenue l'alinéa A), comme cela a été dit, l'intention était d'exempter l'exécution publique de toutes les catégories d'œuvres dans le cadre des autres limitations de l'exception. La modification de 1998 a réduit la portée de l'exception pour usage de type privé. L'alinéa B) vise les "œuvres musicales non dramatiques" et le champ d'application de l'alinéa A) est expressément limité à ce qui n'est pas mentionné à l'alinéa B). *Voir aussi* la réponse à la question 3 posée par le Groupe spécial aux États-Unis. Par conséquent, étant donné que les œuvres musicales non dramatiques sont visées par l'alinéa B), elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'alinéa A). Les États-Unis font observer que, sur ce point de fait particulier – le champ d'application de l'article 110 5) – il n'y a pas de désaccord entre les parties.

Q.3 Quelle est la définition de l'expression "œuvre musicale non dramatique" dans le contexte de l'article 110 5)? Quels types d'œuvres musicales sont inclus dans le champ d'application des dispositions de cet article, ou en sont exclus et quels types de détenteurs du droit d'auteur son visés par les dispositions des alinéas A) et B)? L'article s'applique-t-il aussi à la communication publique d'œuvres musicales exécutées en direct? Par exemple, la diffusion d'une chanson d'une comédie musicale serait-elle une exécution d'une œuvre musicale "dramatique" ou "non dramatique"? Lorsqu'une chanson d'une comédie musicale est exécutée séparément et par un autre artiste, s'agit-il encore d'une œuvre "dramatique"? Dans quelle mesure la notion d'"œuvre musicale non dramatique" correspond-elle ou est-elle censée correspondre à la notion de "petits droits" sur les œuvres musicales, utilisée dans la pratique des organisations de gestion collective?

L'expression "œuvres musicales non dramatiques" n'est pas définie à l'article 110 5). Néanmoins, comme nous l'avons dit, les œuvres musicales non dramatiques sont celles qui ne s'accompagnent pas d'une représentation dramatique, comme une pièce de théâtre ou un opéra. La musique non dramatique représente l'essentiel de la musique jouée aux États-Unis puisqu'elle englobe la musique pop, le rock, le jazz et la musique ethnique. Les États-Unis souhaitent préciser la réponse préliminaire qu'ils ont donnée à la première réunion du Groupe spécial avec les parties et indiquent qu'ils croient savoir que les sociétés de gestion des droits d'exécution accordent bien des licences pour l'exécution non dramatique d'œuvres musicales dramatiques.

Pratiques en matière de licences

Q.4 Au paragraphe 4 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la première réunion de fond, il est dit que l'article 110 5) ne s'applique qu'à certaines utilisations secondaires d'émissions comprenant l'exécution publique de l'œuvre, pour laquelle le détenteur du droit a déjà reçu une rémunération au titre de l'exécution primaire. De quelle manière les accords de licence entre organisations de gestion collective et organismes de radiodiffusion aux États-Unis ou dans les CE prennent-ils en compte, si tel est le cas, l'auditoire supplémentaire potentiel créé par la nouvelle communication au public par haut-parleur, etc., de l'œuvre radiodiffusée au sens de l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne?

Les États-Unis n'affirment pas que les accords de licence entre les organismes de radiodiffusion et les sociétés de recouvrement prévoient des redevances pour l'exécution secondaire par le public qui reçoit l'émission. Toutefois, pour évaluer l'incidence économique de l'article 110 5) et, en particulier, l'étendue du préjudice causé au titulaire du droit d'auteur, le Groupe spécial devrait tenir compte du fait que le titulaire du droit d'auteur a déjà été rémunéré une fois pour la radiodiffusion de son œuvre exécutée en public.

Interprétation des obligations nées des traités

Q.5 Quelle est, à la lumière de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la nature juridique de textes comme les "rapports généraux" des conférences diplomatiques des pays signataires de la Convention de Berne? Constituent-ils des "accord[s] ultérieur[s] intervenu[s] au sujet de l'interprétation ou de l'application" au sens de l'article 31 3) a), une "pratique ultérieurement suivie" au sens de l'article 31 3) b), des "règle[s] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties" au sens de l'article 31 3) c), ou un "sens particulier [dans lequel] un terme sera entendu s'il est établi que telle était l'intention des parties"?

Les rapports généraux des conférences diplomatiques des pays signataires de la Convention de Berne peuvent être considérés, selon le contexte, comme des travaux préparatoires en vue de la révision de la Convention ou comme des éléments indiquant les circonstances dans lesquelles le texte des révisions de la Convention a été adopté. Leur analyse relève donc de l'article 32 de la Convention de Vienne. Il ne s'agit pas d'accords au sujet de l'interprétation ou de l'application" de la Convention; ni d'une "pratique ultérieurement suivie" de manière générale par les parties à la Convention, et ils ne constituent pas en tant que tels des "règles de droit international applicables dans les relations entre les parties". Ils ne rentrent donc dans aucune des catégories mentionnées à l'article 31 3) a), b) ou c).

Q.6 À votre avis, quel est le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11bis 2) de la Convention de Berne? L'article 13 l'emporte-t-il sur l'exception prévue à l'article 11bis 2) en ce qui concerne les droits exclusifs conférés par l'article 11bis 1) 1° à 3° de la Convention, en ce sens que, lorsque les trois conditions énoncées à l'article 13 sont remplies, le versement d'une rémunération équitable n'est pas prescrit? Les prescriptions de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne l'emportent-elles en tant que *lex specialis* sur les prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en ce sens que, si une rémunération équitable est versée, il n'est pas nécessaire de satisfaire au critère comportant trois conditions énoncé à l'article 13? Les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11bis 2) s'appliquent-elles de manière cumulative, en ce sens que, d'une part, même s'il est satisfait au critère comportant trois conditions énoncé à l'article 13, il y a encore une quatrième prescription, exigeant que soit versée une rémunération équitable, et d'autre part, même si une rémunération équitable est versée conformément à l'article 11bis 2), il est nécessaire de remplir aussi les trois conditions énoncées à l'article 13? Veuillez expliquer votre réponse.

Il est essentiel de préciser que l'expression "rémunération équitable" employée à l'article 11bis 2) ne s'applique qu'aux licences obligatoires, qu'elle désigne en fait de manière indirecte. L'article 11bis 2) permet à un pays d'assortir de n'importe quelles conditions les droits de radiodiffusion du détenteur du droit d'auteur pourvu que cela ne le prive pas d'une rémunération équitable. Il s'agit d'une licence obligatoire. Une licence obligatoire peut avoir une portée beaucoup plus vaste qu'une exception et est un moyen de limiter les droits qui s'écarte de la doctrine des "petites réserves".

L'article 11bis 2) est toujours présenté comme une disposition autorisant les licences obligatoires:

- "De longues discussions ont eu lieu au sous-comité et au Comité général au sujet du paragraphe 2 [de l'article 11bis] qui

permet aux pays de l'Union d'introduire des licences obligatoires en faveur de la radiodiffusion." (*Rapport sur la Conférence de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne*, Dr. Alfred Baum, Zurich, 1948.)

- "Cette disposition [l'article 11*bis* 2)] accorde aux législations nationales la faculté de substituer au droit exclusif établi par l'alinéa précédent un régime de licences obligatoires ..." (Guide de la Convention de Berne, page 81).

- "Il est généralement admis que le terme "conditions" employé à l'article 11*bis* 2) fait référence à l'imposition de licences obligatoires, mais il appartient aux législations nationales de déterminer la forme de ces licences."

(*S. Ricketson, The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, 525 (1987)).

Il convient de noter que la doctrine des petites réserves, qui a fait l'objet de longues discussions au cours de la négociation de la Convention de Berne et des traités postérieurs, n'est jamais associée aux licences obligatoires ou à l'article 11*bis* 2). Dans le Rapport général qu'il a présenté à la Conférence de Bruxelles (1948), Marcel Plaisant a expressément examiné la question de l'applicabilité des petites réserves à l'article 11*bis*: "Ces mesures exceptionnelles s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14". (Cité dans Ricketson, page 534.) Le droit à une rémunération énoncé à l'article 11*bis* 2) figurait déjà dans la Convention à l'époque. Si le comité de rédaction avait eu l'intention de soumettre les petites réserves à une condition supplémentaire uniquement dans le cas de l'article 11*bis*, il l'aurait certainement mentionné dans le rapport. De même, le Guide de la Convention de Berne examine l'article 11*bis* 2) à la page 81 sous la rubrique "Licences obligatoires". La doctrine des petites réserves est évoquée à la page 75: "Il convient de noter, à propos de l'article 11, la question de ce qu'il est convenu d'appeler "les petites réserves ... Il a été souligné lors de la révision de Bruxelles que ces exemptions (qui s'appliquent aussi aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14) étaient admissibles". Il n'est pas question de l'article 11*bis* 2) et rien n'indique qu'il a un rapport avec la doctrine des petites réserves.

Q.7 À votre avis, dans quelle mesure la Convention de Berne est-elle devenue un élément du droit international coutumier, et, s'il en est ainsi, quelles sont notamment les dispositions des articles 1 à 21 qui font partie de ce droit?

Les États-Unis poursuivent leurs consultations internes sur les points soulevés par cette question et par la question suivante. C'est pourquoi les opinions émises ci-après doivent être considérées comme préliminaires et il se peut que des précisions soient apportées dans la deuxième communication des États-Unis au Groupe spécial.

Les États-Unis ne pensent pas que la Convention de Berne soit devenue un élément du droit international coutumier. À leur avis, la pratique n'est pas suffisamment constante et uniforme et les États qui n'ont pas signé la Convention ne considèrent pas les obligations en découlant comme suffisamment impératives pour qu'elle puisse être considérée comme un élément du droit international coutumier. Négociée en 1886, la Convention de Berne a ensuite été révisée cinq fois et complétée deux fois. Le texte actuel est celui de la révision de Paris de 1971. De nombreux pays ne l'ont pas signée et ne se conforment pas à ses dispositions ou n'ont pas accepté certaines des dernières révisions. Les États-Unis n'ont accédé à la Convention qu'en 1989 lorsqu'ils ont adopté une loi mettant leur législation en conformité avec les dispositions de la Convention (Loi de 1988 sur la mise en œuvre de la Convention de Berne, H.R. Rep. No. 100-609, 100th Cong., 2d Sess. (1988).

Q.8 La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne, en particulier dans le contexte des articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention, est-elle devenue une règle du droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne compte tenu du paragraphe 3), alinéas a) à c) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne, ou compte tenu de l'article 32 de la Convention de Vienne? La doctrine des "exceptions mineures" ou d'autre exception implicite a-t-elle été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 de l'Accord en même temps que les articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne? Veuillez expliquer votre réponse.

La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne n'est pas devenue une règle du droit international coutumier. Elle constitue une pratique ultérieurement suivie par les membres de l'Union de Berne, au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne. Voir la réponse à la question 16 posée aux États-Unis par le Groupe spécial au sujet des exceptions mineures figurant dans les lois des autres membres de l'Union. Cette doctrine est aussi mentionnée explicitement dans les travaux préparatoires de la Convention de Berne qui constituent un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Voir la réponse à la question 14 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

La doctrine des "exceptions mineures" a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC par l'énonciation précise à l'article 13, de la norme permettant d'évaluer ces exceptions. Voir la réponse aux questions 14 et 15 posées aux États-Unis par le Groupe spécial. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 confirme aussi qu'il était dans l'intention des pays de l'Union de Berne de permettre des exceptions mineures aux droits énoncés dans la Convention. Voir la réponse à la question 14 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.9 En dehors des cérémonies religieuses, des fanfares militaires, concerts de bienfaisance ou des nécessités de l'enseignement, à quoi s'applique la doctrine des "petites réserves"? Ne s'applique-t-elle qu'aux utilisations non commerciales? A-t-elle été élaborée uniquement eu égard à l'article 11 de la Convention de Berne, ou a-t-elle été étendue à l'article 11bis 1) 3°, étant donné que ces articles concernent des types de droits différents? Quels exemples d'exceptions implicites de ce genre pourraient être pertinents dans le présent différend?

Les petites réserves s'appliquent aux exceptions conformes à la norme énoncée maintenant à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. La doctrine n'est pas limitée aux exemples particuliers cités par certains pays au cours de la négociation et la pratique ultérieurement suivie par de nombreux pays démontre qu'elle est applicable à de nombreux types d'exceptions. Comme l'indique l'historique de la négociation, elle était censée s'appliquer aussi à l'article 11bis.

Q.10 Pour satisfaire à la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ("certains cas spéciaux"), suffit-il que la limitation ou l'exception soit définie de façon très précise?

Voir la réponse à la question 17 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.11 S'agissant de la deuxième condition énoncée à l'article 13, à quel égard, le cas échéant, une exploitation normale de l'"œuvre" est-elle la même chose qu'une exploitation normale des "droits exclusifs" relatifs à cette œuvre?

Voir la réponse à la question 18 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.12 Dans quelle mesure est-il approprié d'évaluer la conformité d'une loi avec les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC en se fondant sur la situation actuelle du marché dans un pays donné?

La situation actuelle dans un pays donné est un facteur extrêmement important car elle détermine les limites de l'exploitation normale sur ce marché et indique si le préjudice éventuellement causé au détenteur du droit est justifié. La démarche inverse – consistant à appliquer les critères énoncés à l'article 13 par référence à une situation hypothétique, future ou potentielle, du marché – ne serait pas plausible et ne trouve aucune justification dans l'Accord. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas prendre en considération l'évolution des conditions du marché. Il se peut que des exceptions justifiables à un moment donné au regard de l'article 13 deviennent beaucoup trop étendues au fil du temps et compte tenu de l'évolution du marché. Il se peut aussi qu'une exception qui ne répond pas aux critères de l'article 13 à un moment donné y réponde lorsque les conditions du marché changent.

Il semble très hasardeux d'essayer de déterminer si les conditions énoncées à l'article 13 sont remplies par référence à la situation potentielle d'un marché. On pourrait aussi faire des hypothèses sur les changements du marché qui pourraient influencer sur le degré de préjudice causé par une exception aux droits exclusifs. Le système de règlement des différends de l'OMC ne s'appuie pas sur de telles hypothèses. Prendre en considération autre chose que la situation actuelle du marché reviendrait à introduire dans l'Accord sur les ADPIC une prescription qui n'y figure pas, en vertu de laquelle une exception devrait être conçue de manière à éviter toute atteinte potentielle à l'exploitation normale d'une œuvre et même l'éventualité d'un préjudice injustifié causé au détenteur du droit. Or, d'après le texte précis de l'article 13, il faut examiner dans quelle mesure une exception ne porte pas atteinte effectivement à l'exploitation normale et ne cause pas effectivement un préjudice injustifié.

Q.13 Dans quelle mesure l'évolution ultérieure des technologies et des marchés (par exemple, l'apparition de nouveaux moyens de transmission ou l'utilisation accrue de la musique de fond ou de la télévision) est-elle pertinente pour l'interprétation des conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

L'évolution des technologies et des marchés est pertinente pour interpréter les conditions énoncées à l'article 13 de l'Accord dans la mesure où elle a un rapport avec un cas particulier à un moment donné. L'analyse devrait se fonder sur l'état actuel de la technologie et du marché et non sur des situations futures hypothétiques. Voir la réponse des États-Unis à la question 10 ci-dessus.

Q.14 Est-il justifié de définir les trois conditions exclusivement par référence à un marché particulier, ou y a-t-il lieu de procéder à une analyse comparative des pratiques en matière de licences dans les autres Membres où les conditions économiques sont similaires?

L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC donne des indications sur ce point. Il dispose que les Membres de l'OMC sont "libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent Accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques". Cette disposition n'aurait guère de sens si le caractère justifié des exceptions prévues par un pays était déterminé en partie par les pratiques en matière de licences des détenteurs de droits étrangers, dans d'autres pays Membres. De même, l'article 5 2) de la Convention de Berne dispose que "en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée". Conformément à l'esprit de cette disposition et, sauf disposition contraire de la Convention, les pays sont libres de déterminer le contenu de leur législation en ce qui concerne l'étendue de la protection par le droit d'auteur.

Le marché national d'un Membre est le principal facteur déterminant s'il y a une exploitation normale et un préjudice justifié en ce qui concerne ce Membre. On ne peut pas supposer que les détenteurs des droits ont des intérêts identiques dans les différents pays Membres de l'OMC même si les conditions économiques y sont similaires. Rien dans l'Accord sur les ADPIC n'oblige à faire en sorte qu'une exception aux droits exclusifs soit justifiée non seulement par référence au préjudice

qu'elle pourrait causer aux détenteurs de droits sur le marché concerné, mais aussi par référence au préjudice qu'elle causerait théoriquement si elle était imposée sur un tout autre marché.

Une analyse comparative des pratiques des autres Membres de l'OMC est particulièrement inappropriée pour ce qui est de la question de "certains cas spéciaux". L'histoire et la tradition locales peuvent déterminer si un pays donné considère qu'un cas est suffisamment spécial pour justifier une exception à un droit exclusif. L'Accord sur les ADPIC n'exige certainement pas que les autres Membres partagent les mêmes valeurs sociales.

Q.15 S'agissant de la troisième condition énoncée à l'article 13, les notions de "préjudice injustifié" et d'"intérêts légitimes" devraient-elles être définies en fonction des droits existants, garantis par la loi, ou connotent-elles aussi une préoccupation normative chez les détenteurs de droits? Dans ce dernier cas, quelle pourrait être cette préoccupation normative? Outre l'analyse empirique du préjudice causé aux intérêts légitimes, comment cet élément normatif pourrait-il être pris en compte pour définir le seuil d'application de la troisième condition énoncée à l'article 13?

L'existence de droits exclusifs garantis par la loi est un facteur à prendre en considération pour définir les notions de préjudice injustifié et d'intérêts légitimes. Les droits existants déterminent les avantages que le détenteur du droit peut légalement espérer retirer de son œuvre et, par conséquent, c'est un élément utile pour évaluer le préjudice causé à ses intérêts. En outre, les notions de préjudice injustifié et d'intérêts légitimes connotent une préoccupation normative chez le détenteur du droit.

Q.16 Quelle est l'étendue du préjudice "justifié" causé aux intérêts légitimes du détenteur du droit qui est acceptable au titre de la troisième condition énoncée à l'article 13?

L'étendue du préjudice qui peut être considéré comme justifié au regard de l'article 13 de l'Accord doit être déterminée en fonction des circonstances de chaque affaire et ne peut pas être établie dans l'abstrait en raison de la multitude de facteurs susceptibles d'influencer l'analyse dans un cas particulier. Pour déterminer si un préjudice est injustifié, le Groupe spécial devrait procéder à une analyse factuelle de l'étendue du préjudice subi par le détenteur du droit faisant l'objet d'une exception, puis il devrait soupeser ces faits pour arriver à une conclusion fondée sur la raison et non sur une notion abstraite du degré de préjudice acceptable.

Q.17 En vue de donner un sens distinct à la deuxième et à la troisième condition énoncées à l'article 13, à quel égard l'étendue, le degré ou la forme d'une atteinte aux droits exclusifs qui ne va pas jusqu'au seuil à partir duquel il y a "atteinte à l'exploitation normale" diffèrent-ils de l'étendue, du degré ou de la forme d'une atteinte aux droits exclusifs qui va au-delà du seuil à partir duquel un préjudice justifié est causé aux intérêts du détenteur du droit? En d'autres termes, quel est le rapport entre le degré de préjudice acceptable au titre de la troisième condition énoncée à l'article 13 et l'"exploitation normale" au titre de la deuxième condition?

Le critère de l'exploitation normale énoncée à l'article 13 se réfère au degré de modification des parts de marché causé par l'exception ou la limitation en question. Autrement dit, y a-t-il des segments du marché où le titulaire du droit d'auteur s'attend à exploiter son œuvre mais ne peut pas le faire à cause de l'exception? Il faut noter que c'est seulement l'exploitation normale qui est en question – les utilisations pour lesquelles le titulaire ne s'attend pas à recevoir une rémunération ne font pas partie de l'exploitation normale. En revanche, le critère de l'intérêt légitime considère l'importance du dommage économique ou autre causé au titulaire par la disposition contestée. Ces deux critères peuvent se chevaucher, mais ne coïncident pas. On pourrait imaginer, par exemple, qu'il s'est produit une importante modification des parts de marché mais, comme le marché en question n'était pas particulièrement rentable et comme le détenteur du droit a perdu très peu d'argent, cela n'a pas causé un préjudice injustifié à ses intérêts. On pourrait imaginer aussi que la modification des

parts de marché a été relativement faible, mais comme le marché en question était très lucratif, un préjudice injustifié est causé aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

Q.18 Conviendrait-il d'adopter des approches empiriques quantitatives ou normatives pour définir les trois conditions énoncées à l'article 13?

Une approche empirique quantitative est la meilleure façon d'analyser les conditions énoncées à l'article 13. L'octroi d'un droit exclusif récompense l'initiative et la créativité de l'auteur ainsi que son investissement et le risque qu'il a pris en produisant l'œuvre. Des exceptions ne devraient ni causer un préjudice injustifié aux bénéfices économiques du détenteur du droit ni décourager la création. Sans une analyse empirique de l'effet réel d'une exception sur le marché, il est impossible de déterminer dans quelle mesure le détenteur du droit subit effectivement un préjudice et si ce préjudice est justifié ou non. Par exemple, le fait que le détenteur du droit n'a pas perçu de redevances pour une utilisation particulière pendant des décennies est au moins un facteur pertinent qui indique si une exception applicable à cette utilisation particulière est justifiée.

Il faut aussi prendre en considération dans cette analyse le contexte, l'objet et le but de l'article 13. L'Accord sur les ADPIC est un accord commercial qui a pour but de "réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international", comme cela est dit dans son préambule. Il a été négocié dans un contexte caractérisé par la grande diversité des systèmes nationaux et dans l'intention de contribuer "à l'avantage mutuel des producteurs et des utilisateurs" et à "un équilibre de droits et d'obligations". Comme cela a été dit plus haut, il était aussi dans l'intention des rédacteurs de laisser aux Membres une certaine latitude pour mettre en œuvre l'Accord dans le contexte de "leurs propres systèmes et pratiques juridiques". Ces principes directeurs corroborent l'idée que l'analyse des conditions énoncées à l'article 13 doit être fondée sur les réalités du marché local et sur la pratique et l'expérience effectives des détenteurs de droits d'auteur et des utilisateurs dans le pays concerné.

APPENDICE 2.4**RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS ÉCRITES POSÉES PAR
LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LEURS
ÉTATS MEMBRES – PREMIÈRE RÉUNION**

(19 novembre 1999)

Q.1 Les États-Unis admettent-ils que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur serait incompatible avec l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne si la doctrine des "petites réserves" n'existait pas? Dans la négative, expliquez pourquoi?

Les États-Unis admettent que toute exception aux droits exclusifs énoncés à l'article 11bis 1) 3°) serait incompatible avec la Convention de Berne si la doctrine des petites réserves n'existait pas. Sans cette doctrine, aucune exception aux droits exclusifs prévus à l'article 11 ou à l'article 11bis ne serait permise. Cela signifie que les exceptions pour les fanfares, les services religieux ou les activités scolaires, prévues dans les lois de nombreux États membres de l'Union européenne et dans celles d'autres Membres de l'OMC, seraient incompatibles avec la Convention de Berne. Cette question et d'autres questions connexes sont examinées en détail dans la réponse des États-Unis aux questions 8 et 9 posées par le Groupe spécial aux États-Unis et aux Communautés européennes.

Q.2 Les États-Unis pourraient-ils confirmer en particulier qu'ils ne considèrent pas que l'article 110 5) peut être justifié au regard de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne?

Les États-Unis confirment qu'ils ne considèrent pas qu'une exception à un droit exclusif peut être justifiée au regard de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne. Cette disposition ne dit pas si des exceptions à un droit exclusif sont admissibles, mais autorise simplement un pays à substituer une licence obligatoire à un droit exclusif. Seules les licences obligatoires peuvent être évaluées au regard de l'article 11bis 2). Cette question et d'autres questions connexes sont examinées en détail dans la réponse des États-Unis à la question 6 posée par le Groupe spécial aux États-Unis et aux Communautés européennes.

Q.3 Les États-Unis semblent admettre que l'Accord sur les ADPIC ne diminue aucun droit conféré en vertu de la Convention de Berne. N'admettent-ils donc pas que l'article 13 de l'Accord, au lieu d'être considéré comme une exemption à part entière, ne peut être considéré que comme une limitation supplémentaire de la faculté d'établir des limitations, des réserves ou des exceptions, qui peut être inscrite dans la Convention de Berne?

Non. L'article 13 n'est pas une limitation supplémentaire de la faculté de prévoir des exceptions aux droits exclusifs conférés en vertu de la Convention de Berne; il énonce plutôt la norme par rapport à laquelle il convient d'évaluer les exceptions implicites à ces droits.

Q.4 Les États-Unis admettent-ils que l'objet des "petites réserves" dans le cadre de la Convention de Berne est de permettre aux parties de maintenir des exceptions mineures existant au moment de leur accession à la Convention?

Non. Les États-Unis ne partagent pas cette opinion. Bien que l'historique de la négociation de la Convention contienne certaines références au souhait des pays de ne pas encourager les exceptions (d'où le caractère implicite de la doctrine des petites réserves, qui n'a pas été énoncée dans le texte de la Convention), un souhait général de limiter autant que possible les exceptions n'équivaut pas à une intention de les proscrire.

Q.5 Où, dans l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis trouvent-ils un élément leur permettant d'affirmer que l'article 13 de l'Accord était conçu pour "énoncer" les petites réserves mentionnées dans le cadre de la Convention de Berne? Les États-Unis considèrent-ils que la faculté de prévoir des "petites réserves" peut s'appliquer à tous les droits garantis par la Convention?

Voir la réponse à la question 14 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.6 Au paragraphe 32 de leur première communication écrite, les États-Unis cherchent à justifier l'exception prévue pour les entreprises commerciales en disant qu'elle ne fait qu'ajouter un "petit nombre d'établissements" à ceux qui bénéficiaient déjà de l'exception antérieure pour usage de type privé. Les États-Unis pourraient-ils donner une estimation de ce "petit nombre d'établissements" supplémentaires? Si le Congrès des États-Unis devait relever encore le seuil, les États-Unis chercheraient-ils à justifier la nouvelle version de l'exception au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en faisant valoir que la plupart des établissements visés par la nouvelle version étaient déjà exemptés au titre de la version antérieure?

Voir les réponses aux questions 9 et 10 posées aux États-Unis par le Groupe spécial, concernant les données dont ils disposent. Les États-Unis ne vont pas spéculer au sujet de l'hypothèse formulée dans la deuxième partie de la question ci-dessus.

Q.7 D'après les États-Unis, quel pourcentage d'établissements devraient être exclus de la protection conférée par l'article 110 5) de leur Loi sur le droit d'auteur avant qu'elle cesse de bénéficier d'une exception conformément à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

Voir la réponse à la question 16 posée par le Groupe spécial aux États-Unis et aux Communautés européennes.

Q.8 Les États-Unis pourraient-ils expliquer pourquoi la diffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur à partir d'émissions de radio ou de télévision pourrait être exclue de la protection, mais pas la diffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur directement à partir de bandes ou de cassettes?

Voir la réponse à la question 7 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.9 Les États-Unis pourraient-ils fournir une copie de la licence concédée à la NLBA, dont ils prétendent, au paragraphe 13 de leur première communication écrite, qu'elle est fondée sur des critères analogues à ceux qui sont retenus à l'article 110 5).

Voir la réponse à la question 1 posée aux États-Unis par le Groupe spécial et la pièce n° 16 des États-Unis.

Q.10 Au paragraphe 4 de leur déclaration orale, les États-Unis disent que l'exception prévue à l'article 110 5) "est limitée à certaines utilisations secondaires d'émissions comprenant l'exécution publique de l'œuvre, pour laquelle le détenteur du droit a déjà reçu une rémunération au titre de l'exécution primaire". Les États-Unis pensent-ils vraiment que le paiement d'une redevance pour l'"exécution primaire" peut être considéré aussi comme une rémunération pour les "utilisations secondaires"?

Voir la réponse à la question 4 posée par le Groupe spécial aux États-Unis et aux Communautés européennes.

Q.11 Veuillez expliquer pourquoi vous considérez que les autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC prévoyant des exceptions (articles 17, 26.2 et 30) constituent un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 13 et quelles conséquences vous en tirez? Quelle est l'importance relative de ces autres dispositions de l'Accord et des exceptions, réserves ou limitations autorisées par la Convention de Berne en tant que contexte pour l'interprétation de l'article 13?

Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, les autres dispositions d'un traité font partie du contexte aux fins de l'interprétation d'une disposition particulière. Pour interpréter l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il ne serait pas justifié de ne pas prendre en considération trois autres dispositions de l'Accord au libellé similaire régissant des exceptions. En général, dans le cadre de l'Accord, l'admissibilité d'exceptions est déterminée par des règles similaires (mais pas identiques) relatives au droit d'auteur, aux brevets, aux dessins et modèles industriels et aux marques de fabrique ou de commerce. Ces exceptions renforcent le principe selon lequel l'Accord visait à assurer l'équilibre des intérêts des producteurs et des utilisateurs d'objets protégés par un droit de propriété intellectuelle. Rien dans l'historique de la négociation de l'Accord ne permet de supposer que les Membres de l'OMC ont utilisé des termes similaires tout en ayant l'intention de permettre des exceptions de portée radicalement différente pour les différents types de droits de propriété intellectuelle.

De plus, les articles 30 et 31 corroborent ce qu'ont dit les États-Unis dans leur réponse à la question 6 du Groupe spécial, en ce sens qu'ils reflètent la distinction claire, en matière de propriété intellectuelle, entre les exceptions (pour lesquelles une rémunération équitable n'est pas exigée) et les licences obligatoires (pour lesquelles une rémunération équitable est exigée).

APPENDICE 2.5

DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

(24 novembre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	204
II. QUESTIONS FACTUELLES	204
III. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONSTITUE LA NORME APPLICABLE AUX FINS DE L'ÉVALUATION DES EXCEPTIONS	205
A. CLARTÉ DU LIBELLÉ DE L'ARTICLE 13	205
B. TRAITÉ DE L'OMPI SUR LE DROIT D'AUTEUR.....	206
C. HISTORIQUE DE LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC	207
D. RAPPORT AVEC LA CONVENTION DE BERNE.....	208
E. INCIDENCE DE L'ARTICLE 11BIS 2) DE LA CONVENTION DE BERNE.....	210
F. CONCLUSION	210
IV. L'ARTICLE 110 5) SATISFAIT AUX CRITÈRES DE L'ARTICLE 13.....	210
A. INTERPRÉTATION DES CRITÈRES DE L'ARTICLE 13.....	211
B. LES ALINÉAS A) ET B) DE L'ARTICLE 110 5) S'APPLIQUENT À CERTAINS CAS SPÉCIAUX	211
C. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) NE PORTENT ATTEINTE À L'EXPLOITATION NORMALE	211
D. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) DE L'ARTICLE 110 5) NE CAUSENT UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ.....	212
1. L'alinéa B) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice injustifié car tout tort effectif causé aux détenteurs de droits des Communautés est minime	212
a) Point de départ de l'analyse: montant total des redevances versées aux détenteurs de droits dans les Communautés: 19,6 millions de dollars-39 millions de dollars	212
b) Après déduction pour tenir compte du montant attribuable aux licences générales – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 3,7-7,4 millions de dollars.....	213
c) Après déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licence générale dont l'"établissement" ne correspond pas à la définition légale de ce terme – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 1,85–3,69 millions de dollars.....	214
d) Après déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licence générale qui ne font pas marcher la radio – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 0,56 million de dollars-1,13 million de dollars.....	214

Page

e)	Après déduction pour tenir compte des recettes perçues auprès de preneurs de licence générale qui font marcher la radio et satisfont aux limitations concernant la taille énoncées à l'article 110 5): manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 294 113 dollars à 586 332 dollars.	215
f)	La méthode des États-Unis est prudente	215
2.	Les détenteurs de droits eux-mêmes considèrent que des limites concernant la taille comparables à celles qui sont énoncées à l'alinéa B) de l'article 110 5) sont justifiées et y souscrivent volontairement	217
V.	CONCLUSION	217

I. INTRODUCTION

1. Dans la présente affaire, le Groupe spécial doit résoudre deux importantes questions au regard de l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, il doit déterminer quelle est la norme appropriée pour évaluer une exception à un droit exclusif prévu par la Convention de Berne, qui est contestée en vertu des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Deuxièmement, il doit appliquer cette norme à l'affaire considérée pour déterminer si l'exception est ou non admissible en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC. Une appréciation appropriée de ces deux questions aboutit à la conclusion selon laquelle les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont admissibles en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.

2. La doctrine des petites réserves trouve son fondement dans l'historique de la Convention de Berne et la pratique à laquelle elle a donné lieu et devrait s'appliquer aux exceptions aux droits énoncés dans la Convention de Berne considérés dans la présente affaire –aux articles 11 et 11*bis*. Toutefois, cette doctrine a été clarifiée et précisée par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui constitue la norme au regard de laquelle ces exceptions doivent être évaluées. Le critère de l'article 13 devrait être utilisé par le Groupe spécial pour déterminer si l'article 110 5) est admissible en vertu de la Convention de Berne. Les exceptions prévues à l'article 110 5) satisfont à la norme de l'article 13: il s'agit de 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.

II. QUESTIONS FACTUELLES

3. Pour commencer, il convient de clarifier plusieurs questions factuelles concernant l'alinéa A) de l'article 110 5). Premièrement, les États-Unis tiennent à souligner que le Groupe spécial n'est pas saisi d'un différend factuel quant aux œuvres visées à l'alinéa A) actuel de l'article 110 5) et que le texte de la disposition proprement dite est sans ambiguïté aucune. Les deux parties conviennent que l'exception pour usage de type privé a été sensiblement restreinte par la suppression des œuvres musicales non dramatiques et que celle-ci s'applique désormais uniquement aux œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques.¹

4. Bien que les CE ne fournissent pas d'éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un préjudice résultant de l'alinéa A) de l'article 110 5) pour les détenteurs de droits des Communautés, elles font toutefois des affirmations factuelles non étayées concernant la portée de cette disposition. La portée de l'article 110 5) est une question de fait devant être établi devant le présent groupe spécial; en effet, selon un principe reconnu du droit international, la législation nationale est un fait qui doit être prouvé devant un tribunal international.² Malgré la clarté du libellé de l'alinéa A) concernant la prescription relative à l'appareil récepteur pour usage à titre privé, les CE demandent au Groupe spécial de considérer que les tribunaux des États-Unis pourraient peut-être un jour à l'avenir élargir cette exception en appliquant à l'alinéa A) les prescriptions de l'alinéa B) concernant la superficie en pieds carrés et la taille des établissements.³ Le Groupe spécial ne devrait accorder aucun poids à l'affirmation hypothétique et non étayée des Communautés, selon laquelle les tribunaux des États-Unis pourraient à l'avenir commencer à ne plus tenir compte du texte de l'alinéa A) de l'article 110 5). La jurisprudence constante des tribunaux des États-Unis pour ce qui est de l'interprétation de l'exception pour usage de type privé constitue une preuve déterminante de la portée de cette loi.⁴

¹ Déclaration orale des CE, paragraphe 20.

² Voir Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 décembre 1997 ("système de la boîte aux lettres de l'Inde"), paragraphes 65 et 66.

³ Première communication des CE, paragraphe 32.

⁴ Voir Juge Lauterpacht, Affaire relative à la tutelle d'une mineure [1958], CIJ Rec., Sep. Op., page 91 (d'après la pratique établie entre les États, les organes judiciaires internationaux devraient accepter et considérer

5. Les CE affirment également que deux affaires particulières, *Edison Bros.* et *Claire's Boutiques*, sont un "exemple" de la tendance de tribunaux à élargir l'exception pour usage de type privé.⁵ En fait, tel est loin d'être le cas et ces deux affaires sont les seules décisions autorisant des grandes chaînes de magasins à bénéficier de cette exception. En outre, ainsi qu'il est expliqué dans la première communication des États-Unis, ces affaires sont conformes à l'ensemble de la jurisprudence des États-Unis au titre de l'article 110 5) car elles concernent l'utilisation d'un matériel de réception extrêmement réduit.

6. S'agissant de l'alinéa B) de l'article 110 5), les CE affirment là encore à tort que l'interdiction de percevoir un droit d'entrée et l'interdiction de retransmission ne peuvent "en aucune manière limiter la portée de l'exception".⁶ Sur le plan factuel, les interdictions limitent vraiment la portée des deux alinéas. Aux États-Unis, les manifestations payantes dans les restaurants – par exemple les manifestations sportives – représentent un marché. Si les restaurants percevaient un droit d'entrée, la venue des clients au restaurant serait de nature différente; autrement dit, le principal motif de la sortie au restaurant serait d'assister à une manifestation, et pas nécessairement de manger. La prescription considérée limite donc la portée de l'exception.

III. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONSTITUE LA NORME APPLICABLE AUX FINS DE L'ÉVALUATION DES EXCEPTIONS

7. La présente affaire ayant été introduite en vertu de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC, le Groupe spécial devrait prendre le texte de cet accord comme point de départ pour son analyse juridique des exceptions visées à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis. Dans la présente affaire, la clarté du libellé de l'article 13 montre que cet article constitue la norme appropriée permettant d'évaluer les exceptions aux droits exclusifs comme celles qui sont énoncées à l'article 110 5). Cette interprétation de l'article 13 est confirmée par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ("WCT"), récemment conclu, ainsi que par l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC.

8. Les CE prétendent que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne devrait pas s'appliquer à la présente affaire, car cet article constituerait alors une dérogation à la protection conférée par la Convention de Berne, en violation des dispositions de l'article 2:2 dudit accord et de l'article 20 de ladite convention. Toutefois, on peut au contraire affirmer que tel n'est pas le cas car l'article 13 énonce sous une forme claire la norme applicable aux petites réserves prévues par la Convention. Selon les CE, soit la Convention de Berne n'autorise en aucune façon les exceptions aux articles 11 et 11*bis*, soit, si elle les autorise, l'article 110 5) n'entre pas dans le cadre de ces exceptions autorisées car il est de nature commerciale et a été adopté après 1967. Il s'agit toutefois d'arguments sans effet car aucun de ces éléments n'est déterminant pour décider si une exception relève de la doctrine des petites réserves prévue par la Convention de Berne.

A. CLARTÉ DU LIBELLÉ DE L'ARTICLE 13

9. Le texte de l'article 13 est clair et s'applique aux "limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits". Devant un libellé aussi clair, le Groupe spécial devrait véritablement hésiter

comme contraignantes les décisions des tribunaux nationaux compétents concernant des questions de législation et de pratique nationales); Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France [1929], CPJI Rec., série A, n°20, page 46; Affaire relative à certains intérêts allemands en haute Silésie polonaise [1926], CPJI Rec., série A, n°7, page 19; Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France [1929], CPJI Rec., , série A, n°21, pages 124 et 125 (la CPJI a attaché une importance déterminante à la manière dont les tribunaux français avaient interprété la législation française). Voir aussi Inde – Système de la boîte aux lettres, paragraphe 65.

⁵ Première communication des CE, paragraphes 26 et 27, Déclaration orale des CE, paragraphes 12 à 16.

⁶ Première communication des CE, paragraphes 43 et 44.

à adopter une interprétation de l'article 13 qui, d'une façon ou d'une autre, rendrait celui-ci inapplicable à une "limitation" d'un droit exclusif ou à une "exception" à ce droit. La position des CE est incompatible avec le texte de l'article 13 lorsqu'elles prétendent que cet article n'est pas applicable aux limitations des droits exclusifs particuliers énoncés dans l'Accord sur les ADPIC qui ont été repris de la Convention de Berne ou aux exceptions à ces droits.

10. La règle générale de l'interprétation des traités à l'OMC veut qu'un traité soit "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".⁷ Cette règle générale a pour corollaire le fait que l'interprétation doit conférer un sens et donner un effet à tous les termes d'un traité et ne pas consister en une lecture qui réduirait la portée d'une disposition ou l'invaliderait.⁸ Ces règles régissent l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC par le Groupe spécial.⁹ Ainsi que les États-Unis l'ont exposé de manière très approfondie dans leur première communication et dans leur déclaration à la première réunion que le Groupe spécial a tenue avec les parties, l'article 13 énonce sous une forme claire la norme concernant les exceptions dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne incorporée dans ledit accord.¹⁰

B. TRAITÉ DE L'OMPI SUR LE DROIT D'AUTEUR

11. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) représente une preuve supplémentaire de l'applicabilité de la norme énoncée à l'article 13 sous une forme claire aux droits exclusifs prévus par la Convention de Berne. Ainsi que les États-Unis l'ont clairement expliqué dans leur réponse à la question n° 14 du Groupe spécial, le WCT a été adopté par consensus en 1996 par la Conférence diplomatique de l'OMPI. Une majorité écrasante des Membres de l'Union de Berne (99 sur 119) et des Membres de l'OMC (94 sur 128) ont participé à cette conférence.¹¹ Comme l'Accord sur les ADPIC, le WCT est un accord expressément destiné à assurer une meilleure protection que celle qui est conférée par la Convention de Berne. L'article premier du WCT dispose que le Traité constitue un "arrangement particulier" au sens de l'article 20 de la Convention de Berne, qu'aucune de ses dispositions n'emporte dérogation aux obligations existantes en vertu de la Convention et exige par ailleurs expressément des Parties qu'elles se conforment aux articles premier à 21 et à l'annexe de ce dernier instrument.¹²

⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31 1). Voir États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, adopté le 20 mai 1996 (pages 18 et 19), Inde – Système de la boîte aux lettres, paragraphes 43 et 44.

⁸ États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules; Inde – Système de la boîte aux lettres, paragraphe 46.

⁹ Voir Inde – Système de la boîte aux lettres, paragraphes 43 et 46.

¹⁰ Neil W. Netanel, The Digital Agenda of the World Intellectual Property Organization: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement, 37 Va. J. Int'l L. 441, 460 (hiver 1997) ("L'article 13 s'applique à tous les droits exclusifs"); Laurence R. Helfer, Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPS Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy, 39 Harv. Int'l Law J. 357, 380 (printemps 1998) ("À première vue, l'article 13 s'applique à toutes les limitations du droit d'auteur et exceptions à ce droit, aussi bien celles qui ont été ajoutées par l'Accord sur les ADPIC que celles qui ont été incorporées par la Convention de Berne et il l'emporte sur les limitations et exceptions plus larges énoncées dans d'autres articles de ladite convention."); Ruth L. Gana, Prospects for Developing Countries Under The TRIPS Agreement, 29 Vand. J. Transnat'l L. 735, 760 (1996) (il est souligné que la norme de l'article 13 "s'étend à tous les droits visés par l'Accord sur les ADPIC, et pas uniquement au droit de reproduction"); Pamela Samuelson, The Digital Agenda of the World Intellectual Property Organization: The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 Va. J. Int'l L. 369, 403 (hiver 1997) ("[au moment de l'adoption du WCT], il est vrai que le triple critère de l'article 9 2), qui s'était universalisé, était déjà devenu une norme internationale par l'adoption de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC").

¹¹ Pour une liste complète des États ayant participé à la Conférence de Genève, voir la liste des participants, document CRNR/DC/INF.2 de l'OMPI sur le site Internet www.wipo.org/eng/dipconf.

¹² L'article premier du WCT, intitulé "Rapports avec la Convention de Berne", est ainsi libellé:

12. Le préambule du WCT indique que les Parties reconnaissent "la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes".¹³ L'article 10 2), qui constitue un exemple d'interprétation clarifiant les dispositions de la Convention de Berne, dispose ce qui suit: "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." (non souligné dans l'original). Ainsi, en vertu du WCT, les exceptions admissibles au titre de la Convention de Berne sont celles qui satisfont à la même norme que celle qui est énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. En revanche, selon l'interprétation communautaire, l'article 13 ne peut représenter la norme régissant les exceptions aux droits énoncés dans la Convention de Berne car l'Accord représenterait alors une dérogation aux droits prévus par ladite convention –, le WCT doit constituer une dérogation aux droits prévus par cette convention, conclusion qui est totalement en contradiction avec l'article premier du Traité.

C. HISTORIQUE DE LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

13. L'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC va de nouveau dans le sens de la conclusion des États-Unis, selon laquelle l'article 13 s'applique aux droits énoncés par la Convention de Berne. Ainsi que l'a expliqué un commentateur, "l'article 13 autorise un groupe spécial chargé du règlement des différends à examiner les exceptions, y compris celles que l'on appelle les "petites exceptions", pour s'assurer qu'elles satisfont au critère ... Lorsque l'on invoque ces exceptions, il est désormais possible de les confronter au critère général de l'article 13".¹⁴ Les États-Unis ont déjà exposé l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC dans leur réponse à la question n° 14 du Groupe spécial et dans leur première communication.

14. Dans leur réponse à la question n° 10 du Groupe spécial, les CE ont mis en avant leur position de départ dans la négociation de l'Accord sur les ADPIC pour prouver la non-applicabilité de l'article 13 aux droits inscrits dans la Convention de Berne. Au cours des négociations, elles avaient adopté la position selon laquelle l'article de l'Accord se rapportant aux exceptions devrait s'appliquer non aux droits énoncés dans la Convention de Berne, mais uniquement aux droits dont la portée dépassait celle des droits prévus par cette convention inscrits dans des dispositions particulières dudit accord.¹⁵ Le contraste entre la position de négociation des CE et le texte final de l'article 13, dont l'application n'est pas limitée à certains droits exclusifs, montre que, si les Membres de l'OMC avaient voulu que l'article 13 s'applique uniquement à certains droits exclusifs prévus par l'Accord sur les ADPIC, ils l'auraient précisé. Dans la réalité, l'article 13 a été rédigé en termes généraux, il ne prévoit aucune sorte d'application limitée et il est destiné à s'appliquer à tous les droits exclusifs.

1) Le présent traité constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, en ce qui concerne les Parties contractantes qui sont des pays membres de l'Union instituée par cette convention. Il 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.

2) Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

3) Dans le présent traité, il faut entendre par "Convention de Berne" l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

4) Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne.

¹³ WCT, préambule.

¹⁴ D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 89-80 (1998).

¹⁵ Pièce n° 17 des CE ("Les Parties contractantes auront la faculté de prévoir des limitations, des exceptions et des réserves aux droits conférés par les articles 4, 5, 6 et 7 telles qu'elles sont autorisées par la Convention de Rome ...").

D. RAPPORT AVEC LA CONVENTION DE BERNE

15. Le point de vue des États-Unis, selon lequel l'article 13 énonce la norme régissant toutes les exceptions aux droits exclusifs ou toutes limitations de ces droits, est conforme au contexte dudit article, notamment l'article 2.2 de l'Accord. Il ne laisse pas supposer que l'Accord sur les ADPIC a ramené le niveau de protection en deçà du niveau admissible en vertu de la Convention de Berne. Même si cela n'est pas expressément indiqué, la Convention autorise des exceptions mineures aux droits exclusifs qu'elle prévoit. Ainsi qu'il a été reconnu par les CE dans leur réponse à la question n° 11 qui leur était posée par le Groupe spécial, et à la question n° 5 posée par ce dernier aux deux parties, la doctrine des petites réserves est bien établie dans le cadre de la Convention de Berne.¹⁶

16. On trouve des exceptions mineures au droit de représentation ou d'exécution publiques dans la législation sur le droit d'auteur d'un très grand nombre de pays membres de l'Union de Berne – si ce n'est pas dans la quasi-totalité de ces pays. En vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne, "il sera tenu compte, en même temps que du contexte", de toute pratique ultérieurement suivie lorsqu'on interprète le texte d'un traité.¹⁷ Selon la Commission du droit international, la pratique suivie ultérieurement est importante car elle "constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité".¹⁸ D'après l'Organe d'appel, la pratique ultérieure au titre de l'article 31 3) b) comprend notamment des actes ou déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance".¹⁹ Bien que les États-Unis n'aient pas pu examiner la législation sur le droit d'auteur de tous les membres de l'Union de Berne, un grand nombre d'exceptions ont été mentionnées dans leur réponse à la question n° 16 du Groupe spécial. Le nom d'autres pays qui autorisent des exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques est cité dans la pièce n° 22 des États-Unis. Le fait que la pratique consistant à autoriser des exceptions mineures à ce droit particulier énoncé par la Convention de Berne est largement répandue montre clairement qu'elle est communément acceptée par les membres de l'Union de Berne.

17. L'historique de la négociation de la Convention de Berne, dont il y a lieu de tenir compte, a déjà été examiné au cours de la présente procédure; il permet d'établir clairement que les petites réserves sont admissibles en vertu de cette convention. Selon l'article 32 de la Convention de Vienne, les travaux préparatoires d'un traité peuvent être utilisés pour confirmer le sens du texte et du contexte ou pour clarifier les ambiguïtés. L'historique de la négociation en ce qui concerne les exceptions mineures confirme que les membres de l'Union de Berne souhaitaient que l'on autorise des exceptions aux droits exclusifs prévus aux articles 11 et 11*bis*.

18. Contrairement aux affirmations des CE, les petites réserves au titre de la Convention de Berne ne sont limitées ni a) aux utilisations spécifiques non commerciales énumérées dans les rapports généraux - "cérémonies religieuses, exécutions par des fanfares militaires et nécessités de l'enseignement et de la formation, ni b) aux exceptions qui existaient dans la législation des États membres de l'Union de Berne au plus tard en 1967.

19. Premièrement, il n'existe pas de prescription visant à ce que les utilisations faisant l'objet d'une exception soient non commerciales. Même si, de manière générale, les utilisations non commerciales portent peut-être moins atteinte aux détenteurs de droits que les utilisations commerciales, ce n'est pas une règle absolue. Même les utilisations examinées dans les rapports

¹⁶ Dans leurs réponses, les CE affirment désormais qu'"il est admis que" l'existence de la doctrine des petites réserves "a été confirmée" par le rapport général de la Conférence de Stockholm (1967) et qu'elles "n'excluent pas que la doctrine des "petites réserves" soit devenue, en vertu de l'article 9:1) de l'Accord sur les ADPIC et quelle que puisse être sa signification juridique, partie [sic] dudit accord". Réponse des CE aux questions n° 5 et n° 8 posées par le Groupe spécial aux deux parties.

¹⁷ Convention de Vienne, article 31 3).

¹⁸ Annuaire de la Commission du droit international, Vol. II, page 241 (1966).

¹⁹ Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, page 15.

généraux ne sont pas nécessairement non commerciales; par exemple, un grand nombre d'établissements d'enseignement ou de programmes de formation ont un but lucratif. Plusieurs des exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques prévues par la législation des États membres des CE s'appliquent à des activités éducatives sans qu'il soit spécifié l'établissement d'enseignement ne doit pas avoir de but lucratif. Les exceptions prévues par la législation de certaines tierces parties au présent différend portent aussi sur des utilisations commerciales. À cet égard, on peut notamment citer la législation australienne qui prévoit une exception pour les exécutions secondaires dans les hôtels et les pensions, et la législation canadienne qui fait de même pour les expositions ou foires agricoles.²⁰ Ces exceptions montrent que la nature commerciale d'une utilisation ne peut être un élément déterminant.

20. Par ailleurs, l'examen de la doctrine des petites réserves dans les rapports généraux exclut la notion selon laquelle cette doctrine était limitée aux exceptions expressément mentionnées dans lesdits rapports. Les rapports généraux se bornent à énumérer plusieurs exceptions courantes au droit de représentation ou d'exécution publiques énoncé à l'article 11, comme les fanfares militaires et les cérémonies religieuses. Toutefois, ils font bien en sorte de souligner que la doctrine des petites réserves s'applique également aux articles 11*bis*, 13 et 14 sans toutefois fournir d'exemple d'exceptions à ces droits qui seraient admissible.²¹ On a donc certainement voulu que la doctrine s'applique aux exceptions qui ne sont pas expressément mentionnées dans les rapports; sinon, ce texte n'aurait aucun sens.

21. Deuxièmement, l'argument des CE selon lequel l'application des exceptions pouvant être autorisées dans le cadre de la doctrine des petites réserves doit être gelée à compter de 1967 n'est pas valable pour plusieurs raisons. En particulier, la Déclaration commune concernant l'article 10 du WCT, qui contredit expressément cet argument, est libellée comme suit: "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." Si l'application des exceptions admissibles au titre de la Convention était gelée à compter de 1967, ce texte serait effectivement contraire à l'article premier du WCT, en vertu duquel aucune disposition du Traité n'empêche dérogation en ce qui concerne la protection conférée par la Convention.

22. Le fait d'interpréter la doctrine des petites réserves comme s'appliquant uniquement aux exceptions existantes en 1967 est également injuste pour les pays en développement et fait de la Convention de Berne un instrument moins applicable dans le monde moderne. Un grand nombre de pays en développement qui sont aujourd'hui membres de l'Union de Berne n'avaient pas du tout de législation sur le droit d'auteur en 1967, ou uniquement une législation rudimentaire. Si l'argument des CE, selon lequel les pays ne peuvent appliquer le "principe de l'antériorité" qu'aux exceptions antérieures à 1967 lorsqu'ils accèdent à la Convention de Berne est accepté, la plupart des pays en développement ne pourront bénéficier d'aucune exception. En outre, l'adaptabilité du principe de la protection conférée par le droit d'auteur qui ressort de la Convention de Berne serait radicalement compromise si on ne laissait pas ces pays faire face aux changements et à l'évolution dans le domaine technologique et dans le domaine pratique. Ainsi qu'il est prévu par le WCT, les pays doivent pouvoir élargir et adapter les exceptions de manière appropriée en fonction des réalités d'un monde en évolution. L'interprétation communautaire de la Convention de Berne consistant à geler l'application de ses dispositions à compter de 1967 priverait cet instrument d'une grande partie de sa pertinence dans le contexte actuel de la propriété intellectuelle.

²⁰ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 16 du Groupe spécial.

²¹ Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, OMPI, Genève, 1971, paragraphes 209 et 210, page 1174.

E. INCIDENCE DE L'ARTICLE 11BIS 2) DE LA CONVENTION DE BERNE

23. Les États-Unis notent que la question de savoir s'il y a lieu de tenir compte de l'article 11bis 2) pour déterminer si l'article 110 5) est admissible a également fait l'objet d'un examen dans les communications des tierces parties et dans le cadre des questions posées par le Groupe spécial. Ils réaffirment leur position, qui était présentée de manière plus approfondie dans leur réponse à la question n° 6 du Groupe spécial aux deux parties, selon laquelle l'article 11bis 2) n'a aucune incidence sur l'article 110 5). L'article 11bis 2) se borne à autoriser un pays à remplacer un des droits exclusifs prévus à l'article 11bis 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 ne permettent d'étayer le point de vue selon lequel l'article 11bis 2) autorise des exceptions pures et simples à l'article 11bis ou constitue une norme permettant d'évaluer les exceptions de ce type.²² Autrement dit, l'article 11bis 2) ne se rapporte pas à la doctrine des petites réserves et n'a pas d'incidence sur la portée des exceptions admissibles en vertu de cette doctrine.²³

24. En réalité, le fait d'interpréter l'article 11bis 2) comme s'appliquant aux exceptions ainsi qu'aux licences obligatoires donne un résultat illogique et inapplicable. Par exemple, lorsqu'une exception implique plusieurs droits, comme l'article 110 5), dont un uniquement fait l'objet d'un droit à une rémunération équitable, il serait impossible dans la pratique de faire une distinction, dans cette exception, entre les différents droits en cause et d'appliquer ensuite différentes normes à chaque droit.

F. CONCLUSION

25. En conclusion, ainsi que le sens clair de la disposition le laisse supposer, l'article 13 énonce sous une forme claire la norme permettant de déterminer si des "exceptions" à des droits exclusifs ou des "limitations" de ces droits sont admissibles. En revanche, l'interprétation communautaire de l'article 13 est en contradiction avec le texte de cette disposition, ainsi qu'avec l'historique de sa négociation, et n'est pas compatible avec le WCT. En outre, les exceptions mineures aux droits exclusifs visés aux articles 11 et 11bis ont toujours été autorisées dans le cadre de la Convention de Berne et n'ont pas été limitées à un but particulier ou à une date d'adoption. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC énonce sous une forme claire la norme régissant ces petites réserves et est donc au centre de l'analyse juridique de la présente affaire.

IV. L'ARTICLE 110 5) SATISFAIT AUX CRITÈRES DE L'ARTICLE 13

26. Les dispositions des alinéas A) et B) de l'article 110 5) sont conformes aux principes de la doctrine des petites réserves et satisfont au critère de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. L'article 110 5) s'applique à certains cas spéciaux, ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

²² L'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC tend aussi à confirmer la distinction entre les licences obligatoires et les exceptions pures et simples. Une des dernières versions de l'article 13, qui comportait une disposition distincte sur le droit à une rémunération équitable, revêt de l'intérêt; celle-ci disposait en effet que toute licence obligatoire (ou toute restriction des droits exclusifs à un droit à rémunération) devrait s'accompagner de mécanismes permettant de garantir un paiement et un versement rapides des redevances. État d'avancement des travaux du Groupe de négociation: document établi par le Président, n° 2341 (1^{er} octobre 1990).

²³ Les CE reconnaissent implicitement l'absence de rapport entre l'article 11bis 2) et la doctrine des petites réserves dans leur réponse à la question n° 12 du Groupe spécial, dans laquelle celui-ci leur demandait de donner des exemples de moyens permettant de fournir une "rémunération équitable" en vertu de l'article 11bis 2) autres que les régimes de licences obligatoires. En réponse, les CE posent en principe plusieurs mécanismes, comme les systèmes de redevances ou de taxes, qui constituent l'équivalent fonctionnel des régimes de licences obligatoires.

A. INTERPRÉTATION DES CRITÈRES DE L'ARTICLE 13

27. L'interprétation des critères de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC exige une analyse factuelle approfondie de la part du Groupe spécial, qui doit prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire considérée. L'article 13 doit constituer un mécanisme flexible permettant d'évaluer nombre d'exceptions différentes dans un grand nombre de contextes et de systèmes juridiques différents; il n'impose aucune règle proprement dite concernant l'un quelconque des critères énoncés dans l'article. Bien au contraire, il faut absolument décider cas par cas si des exceptions relevant de l'article 13 sont admissibles.

28. Dans le cadre de cette analyse, le marché du pays imposant l'exception est celui qui présente le plus d'intérêt. Les États-Unis et les CE sont apparemment d'accord sur cette question.²⁴ De plus, si l'on peut peut-être tenir compte des conditions effectives du marché et du marché potentiel pour l'analyse au regard de l'article 13, ce sont les conditions effectives qui revêtent une importance primordiale. Une analyse fondée sur des hypothèses concernant un marché potentiel est nécessairement moins fiable et peut donner lieu à des conjectures. Les CE, par exemple, affirment que le Groupe spécial devrait considérer les restaurants bénéficiant d'une exception – soit, selon elles, 70 pour cent des restaurants – comme un marché potentiel pour les détenteurs de droits des Communautés – même s'il est impossible que tous ces restaurants fassent effectivement entendre de la musique radiodiffusée et détiennent une licence de l'ASCAP ou BMI. La seule façon de ne pas se laisser aller à l'arbitraire est d'accorder une importance prépondérante aux conditions existantes effectives du marché.

B. LES ALINÉAS A) ET B) DE L'ARTICLE 110 5) S'APPLIQUENT À CERTAINS CAS SPÉCIAUX

29. Ainsi que les États-Unis l'ont expliqué dans leur réponse à la question n° 17 du Groupe spécial, les alinéas A) et B) de l'article 110 5) représentent des exceptions qui s'appliquent dans certains cas spéciaux. L'élément essentiel de ces dispositions est que les exceptions doivent être bien définies et d'application limitée. L'alinéa A) et l'alinéa B) sont suffisamment précis. L'alinéa A) est défini par les limitations concernant le matériel et par la jurisprudence établie ultérieurement qui a systématiquement assuré l'application des limites concernant la superficie en pieds carrés. L'alinéa B) est clairement défini dans le texte par les limitations relatives à la superficie en pieds carrés et au matériel. De plus, dans la mesure où il y a lieu de tenir compte du but de l'exception, celle-ci doit uniquement répondre à un objectif de politique générale spécifique. L'Accord sur les ADPIC n'impose pas d'obligations 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. Dans la présente affaire, les deux exceptions reposent sur des objectifs de politique générale publique liés aux avantages sociaux que l'on peut obtenir en favorisant les petites entreprises et en prévenant les tactiques abusives des sociétés de recouvrement.

C. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) NE PORTENT ATTEINTE À L'EXPLOITATION NORMALE

30. Ni l'alinéa A) ni l'alinéa B) de l'article 110 5) ne portent atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. L'alinéa A) ne peut – presque par définition – porter atteinte à l'exploitation normale car il a précisément pour objet de faire bénéficier d'une exception les établissements qui n'auraient pu, s'il en était autrement, obtenir de licence commerciale.²⁵

²⁴ Réponse des CE à la question n° 8 du Groupe spécial aux deux parties.

²⁵ Les CE semblent voir une contradiction dans le fait que les sociétés de gestion des droits d'exécution n'accorderaient généralement pas de licence aux établissements commerciaux et le fait que beaucoup se sont plaints de leurs pratiques abusives en matière de concessions de licences à des établissements de ce type. Il n'y a pas de contradiction. Ces sociétés n'ont pas cherché à concéder des licences à la grande majorité des petites entreprises. Néanmoins, certains se sont plaints de ce que, lorsqu'elles cherchaient à percevoir des droits de licence auprès d'une entreprise, elles le faisaient souvent d'une manière arbitraire et abusive, sans aucune

31. Pour évaluer l'exploitation normale, le Groupe spécial doit examiner la portée de l'exception pour l'ensemble des droits exclusifs, ainsi que pour le droit spécifique sur lequel elle porte. Ainsi que les États-Unis l'ont expliqué de manière plus détaillée dans leur réponse à la question n° 18 du Groupe spécial, ces deux perspectives revêtent de l'importance. S'il y a lieu de tenir compte de l'incidence sur le droit particulier considéré, il faut également prendre en considération la part de ce droit par rapport au reste des droits exclusifs. En particulier, le critère de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne concerne pas une "atteinte à l'exploitation normale d'un droit exclusif", mais une atteinte à l'exploitation de l'"œuvre" dans son ensemble.

D. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) DE L'ARTICLE 110 5) NE CAUSENT UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ

32. Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) ne causent pas un préjudice injustifié aux détenteurs de droits, car l'incidence économique des exceptions est minime. L'examen ci-après concerne essentiellement l'alinéa B) car c'est sur cet alinéa que portent la plupart des critiques des CE, ainsi que l'analyse empirique minimale qu'elles ont effectuée. On peut toutefois supposer que l'incidence de l'alinéa A), l'exception pour usage de type privé, représente une infime portion des chiffres analysés plus loin car cet alinéa concerne des établissements moins nombreux et plus petits que l'alinéa B). Les États-Unis font également observer que, bien que l'exception pour usage de type privé existe déjà depuis plus de 20 ans, les CE n'ont présenté aucun fait ou aucune donnée montrant que cette exception ou la modification de l'alinéa A) de l'article 110 5) causait un préjudice aux détenteurs de droits des Communautés.²⁶

1. L'alinéa B) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice injustifié car tout tort effectif causé aux détenteurs de droits des Communautés est minime

33. Le préjudice résultant de l'alinéa B) de l'article 110 5) n'est pas injustifié. Dans leur première communication, les États-Unis ont souligné que les chiffres fournis par les CE étaient dépourvus de pertinence et examiné ce qu'il fallait déduire de ces chiffres pour obtenir une approximation raisonnable du manque à gagner pour les détenteurs de droits des Communautés. L'analyse empirique ci-après complète celle qui a déjà été présentée par les États-Unis²⁷ et s'appuie sur des informations additionnelles reçues récemment. Elle vise à réfuter les affirmations des CE, notamment celles qui figurent dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, selon lesquelles l'article 110 5) pourrait vraisemblablement coûter des "millions" de dollars aux détenteurs de droits des Communautés. L'analyse montre que, si l'on considère les sommes réparties par la première société de recouvrement des États-Unis, l'ASCAP, le manque à gagner maximum subi par les détenteurs de droits par suite de l'adoption de l'exception visée à l'article 110 5) est compris entre 294 113 et 586 332 dollars – soit une somme nettement inférieure aux "millions" de dollars dont parlent les CE. Compte tenu notamment de la taille des marchés des États-Unis et des Communautés européennes, ce chiffre est véritablement minime et ne permet pas d'établir un degré de préjudice injustifié.

a) Point de départ de l'analyse: montant total des redevances versées aux détenteurs de droits dans les Communautés: 19,6 millions de dollars-39 millions de dollars

34. Si l'on veut déterminer le degré de préjudice résultant de l'exception pour les détenteurs de droits des CE, il est logique de prendre pour point de départ le montant total versé aux détenteurs de droits par les sociétés de recouvrement. Les CE ont récemment fourni des chiffres émanant de l'ASCAP, qui auraient pour objet de montrer que les détenteurs de droits dans les Communautés ont

considération pour la législation existante ou les pratiques commerciales s'exerçant en toute bonne foi. Les petites entreprises qui, en général, sont les moins modernes et ont le moins de ressources, sont celles qui sont les moins bien armées pour faire face aux tactiques de ce type ou pour défendre leurs droits.

²⁶ Voir la réponse des CE à la question n° 3 du Groupe spécial.

²⁷ Les données fournies dans l'analyse présentée reprennent celles qui figurent dans les réponses des États-Unis aux questions n° 9 à 11 du Groupe spécial. Toutefois, les calculs empiriques ci-dessus remplacent les estimations figurant dans la réponse des États-Unis aux questions n° 11.b et n° 11.d.

perçu en moyenne 39 045 833 dollars de cette organisation pour les années 1996, 1997 et 1998.²⁸ Selon les données des CE, ce chiffre de 39 millions de dollars représente en moyenne 13,7 pour cent du montant total des recettes intérieures réparties par l'ASCAP pour ces trois années. Il convient de noter ici que, dans une analyse antérieure effectuée par les CE pour déterminer le tort causé par l'article 110 5) aux détenteurs de droits des Communautés avant la modification de 1998, celles-ci ont utilisé une estimation de "moins de 5 pour cent" pour 1996 et ont indiqué que le montant des sommes réparties par l'ASCAP entre *l'ensemble* des sociétés de recouvrement étrangères représentait juste 6,2 pour cent.²⁹ L'estimation de "moins de 5 pour cent" semble être fondée sur le "montant total des recettes intérieures réparties entre les sociétés de l'Union européenne" (19 586 000)³⁰, en tant que pourcentage du montant total des sommes réparties par l'ASCAP pour 1996 (397 379 000).³¹ Vu l'incohérence de la méthode des CE, les États-Unis prendront pour base, dans l'analyse ci-après, un montant total de versements effectués par l'ASCAP aux détenteurs de droits des CE se situant dans une fourchette allant de 19,6 à 39 millions.

- b) Après déduction pour tenir compte du montant attribuable aux licences générales – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 3,7-7,4 millions de dollars

35. Pour déterminer l'incidence potentielle de l'article 110 5) sur le montant total des versements aux détenteurs de droits des CE le montant de ces versements doit être réduit afin de tenir compte du fait qu'une proportion relativement faible des recettes provenant des licences perçues aux États-Unis provient de la diffusion de musique dans des restaurants, des bars et des établissements de vente au détail. Ainsi qu'il est expliqué dans les réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial, les rapports annuels de l'ASCAP montrent que la plus grande partie des recettes des sociétés de recouvrement – environ 58 pour cent – proviennent de la radio et de la télédiffusion.³² Un quart des recettes de l'ASCAP viennent des sociétés de recouvrement étrangères (25-26 pour cent). Les intérêts et les cotisations des membres et les recettes provenant des symphonies et des concerts représentent environ 2 pour cent. Toutes les autres recettes provenant de la concession de licences représentent seulement 14 pour cent du montant total des recettes de l'ASCAP émanant de sources nationales et étrangères. Ce pourcentage inclut les droits de licence provenant de services commerciaux de diffusion de musique de fond et toute une série de droits de licences, notamment ceux qui sont perçus à l'occasion de congrès et de manifestations sportives et ceux qui proviennent de l'ensemble des restaurants, bars et établissements de vente au détail. Le montant moyen perçu pour ces licences générales³³ s'élevait à 65 581 000 dollars pour 1995-1997. Ce montant (65 581 000 dollars) représente de son côté 18,9 pour cent du montant total moyen des recettes *intérieures* de l'ASCAP pour 1995-1997 (346 981 000 dollars).³⁴

36. La première étape, lorsque l'on détermine le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE, est donc de ramener le montant total des versements aux détenteurs à 18,9 pour cent de ce total. En effet, pour au moins 81,1 pour cent des recettes des CE émanant de l'ASCAP, l'article 110 5) n'a aucune incidence. Les résultats de la présente analyse montrent donc que le manque à gagner potentiel pour les détenteurs de droits des CE du fait de l'article 110 5) est uniquement compris entre

²⁸ Pièce n° 15 des CE (moyenne de trois chiffres à la ligne 4).

²⁹ Commission européenne, *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), 27 (23 février 1998).

³⁰ Pièce n° 15 des CE (ligne 2 pour 1996).

³¹ Rapport annuel de l'ASCAP (1996) (pièce n° 19 des États-Unis).

³² Rapports annuels de l'ASCAP, 1995, 1996 et 1997 (pièce n° 19 des États-Unis).

³³ *Id.* (moyenne des chiffres pour 1995, 63 227 000 dollars, pour 1996, 66 192 000 dollars, et pour 1997, 67 324 000 dollars).

³⁴ *Id.* (moyenne des chiffres pour 1995, 326 482 000 dollars, pour 1996, 356 035 000 dollars, et pour 1997, 358 428 000 dollars).

3 701 754 dollars (18,9 pour cent de 19 586 000 dollars) et 7 379 662 dollars (18,9 pour cent de 39 045 833 dollars).³⁵

- c) Après déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licence générale dont l'"établissement" ne correspond pas à la définition légale de ce terme – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 1,85–3,69 millions de dollars

37. Ces estimations de manque à gagner doivent aussi être réduites pour tenir compte du fait qu'un grand nombre de preneurs de licence générale ne peuvent bénéficier des dispositions de l'article 110 5), que leur établissement satisfasse ou non aux critères concernant la superficie en pieds carrés et le matériel. L'alinéa B) s'applique en effet aux "établissements" qui sont définis de la manière suivante dans le même texte: "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". Il semble qu'un grand nombre de licences générales, concédées par exemple pour des services de diffusion de musique de fond, des manifestations sportives ou des congrès, ne relèvent pas de cette définition et il convient donc d'exclure les redevances acquittées pour ces licences de l'analyse du manque à gagner résultant de l'article 110 5).

38. Les États-Unis ne disposent d'aucune donnée concernant le pourcentage d'établissements preneurs d'une licence générale qui pourraient être considérés comme des "établissements" au titre de la section 110 5). Toutefois, on peut raisonnablement supposer que le pourcentage de recettes perçues auprès de preneurs de licences dont "les établissements ne correspondent pas à la définition" ci-dessus est important compte tenu de la taille de ces établissements et du fait qu'ils sont très répandus. Les États-Unis partiront donc du principe selon lequel 50 pour cent des recettes dues à des licences générales proviennent d'établissements de ce type. Une fois le manque à gagner potentiel pour les détenteurs de droits des CE ramené à 50 pour cent, ce manque à gagner se situe dans la fourchette suivante: 1 850 877 dollars (50 pour cent de 3 701 754 dollars) à 3 689 831 dollars (50 pour cent de 7 379 662 dollars).

- d) Après déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licence générale qui ne font pas marcher la radio – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 0,56 million de dollars-1,13 million de dollars

39. En outre, il importe évidemment de prendre en considération le fait que la plupart des recettes perçues auprès d'établissements preneurs d'une licence générale qui correspondent à la définition prévue par la loi ne proviennent pas de la radio ou télédiffusion d'œuvres musicales, mais plutôt de l'exécution publique de ces œuvres par des moyens autres que l'audiovisuel, comme les bandes et CD, les orchestres et les juke-box. Selon l'Association nationale des restaurateurs environ x pour cent de l'ensemble des restaurants font marcher la radio³⁶, mais pas nécessairement exclusivement (ils peuvent aussi parfois utiliser des orchestres ou des CD, etc.). D'après l'Association nationale des débits de boissons (NLBA), 28 pour cent des membres de cette association font marcher la radio, mais là encore pas nécessairement exclusivement. Sur la base de la moyenne de ces deux estimations, – qui sont à peu près comparables –, les États-Unis considèrent que 30,5 pour cent des établissements utilisent de la musique radiodiffusée.

40. Il est important de souligner que, même si les établissements diffusent souvent de la musique provenant de plusieurs sources, l'estimation précitée –30,5 pour cent des établissements qui font

³⁵ La présente analyse est fondée sur l'hypothèse selon laquelle les sommes réparties entre les détenteurs de droits des CE proviennent des mêmes sources que les recettes générales, et dans les mêmes proportions. Toutefois, il est tout à fait possible que, par rapport aux licences générales, ces sommes puissent provenir dans une plus large mesure de la radiodiffusion ou des symphonies.

³⁶ Pièce confidentielle n° 18 des États-Unis.

marcher la radio – ne correspond pas au pourcentage des recettes provenant de licences pouvant être attribuées à l'utilisation de musique radiodiffusée et doit en fait sensiblement surestimer ces recettes. Toutefois, pour obtenir une estimation prudente et compte tenu des données limitées disponibles, les États-Unis considèrent, à la seule fin de la présente analyse, que 30,5 pour cent des recettes provenant de licences peuvent être attribuées à l'utilisation de musique radiodiffusée. En conséquence, le manque à gagner résultant de l'exception prévue à l'article 110 5) pour la musique radiodiffusée subi par les détenteurs de droits des CE doit être ramené à ce montant et serait compris entre 564 517 dollars (30,5 pour cent de 1 850 877 dollars) et 1 125 398 dollars (30,5 pour cent de 3 689 831 dollars).

- e) Après déduction pour tenir compte des recettes perçues auprès de preneurs de licence générale qui font marcher la radio et satisfont aux limitations concernant la taille énoncées à l'article 110 5): manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 294 113 dollars à 586 332 dollars

41. Lorsque l'on calcule le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE, il convient aussi, assurément, de tenir compte du fait que la taille d'un grand nombre d'établissements de restauration, de débits de boissons et d'établissements de vente au détail qui utilisent de la musique radiodiffusée n'est pas conforme aux limites concernant la superficie en pieds carrés énoncées à l'alinéa B) de l'article 110 5). Selon les chiffres fournis par l'Association nationale des restaurateurs, 65,5 pour cent des restaurants satisfont aux critères prévus par la loi concernant la superficie en pieds carrés.³⁷ Les États-Unis ne disposent d'aucune donnée concernant le pourcentage d'établissements de vente au détail qui pourraient satisfaire aux critères relatifs à la superficie en pieds carrés; toutefois, les CE ont présenté une étude de Dun & Bradstreet commandée par l'ASCAP qui démontrerait que 45 pour cent de ces établissements bénéficient de l'exception prévue par l'alinéa B) de l'article 110 5).³⁸

42. D'après la propre pièce n° 16 des CE, Dun & Bradstreet ont estimé qu'il y avait 683 783 établissements de vente au détail aux États-Unis et 364 404 établissements de restauration et débits de boissons.

43. Si on applique le pourcentage précité – 45 pour cent – au nombre total d'établissements de vente au détail (683 783), on constate qu'au total, 307 702 établissements de vente au détail satisfont aux critères concernant la superficie en pieds carrés énoncés à l'article 110 5). Si on applique le pourcentage de 65,5 pour cent au nombre total d'établissements de restauration et de débits de boissons (364 404), on note que 238 685 de ces établissements – au total – sont conformes aux critères prévus à l'article 110 5) concernant la superficie en pieds carrés. Le nombre total d'établissements (établissements de vente au détail et établissements de restauration et débits de boissons) satisfaisant aux critères de la loi concernant la superficie en pieds carrés est donc de 546 687, soit 52,1 pour cent de l'ensemble des établissements. Le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE est donc ramené de nouveau à un montant compris entre 294 113 dollars (52,1 pour cent de 564 517 dollars) et 586 332 dollars (52,1 pour cent de 1 125 398 dollars).

- f) La méthode des États-Unis est prudente

44. Les chiffres précités sont une estimation prudente, fondée sur les informations disponibles. Pour un certain nombre de raisons, le montant exact du préjudice économique subi par les détenteurs de droits des CE devrait probablement être même inférieur, c'est-à-dire se situer dans une fourchette inférieure à celle qui va de 294 113 dollars à 586 332 dollars. Par exemple, les États-Unis ont

³⁷ Les CE ont présenté un chiffre différent et estiment que la taille de 70 pour cent des établissements de restauration et des débits de boissons sont conformes aux limites prévues par la loi concernant la superficie en pieds carrés.

³⁸ Première communication des CE, paragraphe 51; pièce n° 16 des CE.

considéré que, lorsque 30,5 pour cent des établissements font marcher la radio, 30,5 pour cent des recettes provenant des licences peuvent être attribuées à la radiodiffusion. Ce chiffre est bien sûr trop élevé, vu la grande proportion d'établissements qui diffusent de la musique au moyen de plusieurs médias. En outre, les États-Unis ont pris pour hypothèse que 65,5 pour cent des restaurants (et 45 pour cent des établissements de vente au détail) satisfaisant aux limites concernant la superficie en pieds carrés énoncées par l'exception représentaient 65,5 pour cent (et 45 pour cent) du manque à gagner. En fait, les restaurants et établissements de vente au détail visés par l'exception sont nécessairement de petits établissements qui représentent presque certainement une part plus faible des recettes provenant des licences.

45. En outre, l'analyse qui précède ne tient pas compte des mesures que l'ASCAP et BMI pourraient prendre pour réduire autant que possible l'impact de l'article 110 5), par exemple en concentrant les ressources en matière de licences exclusivement sur les grands magasins qui paient généralement des redevances plus importantes ou en percevant des droits plus élevés pour la diffusion de musiques enregistrées sur CD ou sur bandes. De même, l'analyse ne prend pas en considération les établissements qui pourraient bénéficier de l'accord privé conclu entre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA. Vu que cette association a un grand nombre de membres et que peuvent y adhérer tous les établissements autorisés par voie de licence à servir des boissons alcooliques, l'accord qu'elle a conclu devrait avoir pour effet de réduire de nouveau sensiblement toute estimation du manque à gagner potentiel dû à l'article 110 5) pour les détenteurs de droits des CE. Comme les États-Unis n'ont actuellement aucune donnée précise à ce sujet et s'efforcent de faire en sorte que les estimations soient le plus prudentes possible, cet élément n'a pas été chiffré dans le calcul du manque à gagner figurant plus haut.

46. Les États-Unis reconnaissent que les estimations qui précèdent portent sur le manque à gagner uniquement dans le cadre des sommes réparties par l'ASCAP. Ils disposent de peu de données sur les recettes de la plus petite des deux principales sociétés de recouvrement des États-Unis, BMI, ou sur les sommes réparties par cette dernière. S'il est vrai que, pour calculer le manque à gagner total pour les détenteurs de droits des CE, il conviendrait évidemment de tenir compte des chiffres de BMI, ces chiffres seront même certainement inférieurs à ceux qui ont été calculés pour l'ASCAP. Ainsi qu'il est indiqué dans la partie IV.1.b, le montant moyen des recettes intérieures de l'ASCAP pour les années 1995-1997 était d'environ 347 millions de dollars. Le montant correspondant pour BMI en 1995 et 1996 était de 260,5 millions de dollars.³⁹ Ainsi, l'adjonction des chiffres de BMI n'augmentera pas considérablement le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE.

47. Les États-Unis savent également que l'analyse ne tient pas compte de la diffusion de musique au moyen de la télévision. Le nombre d'établissements utilisant exclusivement la télévision pour la diffusion de musique étant peu élevé et la proportion de restaurants utilisant des postes de télévision étant même plus faible que celle des restaurants faisant écouter la radio⁴⁰, il est peu probable que ces chiffres accroissent sensiblement le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE. Enfin, les États-Unis notent que l'alinéa B) de l'article 110 5) fait bénéficier d'une exception les établissements dont la superficie en pieds carrés est supérieure à la limite prévue s'ils respectent certaines limites concernant le matériel. Toutefois, on ne dispose actuellement d'aucune information à ce sujet.

48. Les États-Unis se sont efforcés dans la présente partie de soumettre au Groupe spécial les meilleures estimations possible malgré le peu d'informations disponibles. Les chiffres obtenus sont fondés sur les faits et la logique et montrent que le préjudice que les détenteurs de droits des CE pourraient effectivement subir par suite de l'article 110 5) est négligeable. Les CE n'ont à ce jour présenté aucun fait concret qui permettrait de réfuter l'une quelconque des hypothèses exposées plus haut. Les seules données présentées pour l'instant pour étayer les allégations des CE selon lesquelles les détenteurs de droits des Communautés ont subi un préjudice injustifié viennent d'un communiqué

³⁹ Pièce n° 23 des États-Unis.

⁴⁰ Pièce n° 18 des États-Unis.

de presse des sociétés de gestion des droits d'exécution des États-Unis, communiqué qui abonde dans leurs sens en affirmant que ceux-ci perdront des "dizaines de millions" de dollars. Sur la base de ce communiqué de presse, les CE demandent au Groupe spécial de conclure que les détenteurs de droits des CE subiront un manque à gagner "de l'ordre de millions de dollars".⁴¹ L'analyse plus rigoureuse présentée par les États-Unis permet de réfuter cette allégation exagérée et hypothétique et de déterminer le préjudice minime qu'ils devraient effectivement subir.

2. Les détenteurs de droits eux-mêmes considèrent que des limites concernant la taille comparables à celles qui sont énoncées à l'alinéa B) de l'article 110 5) sont justifiées et y souscrivent volontairement

49. Lorsqu'on examine si l'adoption de l'alinéa B) de l'article 110 5) cause un préjudice injustifié aux détenteurs de droits, l'accord privé conclu contre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA est également d'une extrême importance. En particulier, les sociétés de gestion des droits d'exécution sont convenues volontairement d'une exception globale pour les établissements de 3 500 pieds carrés dans le cadre de l'accord privé conclu avec la NLBA. Le fait qu'elles ont volontairement consenti à renoncer à percevoir des recettes auprès des établissements de ce type montre certainement que les coûts administratifs qui en auraient résulté ne justifiaient pas les bénéfices probables et qu'il était préférable du point de vue des détenteurs de droits de chercher à obtenir des restaurants qui n'étaient pas visés par l'exception qu'ils s'acquittent mieux de leurs obligations.

50. En fait, tout au long du débat législatif concernant l'alinéa B) de l'article 110 5), les sociétés de gestion des droits d'exécution se sont déclarées disposées à conclure un accord privé avec l'Association nationale des restaurateurs qui, comme l'Accord passé avec la NLBA, exempterait tous les restaurants d'une superficie inférieure à 3500 pieds carrés du paiement de redevances pour la musique radiodiffusée. En outre, au cours de l'examen législatif de l'alinéa B), la "proposition de l'ASCAP et de BMI" a porté sur l'adoption d'une exception pour les établissements d'une superficie inférieure à 3 500 pieds carrés.

V. CONCLUSION

51. En conclusion, la norme applicable pour déterminer si l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis est conforme à l'Accord sur les ADPIC est l'article 13 dudit accord. L'article 110 5) constitue une exception admissible au droit de représentation ou d'exécution publiques sur la base des critères énoncés sous une forme claire à l'article 13. En conséquence, les États-Unis ont l'honneur d'inviter le Groupe spécial à constater que les alinéas A) et B) de l'article 110 5) sont compatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

⁴¹ Réponse des CE à la question n° 3 du Groupe spécial.

APPENDICE 2.6

COMMUNICATION ORALE PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS LORS DE LA SECONDE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL

(7 décembre 1999)

I. INTRODUCTION

1. Les exceptions aux droits exclusifs pouvant être admises ainsi que la norme qui les régit sont des questions d'une extrême importance dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. L'article 13 de cet accord constitue une disposition essentielle qui limite la capacité des Membres de l'OMC à restreindre les droits exclusifs, mais leur fournit également une souplesse vitale dans l'accomplissement de leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. La bonne application de cette norme aux dispositions des alinéas A et B de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur amène à conclure que ces dispositions sont pleinement compatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

II. QUESTIONS FACTUELLES

2. Dans leur seconde communication, les États-Unis ont traité de plusieurs inexactitudes factuelles dans les arguments présentés par les CE. Nous ne redonnerons pas ici ces explications, mais nous nous bornerons à relever que lorsque les parties sont d'accord sur les faits, le Groupe spécial ne devrait pas s'engager dans des spéculations relatives à d'autres scénarios qui n'existent pas dans les faits. Les parties sont convenues que l'alinéa A) de l'article 110 5) ne s'applique pas aux œuvres musicales non dramatiques. Les parties sont aussi convenues que les limitations de l'article 110 5) B) relatives aux superficies en pieds carrés ne s'appliquent pas à l'alinéa A de l'article 110 5). Il s'agit là du texte même des lois; aucun tribunal des États-Unis ne s'est prononcé en sens contraire et ces faits sont les seuls qui aient été portés à la connaissance du Groupe spécial.

III. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONSTITUE LA NORME APPLICABLE AUX FINS DE L'ÉVALUATION DES EXCEPTIONS

3. Examinons d'abord l'article 13. Le texte même de cet article indique qu'il constitue la norme appropriée au regard de laquelle évaluer les exceptions aux droits exclusifs, telles que celles de l'article 110 5). Cette interprétation de l'article 13 est confirmée par le récent traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ainsi que par l'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC .

4. Le 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, mais seulement aux limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits. Compte tenu des directives claires qu'a données l'Organe d'appel, qui a souligné qu'il était important de se fonder pour l'interprétation des Accords de l'OMC, sur le texte même desdits accords, les CE devraient avoir beaucoup de mal à convaincre le présent Groupe spécial de ne pas en tenir compte.

5. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur constitue une preuve supplémentaire de l'applicabilité de la norme énoncée à l'article 13 aux droits exclusifs établis par la Convention de Berne. Dans leur communication, les CE indiquent qu'elles ne comprennent pas la pertinence de cet accord. Nous pensons cependant qu'étant donné que 99 des Membres de l'Union de Berne se sont réunis et ont adopté par consensus un document qui déclare que la norme définie par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux droits énoncés par la Convention de Berne, cet article est tout à fait pertinent et extrêmement important. Aux termes de la Convention de Berne, les accords et la pratique ultérieure sont des instruments importants pour l'interprétation des traités. Dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel de l'OMC a souligné qu'une pratique est

généralement considérée comme ultérieure lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations concordants ..., suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.¹

6. Comme l'Accord sur les ADPIC, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est explicitement conçu afin d'assurer une protection des droits d'auteurs supérieure à celle de la Convention de Berne. Il énonce explicitement qu'il s'agit d'un "arrangement particulier" au sens de l'article 20 de cette Convention, qu'il ne déroge pas aux obligations découlant de la Convention de Berne et que les parties contractantes doivent se conformer aux articles 1 à 21 et à l'annexe de la Convention.

7. L'article 10 2) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur stipule "qu'en appliquant la Convention de Berne", les parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions à celles qui satisfont au critère de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Les travaux préparatoires du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur sont également instructifs dans la mesure où la Proposition de base de la Conférence diplomatique de 1996 examine spécifiquement la question de l'application du triple critère de l'Accord sur les ADPIC à la doctrine des petites réserves de la Convention de Berne.

8. La position des États-Unis selon laquelle l'article 13 établit la norme qui régit toutes limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits est conforme au contexte de l'article 13, et notamment à l'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC. Cela n'implique pas que l'Accord sur les ADPIC ait réduit le niveau de protection des droits au-dessus du niveau admissible en application de la Convention de Berne. La Convention de Berne autorise des exceptions mineures aux droits exclusifs.

9. Comme cela a été assez longuement expliqué dans les réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial et dans la communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, la pratique ultérieure des Membres de l'Union de Berne montre que la notion selon laquelle les exceptions aux droits prévus aux articles 11 et 11 *bis* sont admissibles est largement acceptée. En outre, l'historique des négociations de la Convention de Berne, en particulier de celles qui ont eu lieu de la Conférence de Bruxelles à celle de Stockholm, confirme que les membres de l'Union avaient l'intention d'autoriser des exceptions aux droits exclusifs prévus aux articles 11 et 11 *bis*.

10. Les utilisations commerciales ne sont pas exclues en soi par la doctrine des petites réserves. Les utilisations examinées dans les rapports généraux peuvent elles-mêmes être commerciales dans certaines circonstances. Les exemples spécifiques de petites réserves qui étaient donnés n'ont jamais visé à être exhaustifs. Selon Ricketson, les exemples d'utilisations que l'on trouve dans les archives des Conférences de Bruxelles et de Stockholm ne constituent en aucune façon une liste exhaustive ou déterminante et ne précisent pas non plus les exceptions particulières qui seraient justifiées (page 536). L'examen de la doctrine des petites réserves qui figure dans les rapports généraux montre bien que l'application de la doctrine n'est pas limitée aux exceptions spécifiquement citées. Les rapports généraux ne mentionnent que quelques-unes des exceptions traditionnelles au droit d'exécution publique de l'article 11. Cependant, les rapports prennent bien soin de noter que la doctrine des petites réserves est également applicable aux articles 11 *bis*, 13 et 14. L'intention devait bien être que la doctrine s'applique à des exceptions qui ne sont pas spécifiquement énumérées dans les rapports, autrement ce terme n'aurait aucune signification.

11. Par ailleurs, l'application de la doctrine des petites réserves n'a pas été figée en 1967. Là encore, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur fournit des éléments intéressants. Les Déclarations communes concernant le Traité énoncent 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 leur législation nationale qui ont été considérées comme

¹ Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, page 15.

acceptables en vertu de la Convention de Berne". Nous relevons que les CE étaient une des parties signataires des traités de l'OMPI et des Déclarations communes.

12. Argumenter que la doctrine des petites réserves ne s'applique qu'aux exceptions qui existaient en 1967 conduit également à des résultats inéquitables et diminue la pertinence de la Convention de Berne dans le monde moderne. En 1967, de nombreux pays en développement qui sont maintenant membres de la Convention de Berne n'avaient pas de loi sur le droit d'auteur, ou n'avaient qu'une loi rudimentaire. Si l'on accepte l'argument des CE, la plupart des pays en développement ne seraient autorisés à établir aucune exception. En outre, on porterait gravement atteinte à la souplesse des principes de protection du droit d'auteur établis à Berne si l'on s'opposait à ce qu'ils s'adaptent aux transformations et aux évolutions des technologies aussi bien que des pratiques.

13. Afin d'être complet, je traiterai maintenant brièvement de l'article 11*bis* 2). Il s'agit d'une disposition relative à la concession de licences obligatoires. Les licences obligatoires sont caractérisées par l'exigence du versement d'une rémunération équitable. Il ne s'agit pas là d'une règle isolée régissant des exceptions. L'article ne se substitue pas à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et n'affecte pas l'applicabilité de cet article dans la présente affaire. L'article 11*bis* 2) et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC peuvent et doivent être considérés ensemble.

14. L'article 11*bis* 2) s'applique aux "conditions d'exercice" des droits visés par l'article 11*bis* 1). Selon Ricketson, on interprète généralement la référence aux "conditions d'exercice" qui figure dans l'article 11*bis* 2) comme une référence à l'imposition de licences obligatoires (page 525). Le guide de la Convention de Berne publié par l'OMPI (page 81), le glossaire du droit d'auteur et des droits voisins de l'OMPI (pages 50 et 248) et le titre même donné par l'OMPI à l'article 11*bis* 2) se réfèrent également à cette disposition comme à une disposition sur les licences obligatoires. Il est éminemment significatif que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle l'ait interprétée ainsi de façon claire et constante.

15. L'article 11*bis* 2) n'a simplement aucune incidence sur l'article 110 5). Ni l'historique des négociations de la Convention de Berne, ni les interprétations ultérieures des commentateurs ne défendent le point de vue selon lequel l'article 11*bis* 2) établit une norme au regard de laquelle évaluer les exceptions aux droits exclusifs. Si l'article 11*bis* 2) avait autorisé ou régi des exceptions, les négociateurs des Conférences de Bruxelles et de Stockholm n'auraient eu aucunement besoin de faire référence à l'article 11*bis* lors de leur discussion sur la doctrine des petites réserves. L'article 11*bis* 2) ne concerne pas la doctrine des petites réserves et ne traite pas de la portée des exceptions admissibles selon cette doctrine.

IV. L'ARTICLE 110 5) EST CONFORME AUX CRITÈRES DE L'ARTICLE 13

16. Je me pencherai maintenant sur la question de l'applicabilité de l'article 13 aux dispositions des alinéas A et B de l'article 110 5). Ces alinéas s'appliquent à différentes œuvres, ont une portée différente et doivent donc être examinés isolément. Ces deux dispositions concernent certains cas spéciaux, ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits.

A. INTERPRÉTATION DES CRITÈRES DE L'ARTICLE 13

17. L'interprétation des critères de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC exige de la part du Groupe spécial une analyse factuelle approfondie. L'article 13 vise à offrir un mécanisme souple permettant d'évaluer des exceptions diverses et nombreuses, dans des contextes et systèmes juridiques variés. L'interprétation des critères doit se fonder sur des "règles de bon sens". L'admissibilité des exceptions prévues par l'article 13 doit nécessairement être déterminée au cas par cas, compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque cas.

18. Dans une telle analyse, le marché du pays qui impose l'exception est le plus pertinent. Les États-Unis et les CE sont d'accord sur ce point. En outre, si les pertes effectives et les pertes potentielles peuvent être toutes deux pertinentes pour l'analyse menée en vertu de l'article 13, il est essentiel d'effectuer une évaluation réaliste des conditions qui prévalent sur le marché. Une analyse fondée sur des hypothèses non réalistes et contraires aux faits n'est pas fiable, a un caractère spéculatif et est fondamentalement inéquitable. Le seul moyen d'éviter le risque arbitraire est de fonder l'analyse sur des conditions de marché réalistes.

B. LES ALINÉAS A ET B DE L'ARTICLE 110 5) S'APPLIQUENT À CERTAINS CAS SPÉCIAUX

19. Les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) concernent tous deux des exceptions qui s'appliquent dans certains cas spéciaux. En substance, les alinéas requièrent que les exceptions soient bien définies et d'application limitée. Les deux alinéas A et B sont suffisamment précis. Le champ d'application de l'alinéa A) est défini par des limitations relatives au matériel et par la jurisprudence ultérieure tandis que la loi circonscrit le champ d'application de l'alinéa B en imposant des limitations relatives à la superficie en pieds carrés au matériel.

20. Par ailleurs, dans la mesure où l'objet de l'exception est pertinent, il est seulement requis que l'exception réponde à un objectif de politique publique spécifique. L'Accord sur les ADPIC n'impose aucune limitation en ce qui concerne les objectifs de politique publique qu'un pays donné pourrait considérer comme spéciaux, eu égard à son histoire et à ses priorités nationales, et un Groupe spécial devrait se garder de les impliquer. Dans la présente affaire, les deux exceptions reposent sur de solides objectifs de politique publique liés aux avantages sociaux que l'on peut obtenir en favorisant les petites entreprises et en prévenant les tactiques abusives des sociétés de recouvrement des droits d'auteur.

C. NI L'ALINÉA A NI L'ALINÉA B, NE PORTENT ATTEINTE À L'EXPLOITATION NORMALE

21. Ni l'alinéa A), ni l'alinéa B) de l'article 110 5) ne portent atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. L'analyse du Groupe spécial sur la question de l'exploitation normale devrait recouvrir de multiples aspects. Il n'y a rien dans le texte de l'Accord sur les ADPIC qui incite à restreindre l'analyse de l'exploitation normale à un droit exclusif particulier. L'incidence d'une exception sur un droit exclusif particulier est pertinente, mais pas plus que l'effet de l'exception sur l'exploitation de l'œuvre dans son ensemble. Considérés dans leur contexte, ni l'alinéa A), ni l'alinéa B) de l'article 110 5) ne portent atteinte à l'exploitation normale des œuvres qu'ils visent.

22. L'alinéa A) de l'article 110 5) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale car il a précisément pour objet de faire bénéficier d'une exception les établissements qui n'auraient pu, s'il en était autrement, obtenir de licence commerciale. D'une façon plus générale, l'alinéa 5 s'applique à un marché qui n'a jamais vraiment été exploité par les sociétés de gestion des droits d'exécution. Lorsque le Congrès a examiné l'alinéa B) de l'article 110 5), l'ASCAP et BMI ont elles-mêmes demandé une exception pour les établissements d'une superficie de moins de 3 500 pieds carrés (pièce n° 16 des États-Unis, *CRS study comparing Aiken standard to "ASCAP/BMI proposal"*). En outre, ces deux organismes ont volontairement conclu un accord privé avec la NLBA qui impose les mêmes limitations en matière de superficie et ils ont offert de signer un accord similaire avec la NRA. Le fait que les sociétés de gestion aient pris de telles mesures fournit un élément de preuve important, qui montre bien que l'alinéa B) de l'article 110 5) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre sur le marché des États-Unis.

D. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) NE CAUSENT UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ

23. Nous passons enfin au dernier élément de la norme de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC: le préjudice injustifié. Les effets économiques des alinéas A) et B) de l'article 110 5) sont minimes. Aucune de ces dispositions ne cause de préjudice injustifié aux détenteurs de droits des CE. De fait,

les CE n'ont pas encore apporté la moindre preuve établissant que l'alinéa A) porte *quelque préjudice que ce soit* à leurs détenteurs de droits. Compte tenu de cette situation, notre analyse empirique se concentrera, comme celle des CE, sur l'alinéa B) de l'article 110 5).

24. Dans leur première communication, les États-Unis ont relevé le caractère inapproprié des chiffres fournis par les CE et ont examiné les coefficients de réduction qu'il convenait d'appliquer à ces chiffres afin d'obtenir une approximation raisonnable du manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE. Les CE ont répondu en affirmant de façon générale que cette exception coûtait plusieurs millions de dollars aux détenteurs de droits des CE. Nous avons donc, dans notre seconde communication, fourni des preuves à titre de réfutation, montrant que l'application de l'alinéa B) de l'article 110 5) ne coûtait pas des millions de dollars aux détenteurs de droits des CE, mais qu'au contraire, le coût de ces dispositions était négligeable. L'analyse a démontré que si l'on considère les sommes réparties par la première société de recouvrement des États-Unis, l'ASCAP, le manque à gagner maximum subi par les détenteurs de droits des CE du fait de l'exemption prévue à l'article 110 5) est compris entre 294 000 et 586 000 dollars, soit environ 1 pour cent.

25. Les États-Unis ont présenté au Groupe spécial les estimations les plus précises possibles en ce qui concerne le préjudice économique causé par l'article 110 5). À cet effet, nous avons utilisé des données provenant de l'ASCAP, de la NRA, de la NLBA et même des CE. Notre analyse est basée sur les meilleures informations disponibles et sur de solides fondements logiques et factuels.

26. À ce jour, les CE n'ont présenté aucun fait qui réfute de façon significative l'une quelconque des hypothèses sur lesquelles se fonde l'analyse des États-Unis. Jusqu'à présent, les seules "données" sur le manque à gagner qu'ont présentées les CE consistent en une déclaration tirée d'un communiqué de presse tendancieux publié par l'ASCAP et BMI. Dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, les CE font certaines affirmations concernant le marché des licences relatives aux œuvres musicales en Irlande. Nous ne pensons pas que l'on puisse comparer le marché de l'Irlande à celui des États-Unis. Et même si c'était le cas, les données effectives provenant des États-Unis sont certainement plus pertinentes dans cette affaire.

27. La tâche du Groupe spécial consiste à évaluer les faits qui lui sont présentés. Il doit évaluer les preuves détaillées qui sont présentées par les États-Unis, et qui indiquent un préjudice de l'ordre de quelques centaines de milliers de dollars, au regard des affirmations avancées par les CE en ce qui concerne l'Irlande. Nous nous permettons d'affirmer que l'analyse des États-Unis est la plus crédible et qu'elle démontre que le préjudice subi par les CE n'est pas injustifié – mais qu'en fait il est à peine mesurable.

28. Notre analyse est exposée de façon détaillée dans notre seconde communication. Avec l'aide de la pièce n° 24 des États-Unis, nous l'examinerons ici brièvement. La pièce n° 24 comporte deux pages – l'une concernant l'ASCAP et l'autre BMI. Nous avons établi ces pièces aux fins de notre présentation orale et vous remarquerez que la plupart des chiffres sont arrondis. Les chiffres exacts se trouvent dans la seconde communication des États-Unis. Pour simplifier cette présentation, je m'attacherai à l'analyse de l'ASCAP. Toutefois, comme nous l'avons relevé dans notre rapport, les chiffres concernant BMI sont encore plus faibles car BMI recouvre des recettes annuelles dont le total est inférieur à celles de l'ASCAP pour le compte d'un moindre pourcentage de détenteurs de droits des CE.

1. Le point de départ: les redevances versées aux détenteurs de droits des CE: 19,6 millions - 39 millions de dollars

29. Il est logique de prendre pour point de départ le montant total versé aux détenteurs de droits des CE par les sociétés de recouvrement. Dans l'analyse qu'elles ont menée sur l'incidence de l'article 110 5) sur les détenteurs de droits communautaires en 1998, les CE ont basé leurs calculs sur les répartitions effectuées par les sociétés de gestion des droits d'exécution des États-Unis aux sociétés

de recouvrement des CE. En 1996, ces répartitions ont été légèrement inférieures à 19,6 millions de dollars.²

30. Toutefois, dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, les CE font valoir que le nombre pertinent est beaucoup plus élevé et citent des chiffres de l'ASCAP afin de montrer que de 1996 à 1998 les détenteurs des CE ont reçu de l'ASCAP des montants s'élevant en moyenne à 39 millions de dollars. Compte tenu du manque de cohérence de la méthodologie utilisée par les CE, l'analyse des États-Unis a retenu une fourchette allant de 19,6 millions à 39 millions de dollars (*voir la ligne 1 de la pièce n° 24 des États-Unis*).

31. Ces chiffres totaux – 19,6 - 39 millions de dollars – représentent les paiements au titre de toutes les licences, y compris celles qui ne sont pas affectées du tout par l'alinéa B) de l'article 110 5). Par conséquent, ce chiffre ne peut s'appliquer de façon réaliste au manque à gagner potentiel des détenteurs de droits des CE. Ce manque à gagner ne peut provenir que des établissements dont la superficie et le matériel satisfont aux limites fixées et qui font entendre de la musique radiodiffusée. Nous allons donc, en procédant par étapes, réduire ce total afin d'exclure les recettes qui ne sont pas affectées par l'article 110 5).

2. Réduire ce chiffre pour obtenir le montant attribuable aux licences générales – 3,7 à 7,4 millions de dollars

32. Première étape – il faut exclure les recettes tirées de la diffusion d'œuvres musicales à la radio et à la télévision. L'alinéa B) de l'article 110 5) ne concerne aucunement ces revenus. Et de fait, les droits de licences versés par les stations de radio et de télévision constituent de loin la part la plus importante des recettes de l'ASCAP. Les droits de licence versés par les établissements concernés par l'alinéa B) de l'article 110 5) B) sont considérés comme des droits de licence générale. Nous savons, d'après les rapports annuels de l'ASCAP, que les droits de licence générale ne représentent que 14 pour cent des recettes totales de cet organisme et 18,9 pour cent de ses recettes intérieures. Par conséquent, ainsi que vous pouvez le voir à la ligne 1 de la pièce n° 24, il faut donc abaisser le montant total qui est versé aux détenteurs de droits des CE à 18,9 pour cent de ce total, ce qui donne un montant compris entre 3,7 et 7,4 millions de dollars.

3. Réduire le montant des pertes afin de tenir compte des redevances versées par les détenteurs de licences générales dont l'établissement ne correspond pas à la définition légale de ce terme – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 1,85-3,69 millions de dollars

33. Deuxièmement, l'article 110 5) B) ne s'applique pas à tous les détenteurs de licences générales, celles-ci représentent une catégorie très large et concernent globalement tous les agents économiques autres que les stations de radio et de télévision. On trouvera à la pièce des États-Unis n° 25 la liste des détenteurs de licences générales établie par l'ASCAP. Ainsi qu'on peut le voir, cette catégorie comporte toutes les catégories de services, services de musique de fond, collèges et universités, congrès, équipes de football, services d'attente musicale, clubs privés, parcs d'attraction, foires de commerce, séminaires de formation et tires de tracteurs. Les restaurants figurent certainement sur cette liste, mais on y trouve également de nombreux autres types de détenteurs de licence. Les redevances que paient ces détenteurs de licence doivent être exclues de l'analyse des pertes qui résultent de l'application de l'alinéa B) de l'article 110 5).

² Le chiffre de départ concernant BMI est tiré du *Trade Barriers Regulation Investigation Report des CE*, 1998, qui montre que 5,6 pour cent des répartitions totales effectuées par BMI aux détenteurs de droits, soit 217,3 millions de dollars en 1986, sont allés à des sociétés de recouvrement étrangères. Nous avons formulé l'hypothèse réaliste selon laquelle les deux tiers de ces répartitions étrangères sont versées aux détenteurs de droits des CE ($217,3 * 0,56 * 0,67 = 8,15$), et avons ensuite effectué les mêmes calculs que dans le cas de l'ASCAP.

34. Pour tenir compte de ce fait, les États-Unis ont supposé que 50 pour cent des recettes perçues au titre des licences générales proviennent de tels détenteurs de licence. Compte tenu de la variété des détenteurs exclusive de licence et de l'importance de certains de ceux qui ont été exclus, ce chiffre est très prudent. À la pièce n° 25 (deuxième étape), vous pouvez voir qu'après avoir ramené le manque à gagner éventuel des détenteurs de droits des CE à 50 pour cent, on arrive à un montant compris entre 1,8 à 3,7 millions de dollars.

4. Réduire le manque à gagner pour tenir compte des recettes perçues auprès des détenteurs de licence générale qui ne diffusent pas de musique à la radio – manque à gagner subi par les détenteurs de droits des CE: 0,56-1,13 millions de dollars

35. Nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse. Il est clair que de nombreux restaurants, bars et magasins de vente au détail ne diffusent pas de musique à la radio. Dans la plupart des établissements, la radiodiffusion d'œuvres musicales - entrecoupée d'annonces, d'entretiens et d'autres interruptions - n'est pas une option attrayante. En effet, quel est l'établissement qui souhaite que ses clients entendent des annonces publicitaires vantant les services de ses concurrents? Une grande partie des recettes provenant de détenteurs de licences générales qui entrent dans la catégorie des "établissements" n'est pas attribuable à la radio ou à la télédiffusion d'œuvres musicales, mais plutôt à des exécutions publiques d'œuvres musicales par des orchestres jouant en direct ou encore au moyen de disques compacts, de bandes magnétiques ou de juke-box.

36. La NRA et la NLBA estiment qu'environ 33 et 28 pour cent de leurs membres, respectivement, diffusent de la musique à la radio. Souvent, ils n'utilisent pas exclusivement la radio. De nombreux établissements diffusent également de la musique provenant d'autres sources. En prenant la moyenne de ces deux estimations voisines, nous avons supposé que 30,5 pour cent des établissements diffusaient de la musique à la radio.

37. Il est important de relever qu'étant donné que les établissements considérés utilisent souvent plusieurs sources de musique, cette estimation - selon laquelle 30,5 pour cent des établissements diffusent de la musique à la radio - ne correspond pas au *pourcentage de recettes provenant de licences* relatives à la diffusion d'œuvres musicales à la radio. Les recettes provenant de cette source seront bien moindres. Cependant, nous avons adopté dans nos calculs une attitude très prudente et pour les besoins de la présente analyse, nous avons pris pour hypothèse que 30,5 pour cent des recettes tirées des licences provenaient de la diffusion de musique à la radio. En conséquence, le manque à gagner que subissent les détenteurs de droits du fait de l'application de l'exception prévue à l'article 110 5) pour la diffusion de musique à la radio, doit être ramené à ce montant. Vous pouvez voir à la ligne 3 que le manque à gagner est alors compris entre 0,5 et 1,1 million de dollars.

5. Réduire le manque à gagner afin de refléter le montant des recettes tirées des droits de licence générale provenant d'établissements détenteurs de licence qui font entendre de la musique à la radio et satisfont aux limitations concernant la taille fixées à l'article 110 5): manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: de 294 113 à 586 332 dollars

38. Lors de la quatrième étape, nous réduisons finalement le manque à gagner afin de tenir compte du fait que de nombreux établissements de restauration et de vente au détail ainsi que des débits de boissons qui diffusent de la musique à la radio ont une superficie supérieure à la limite fixée par l'alinéa B) de l'article 110 5). Selon les chiffres fournis par la NRA, 65,5 pour cent des restaurants remplissent le critère fixé par la loi en matière de superficie. Selon les CE, il y a 364 404 restaurants et débits de boissons aux États-Unis. Cela signifie qu'environ 239 000 d'entre eux ont une superficie inférieure aux limites fixées par la loi.

39. En ce qui concerne les établissements de détail, les CE ont présenté une étude effectuée à la demande de l'ASCAP qui vise à démontrer qu'environ 45 pour cent des magasins de détail avaient une

superficie inférieure aux limites fixées par la loi. Les CE allèguent également qu'il y a 683 783 établissements de détail aux États-Unis: $45\% \times 684\ 000 =$ environ 307 000.

40. Par conséquent, même si l'on utilise les chiffres fournis par les CE pour les besoins de notre analyse, il y aurait alors 239 000 restaurants et 307 000 établissements de vente au détail qui bénéficieraient de l'exception. Soit au total 546 000 établissements, représentant 52,1 pour cent de l'ensemble des établissements. À la ligne 4, nous avons donc appliqué ce pourcentage pour calculer le manque à gagner potentiel des détenteurs de droit des CE, et nous obtenons un montant compris entre 294 000 et 586 000 dollars environ.

41. Si l'on effectue la même analyse en quatre étapes pour les droits collectés par BMI, on obtient un montant très faible, soit 122 000 dollars.

6. La méthode utilisée par les États-Unis est prudente

42. Comme l'explique la communication des États-Unis, ces calculs sont prudents et ont tendance à surestimer le montant véritable du préjudice économique porté aux détenteurs de droit des CE. La prudence de ces estimations tient notamment aux raisons suivantes:

- Les États-Unis ont pris pour hypothèse qu'alors que 30,5 pour cent des établissements faisaient entendre de la musique à la radio, 30,5 pour cent des recettes provenant des droits de licence étaient imputables à la diffusion d'œuvres musicales à la radio. Ce chiffre est évidemment trop élevé dans la mesure où une grande partie des établissements qui font entendre de la musique font appel à plus d'un type de médias.
- De la même façon, les États-Unis ont pris pour hypothèse que 65,5 pour cent des restaurants (et 45 pour cent des établissements de ventes au détail) satisfaisaient les limites concernant la superficie, il en résulterait un manque à gagner de 65,5 pour cent (et 45 pour cent). De fait, les restaurants et établissements de ventes au détail visés par l'exception figurent nécessairement parmi les établissements les plus petits et représentent presque certainement une part plus faible des recettes provenant des droits de licence.
- L'analyse ne tient pas compte non plus des mesures que l'ASCAP et BMI pourraient prendre afin de minimiser l'impact de l'application de l'article 110 5).
- De la même façon, l'analyse ne tient pas compte des établissements qui pourraient tirer avantage de l'accord privé conclu entre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA.

7. Le préjudice minime porté par l'article 110 5) B) est raisonnable étant donné que l'ASCAP et BMI ont préconisé une exception dont la portée est presque identique

43. Enfin, dans l'examen de la question de savoir si l'adoption de l'article 110 5) B) a causé au détenteur de droits un préjudice injustifié, il est à nouveau pertinent de considérer l'accord privé conclu entre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA. Ces sociétés ont volontairement donné leur accord à une exemption globale des établissements d'une superficie de moins de 3 500 pieds carrés et ont offert de conclure le même accord avec la NRA. Il est encore plus significatif que lors de l'examen de l'article 110 5) B) par le Congrès, la "proposition de l'ASCAP et BMI" consistait également à accorder une exception en faveur des établissements d'une superficie de moins de 3 500 pieds carrés. On peut supposer que l'ASCAP et BMI n'auraient pas proposé une exception en faveur des établissements de moins de 3 500 pieds carrés s'ils avaient estimé que celle-ci porterait un préjudice quelconque à leurs membres.

V. CONCLUSION

44. En résumé, la norme applicable aux fins de déterminer la conformité de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur est celle de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Sur la base des critères énoncés à l'article 13, l'article 110 5) constitue une exception admissible en ce qui concerne le droit d'exécution publique. En conséquence, les États-Unis ont l'honneur de demander au Groupe spécial de constater que les deux alinéas A) et B) de l'article 110 5) sont conformes à l'Accord sur les ADPIC.

45. En outre, les États-Unis demandent au Groupe spécial d'énoncer clairement ses conclusions en ce qui concerne l'alinéa A) et l'alinéa B) de l'article 110 5) de façon à guider au mieux les Membres de l'OMC en ce qui concerne l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui fait l'objet du présent litige.

APPENDICE 2.7

COMMENTAIRES SUR LA LETTRE ADRESSÉE PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI AU PRÉSIDENT DU GROUPE SPÉCIAL

(12 janvier 2000)

1. Les États-Unis se félicitent de l'occasion qui leur est donnée de formuler des commentaires sur les documents fournis au Groupe spécial par le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Les États-Unis se félicitent également de la communication du Groupe spécial en date du 10 janvier 2000 concernant la date limite de présentation des commentaires relatifs à ces documents.

2. De l'avis des États-Unis, l'abondante documentation fournie par l'OMPI ne soulève aucune question qui n'ait déjà été traitée par les parties et qui n'ait été examinée lors des deux réunions du Groupe spécial sur la présente affaire. Les documents confirment à nouveau l'importance que les négociateurs de Berne attachaient à l'admissibilité des exceptions au titre des articles 11 et 11*bis*, ainsi que l'existence de la doctrine des petites réserves. *Voir par exemple* les annexes X, XII et XIII. Pour cette raison, les États-Unis considèrent que ces documents viennent appuyer la position qu'ils soutiennent dans la présente affaire.

3.1 AUSTRALIE

3.1.1 COMMUNICATION ÉCRITE DE L'AUSTRALIE

(1^{er} novembre 1999)

EXPOSÉ RÉCAPITULATIF

- Les exceptions au droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées protégées par le droit d'auteur ou les limitations de ce droit dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC doivent être conformes:
 - aux conditions générales énoncées à l'article 13 dudit accord, et
 - aux conditions spécifiques énoncées à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, incorporées dans ledit accord,compte tenu des objectifs et principes généraux de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 7.
- Il serait précieux de clarifier le rapport entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne pour ce qui est de ce droit spécifique:
 - si ni l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ni l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne ne prime sur l'autre, les secondes dispositions fournissent toutefois des orientations plus directes quant à la présente affaire;
 - toute exception ou limitation devrait de toute façon être conforme aux unes et aux autres de ces dispositions;
 - ce droit doit être considéré différemment des autres droits – comme le droit général de reproduction – compte tenu des orientations spécifiques fournies par l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne;
 - l'article 11*bis* 2) spécifie que les conditions d'exercice de ce droit ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable.
- L'historique des travaux diplomatiques auxquels la Convention de Berne a donné lieu fournit des précisions supplémentaires sur la manière dont il convient d'interpréter les "conditions" pouvant être autorisées en vertu de l'article 11*bis* 2) de cette convention:
 - le droit à une rémunération équitable a été souligné avec insistance;
 - les seules exceptions apparentes envisagées étaient des "petites réserves" concernant l'utilisation de l'œuvre dans un cadre privé ou en association avec des objectifs d'intérêt général, comme dans un contexte éducatif ou religieux.
- Pour appliquer de manière adéquate les unes et les autres de ces dispositions au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, il conviendrait d'accorder le poids voulu à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne:

- de ce fait, il devrait être tenu compte de la nécessité spécifique d'une rémunération équitable lorsqu'on applique à ce droit le critère établi à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC;
 - en fixant les conditions de l'exercice du droit et une norme minimale concernant une rémunération équitable, l'article 11*bis* 2) établit la manière dont il convient d'équilibrer les droits et les obligations et de fixer les exceptions et les limitations, ce qui constitue en soi un exemple spécifique de l'équilibre général d'intérêts qui est prescrit à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC et qui ressort également de l'article 13;
 - l'article 9 2) de la Convention de Berne, en revanche, ne présente qu'un intérêt limité et indirect lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des exceptions à ce droit et des limitations de celui-ci susceptibles d'être autorisées.
- La rémunération équitable dans le cadre de la communication publique d'œuvres radiodiffusées devrait tenir compte de tout avantage commercial concret devant résulter de la communication publique à des fins commerciales:
 - le fait de limiter ce droit au droit à une rémunération équitable en restreint considérablement l'exercice, car il permet d'exclure le droit d'interdire la communication publique et de demander une rémunération excessive, et d'en prévoir la mise en application par un régime de licences obligatoires;
 - la rémunération équitable dans ce contexte assure l'équilibre de droits et d'objectifs visé à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC;
 - cette notion permet aussi de clarifier la nature du "préjudice injustifié" lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées.

Table des matières

	<u>Page</u>
I. HISTORIQUE	231
II. QUESTIONS JURIDIQUES	232
Portée et objectif de l'article 11 <i>bis</i> de la Convention de Berne: droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées et conditions d'exercice de ce droit.....	233
Portée et objectif de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC: limitations générales du droit d'auteur et exceptions générales à ce droit	233
Obligations découlant de la Convention de Berne dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.....	234
Article 11 <i>bis</i> 2) de la Convention de Berne et article 13 de l'Accord sur les ADPIC: compatibilité entre les dispositions générales et les dispositions spécifiques.....	234
III. ANALYSE DE L'ARTICLE 11<i>BIS</i> DE LA CONVENTION DE BERNE	236
Portée des limitations spécifiques visées à l'article 11 <i>bis</i> de la Convention de Berne: aperçu général des interprétations de cet article	236
Petites réserves au titre de l'article 11 <i>bis</i> de la Convention de Berne	237
"Rémunération équitable" visée à l'article 11 <i>bis</i> 2)	239
Nature de la communication publique	241
IV. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC ET LA COMMUNICATION PUBLIQUE D'ŒUVRES RADIODIFFUSÉES.....	241
Orientations données par l'article 11 <i>bis</i> 2) de la Convention de Berne quant à l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC	244
L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC eu égard aux objectifs dudit accord.....	244
V. L'ARTICLE 110 5) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR DES ÉTATS-UNIS EU ÉGARD À L'ACCORD SUR LES ADPIC	245
Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis et article 11 <i>bis</i> 2) de la Convention de Berne: nécessité d'assurer une rémunération équitable	245
Application de la doctrine des petites réserves	245
L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur et le critère en trois points de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC	246
<i>Cas spécial</i>	246
<i>Atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre</i>	246
<i>Préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes</i>	247

I. HISTORIQUE

1.1 À l'origine, au niveau national, le droit d'auteur et les droits connexes ont été institués, appliqués et soumis à des limitations et exceptions avec l'objectif global de préserver l'intérêt général au sens large en établissant des droits effectifs et appropriés. L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") énonce cet équilibre, déjà présent dans les normes sur le droit d'auteur établies par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ("Convention de Berne")¹, sous une forme claire, le place expressément dans le contexte du commerce international et oblige les Membres de l'OMC à le respecter dans un certain nombre de contextes spécifiques lorsqu'ils mettent en œuvre leur législation sur la propriété intellectuelle. L'Accord sur les ADPIC repose sur la reconnaissance du fait que les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce, et autres formes d'atteintes aux intérêts légitimes, résultent du dérèglement de cet équilibre.

1.2 En vertu de l'Accord sur les ADPIC, l'"équilibre de droits et d'obligations" est donc un objectif fondamental de la "protection et du respect des droits de propriété intellectuelle" (article 7); l'Accord prévoit des exceptions aux droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur et les droits connexes, et des limitations de ces droits (article 13). Toute exception au cadre de base établi par l'Accord sur les ADPIC devrait viser à assurer cet équilibre mutuellement avantageux et être conforme aux dispositions spécifiques dudit accord (notamment les dispositions d'autres instruments qui y sont incorporées par référence).

1.3 La présente affaire porte sur l'exemption de l'application de la disposition relative au paiement d'une redevance aux compositeurs de musique et auteurs de chansons lorsque leurs compositions radio ou télédiffusées sont diffusées dans certains lieux publics – c'est-à-dire des exceptions au droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées protégées par le droit d'auteur, droit que la Convention de Berne distingue clairement du droit de radiodiffusion proprement dit. Au vu des deux premières communications, la portée initiale des droits ne semble pas être en cause et la présente affaire a donc davantage trait à la portée légitime de certaines exceptions légales à ce droit: elle concerne donc moins la nature intrinsèque du droit que le point jusqu'auquel celui-ci peut être limité ou restreint, pour ce qui est des questions touchant à l'exploitation normale d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, au préjudice injustifié causé aux intérêts du détenteur du droit et au droit de ce dernier à une rémunération équitable.

1.4 La présente affaire soulève donc des questions sur l'interaction entre les droits de propriété intellectuelle privés et les grands objectifs de politique générale publique, la manière dont il doit être tenu compte des objectifs généraux de l'Accord sur les ADPIC dans les systèmes nationaux de propriété intellectuelle et la façon dont certaines dispositions fondamentales doivent être mises en œuvre dans les différents systèmes juridiques. Comme elle porte sur des dispositions fondamentales de la Convention de Berne, elle soulève aussi la question de savoir comment l'historique des travaux diplomatiques et des interprétations auxquels ont donné lieu les dispositions pertinentes de ladite convention devrait être pris en considération lorsqu'on interprète les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC.

1.5 À propos de l'introduction du nouveau droit de communication au public par la radiodiffusion (le "résultat le plus important" obtenu par la Conférence²), les auteurs du rapport général de la Conférence de Rome notent que le texte adopté "a le caractère d'une transaction entre les deux tendances opposées", celle d'"assimiler entièrement le droit de diffusion radiophonique aux autres droits exclusifs de l'auteur" et celle de considérer ce droit "comme assujéti à l'intervention de

¹ Par souci de commodité et de brièveté, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sont en général citées de la manière suivante dans le texte anglais du présent document: "TRIPS 13" remplace "Article 13 of TRIPS" et "Berne 11bis(2)" remplace "paragraph 11bis(2) of Berne".

² Actes de la Conférence réunie à Rome, BIRPI, Berne, 1929, page 210.

l'autorité publique pour protéger les intérêts cultureux et sociaux liés à cette forme nouvelle et spéciale de divulgation populaire des œuvres de l'esprit et particulièrement des œuvres musicales".³ Il s'agit là d'un exemple clair de l'"équilibre" général "d'intérêts" visé à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, eu égard, expressément, au droit particulier en cause dans la présente affaire. La Sous-Commission pour la radiophonie souligne, dans son rapport établi à Rome, que ces dispositions concilient "l'intérêt public général de l'État avec les intérêts des auteurs"⁴, l'intérêt général considéré étant l'utilisation potentielle du nouveau média que constitue la radiodiffusion aux fins de la diffusion d'œuvres culturelles.

1.6 La participation de l'Australie en tant que tierce partie dans la présente affaire s'explique par:

- un intérêt commercial immédiat: elle souhaite en effet faire en sorte que les compositeurs et auteurs de chansons australiens puissent obtenir une rémunération équitable pour la communication publique de leurs œuvres musicales radiodiffusées sur l'important marché des États-Unis⁵; et
- la nécessité de préserver l'intégrité des règles relatives aux droits de propriété intellectuelle liés au commerce: c'est-à-dire de veiller à ce que l'Accord sur les ADPIC (et, spécifiquement, en l'espèce, les dispositions de la Convention de Berne qu'il incorpore) soit interprété et appliqué en droit national d'une manière qui garantisse le plein respect des normes communes, tout en maintenant la possibilité légitime d'établir des exceptions aux droits de propriété intellectuelle pour des raisons de politique générale, d'une façon qui permette de préserver l'équilibre d'intérêts énoncé dans l'Accord sur les ADPIC et de promouvoir les objectifs de cet accord.

La démarche de l'Australie est donc dictée par le souci d'éviter tout affaiblissement injustifié des intérêts légitimes des détenteurs du droit d'auteur, y compris le droit à une rémunération équitable lorsque celui-ci est expressément prévu et de faire en sorte que les gouvernements disposent d'une latitude suffisante pour préserver l'équilibre fondamental de droits et d'obligations tout en mettant pleinement en œuvre les obligations spécifiques découlant de l'Accord sur les ADPIC.

1.7 En juin 1998, la Commission permanente des questions légales et constitutionnelles de la Chambre australienne des Représentants a présenté un rapport sur les droits d'exécution et de radio ou télédiffusion publiques dans le contexte des petites entreprises.⁶ Une des questions essentielles examinées par la Commission concernait les obligations juridiques internationales relatives aux droits d'exécution et de radio ou télédiffusion publiques énoncés dans l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne. Certains éléments des travaux de cette commission pouvant être utiles au Groupe spécial lors de ses délibérations, un résumé de ce rapport est joint au présent document (annexe A). L'Australie continue d'accorder une grande importance à la conformité durable de son propre système national de propriété intellectuelle avec les obligations internationales et se félicite de l'occasion qui lui est donnée par la présente affaire de clarifier et confirmer ces obligations pour ce qui est du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées.

II. QUESTIONS JURIDIQUES

2.1 Le Groupe spécial est saisi de la question de savoir si l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, récemment modifié, est contraire à l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC,

³ *Loc. cit.*

⁴ *Op. cit.*, page 184.

⁵ Selon une estimation du secteur concerné, la perte annuelle potentielle constatée depuis l'adoption de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur serait supérieure à 1 million de dollars australiens, montant qui devrait vraisemblablement augmenter vu les tendances actuelles du marché.

⁶ *Don't Stop the Music*, <http://www.aph.gov.au/house/committe/laca/Inquiryincopy.htm>.

en vertu duquel les Membres de l'OMC doivent se conformer aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (à l'exception de l'article 6*bis*) et à l'Annexe de ladite convention. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui fixe les limites dans lesquelles toute limitation du droit d'auteur et des droits connexes et toute exception à ces droits au titre dudit accord doivent être maintenues, atténue potentiellement cette obligation. La communication australienne présente une manière d'aborder les questions juridiques posées par la présente affaire d'une façon qui devrait permettre de préserver tant les intérêts légitimes des détenteurs du droit d'auteur que l'intérêt général et de maintenir l'intégrité du système composite que constituent l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne. L'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) étant appelé, pour la première fois à l'occasion de la présente affaire, à examiner des dispositions de fond de l'Accord sur les ADPIC concernant le droit d'auteur, et notamment le lien entre les dispositions spécifiques de la Convention de Berne et les dispositions générales dudit accord, le présent document propose certains éléments de réflexion sur des questions d'interprétation.

Portée et objectif de l'article 11*bis* de la Convention de Berne: droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées et conditions d'exercice de ce droit

2.2 L'article 11(5) dispose que certaines formes de communication publique d'œuvres radiodiffusées ne constituent pas une atteinte au droit d'auteur. Il s'agit là d'une exception claire et nette au droit établi conformément à l'article 11*bis*(1) de la Convention de Berne, aux termes duquel les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques (y compris les œuvres musicales) jouissent du droit exclusif d'autoriser notamment "la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée".⁷ Ce droit est soumis à la condition suivante (article 11*bis*(2)): "Il appartient aux législations des pays de l'Union [de Berne] de régler les conditions d'exercice [de ce droit] ... [Ces conditions] 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". Cette dernière disposition porte le titre "licences obligatoires". Le contexte de l'article 11*bis*(2) donne à entendre qu'elle vise à faire en sorte que le système de licences obligatoires pour les œuvres radiodiffusées ne prive pas le détenteur du droit d'une rémunération équitable. Ce point particulier a été confirmé à la Conférence de Stockholm. En outre, ce qu'il est convenu d'appeler les "petites réserves", examinées plus loin (à partir du paragraphe 3.4), qui font partie de l'histoire de la négociation de la Convention de Berne, modifie potentiellement la portée de l'article 11*bis*.

Portée et objectif de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC: limitations générales du droit d'auteur et exceptions générales à ce droit

2.3 L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC vise les limitations des droits exclusifs et les exceptions à ces droits pour les œuvres protégées par le droit d'auteur en général. Son objectif immédiat est de "restreindre" ces limitations ou exceptions. Sous certains aspects, il diffère sensiblement des dispositions parallèles relatives aux marques de fabrique ou de commerce (article 17), aux dessins et modèles (article 26.2) et aux brevets (article 30) – en effet, ces dernières ne visent que les exceptions aux droits exclusifs et non les limitations de ces droits. La nécessité de restreindre tant les limitations, énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, que les exceptions vient peut-être de la nature différente du droit d'auteur, par rapport aux droits de propriété industrielle, qui recouvre toute une série d'utilisations non commerciales légitimes d'œuvres protégées par le droit d'auteur et le recours largement répandu aux régimes de licences obligatoires et automatiques pour l'exploitation de ces œuvres. Ces mesures restreignent la mise en œuvre du droit, mais ne créent pas nécessairement des exceptions. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC reconnaît la nécessité de fixer

⁷ L'article 11 de la Convention de Berne est également important en ce qu'il vise la transmission publique de l'œuvre par tous moyens; toutefois, l'article 11*bis* de cette convention fournit des indications plus spécifiques sur le contexte sur lequel porte la présente affaire.

la manière dont les restrictions législatives de ces droits fonctionnent, de façon à assurer un équilibre approprié d'intérêts.

2.4 Contrairement à l'"exception", la notion de "limitation" est compatible avec la mise en œuvre de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, qui établit des limites aux "conditions" que les législations nationales peuvent fixer à l'exercice des droits spécifiques prévus à l'article 11*bis* 1) de ladite convention.

Obligations découlant de la Convention de Berne dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC

2.5 Comment et dans quelle mesure, l'historique de la Convention de Berne et les nombreux textes interprétatifs qui s'y rapportent s'appliquent-ils aux dispositions de ladite convention reprises dans l'Accord sur les ADPIC lorsqu'on les considère dans le cadre du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC? Cette question, qui n'est expressément soulevée par aucune des parties, est implicite dans l'utilisation des documents de base relatifs à la Convention de Berne dans les deux premières communications. Lorsqu'elles interprètent les dispositions en cause, les Communautés européennes vont puiser dans les travaux diplomatiques auxquels cette convention a donné lieu; les États-Unis font mention (paragraphe 22) de l'objectif de l'Accord sur les ADPIC (article 7), s'appuient sur un commentaire de spécialistes à propos de l'article 9 2) de la Convention de Berne dans leur analyse détaillée de l'article 13 dudit accord et invoquent la doctrine des "petites réserves" de la Convention de Berne qui n'est pas en soi une disposition spécifique de cet instrument mais a été élaborée lors des conférences diplomatiques sur ladite convention (paragraphe 18).

2.6 À première vue, les dispositions de la Convention de Berne dont il est question devraient être considérées comme des obligations découlant de l'effet de l'Accord sur les ADPIC et non comme des obligations de cette convention proprement dites. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC sont liés par certaines dispositions d'un instrument international distinct, la Convention de Berne. L'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les dispositions dudit accord ne dérogeront pas aux obligations existantes au titre de la Convention de Berne, ce qui donne à penser que tout droit ou toute exception autorisés en vertu de l'Accord devraient être compatibles avec les dispositions de la Convention de Berne proprement dites. L'Accord sur les ADPIC a été négocié avec une connaissance générale de la portée des dispositions de la Convention de Berne et, s'il n'y a pas nécessairement de lien direct avec les interprétations qui ont été faites de cette convention, il est indéniable que les négociations auxquelles elle a donné lieu font partie du droit international coutumier dans ce domaine. De plus, l'inclusion des dispositions de la Convention dans l'Accord sur les ADPIC montre que ledit accord a également pour objet et pour but de promouvoir la mise en œuvre pleine et effective de ces dispositions.

2.7 L'Australie estime qu'il y a lieu de tenir compte aussi bien des interprétations qui ont été faites de la Convention de Berne que des objectifs spécifiques de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'il s'agit d'appliquer les dispositions de ces deux instruments qui se chevauchent, en l'absence de toute contradiction entre les unes et les autres. Il existe en fait certains cas dans lesquels l'historique de la Convention de Berne contribue à expliquer la manière dont l'équilibre d'intérêts est assuré dans l'Accord sur les ADPIC. Lors de l'examen des questions complexes en cause dans la présente affaire, il serait utile de préciser avec plus de clarté la manière dont ce lien devrait s'exercer.

Article 11*bis* 2) de la Convention de Berne et article 13 de l'Accord sur les ADPIC: compatibilité entre les dispositions générales et les dispositions spécifiques

2.8 Il existe des raisons de politique générale et des raisons juridiques impérieuses d'assurer la compatibilité entre les dispositions de l'article 11*bis* de la Convention de Berne et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC lorsqu'elles s'appliquent au même droit. Cette question n'a été expressément soulevée par aucune des parties, mais elle ressort implicitement des interprétations formulées dans

leurs communications. Les dispositions de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC qui se chevauchent doivent donc être appliquées d'une manière claire et compatible, compte tenu notamment de ce qu'elles n'ont jamais été examinées auparavant dans le contexte du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

2.9 La première question concerne leur portée respective – l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC englobe-t-il l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne ou la portée de ces deux articles est-elle de même étendue pour les œuvres radiodiffusées? Les observations suivantes ont été émises, dans le cadre de l'OMPI, concernant le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et les exceptions et limitations prévues par la Convention de Berne:

Aucune des limitations ou exceptions autorisées par la Convention de Berne ne devrait, si elle est correctement appliquée, porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits. En général et normalement, il ne doit pas y avoir conflit entre la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les exceptions et limitations frappant les droits exclusifs.⁸

2.10 Ce qui précède donne à penser que, foncièrement, il ne doit pas y avoir conflit et que toutes les limitations et exceptions déjà autorisées par la Convention de Berne seraient aussi conformes à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC; cela ne signifie pas pour autant que la portée des exceptions ou limitations ("conditions") prévues par l'un des deux instruments soit de même étendue que celle des dispositions pouvant être autorisées en vertu de l'autre instrument. Selon Ricketson⁹, l'article 13 de l'Accord aurait une portée plus large que les exceptions spécifiques pouvant être autorisées en vertu de la Convention de Berne. Toutefois, même si l'on constatait qu'une exception au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées est conforme à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions plus spécifiques de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne s'appliqueraient tout de même et la disposition relative à une rémunération équitable serait maintenue. En réalité, soit cela reviendrait à ajouter un point supplémentaire au critère en "trois points" de l'article 13 lorsqu'il s'applique à la communication publique d'œuvres radiodiffusées soit cela permettrait de déterminer de manière plus précise la façon dont ce critère est appliqué dans ce contexte.

2.11 Ni l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ni l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne ne prime sur l'autre. Lors de la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, ces dispositions ont été adoptées d'emblée et ont un effet simultané en tant qu'obligations découlant dudit accord. Toutefois, l'article 11*bis* 2) n'a pour l'instant pas été pris en considération dans les communications présentées au Groupe spécial et l'accent semble être mis uniquement sur l'article 13.¹⁰

2.12 En outre, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en tant que disposition d'ordre général, ne peut primer sur l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, qui est plus spécifique: il est plus vraisemblable que cette dernière disposition révèle de quelle manière le principe général devrait s'appliquer dans ce cas, selon les parties, et rien ne laisse entendre qu'elles aient voulu que le général prime en l'espèce sur le spécifique; en cas de doute, les dispositions spécifiques devraient donc l'emporter. Le principe juridique – *generalia specialibus non derogant* – est bien établi dans le système de la common law et l'on peut y faire appel dans un contexte international.¹¹ De plus,

⁸ *Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI* (1996), Genève, page 24.

⁹ Ricketson, Staniforth, *The Law of Intellectual Property*, LBC, Sydney, 1999, 16.560.

¹⁰ Voir par exemple le paragraphe 17 de la première communication des États-Unis.

¹¹ Le texte faisant autorité pour ce qui est du principe *generalia specialibus non derogant* est l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui est généralement considéré comme énonçant de manière

l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les limitations et exceptions doivent être *restreintes* d'une certaine façon, ce qui n'exclut pas d'autres restrictions, plus circonscrites, fondées sur des dispositions spécifiques de la Convention de Berne. Comme les dispositions de l'article 13 de l'Accord et les dispositions de l'article 11*bis* 2) de la Convention ont la même force obligatoire pour les Membres de l'OMC et peuvent être interprétées sans qu'il y ait incompatibilité, les exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées, ou les limitations de ce droit devraient être conformes tant aux premières qu'aux secondes.

2.13 L'incorporation des dispositions de l'article 11*bis* de la Convention de Berne dans l'Accord sur les ADPIC établit ce droit en vertu dudit accord; il s'ensuit que toutes dispositions autorisant des limitations de ce droit (comme les dispositions de l'article 11*bis* 2)) revêtiraient aussi de l'importance pour ce qui est de déterminer les obligations connexes découlant de l'Accord sur les ADPIC. Le rapport général de la Conférence de Bruxelles indique que le paragraphe 1 de l'article 11*bis* de la Convention de Berne "dans ses trois chefs est indivisible du [paragraphe] 2".¹²

2.14 L'Australie estime qu'il vaudrait mieux reconnaître que l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne influe sur l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC aux droits établis en vertu de l'article 11*bis* de ladite convention (mais pas sur son application aux autres droits), ce qui faciliterait une interprétation compatible des dispositions fondamentales de l'Accord et des dispositions fondamentales de la Convention de Berne incorporées dans ledit accord. C'est l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne qui fournit les précisions les plus claires, qui font autorité, sur la manière dont les limitations et exceptions acceptables au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'appliquent au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées; en même temps, il fixe un critère direct permettant de déterminer si toute exception à ce droit ou toute limitation de celui-ci est compatible avec l'Accord sur les ADPIC.

III. ANALYSE DE L'ARTICLE 11*BIS* DE LA CONVENTION DE BERNE

Portée des limitations spécifiques visées à l'article 11*bis* de la Convention de Berne: aperçu général des interprétations de cet article

3.1 Le droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées a été incorporé dans la Convention de Berne à la Conférence de Bruxelles (1948), sans opposition notable¹³, ce qui confirmait l'existence d'un droit distinct en plus du droit de radiodiffusion proprement dit.

La justification en est que 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 récepteur 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

complète les sources du droit international. En vertu de l'article 38 1) c), "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" constituent l'une des sources du droit international.

¹² *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, texte cité dans Centenaire de la Convention de Berne, OMPI, Genève, 1986, page 101.

¹³ Ricketson, Staniforth (1987), *The Berne Convention for the protection of literary and artistic works: 1886-1986*, London: Eastern Press Ltd, page 453.

elle-même mais un acte indépendant par lequel l'œuvre émise est communiquée à un nouveau public.¹⁴

3.2 Les participants à la Conférence de Bruxelles ont examiné les limitations que les législations nationales peuvent fixer à ce droit, ce qui a conduit à l'adoption de l'article 11*bis* 2). Trois délégations ont émis des propositions d'ordre rédactionnel visant à préciser que le droit ne s'appliquait pas lorsque la communication au public ne se faisait pas dans un contexte commercial, avait lieu dans un cercle familial ou domestique, ou dans le cadre de l'enseignement scolaire.¹⁵ Les propositions ont été retirées étant entendu que ces réserves pourraient être prises en considération dans le projet d'article 11*bis* 2), mais à condition qu'il soit reconnu, dans le rapport de la Sous-Commission pour la radiodiffusion, que l'exercice de la prérogative ne pourrait en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable.

3.3 Dans la mesure où l'on trouve là des orientations quant à la nature de l'obligation découlant de l'Accord sur les ADPIC (et de la Convention de Berne incorporée dans cet accord), il est clair qu'il n'a été envisagé aucune exception qui permettrait la communication publique d'œuvres radiodiffusées à des fins commerciales, sans que l'auteur puisse obtenir une rémunération équitable. Concernant les conditions pouvant être autorisées, le rapport général de la Conférence de Bruxelles faisait état d'"exceptions de caractère gratuit dans un but religieux, patriotique ou culturel".¹⁶ La Conférence de Stockholm¹⁷ a précisé que cette disposition se rapportait à "la licence obligatoire que les législations nationales peuvent imposer, avec rémunération équitable"; elle ne semble pas toutefois englober aussi la suppression effective du droit dans les cas où, vraisemblablement, il pourrait y avoir une rémunération équitable. Comme le souligne Ricketson, le pouvoir d'imposer des conditions à l'exercice des droits énoncés à l'article 11*bis* 1) n'a pas pour corollaire le pouvoir de refuser de reconnaître ces droits.¹⁸

Petites réserves au titre de l'article 11*bis* de la Convention de Berne

3.4 Les premières communications des deux parties faisant mention des "petites réserves" visées par la Convention de Berne¹⁹, il serait peut-être utile de préciser comment ces "réserves" s'appliqueraient dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. C'est dans le contexte de l'article 11 de la Convention de Berne – droit de représentation ou d'exécution publiques – que la question des petites réserves a été soulevée pour la première fois. Pendant la Conférence de Bruxelles (1948), il a été proposé d'insérer une disposition générale dans la Convention de Berne aux fins d'autoriser les États parties à conserver les petites réserves qui existaient déjà dans leur législation nationale (par exemple, pour les cérémonies religieuses et l'exécution d'œuvres par des fanfares militaires lors de fêtes publiques). Les auteurs de la Révision de Bruxelles ont rejeté cette proposition, considérant que l'adoption d'une disposition générale de ce type encouragerait les nations qui n'avaient pas encore reconnu ces exceptions à les incorporer dans leur législation.²⁰ Il a été décidé que la question serait prise en compte non pas dans la Convention elle-même, mais dans le rapport général de la réunion, de la manière suivante:

¹⁴ Guide de l'OMPI, paragraphe 11*bis*.12.

¹⁵ *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, BIRPI, Berne, 1951: proposition des Pays-Bas, page 279; proposition de Monaco, page 278; proposition de la Hongrie, page 278.

¹⁶ *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles*, texte cité dans Centenaire de la Convention de Berne, OMPI, Genève, 1986, page 216.

¹⁷ *Actes de la Conférence de Stockholm*, OMPI, Genève, 1971, rapport de la Commission principale n° I, page 1174.

¹⁸ Ricketson (1987), page 525.

¹⁹ Communication des Communautés européennes, paragraphe 73; communication des États-Unis, paragraphe 18.

²⁰ Ricketson (1987), page 533.

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 exemptions 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.²¹

La dernière phrase souligne le caractère *de minimis* des catégories d'exceptions pouvant relever de la doctrine des petites réserves eu égard à ce droit particulier.

3.5 À la Conférence de Stockholm (1967), il a de nouveau été décidé que la Convention de Berne n'empêchait pas les États parties de conserver les exceptions existant dans leur législation à condition qu'elles puissent être considérées comme des petites réserves.²² Les pays nordiques ont proposé d'insérer dans le rapport général une phrase visant à préciser que la possibilité de faire des petites réserves, qui avait été prise en compte dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles, demeurait valable. Les actes de la Conférence de Stockholm contiennent donc le texte suivant:

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.

Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles.²³

3.6 Les participants à la Conférence de Bruxelles et à la Conférence de Stockholm ont estimé que la doctrine des petites réserves s'appliquait, entre autres dispositions, à l'article 11*bis*. Le statut juridique de ces réserves n'est pas entièrement clair: s'agit-il purement de "réserves" concernant l'application de la Convention aux pays qui les formulent ou d'interprétations implicites du texte de cet instrument? Étant donné que l'Accord sur les ADPIC n'autorise pas les réserves formelles (article 72), il se peut que l'article 13 ait eu pour objet d'offrir le même degré de latitude que les petites réserves autorisées en vertu de la Convention de Berne; une autre possibilité serait de considérer les petites réserves comme clarifiant l'interprétation pratique de l'article 11*bis* 2) de cette convention. Par exemple, on pourrait estimer qu'une utilisation pour laquelle la rémunération appropriée peut équitablement être considérée comme nulle "relèverait d'une réserve". Il pourrait être jugé inéquitable

²¹ *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, OMPI, Genève, 1986, page 216.

²² *Guide de la Convention de Berne (1978)* OMPI, Genève, page 75.

²³ *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle*, OMPI, Genève, 1971, page 1174.

de percevoir une somme d'argent pour une utilisation à caractère non commercial, ayant lieu dans un cadre privé ou motivée par un intérêt général commun.

"Rémunération équitable" visée à l'article 11bis 2)

3.7 L'article 11bis 2) dispose que, quelles que soient les conditions imposées à l'exercice du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, deux droits clairement définis devraient être préservés dans tous les cas – le droit moral (qui semble ne pas s'appliquer dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC car il est exclu à l'article 9 1) dudit accord) et le droit d'obtenir une rémunération équitable. Ni l'une ni l'autre des deux premières communications ne traitent directement de la question de la rémunération équitable. Pourtant celle-ci demande à être examinée, d'une part parce que les exceptions au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées et les limitations de ce droit doivent être évaluées au regard de l'article 11bis 2) et, de l'autre, parce que l'article 11bis 2) devrait permettre de préciser l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC à ce droit.

3.8 La nature distincte de la communication publique d'une œuvre radiodiffusée crée une attente de rétribution distincte chez le créateur de l'œuvre. Cette situation a été résumée de la manière suivante dans un document présenté lors d'une enquête parlementaire conduite récemment en Australie:

La loi reconnaît deux niveaux d'avantages. La station de radio obtient un avantage grâce à la radiodiffusion dans les foyers. Si, au point de réception, quelqu'un choisit d'obtenir un second avantage commercial en utilisant la réception pour diffuser la musique, c'est bien quelque chose qui devrait procurer un certain revenu à l'auteur ou au compositeur.²⁴

Cette attente de rétribution distincte devrait donc permettre de préciser la notion de "rémunération équitable". On peut lire plus loin dans le même rapport d'enquête:

Nombre de compositeurs ont souligné combien les redevances perçues pour la représentation ou l'exécution publiques de leurs œuvres étaient importantes pour leur permettre de continuer à composer de la musique ... Ils ont la ferme impression que la valeur de la redevance ne tient pas seulement à son montant, mais aussi au fait de savoir qu'ils reçoivent une sorte de rétribution financière pour leur travail. Beaucoup ont considéré que le principe de rétribution était aussi important que l'argent.²⁵

3.9 Vu les prescriptions précises de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne, il est exigé une rémunération équitable, qu'elle soit fixée par un accord ou par l'autorité compétente, pour la communication publique d'œuvres radiodiffusées, même dans le cadre d'objectifs commerciaux relativement modestes. La redevance appropriée peut être modique pour de petites entreprises cherchant à obtenir un avantage commercial des œuvres radiodiffusées.²⁶ Le niveau de rémunération équitable peut être lié de manière générale aux avantages commerciaux obtenus par l'utilisateur commercial – par exemple en attirant ou retenant une clientèle additionnelle, en créant une ambiance particulière et en tirant parti de l'attrait populaire d'une œuvre musicale. Représentant un groupe

²⁴ Document présenté par l'APRA, cité dans *Don't Stop the Music*, pages 67 et 68.

²⁵ *Don't Stop the Music*, page 68.

²⁶ La redevance perçue par la société de recouvrement ASCAP aux États-Unis pour les petites entreprises exonérées par la récente révision de l'article 110 5) était par exemple de 30 dollars (voir la pièce n° 7 jointe à la première communication des États-Unis, datée du 26 octobre).

important d'utilisateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur, l'Association nationale des débits de boissons (NLBA) reconnaît les avantages commerciaux que procure la musique:

L'utilisation de musique dans votre entreprise commerciale est un des moyens d'améliorer votre activité, d'influer sur les habitudes des clients dans le domaine alimentaire et le domaine de la boisson et d'accroître vos bénéfices.²⁷

3.10 La rémunération équitable n'est pas seulement le niveau de revenu que souhaite le détenteur de droits (ou son agent) – l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne note que l'autorité compétente peut trancher cette question en l'absence d'accord, et le détenteur de droits n'est pas en position de monopole dans la négociation. Une évaluation objective de la valeur de l'utilisation de l'œuvre pour l'entreprise commerciale peut être nécessaire. En même temps, il est largement admis que la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle ne devrait pas être contraignante. Le besoin d'efficacité administrative a donc conduit à la mise en place de régimes de licences collectifs ou "globaux".

3.11 La suppression de toute possibilité légale d'obtenir un revenu approprié pour la communication publique d'œuvres radiodiffusées dans des contextes qui présentent indéniablement et notamment un caractère commercial et lorsque l'utilisation de la musique procure des avantages commerciaux, souvent à la suite d'une décision commerciale consciente (comme dans le contexte mentionné par la NLBA, au paragraphe 3.9 ci-dessus), est incompatible avec la prescription concernant la rémunération équitable. Par exemple, des œuvres musicales radiodiffusées sont communiquées au public pour leur divertissement et aux fins d'obtenir un gain commercial, comme l'augmentation du nombre de clients (même si aucun droit direct ou distinct n'est perçu pour la communication de l'œuvre radiodiffusée en tant que telle); il ne s'agit pas de services musicaux à caractère commercial ou de licences pour d'autres formes de communication publique d'œuvres à des fins commerciales.

3.12 Pour assurer la conformité avec la notion de "rémunération équitable", il faudrait que le revenu soit fixé selon un barème, dans des limites pratiques, en fonction des intérêts commerciaux généraux en cause. Ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 3.6, on peut même considérer qu'une rémunération équitable doit être nulle pour certaines formes de communications publiques *de minimis* ou motivées par l'intérêt général (comme celles qui ont été mentionnées à la Conférence de Bruxelles). La question est moins claire lorsqu'il s'agit de l'utilisation occasionnelle d'œuvres radiodiffusées, en particulier dans le cadre de la réception d'œuvres radiodiffusées dite "à titre privé" dans les locaux de petites entreprises, surtout lorsque la communication publique est occasionnelle ou fortuite et n'est pas spécifiquement destinée à la clientèle dans le cadre d'activités commerciales. Dans un contexte limité de ce type, la "rémunération équitable" peut aussi effectivement être nulle.²⁸ Toutefois, la situation est plus claire pour l'usage commercial à une large échelle et non ambiguë des œuvres protégées par le droit d'auteur. Dans la présente affaire, il serait difficile d'affirmer que la suppression effective du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées dans un grand nombre de contextes commerciaux, revient, pour les autorités, à décider, à défaut d'accord, que l'absence de rémunération est la solution la plus équitable dans tous les contextes commerciaux de ce type. Les représentants des détenteurs de droits n'ont pas, en l'espèce, donné leur consentement à la suppression du droit de communication publique ou du droit d'obtenir une rémunération équitable:

L'ASCAP est totalement résolue à faire annuler la modification de la Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à

²⁷ NLBA News, avril 1997, page 2, présenté comme pièce n° 6 jointe à la première communication des États-Unis, datée du 26 octobre 1999.

²⁸ Ainsi, la société australienne de recouvrement APRA a décidé d'accorder des licences à titre gracieux aux petites entreprises qui reçoivent sur des récepteurs courants des œuvres radiodiffusées qui ne sont pas destinées à être écoutées par le public.

des œuvres musicales, qui permet aux restaurants, bars et grills à but lucratif et aux établissements de vente au détail de ne pas acquitter de redevance lorsqu'ils diffusent de la musique au moyen de haut-parleurs de radio ou de télévision. Tout simplement, il est injuste que nous soyons contraints de travailler gratuitement.²⁹

3.13 Le droit en question est le droit d'"obtenir" une rémunération et ne comporte pas l'obligation de la part de l'utilisateur de verser une rémunération lorsque le détenteur de droits ne s'emploie pas dans la pratique, de quelque manière que ce soit (y compris par des mécanismes collectifs), à la percevoir. Dans leur première communication, les États-Unis signalent des situations dans lesquelles les détenteur de droits, ou les sociétés de recouvrement qui les représentent, choisissent, pour des raisons pratiques ou autres raisons, de ne pas faire appliquer leur droit à une rémunération équitable; mais il convient de distinguer cette situation de l'abrogation pure et simple de ce droit par voie législative. Les possibilités pratiques de percevoir des revenus, et le degré jusqu'auquel les détenteurs de droits peuvent donc choisir d'exiger une rémunération, sont des questions aléatoires qui peuvent changer avec l'évolution technologique et commerciale. Le fait qu'il peut être difficile d'exercer un droit dans un contexte commercial donné ne justifie pas en soi la suppression de ce droit. Les exceptions de ce type doivent être justifiées pour des raisons de politique générale conformément aux principes établis.

3.14 En outre, il convient de se demander comment le traitement national est respecté lorsque le droit d'obtenir une rémunération est refusé sur un marché étranger, notamment si l'on considère que, pour exercer le droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, il est fait appel volontairement à des sociétés de recouvrement.

Nature de la communication publique

3.15 L'article 11*bis* ne définit pas de manière plus précise la nature de la "communication publique": c'est une question qui est encore déterminée en fonction des législations nationales et des interprétations des tribunaux. Il se peut en fait que certaines des "petites réserves" mentionnées à la Conférence de Bruxelles dans le cadre de l'article 11*bis* (notamment celles qui concernent l'utilisation dans un cadre familial ou domestique) influent sur la manière de définir l'expression "communication publique". Si cette question n'est apparemment pas en cause (paragraphe 17 de la communication des États-Unis), l'annexe B du présent document contient toutefois certaines considérations générales s'y rapportant dans le cas où elle serait examinée par le Groupe spécial.

IV. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC ET LA COMMUNICATION PUBLIQUE D'ŒUVRES RADIODIFFUSÉES

4.1 L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique en général aux limitations des droits visés à la section 1 de la Partie II dudit accord et aux exceptions à ces droits et établit de ce fait un critère permettant d'assurer la conformité des limitations du droit de représentation ou exécution publiques d'œuvres radiodiffusées ou des exceptions à ce droit avec ledit accord. Lors de la rédaction de l'article 13, les termes utilisés suivaient de près ceux de l'article 9 2) de la Convention de Berne. Vu le lien entre ces deux textes, les dispositions de ces deux articles sont souvent comparées et, à première vue, le critère établi à l'article 13 ne semble pas différer considérablement du critère en trois points figurant à l'article 9 2) de la Convention de Berne.³⁰ Ainsi, dans leur première communication, les États-Unis font appel à des documents relatifs à l'article 9 2) de la Convention de Berne pour leur interprétation de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

²⁹ Marilyn Bergman, Présidente de l'ASCAP, <http://www.ascap.com/meeting99/audiobackup.html>.

³⁰ Blakeney, Michael (1996) *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement*. London: Sweet and Maxwell, page 49.

4.2 Il existe toutefois des différences évidentes entre les unes et les autres de ces dispositions, notamment lorsqu'on applique l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées. À cet égard, l'article 9 2) de la Convention de Berne concerne un droit différent, une forme différente d'exploitation de l'œuvre et une série différente d'intérêts; il fait également mention d'exceptions pures et simples au droit de reproduction, plutôt qu'aux conditions d'exercice du droit ou aux limitations de celui-ci. La nature de l'exploitation normale de l'œuvre et du préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes peut être sensiblement différente selon qu'il s'agit du droit de reproduction ou du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées. La question serait donc tout autre si l'affaire concernait une exception au droit de reproduction.

4.3 L'article 9 2) de la Convention de Berne peut toutefois fournir des orientations générales ou indirectes quant à l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC à la communication publique d'œuvres radiodiffusées, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes exacts utilisés. En ce qui concerne l'effet juridique de l'article 13 dudit accord et ses buts et objectifs eu égard au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne apporte des indications plus directes et qui font davantage autorité. L'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne régit directement ce droit spécifique et, pour assurer une application cohérente de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions de l'article 13 et de l'article 11*bis* 2) doivent être compatibles.

4.4 Lors de l'adoption de l'article 9 2) de la Convention de Berne, les participants à la Conférence de Stockholm ont formulé les observations ci-après:

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.³¹

Concernant le premier point du critère en trois points – les "cas spéciaux" –, Ricketson note ce qui suit:

L'expression "dans certains cas spéciaux" exprime un critère général, qui peut être considéré comme revêtant deux aspects distincts. Premièrement, l'utilisation doit avoir un objectif bien spécifique: une forme générale d'exception ne serait pas justifiée. Deuxièmement, cet objectif doit avoir quelque chose de spécial, le terme "spécial"

³¹ *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle*, rapport sur les travaux de la Commission principale n° I, OMPI, Genève, page 1152.

signifiant ici qu'il est motivé par une raison claire de politique générale ou quelque autre circonstance exceptionnelle.³²

4.5 Les deuxième et troisième points ont été placés dans cet ordre pour faciliter l'application de la règle. Autrement dit, il convient tout d'abord de déterminer s'il y a "atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre". Ce n'est que si la réponse est négative qu'il est nécessaire d'examiner si l'utilisation cause un "préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".³³

4.6 Peu de précisions sont fournies sur le sens de l'expression "exploitation normale de l'œuvre", même si les actes de la Conférence de Stockholm mentionnés plus haut (paragraphe 4.4) montrent que le fait de faire un grand nombre d'exemplaires peut porter atteinte à "l'exploitation normale de l'œuvre".³⁴ Concernant ce deuxième point, Ricketson formule les précieuses observations suivantes:

Le bon sens voudrait que l'expression "exploitation normale" porte simplement sur les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en temps normal. Il y aura donc certains types d'utilisations qui n'entrent pas dans le cadre de son exploitation normale de l'œuvre – c'est-à-dire des utilisations pour lesquelles l'auteur ne s'attendrait pas d'ordinaire à percevoir un droit de licence – même si elles relèvent en toute rigueur de son droit de reproduction.³⁵

4.7 Concernant le dernier point, - le "préjudice injustifié" –, il convient de se demander s'il y a ou non préjudice. C'est là une question de degré et il y a lieu de s'interroger sur la question de savoir si l'utilisation dans les circonstances données est ou non raisonnable. Le guide de la Convention de Berne de l'OMPI fournit les exemples suivants:

Toutes les copies causent un préjudice: une seule photocopie peut remplacer l'exemplaire d'une revue qui reste ainsi invendu et si l'auteur est associé, pour son article, aux produits de l'édition il perdra la redevance qui devait lui revenir sur cet exemplaire. Mais il s'agit de savoir si ce préjudice est injustifié; en l'occurrence, il ne l'est guère; il pourrait toutefois l'être dans le cas où une monographie éditée à faible tirage serait reproduite en des milliers d'exemplaires par une entreprise industrielle qui la distribuerait à ses correspondants dans le monde. Un autre exemple est celui d'un conférencier qui, pour étayer son exposé, préfère, au lieu de recourir à une citation, faire photocopier l'intégralité d'un court article paru dans une revue spécialisée et en donne lecture au cours de sa conférence; il est évident que cet acte ne porte pas atteinte à la diffusion de cette revue. Il en serait autrement si cette personne avait procédé à la confection d'un très grand nombre d'exemplaires et les avait distribués à ses auditeurs de sorte que la propagation de cette publication dans un certain milieu aurait été annulée.

³² Ricketson (1987), page 482.

³³ *Guide de la Convention de Berne*, OMPI, Genève, 1978, page 62.

³⁴ *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle* (1971), Genève, page 1152.

³⁵ Ricketson (1987), page 483.

Orientations données par l'article 11bis 2) de la Convention de Berne quant à l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

4.8 Ainsi qu'il est souligné plus haut (paragraphe 2.14 et 4.3), l'article 11bis 2) de la Convention de Berne a une influence plus directe sur la manière dont l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC devrait être appliqué dans la présente affaire. Il dispose que les "conditions" s'appliquant à la communication publique d'œuvres radiodiffusées "ne pourront 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". Ces dispositions clarifient la manière dont les expressions "exploitation normale", "préjudice injustifié" et "intérêts légitimes" devraient être interprétées concernant ce droit particulier. Par exemple, elles laissent entendre que les licences obligatoires peuvent être compatibles avec l'exploitation normale. Elles mettent l'accent sur le droit moral de l'auteur et son droit d'obtenir une rémunération équitable en les considérant comme des intérêts légitimes dans ce contexte et laissent supposer que l'application, par voie législative, de conditions à l'exercice d'un des droits visés à l'article 11bis porterait atteinte à ces intérêts et entraînerait ainsi un "préjudice injustifié".

L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC eu égard aux objectifs dudit accord

4.9 En définitive, l'interprétation de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC doit être conforme aux objectifs de l'accord lui-même, comme le souligne la première communication des États-Unis (paragraphe 22). Les dispositions fondamentales à cet égard sont l'article 7 ("objectifs") et l'article 8 ("principes"); peut-être peut-on également tenir compte de certains éléments du préambule. L'article 7 est consacré notamment à l'innovation technologique, au transfert et à la diffusion de la technologie et aux intérêts de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques, questions sur lesquelles ne porte pas directement la présente affaire. Il souligne également que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient être "propices au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations". À la Conférence de Rome, certains se sont inquiétés de ce que la mise au point de la technologie de la radiodiffusion, qui était alors nouvelle, comme moyen de favoriser le bien-être social et culturel puisse être compromise par une application restrictive du nouveau droit de radiodiffusion.

4.10 Même s'il n'a pas été au premier plan de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, l'historique de la Convention de Berne donne à penser que c'est entre le droit de l'auteur à une rémunération³⁶ et la nécessité pour les médias audiovisuels de favoriser le bien-être social et économique et d'y contribuer qu'il conviendrait d'assurer l'équilibre spécifique d'intérêts à prendre en considération pour la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées. De quels facteurs devrait-il être tenu compte pour assurer cet équilibre? De toute évidence, personne n'a voulu donner à l'auteur le droit d'interdire la communication publique de l'œuvre radiodiffusée car ce serait une restriction injustifiée de l'utilisation de cette œuvre. Certaines exceptions *de minimis* au droit ou exceptions relevant de l'intérêt général ont aussi été prises en considération dans le cadre au moins de certains systèmes juridiques - utilisation dans un milieu familial ou domestique, ou dans un contexte religieux ou éducatif. Par ailleurs, l'auteur ne jouit pas d'un droit illimité d'obtenir une rémunération - en effet, aucune position de monopole dans la négociation ne lui a été conférée et il a été reconnu qu'une autorité indépendante pouvait fixer le niveau de rémunération qui serait équitable.

4.11 L'équilibre obtenu visait donc à garantir un droit à une rémunération équitable plein et entier pour les utilisations d'œuvres qui n'entraient pas dans la catégorie des "exceptions mineures" ou dans la catégorie *de minimis*. Lorsque l'article 11bis a été introduit sous sa forme initiale à la Conférence de Rome, la Sous-Commission pour la radiophonie a indiqué que celui-ci avait pour objet "de mettre

³⁶ Ainsi que le droit moral de l'auteur, s'il n'est pas exclu dans ce contexte - toutefois, la mention du droit moral à l'article 11bis 2) de la Convention de Berne semble entrer dans le cadre de l'exclusion, à l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC, des "droits dérivés" de l'article 6bis de ladite Convention.

en harmonie les droits de l'auteur avec les intérêts publics généraux de l'État, auxquels les intérêts particuliers doivent uniquement se soumettre"³⁷, tout en confirmant "énergiquement le droit de l'auteur".

4.12 L'Australie estime que cette conception est tout à fait conforme aux grands objectifs de l'Accord sur les ADPIC et constitue en fait une application exemplaire de l'"équilibre" prescrit à l'article 7.

V. L'ARTICLE 110 5) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR DES ÉTATS-UNIS EU ÉGARD À L'ACCORD SUR LES ADPIC

5.1 L'Australie propose à présent des considérations d'ordre général sur la compatibilité des dispositions législatives en cause avec l'Accord sur les ADPIC. Ainsi qu'il a été suggéré plus haut, il convient d'évaluer l'article 110 5) en regard de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et notamment en donnant, dans la lecture de ce dernier article, la même autorité à l'article 11*bis* 2). Si une exception au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées est jugée incompatible avec l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, il serait vain d'affirmer qu'elle est néanmoins compatible avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis et article 11*bis* 2) de la Convention de Berne: nécessité d'assurer une rémunération équitable

5.2 Les observations détaillées présentées plus haut donnent à penser qu'il serait incompatible avec l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne de supprimer effectivement le droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées lorsque cette communication a des objectifs expressément commerciaux car il n'a été envisagé aucune condition ou réserve concernant l'exercice de ce droit qui équivaldrait à un refus de rémunération équitable dans ce contexte. Ce point est peut-être lié à la façon dont la "rémunération équitable" doit être déterminée, mais il est difficile de considérer de quelle manière l'absence de droit à rémunération, pour l'auteur, peut être conciliée avec l'utilisation intentionnelle et directe d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins expressément commerciales.

Application de la doctrine des petites réserves

5.3 La présente affaire porte sur une exception au droit énoncé à l'article 11*bis* 1) 3^o de la Convention de Berne, exception qui empêche les détenteurs de droits de chercher à obtenir une rémunération équitable pour la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées dans un grand nombre d'environnements commerciaux – environ 70 pour cent des bars et restaurants aux États-Unis, selon le Service de recherche du Congrès de ce pays.³⁸ Quel que soit le pourcentage précis, cette exception vise manifestement une partie importante du marché de la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées; elle ne concerne pas non plus des communications qui seraient essentiellement sans rapport avec des objectifs commerciaux. Les "petites réserves" mentionnées lors de l'élaboration de la Convention de Berne (examinées à partir du paragraphe 3.4) diffèrent de cette forme d'utilisation commerciale sur une partie du marché qui n'est ni commercialement négligeable ni légalement *de minimis*.

³⁷ *Actes de la Conférence réunie à Rome*, BIRPI, Berne, 1929, page 183.

³⁸ Informations mentionnées sur le site internet www.ascap.com/legislative/legis_qa.html.

L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur et le critère en trois points de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

5.4 S'il était jugé opportun ou nécessaire d'examiner la compatibilité de l'article 110 5) avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, l'Australie s'emploie, dans l'analyse ci-après, à appliquer l'interprétation de ce dernier article, présentée ci-dessus, à la présente affaire.

Cas spécial

5.5 L'article 110 5) prévoit une exception pure et simple pour un grand nombre d'établissements, notamment les établissements de restauration ou les débits de boissons ou autres établissements. Rien ne montre que les critères choisis pour définir cette exception ont été motivés par des objectifs de politique générale publique, comparables aux utilisations dans le cadre de la recherche ou dans un contexte éducatif ou religieux. De même, l'article 110 5) semble instituer une exception globale pour les établissements de ce type plutôt que de traiter de certains cas spéciaux: la superficie d'un établissement ne lui confère aucune qualité spéciale et ne donne à l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur aucun caractère moins directement commercial. Aucune "utilisation spéciale" ou aucune "circonstance exceptionnelle" ne semblent avoir été définies et sous-tendre l'exception visée à l'article 110 5) – comme il est prévu dans l'analyse figurant plus haut (paragraphe 4.4). Le seuil appliqué est plutôt justifié par des considérations aléatoires sur les modalités pratiques de la perception des redevances.

Atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

5.6 L'article 110 5) autorise les établissements de restauration, les débits de boissons et autres établissements à procéder à la communication d'œuvres musicales radiodiffusées au public dans le but direct d'en tirer un gain commercial. La diffusion d'œuvres musicales est souvent utilisée par ces établissements pour attirer et divertir les clients et créer une ambiance à leur intention. Le droit à une rémunération équitable pour la communication publique d'œuvres radiodiffusées dans un cadre commercial de ce type constitue une exploitation normale de l'œuvre musicale, distincte d'autres formes d'exploitation. Il se peut éventuellement que, pour des raisons pratiques, des détenteurs de droits choisissent de ne pas obtenir cette rémunération dans certaines circonstances commerciales, mais le fait de disposer de ce choix est compatible avec l'exploitation normale, à condition que le principe de la rémunération équitable ne soit pas nié. La communication des États-Unis (paragraphe 34) laisse entendre que, pour les établissements exclus en vertu de l'article 110 5) A), les droits de licence "seraient probablement les plus faibles"; cette situation est sans doute plus compatible avec le principe de la rémunération équitable dans le cadre de l'exploitation normale que l'absence totale de droit à obtenir des droits de licence. La "rémunération équitable" peut être d'un niveau très faible – selon ce qui est approprié – mais devrait aussi tenir compte du gain commercial direct réalisé grâce à la communication publique d'œuvres radiodiffusées lorsque cela est applicable.

5.7 L'article 110 5) porte uniquement atteinte au droit du détenteur de droits à autoriser la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées et à en tirer une rémunération équitable et n'affecte pas ses autres droits exclusifs comme le droit de reproduire, de publier et de radiodiffuser l'œuvre ou d'en faire une adaptation. À cet égard, on pourrait dire que l'article 110 5) ne modifie que d'une façon limitée la capacité générale du détenteur de droits à exploiter l'œuvre. Toutefois, l'article 13 parle d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (dans le sens de "toute") – et non d'atteinte à l'exploitation commerciale générale de l'œuvre. Le droit de communication publique d'une œuvre radiodiffusée est expressément reconnu par la Convention de Berne comme un droit distinct, dont découle un droit distinct à rémunération qui constitue une des exploitations normales de l'œuvre.

Préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes

5.8 L'Australie a fait observer que, dans ce contexte, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne énonce clairement des principes s'appliquant à la détermination du préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du détenteur de droits. Le régime de licences obligatoires, le refus d'accorder une position de monopole dans la négociation, les exceptions *de minimis* ou les exceptions dans un contexte éducatif lié à l'intérêt général sont autant de formes de préjudices aux intérêts légitimes qui seraient justifiées: l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne donne à penser que le refus de reconnaître le droit à une rémunération *équitable* et le droit moral serait injustifié.

5.9 Certains diront que le préjudice pouvant être causé aux détenteurs de droits n'est que minime puisqu'ils percevront une redevance des stations de radiodiffusion. L'article 110 5) autorise un grand nombre d'établissements de restauration, de débits de boissons et autres établissements à tirer un avantage commercial de la radiodiffusion d'œuvres musicales en attirant les clients et en les divertissant sans aucune compensation pour les détenteurs de droits grâce auxquels ils obtiennent cet avantage. On peut véritablement affirmer que, comme pour d'autres facteurs nécessaires à une activité commerciale, tels que l'électricité et l'eau, les établissements devraient payer pour la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées lorsque celle-ci a un objectif commercial, conformément au principe de la rémunération équitable. Dans ce contexte, le refus de reconnaître la capacité du détenteur de droits à interdire la communication publique de ses œuvres radiodiffusées ou à percevoir une redevance excessive constituerait un "préjudice justifié" causé aux intérêts de ce dernier. Vu ces formes plus limitées de conditions d'exercice du droit, et pour les raisons mentionnées plus haut, l'article 11*bis* 2) laisse entendre que le refus de reconnaître le droit à une rémunération équitable pour une communication publique de ce type représente un préjudice d'une plus grande gravité causé aux intérêts légitimes.

5.10 Si des dispositions autorisent un grand nombre d'établissements à procéder à la communication au public d'œuvres musicales radiodiffusées à des fins directement commerciales sans acquitter de redevance aux auteurs, il serait donc possible d'établir l'existence d'une forme de préjudice injustifié. Il se peut que le "caractère injustifié" de l'article 110 5) soit lié à l'importance de l'usage directement commercial d'œuvres protégées par le droit d'auteur auquel le secteur de l'hôtellerie et de la restauration et le secteur du commerce de détail des États-Unis pourraient appliquer cette exception. Les atteintes au droit d'auteur faisant l'objet d'une exception absolue dans un grand nombre de contextes commerciaux en vertu de l'article 110 5), les dispositions de cet article excluent toute possibilité, pour l'auteur, d'obtenir la rémunération équitable qui tiendrait compte du préjudice justifié causé à ses intérêts.

ANNEXE A

*"Don't stop the music!" (N'arrêtez pas la musique!)"
Rapport d'enquête sur le droit d'auteur, la musique et les petites entreprises*

En juin 1998, la Commission permanente des questions légales et constitutionnelles de la Chambre australienne des Représentants a présenté un rapport sur les droits d'exécution et de radio ou télédiffusion publiques dans le cadre des petites entreprises. Ce rapport était intitulé "Don't stop the music" (N'arrêtez pas la musique"). La Commission était chargée d'enquêter sur la perception de redevances au titre du droit d'auteur pour l'octroi de licences aux fins de la diffusion de musique en public par les petites entreprises. La Commission a non seulement examiné le rôle joué par les sociétés de recouvrement du droit d'auteur, mais a aussi étudié s'il était souhaitable de modifier la Loi australienne sur le droit d'auteur pour ce qui est des droits d'exécution et de radio ou télédiffusion publiques dans le contexte des petites entreprises. Elle a formulé un certain nombre de recommandations, dont les suivantes présentent un intérêt pour l'examen des questions portées devant le présent groupe spécial.

La Commission a examiné un certain nombre de communications concernant le système de redevances pour l'utilisation de musique de fond. Elle a noté qu'un grand nombre de petites entreprises estimaient qu'elles devraient être exonérées de la redevance sur la diffusion d'œuvres musicales dans leurs locaux. Si elle a été sensible à certains de leurs arguments, elle n'a pas considéré que celles-ci devraient être exonérées de la redevance au titre du droit d'auteur pour l'exécution publique d'œuvres musicales.

La Commission a observé que, dans certains cas, la musique utilisée dans des petites entreprises n'était destinée qu'à être écoutée par un membre du personnel et qu'il existait des arguments solides en faveur de l'exonération du paiement des droits de licence pour ces entreprises. À cet égard, elle a recommandé que les sociétés de recouvrement compétentes envisagent d'accorder une licence à titre gracieux dans les cas suivants:

- l'exécution se fait au moyen d'un poste de radio ou de télévision; et
- l'entreprise emploie moins de 20 personnes; et
- la musique n'est pas destinée à être écoutée par les clients de l'entreprise ou par le public. Autrement dit, ni le poste de radio ou de télévision ni les haut-parleurs ne sont situés dans un endroit accessible aux clients ou au public et le fait qu'une exécution puisse être entendue de manière fortuite par les clients ou le public est manifestement involontaire.

Toutefois, la Commission a estimé que, pour la plupart des petites entreprises, la musique est utilisée pour attirer et divertir la clientèle et pour créer de l'ambiance. Si l'on instituait une exception globale pour ce type d'entreprises, cela voudrait dire que les entreprises qui utilisent la musique d'une manière manifestement commerciale seraient exonérées du paiement de droits de licence. La Commission a considéré que ce ne serait pas là une solution équitable et, dans ses recommandations, s'est prononcée contre cette mesure.

ANNEXE B

Définition de l'expression "en public"

Les droits énoncés à l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne portent sur la communication *publique* d'œuvres radiodiffusées. Il convient de se demander si les situations envisagées à l'article 110 5) constitueraient une communication *publique* d'œuvres radiodiffusées.

La Convention de Berne ne définit pas le sens de l'expression "communication *publique*". La Conférence de Bruxelles (1948) fournissait certaines orientations pour la définition du terme *public* dans le cadre des droits de radiodiffusion et de communication:

Surtout, là où les gens se retrouvent: au cinéma, au restaurant, dans les salons de thé, les wagons de chemin de fer ... Le programme montre également que les plus importants de ces "lieux publics" étaient peut-être ceux où les gens travaillaient et venaient à leurs activités, comme les usines, les magasins et les bureaux.³⁹

Sur ce point, le Guide de la Convention de Berne de l'OMPI note ce qui suit:

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 récepteur 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

³⁹ Ricketson (1987), page 453.

nouveau public. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser.⁴⁰

Comme la Convention de Berne, la Loi australienne sur le droit d'auteur ne fournit pas de définition de l'expression *en public*. Toutefois, cette expression est examinée par les tribunaux australiens depuis de nombreuses années.⁴¹ Dans le cadre de la jurisprudence australienne existante, il est clair que les tribunaux nationaux tiendront compte des facteurs suivants pour déterminer si l'exécution d'une œuvre a lieu en public:

- premièrement, l'exécution est "publique", sauf si elle a lieu dans un cadre "familial et privé";
- deuxièmement, lorsque l'exécution vient en complément d'une activité commerciale, elle se fait en public;
- troisièmement, l'auditoire en question fait clairement partie du public du détenteur du droit d'auteur.

⁴⁰ *Guide de la Convention de Berne de l'OMPI*, OMPI, Genève, 1978, page 80.

⁴¹ Les commentaires jurisprudentiels les plus récents sur le sens de l'expression "en public" ont été formulés par la Haute Cour dans l'affaire APRA contre Telstra de 1997. Dans leur décision conjointe, les juges Dawson et Gaudron ont estimé ce qui suit: "La prise en considération du fait que, lorsqu'une œuvre est exécutée dans un cadre commercial, il ne s'agit vraisemblablement pas d'une occasion privée ou familiale et l'auditoire doit être considéré de manière plus appropriée comme une partie du public, est à la base même de la notion de public du titulaire du droit d'auteur. C'est d'ordinaire dans un cadre commercial qu'une exécution non autorisée se fera – d'un point de vue financier – au détriment du droit de l'auteur sur une œuvre; en effet, c'est justement dans ce cadre que le titulaire du droit est en droit d'attendre un paiement pour l'exécution autorisée de l'œuvre."

3.1.2 DÉCLARATION ORALE DE L'AUSTRALIE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES

(9 novembre 1999)

L'Australie se félicite de l'occasion qui lui est offerte d'exposer son point de vue sur la présente affaire au Groupe spécial et aux deux parties.

Notre communication est justifiée par les intérêts commerciaux directs liés à la rémunération équitable des compositeurs et auteurs de chansons australiens pour la communication publique de leurs œuvres musicales radiodiffusées. Elle a également pour objet de promouvoir l'intégrité de l'Accord sur les ADPIC, notamment l'équilibre de droits et d'obligations qui devrait préserver les intérêts de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des objets protégés par le droit de propriété intellectuelle.

Les exceptions au droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées ou les limitations de ce droit devraient être conformes aux conditions générales fixées par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et aux conditions spécifiques fixées par l'article 11*bis* de la Convention de Berne. Elles devraient aussi être compatibles avec les objectifs et principes généraux de l'Accord, notamment l'article 7.

Nous estimons qu'il serait utile de clarifier le rapport entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne pour ce qui est de ce droit spécifique. Ni l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ni l'article 11*bis* de la Convention de Berne ne prime sur l'autre car les dispositions de ces deux articles sont sur un pied d'égalité en tant qu'obligations au titre de l'Accord et s'appliquent les unes comme les autres à la présente affaire. Toutefois, l'article 11*bis* de la Convention de Berne fournit effectivement des orientations plus directes quant à la présente affaire, qui concerne un droit défini et réglementé de manière distincte d'autres droits tels que le droit général de reproduction. L'article 11*bis* 2) précise que les conditions d'exercice de ce droit ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable.

L'historique des travaux diplomatiques auxquels la Convention de Berne a donné lieu fournit des précisions supplémentaires sur la manière dont il convient d'interpréter les "conditions" pouvant être autorisées en vertu de l'article 11*bis* 2) de cette convention: le droit plein et entier à une rémunération équitable a été souligné avec insistance et les seules exceptions apparentes envisagées étaient des "petites réserves" concernant l'utilisation de l'œuvre dans un cadre privé ou en association avec des objectifs d'intérêt général, comme dans un contexte éducatif ou religieux.

Les critères établis par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne pourraient être appliqués au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées parallèlement. Toutefois, la démarche la plus cohérente et la plus rationnelle, sur le plan systémique, serait d'accorder le poids voulu à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne lors de l'application de l'article 13 dans ce contexte précis. De ce fait, il devrait être tenu compte de la nécessité spécifique d'une rémunération équitable lorsqu'on applique à ce droit le critère établi à l'article 13. L'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne indique également de quelle manière les objectifs de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC peuvent être assurés dans ce contexte.

- En fixant les conditions de l'exercice de ce droit et une norme minimale concernant une rémunération équitable, l'article 11*bis* 2) établit la manière dont il convient d'équilibrer les droits et les obligations et de fixer les exceptions et les limitations, ce qui constitue en soi un exemple spécifique de l'équilibre général d'intérêts qui est prescrit à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC et qui ressort également de l'article 13 dudit accord.

- L'article 9 2) de la Convention de Berne, en revanche, ne présente qu'un intérêt limité et indirect lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des exceptions à ce droit et des limitations de celui-ci susceptibles d'être autorisées.

La rémunération équitable dans le cadre du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées devrait tenir compte de tout avantage commercial concret devant résulter de la communication publique à des fins commerciales.

- La rémunération équitable dans ce contexte est compatible avec l'équilibre de droits et d'obligations visé à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.
- Elle permet aussi de clarifier la nature du "préjudice injustifié" lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées.

3.1.3 RÉPONSES DE L'AUSTRALIE AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(19 novembre 1999)

L'Australie se félicite de l'occasion qui lui est donnée de fournir des renseignements d'ordre général complémentaires sur la présente affaire en réponse aux questions du Groupe spécial. Elle tient toutefois à souligner que la loi et la pratique concernant le droit d'auteur en Australie et dans les pays autres que les États-Unis ne sont pas en cause dans la présente affaire; elle estime donc que les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC ne devraient pas être appréciées en fonction de l'optique adoptée dans le cadre d'un des systèmes nationaux ou d'une des pratiques ou traditions nationales.

Q.1 Veuillez donner des exemples d'exceptions, dans la législation sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays, fondées sur la doctrine des "petites réserves".

De manière générale, on ne peut dire avec certitude quelles sont les exceptions qui, dans la législation sur le droit d'auteur, sont fondées expressément sur la doctrine des petites réserves, car les exceptions peuvent être implicites dans la définition du droit ou avoir d'autres justifications. Les meilleurs exemples de l'application de cette doctrine se trouvent dans les documents diplomatiques qui reconnaissent et confirment l'existence des petites réserves; on y lit par exemple ce qui suit:

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 exemptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exceptions s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14.⁴²

Q.2 La communication au public d'œuvres musicales contenues dans des émissions ou diffusées à partir d'enregistrements sonores ou d'exécutions en direct fait-elle l'objet de droits exclusifs ou d'un droit à rémunération dans votre législation, et le droit relatif à de telles utilisations d'œuvres musicales est-il exercé par les détenteurs de droits ou par leurs organisations de gestion collective?

Dans la présente réponse, l'Australie se limite à envisager la question dans son rapport avec la communication en public d'œuvres musicales contenues dans des émissions (car c'est là le sujet de l'affaire dont le Groupe spécial est directement saisi) et n'examine pas les situations distinctes dans lesquelles les œuvres musicales sont diffusées à partir d'exécutions en direct ou d'enregistrements sonores (qui peuvent faire l'objet de considérations différentes).

2 i) Existence du droit

La communication au public d'œuvres musicales contenues dans des émissions fait l'objet de droits exclusifs, essentiellement par l'application des articles 27 et 31 de la Loi sur le droit d'auteur (1968). L'article 27 dispose notamment ce qui suit:

- 1) Sous réserve du présent article, toute mention, dans la présente loi, d'une représentation ou exécution vise aussi:

⁴² Rapport général, Conférence de Bruxelles, 1948, dans *la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, OMPI, 1986, page 216.

a) tout mode de présentation visuelle ou sonore, que cette présentation soit faite au moyen d'un appareil de télégraphie sans fil, d'un film cinématographique, d'un phonogramme ou par tout autre moyen ...

...

3) Lorsque des images visuelles sont projetées ou des sons émis par un appareil récepteur vers lequel ils sont acheminés par la transmission de signaux électromagnétiques (suivant ou non des trajets délimités par une substance matérielle), le fonctionnement de tout appareil par lequel les signaux sont transmis, directement ou indirectement, au récepteur n'est pas réputé constituer une représentation ou exécution ni un acte consistant à faire voir les images ou entendre les sons mais, dans la mesure où la projection ou l'émission des images ou des sons constitue une représentation ou exécution, ou permet de faire voir des images ou entendre des sons, la représentation ou l'exécution, ou l'acte consistant à faire voir les images ou entendre les sons, selon le cas, est considéré comme étant effectué au moyen de l'appareil récepteur.

4) Sans préjudice des deux alinéas précédents, lorsqu'une œuvre ou l'adaptation d'une œuvre est représentée ou exécutée, ou que l'on fait voir des images ou entendre des sons en faisant fonctionner un appareil visé à l'alinéa précédent ou tout appareil reproduisant des sons au moyen d'un phonogramme, étant entendu que cet appareil est fourni par l'occupant des locaux où il se trouve ou est utilisé avec son consentement, ledit occupant est réputé, aux fins de la présente loi, être la personne qui donne la représentation ou l'exécution ou qui fait voir les images ou entendre les sons, qu'il s'agisse ou non de la personne faisant fonctionner l'appareil.

Par ailleurs, l'article 31 de la même loi contient notamment les dispositions suivantes:

1) Aux fins de la présente loi, à moins qu'une intention contraire ne ressorte du contexte, le droit d'auteur sur une œuvre est le droit exclusif:

a) s'agissant d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'accomplir les actes suivants:

- i) reproduire l'œuvre sous une forme matérielle,
- ii) publier l'œuvre;
- iii) représenter ou exécuter l'œuvre en public,
- iv) radiodiffuser l'œuvre,
- v) faire transmettre l'œuvre aux abonnés d'un service de diffusion,
- vi) faire une adaptation de l'œuvre,

- vii) accomplir, par rapport à une œuvre qui est une adaptation de l'œuvre mentionnée en premier lieu, tout acte mentionné à l'égard de cette dernière œuvre aux points i) à v) inclus; ...

2 ii) *Exercice du droit*

Selon le système en vigueur actuellement en Australie, l'exercice des droits concernant la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres musicales radiodiffusées incombe à une organisation de gestion collective. Dans la pratique, le droit d'autoriser la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées est exercé par la société Australasian Performing Right Association Limited (APRA).⁴³ Dans le cadre de cette fonction, l'APRA délivre des licences pour les œuvres musicales radiodiffusées d'après un barème qui est fonction de l'importance de l'exécution publique, fixé selon le nombre de postes de télévision ou de radio et de haut-parleurs supplémentaires. Pour avoir l'autorisation de procéder à l'exécution publique d'œuvres musicales dans des locaux au moyen de postes de radio ou de télévision, y compris des postes de télévision servant à diffuser des vidéos, des émissions gratuites pour la télévision, des émissions de télévision par satellite et des programmes de télévision par câble, à la seule fin de créer une musique de fond ou pour l'écoute uniquement, le droit de licence annuel pour chaque poste de radio est de 37,62 dollars (et pour chaque haut-parleur supplémentaire de 0,94 dollar); et pour chaque poste de télévision de 37,62 dollars (et pour chaque haut-parleur supplémentaire de 0,94 dollar). Une licence distincte peut être obtenue pour la diffusion de musique destinée aux employés sur le lieu de travail, dont le tarif annuel est de 56 cents par employé à plein temps, le droit annuel minimal étant de 37,62 dollars.

L'APRA accorde une licence à titre gracieux dans les situations suivantes:

- a) l'exécution se fait au moyen d'un poste de radio ou de télévision; et
- b) l'entreprise emploie moins de 20 personnes; et
- c) la musique n'est pas destinée à être écoutée par les clients de l'entreprise ou par le public. Autrement dit, ni le poste de radio ou de télévision, ni les haut-parleurs ne sont situés dans un endroit accessible aux clients ou au public et le fait qu'une exécution puisse être entendue de manière fortuite par les clients ou le public est manifestement involontaire.

On trouvera ci-après des exemples de situations dans lesquelles l'APRA accorderait une licence à titre gracieux dans le cadre de l'exercice dudit droit⁴⁴:

- Un milk bar ou un petit magasin de quartier à caractère familial dispose d'une radio ou d'une télévision derrière le comptoir ou dans l'arrière salle qui tient également lieu de logement. Le volume est si fort que les clients peuvent entendre un peu de musique dans les endroits auxquels ils ont accès, même si celle-ci est destinée à divertir les employés pendant les périodes de faible activité.
- Un pharmacien employant cinq personnes dispose d'une radio pour son propre usage, située à l'arrière du magasin. Il se peut que les clients entendent le son de la radio.
- Une station-service employant 12 personnes fait marcher la radio dans un atelier et/ou la télévision près de la caisse derrière le comptoir. Les clients qui remplissent leur

⁴³ Les informations citées proviennent du site Internet d'APRA, www.apra.com.au.

⁴⁴ Citations extraites du rapport "Don't stop the Music" établi en 1998 par la Commission permanente des questions légales et constitutionnelles de la Chambre australienne des Représentants, <http://www.aph.gov.au/house/committee/laca/Inquiryincopy.htm>.

réservoir, qui amènent leur véhicule pour le faire réparer ou qui règlent des achats peuvent entendre de la musique.

- Un petit salon de coiffure dispose d'une radio dans l'arrière-salle, que les clients peuvent parfois entendre. Le fait que la radio est située à cet endroit-là montre que c'est involontaire.
- Dans les locaux d'une agence immobilière, la réceptionniste a une radio sur son bureau. Bien que l'exécution puisse être entendue par les clients, l'appareil est uniquement à l'usage de la réceptionniste.
- Un café fait marcher une radio sur les lieux de préparation de la nourriture, dont l'accès est réservé au personnel. L'endroit où se trouve l'appareil, ainsi que son volume, montrent que, si la musique peut parfois être entendue par les clients, elle ne leur est pas destinée.
- Dans une petite quincaillerie employant trois personnes, une radio destinée aux employés est située à l'endroit tenant lieu de réserve et d'espace de rangement, derrière le comptoir.
- Dans une laverie automatique employant cinq personnes, les employés font marcher une radio dans un espace de travail ouvert derrière le comptoir. Il n'y a pas de haut-parleurs supplémentaires et l'exécution est uniquement destinée aux employés.
- Un tailleur, à la fois propriétaire et exploitant, dispose d'une télévision dans l'atelier se trouvant à l'arrière du comptoir. L'exécution est destinée uniquement au propriétaire.
- Dans un cabinet médical, la réceptionniste fait marcher une radio à faible volume. Les patients se trouvant dans la salle d'attente n'entendent pas très distinctement la musique.

Q.3 Veuillez expliquer quelles dispositions spécifiques de l'alinéa A et/ou B de l'article 110 5) ont un effet - et dans quelle mesure - sur différents droits exclusifs - précisez lesquels - prévus par certaines dispositions spécifiques des articles 11 1) et 11bis 1) de la Convention de Berne - précisez lesquelles.

L'article 110 5) crée des exceptions au droit d'autoriser la communication publique de certaines œuvres musicales radiodiffusées en prévoyant que certaines utilisations des œuvres ne constituent pas une atteinte au droit d'auteur. Apparemment, la législation des États-Unis ne considère pas ici ce type d'utilisation comme une communication publique.

L'article 11 1) de la Convention de Berne traite, en termes généraux, de la communication publique; les dispositions de cet article devraient donc, à première vue, recouvrir les formes de communication faisant l'objet des exceptions prévues à l'article 110 5). La radio ou télédiffusion elle-même pourrait être considérée comme une forme particulière de communication publique d'une œuvre.

L'article 11bis a été introduit à la Conférence de Rome de 1928 afin d'instituer des règles internationales régissant la radiodiffusion d'œuvres littéraires et artistiques. L'Australie estime donc que c'est cet article qui est le plus directement applicable en la matière. Le *Guide de la Convention de Berne* de l'OMPI (page 75) contient les observations suivantes:

La seconde partie du droit de représentation ou d'exécution publiques [article 11 1)] 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.

Les alinéas A et B concernent la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées; c'est donc l'article 11*bis* qui s'applique à ces deux alinéas. En particulier, bien que l'alinéa A porte sur des formes peut-être plus limitées de communication publique, son but était expressément de viser la communication publique intentionnelle et directe, et notamment de permettre aux propriétaires d'entreprises de procéder à la communication d'œuvres radiodiffusées "pour le bénéfice de leurs clients".⁴⁵

Q.4 À votre avis, quel est le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne?

Veillez vous reporter à la section 2 de la communication australienne, notamment aux paragraphes 2.11 à 2.12.

L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC prime-t-il sur l'exception visée à l'article 11*bis* 2) pour ce qui est des droits exclusifs conférés par l'article 11*bis* 1) (sous -alinéas 1° à 3°) de la Convention de Berne en ce sens que, lorsqu'il est satisfait aux trois conditions de l'article 13, il n'est pas nécessaire de verser une rémunération équitable?

Non. Il n'y a aucune raison de conférer une autorité plus grande à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et d'invalider ou de rendre nul l'effet de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, adopté, au moment de la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, parallèlement à l'article 13 dudit accord.

Les prescriptions de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne l'emportent-elles, en tant que *lex specialis*, sur les prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, en ce sens que, si une rémunération équitable est acquittée, il n'est pas nécessaire de satisfaire au critère en trois conditions prévu à l'article 13?

Cette interprétation est possible vu que les dispositions de l'article 11*bis* 2) et de l'article 13 semblent se chevaucher et que les premières s'appliquent plus spécifiquement à la situation en cause dans la présente affaire (voir le paragraphe 2.12 de la communication australienne en tant que tierce partie). Toutefois, une interprétation de ce type ne serait nécessaire que si l'on estimait qu'il y a antagonisme ou contradiction entre les unes et les autres de ces dispositions. L'Australie estime que le critère établi par l'article 11*bis* 2) pourrait être considéré comme une application spéciale des éléments plus généraux considérés dans le cadre du critère de l'article 13: en effet, la prescription concernant une rémunération équitable (par opposition à un exercice du droit illimité ou sans condition) permet de garantir que les limitations de ce droit sont conformes aux prescriptions générales de l'article 13.

⁴⁵ Rapport de la Commission des lois de la Chambre, H.R. Rep. No. 94-1476, 94th Cong., 2d Sess., 87 (1976).

Les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11bis 2) s'appliquent-elles de manière cumulative, en ce sens que, d'une part, même si le critère en trois conditions de l'article 13 est respecté, il doit être satisfait à une prescription supplémentaire, la quatrième, - à savoir de verser une rémunération équitable - et, d'autre part, même si une rémunération équitable est acquittée conformément à l'article 11bis 2), il demeure nécessaire de satisfaire également aux trois conditions de l'article 13? Veuillez fournir des explications à cet égard.

L'interprétation qu'il conviendrait de privilégier pour les unes et les autres de ces dispositions, dont l'effet s'exerce conjointement, est la suivante:

- il devrait être satisfait aux deux critères, indépendamment si nécessaire; mais, si cela est possible;
- l'article 11bis 2) de la Convention de Berne devrait être considéré comme définissant, pour les droits prévus à l'article 11bis 1), les limitations et exceptions qui, dans les termes de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC – ne causeraient pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droits dans ce contexte; autrement dit, le fait de refuser de reconnaître le droit à une rémunération équitable reviendrait automatiquement à causer un préjudice injustifié à ces intérêts pour cette forme d'exploitation du droit de communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées.

Q.5 À votre avis, dans quelle mesure la Convention de Berne fait-elle désormais partie du droit international coutumier et, si tel est le cas, quelle partie en particulier les articles premier à 21 de ladite convention?

Il n'est pas fourni de réponse directe à cette question dans la présente réponse. Les droits et obligations en cause dans la présente affaire, y compris les paragraphes pertinents de la Convention de Berne, sont des obligations conventionnelles directes; il s'agit de l'article 9 de l'Accord sur les ADPIC et, par référence, des articles 11bis iii) et 11bis 2) de la Convention de Berne et de l'article 13 dudit accord.

Q.6 La doctrine des "exceptions mineures" au titre de la Convention de Berne, notamment dans le cadre des articles 11bis 1) et 11 1), a-t-elle acquis la qualité de droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" dans le cadre de la Convention de Berne compte tenu des alinéas a) à c) du paragraphe 3) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou compte tenu de l'article 32 de cet instrument? La doctrine des "exceptions mineures" ou toute autre exception implicite a-t-elle été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de l'article 9:1 dudit accord, ainsi que des articles premier à 21 de la Convention de Berne? Veuillez fournir des explications à cet égard.

Dans la présente réponse, l'Australie ne se permet pas de trancher la question de savoir si la doctrine des petites réserves fait partie du droit international coutumier. Concernant les faits de la présente affaire, il est peu probable que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis entre dans le cadre de ce qui était censé relever de la doctrine des petites réserves. Le rapport général de la Conférence de Bruxelles donne une idée claire de la portée limitée du principe des petites réserves:

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. M.M. 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 exemptions 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.⁴⁶

La Conférence de Stockholm a confirmé cette notion dans les termes suivants:

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.

Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles.⁴⁷

⁴⁶ Rapport général, Conférence de Bruxelles, 1948.

⁴⁷ Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, OMPI, Genève, 1971, page 1174.

3.2 BRÉSIL

3.2.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES

(9 novembre 1999)

Au nom du gouvernement brésilien, je vous remercie de l'attention que vous avez accordée à cette affaire. Le Brésil se félicite de pouvoir participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierce partie. Cette participation est essentiellement motivée par un intérêt systémique pour les incidences de l'interprétation de la portée des exceptions prévues par l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Parallèlement, notre participation tient à des intérêts concrets car la part de marché de la musique brésilienne aux États-Unis a augmenté sensiblement ces toutes dernières années. Des compositeurs brésiliens se sont plaint que la Loi des États-Unis "sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" lésait leurs intérêts légitimes sur ce marché.

Comme les Communautés européennes et leurs États membres l'ont fait valoir dans leur première communication, les exceptions prévues pour les établissements commerciaux par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont, de l'avis du Brésil, incompatibles avec les obligations multilatérales qui découlent de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où les articles 1 à 21 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) sont incorporés dans cet accord.

En vertu de l'**article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**, ces obligations font partie intégrante des règles de l'OMC, et entrent ainsi intégralement dans le champ d'application du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation. L'**article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne** dispose que "*[l]es auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée*". L'**article 11 1) 2° de la Convention de Berne** prévoit que "*[l]es auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres*". Enfin, l'**article 11bis 2) de la Convention de Berne** dispose ce qui 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*".

Les États-Unis allèguent que la question dont il s'agit ici est la suivante: l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis crée une exception "mineure" au droit exclusif en matière de représentation et d'exécution publiques. Ils tentent d'ailleurs, dans leur communication, de prouver que ces exceptions entrent dans le champ d'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC sur les limitations du droit d'auteur et des droits connexes et exceptions à ces droits. Toutefois, le Brésil est d'avis que le **Groupe spécial devrait considérer l'article 110 5) en tenant compte des dispositions les plus spécifiques qui sont celles des articles 11bis 1) 3°, 11 1) 2° et 11bis 2) de la Convention de Berne**. Dans leur communication, les États-Unis ne parviennent pas à expliquer en quoi l'article 110 5) pourrait être compatible avec les engagements qu'ils ont pris au titre de ces dispositions spécifiques.

Les communications des Communautés européennes et de l'Australie aident utilement le Groupe spécial à comprendre la contradiction entre les exceptions au droit d'auteur prévues par la législation des États-Unis et les dispositions en vigueur de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne.

Le Brésil convient avec les Communautés européennes que les situations visées à l'article 110 5) renvoient (explicitement, dans le cas de l'alinéa A) ou implicitement, dans celui de l'alinéa B) à la "communication publique" au sens de l'article 11*bis* 1) 3° et de l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne. En conséquence, en refusant d'accorder la protection prévue par ces dispositions, les États-Unis violent les engagements qu'ils ont pris au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

Surtout, le Brésil approuve l'argumentation juridique, développée dans la communication de l'Australie, selon laquelle l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne fournit au Groupe spécial des orientations plus précises concernant l'application de l'article 110 5). Alors qu'ils ont la charge de prouver qu'ils peuvent invoquer une exception, les États-Unis ne parviennent pas à expliquer la compatibilité (éventuelle) de l'article 110 5) avec cette disposition.

Assurément, les conditions énoncées à l'article 110 5) portent atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable. Le refus d'accorder ce droit est reconnu au paragraphe 29 de la communication des États-Unis.¹ Lorsque la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, modifiée par la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, autorise la radiodiffusion et la télédiffusion de musique dans les lieux publics sans paiement d'une redevance, elle prive en fait les titulaires du bénéfice de l'application d'une règle obligatoire auxquelles les exceptions ne sont pas applicables à cette affaire. Cependant, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne dispose qu'"en aucun cas" les conditions d'exercice du droit de communication publique ne pourront porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable. En agissant de cette manière, les États-Unis violent une règle obligatoire relative à des prérogatives claires de détenteurs de droits.

Comme l'Australie l'a fait observer dans sa communication, la portée de l'exception prévue à l'article 110 5) est bien plus grande qu'il n'avait été prévu au cours de la négociation de la Convention de Berne. La Conférence de Bruxelles de 1948 a souligné que le concept des "petites réserves" était limité aux mesures exceptionnelles. Ces réserves, confirmées ultérieurement par la Conférence de Stockholm en 1967, visaient des situations telles que, par exemple, les cérémonies religieuses, les exécutions par les fanfares militaires et les besoins en matière d'éducation et de vulgarisation, dont le caractère est essentiellement non commercial. Au contraire, dans le cas de l'article 110 5), les établissements qui bénéficient de l'"exception pour usage de type privé" sont essentiellement commerciaux. La taille de l'établissement ou le nombre de haut-parleurs situés dans un espace limité ne caractérise pas, comme le prévoit l'article 110 5), l'utilisation d'une œuvre radiodiffusée comme non commerciale. Au contraire, cette utilisation est assurément destinée à attirer des clients et à accroître, par conséquent, les bénéfices des propriétaires de l'établissement.

Les Communautés européennes relèvent d'ailleurs que comme l'article 110 5) autorise, aux États-Unis, 70 pour cent des débits de boissons et des établissements de restauration ainsi que 45 pour cent des établissements de vente au détail à faire entendre à leurs clients de la musique diffusée par la

¹ L'article 110 5) ne porte pas atteinte au droit du titulaire de recevoir une rémunération pour ces formes d'exploitation [c'est-à-dire l'exécution primaire]. Il vise seulement les utilisations secondaires des émissions. De plus, il n'exempte pas toutes les formes d'exécution secondaire, mais seulement celles qui ont lieu dans des établissements qui utilisent des appareils récepteurs pour usage de type privé ou qui satisfont aux autres critères énoncés dans la loi, notamment ceux qui concernent la superficie.

radio et la télévision sans aucune limite, il est plus que raisonnable de faire valoir que l'exploitation normale des œuvres est menacée et qu'un préjudice peut être causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits. Dans leur communication, les États-Unis n'ont pas pu produire de statistiques qui prouvent que la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" a une incidence négligeable sur les recettes des détenteurs de droits. Toutefois, le Brésil considère que même si ces statistiques étaient disponibles, l'examen de l'article 110 5) n'aurait pas de rapport avec les limitations quantitatives relatives à la superficie de l'établissement ou au nombre de haut-parleurs. Il estime qu'il incombe essentiellement au Groupe spécial de juger de la légitimité de l'exception prévue à l'article 110 5) en tenant compte de son caractère essentiellement commercial.

3.2.2 RÉPONSES DU BRÉSIL AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(17 novembre 1999)

Q.1 Prière de donner des exemples d'exceptions prévues par les lois sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays et fondées sur la doctrine des "petites réserves".

Il y a, dans la législation brésilienne, quelques exemples d'exceptions relevant de la doctrine des "petites réserves" susmentionnées. Il n'y a pas violation du droit d'auteur dans les cas suivants: a) reproduction, dans les quotidiens ou périodiques d'information ou articles informatifs, d'extraits de journaux ou de magazines avec la mention du nom de l'auteur, s'ils sont signés, et de la publication dont ils sont repris; b) reproduction dans les journaux ou magazines des discours prononcés aux réunions publiques de tout type; c) reproduction d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques destinée à l'usage exclusif des malvoyants, à condition que cette reproduction soit effectuée sans intention lucrative, soit en braille, soit par un autre procédé utilisant un support conçu pour ces utilisateurs; d) utilisation d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, de phonogrammes et d'émissions de radio ou de télévision dans les établissements commerciaux aux seules fins de la démonstration auprès des clients, à condition que lesdits établissements commercialisent les fournitures ou le matériel qui permettent cette utilisation.

Q.2 La communication au public d'œuvres comprises dans des émissions ou diffusées au moyen d'enregistrements sonores ou de représentations ou d'exécutions en direct fait-elle l'objet de droits exclusifs ou d'un droit à rémunération dans votre législation et les droits relatifs à de telles utilisations d'œuvres sont-ils exercés par les détenteurs de droits ou par leurs organisations de gestion collective?

Conformément à la nouvelle Loi brésilienne sur le droit d'auteur et les droits connexes (Loi 9.610 du 19 février 1999), les auteurs ont le droit exclusif d'exploiter leurs œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, d'en tirer profit et de les céder. Les auteurs et les titulaires de droits connexes peuvent constituer des associations à but non lucratif pour exercer et défendre leurs droits. Ces associations assureront collectivement l'existence d'un bureau central unique ("Escritório Nacional de Arrecadação de Direitos – ECAD") aux fins de la collecte et de la répartition des redevances perçues sur la représentation et l'exécution publiques des œuvres musicales avec ou sans paroles et la diffusion des phonogrammes, y compris la radiodiffusion et l'émission par tout moyen ainsi que la présentation des œuvres audiovisuelles. Ce bureau central n'aura aucun but lucratif et sera dirigé et géré par les associations qui l'ont constitué.

3.3 CANADA

3.3.1 COMMUNICATION ÉCRITE

(1^{er} novembre 1999)

Le présent différend soulève des questions importantes relatives à la protection du droit d'auteur, notamment l'importance d'exceptions limitées. Le Canada demeure très intéressé par ces questions et attend avec intérêt le résultat des délibérations du Groupe spécial.

3.4 JAPON

3.4.1 COMMUNICATION ÉCRITE

(1^{er} novembre 1999)

1. Les Communautés européennes et leurs États membres allèguent que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis n'est pas conforme aux obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 9:1 dudit accord, qui prévoit que les Membres de l'OMC doivent respecter les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne.

2. Le Japon expose ici ses vues sur la compatibilité de l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis avec les obligations des États-Unis découlant de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

3. Lorsque l'on examine cette compatibilité, il est nécessaire d'étudier les dispositions pertinentes de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.

i) Articles 11*bis* et 11 de la Convention de Berne

Comme il est indiqué dans le "Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971)" publié par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en 1978, il fut reconnu que les dispositions de la Convention n'empêchaient pas les pays de l'Union de maintenir dans leurs législations des exceptions qui auraient été édictées sur la base de ces "petites réserves", qui relèvent des articles 11*bis* et 11 de la Convention. Cependant, il est utile d'examiner la disposition pertinente de l'Accord sur les ADPIC pour clarifier le sens de l'expression "petites réserves".

ii) Article 13 de l'Accord sur les ADPIC

L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC (Limitations et exceptions) dispose que la législation des Membres de l'OMC peut prévoir des limitations des droits exclusifs ou des exceptions à ces droits à condition que ces limitations ou exceptions soient restreintes 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 (critère en trois points).

4. Le rapport entre les "petites réserves" et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas parfaitement clair mais on a toutes les raisons d'être convaincu que ce critère en trois points peut servir à déterminer si une exception particulière se situe dans les limites des "petites réserves". Par exemple, M. Liedes, Président des Comités d'experts de l'OMPI, avait indiqué que toutes les limitations et exceptions admissibles en vertu de la Convention de Berne demeureraient si elles étaient conformes à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC (Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins, 10 décembre 1996). Le Japon estime donc que si l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis ne s'applique qu'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 de droit, l'alinéa en question peut être considéré comme compatible avec l'article 13 et, partant, avec l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

5. En appliquant le critère en trois points à l'alinéa en question, le Japon conclut, d'accord avec les États-Unis, qu'il y a conformité avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

6. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Japon est convaincu que l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis est parfaitement conforme à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

3.4.2 RÉPONSES DU JAPON AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(19 novembre 1999)

Q.1 Prière de donner des exemples d'exceptions prévues par les lois sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays et fondées sur la doctrine des "petites réserves".

En général, diverses conditions applicables sont combinées de manière complexe dans les dispositions relatives aux limitations du droit d'auteur et aux exceptions à ce droit, et la manière dont les œuvres protégées par le droit d'auteur sont exploitées conformément à ces dispositions varie considérablement selon chaque nation. C'est pourquoi il est difficile de déterminer l'applicabilité de la doctrine des "petites réserves" aux dispositions connexes de chaque législation nationale et il faut y réfléchir mûrement.

Dans ces conditions, le Japon n'a examiné pour le moment que l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sur lequel portent les travaux du Groupe spécial et n'a, en outre, aucun exemple approprié à citer.

Q.2 La communication au public d'œuvres musicales comprises dans des émissions ou diffusées au moyen d'enregistrements sonores ou de représentations ou d'exécutions en direct fait-elle l'objet de droits exclusifs ou d'un droit à rémunération dans votre législation et les droits relatifs à de telles utilisations d'œuvres sont-ils exercés par les détenteurs de droits ou par leurs organisations de gestion collective?

Conformément à la Loi sur le droit d'auteur du Japon, ces utilisations d'œuvres musicales font l'objet de droits exclusifs qui sont exercés soit par les détenteurs de ces droits, soit par leurs organisations de gestion collective. Ces dernières exercent généralement ces droits en tant que mandataires des détenteurs de droits dans le cadre de contrats.

3.5 SUISSE

3.5.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES

(9 novembre 1999)

I. INTRODUCTION

1. La plainte portée par les Communautés européennes et leurs États membres contre les États-Unis d'Amérique est fondée sur l'idée que certains aspects de la législation des États-Unis en matière de protection des œuvres couvertes par le droit d'auteur sont incompatibles avec l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). La disposition qui fait l'objet du différend est l'article 110 5) du Titre 17 de la Loi 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". Les dispositions contestées prévoient l'"exception pour usage de type privé" étendue ultérieurement à l'usage dans les lieux publics sans autorisation du titulaire du droit d'auteur, exception parfois appelée aussi "exception pour usage dans des entreprises commerciales". Ces deux types d'exception sont résumés de manière très détaillée dans la première communication des Communautés européennes et de leurs États membres en date du 5 octobre 1999. Au lieu de citer les dispositions contestées, je reprendrai le résumé des Communautés européennes et de leurs États membres pour éviter les répétitions. Conformément aux articles de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis qui font l'objet de la présente procédure, le titulaire du droit d'auteur ne peut pas exercer son droit exclusif de communication publique d'œuvres radiodiffusées dans le cas des établissements ouverts au public qui font profiter leurs clients de la radio ou de la télévision dans leurs locaux conformément à certaines conditions fixées par la Loi. Autrement dit, si ces conditions sont remplies, le détenteur de droits ne peut pas prétendre au versement de redevances.

2. La Suisse a notifié, en vertu de l'article 10:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, son intérêt dans l'affaire portée devant le Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres le 26 mai 1999. La Suisse est d'avis que les mesures susmentionnées enfreignent les obligations des États-Unis au titre de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC, pris conjointement avec les articles 11 1) et 11*bis* de la Convention de Berne, et ne peuvent pas être justifiées par l'article 13 dudit accord. La Suisse a un grand intérêt dans cette affaire et ne souhaite pas seulement garantir les droits qui appartiennent aux auteurs suisses d'œuvres musicales d'obtenir une rémunération équitable pour la communication publique de leurs œuvres sur le marché important des États-Unis, mais aussi faire en sorte que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ainsi que les dispositions pertinentes de la Convention de Berne incorporées par référence soient interprétées et mises en œuvre dans le contexte des législations nationales conformément aux obligations internationales contractées dans le cadre multilatéral de l'OMC.

II. REMARQUES GÉNÉRALES SUR L'AFFAIRE PORTÉE DEVANT LE GROUPE SPÉCIAL ET SUR LA COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

3. La Suisse approuve la teneur de la communication circonstanciée faite par les Communautés européennes et leurs États membres concernant l'historique des alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis, l'évolution de la jurisprudence et l'analyse juridique et économique relative à ces alinéas.

4. Lors des négociations du Cycle d'Uruguay, les Membres de l'OMC sont convenus d'incorporer par référence la Convention de Berne (articles 1 à 21) dans l'Accord sur les ADPIC. C'est pourquoi la protection doit être accordée conformément à ladite convention sauf lorsque l'Accord sur les ADPIC prévoit explicitement un niveau de protection différent. L'ensemble de l'Accord sur les ADPIC est et a

été communément qualifié d'avancée majeure dans le domaine de la législation sur la propriété intellectuelle au niveau international. La Convention de Berne – comparée à d'autres traités internationaux dans le domaine du droit d'auteur – était considérée à l'époque comme le traité international qui offrait un niveau de protection relativement satisfaisant. La seule disposition de l'Accord sur les ADPIC de portée moindre que celle de la Convention de Berne est l'article 9:1, deuxième phrase, qui exclut expressément l'article *6bis* (droits moraux) de ladite convention. Toutes les autres dispositions relatives au droit d'auteur qui figurent dans l'Accord sur les ADPIC ont pour but de clarifier ou d'améliorer les dispositions correspondantes de la Convention de Berne et non de réduire le niveau de la protection.

III. RAPPORT ENTRE L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC ET LES ARTICLES 9 2) ET 11BIS DE LA CONVENTION DE BERNE

5. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC doit être considéré comme un élément dont la portée dépasse celle de la Convention de Berne. Il prévoit des garde-fous pour tous les types de limitation et d'exception en appliquant le critère en trois points de l'article 9 2) de la Convention de Berne, qui permet de déterminer si des droits sont compromis, non seulement au droit de reproduction mais aussi à tous les droits exclusifs visés dans la partie II, section 1, de l'Accord sur les ADPIC. Par conséquent, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC limite aussi la portée des "petites réserves" relevant des articles *11bis* et 11 de la Convention de Berne, ce que confirme également le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur qui précise explicitement que le critère en trois points s'applique à toutes les limitations et exceptions prévues par la Convention de Berne ainsi qu'à celles prévues par ledit traité. Dans l'affaire portée devant le Groupe spécial, les exceptions ne sont donc autorisées que:

- dans certains cas spéciaux,
- s'il n'y a pas d'atteinte à l'exploitation normale,
- s'il n'est pas causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

Se référant à l'analyse détaillée et approfondie, par l'Australie, du critère en trois points permettant de déterminer si des droits sont compromis, la délégation suisse soutient qu'il n'est satisfait à ce critère sur aucun point.

6. De plus, les limitations et exceptions concernant l'article *11bis* 1) de la Convention de Berne doivent être compatibles avec l'article *11bis* 2) de ladite convention. Ce dernier dispose que les conditions d'exercice des droits de radiodiffusion et des droits connexes "ne pourront [pas] porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable ...". Pour être compatible avec la protection garantie par l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC, qui ne déroge explicitement à la Convention de Berne qu'en ce qui concerne l'article *6bis* de ladite convention, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne peut pas autoriser que la portée des limitations concernant l'article *11bis* 1) de la Convention de Berne dépasse ce qui est prévu à l'article *11bis* 2).

7. Autrement dit, les limitations appliquées dans l'affaire portée devant le Groupe spécial causent un préjudice aux intérêts légitimes des détenteurs de droits car elles ne respectent pas le droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable.

IV. AUTRES CONSIDÉRATIONS

8. Il paraît utile de rappeler que la disposition de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC (Objectifs) est une "*lex generalis*" et celle de l'article 13 dudit accord une "*lex specialis*". Un équilibre délicat a été réalisé dans cette dernière disposition. Il faudrait d'abord vérifier si les conditions énoncées dans

cet article sont remplies ou non. Dans la négative, il ne semble pas nécessaire de se référer à l'article 7 de l'Accord.

9. De plus, la Suisse souhaite souligner qu'après la ratification de l'Accord sur l'OMC (et de l'Accord sur les ADPIC), la portée de l'"exception pour usage de type privé", qui avait déjà posé des problèmes, n'aurait pas dû être encore étendue de cette manière injustifiable au moyen de l'article 110 5) et de l'"exception pour usage dans des entreprises commerciales".

V. REMARQUE FINALE

10. La Suisse partage le point de vue des Communautés européennes et de leurs États membres et approuve les arguments pertinents avancés par l'Australie.

3.5.2 RÉPONSES DE LA SUISSE AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(19 novembre 1999)

Q.1 Prière de donner des exemples d'exceptions prévues par les lois sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays et fondées sur la doctrine des "petites réserves".

L'article 22, paragraphe 1, de la Loi fédérale sur le droit d'auteur¹ prévoit une exception concernant la communication par câble et la communication publique d'œuvres diffusées. Ces limitations sont conformes à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne au sens où elles ne suppriment pas ni ne réduisent le droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable de l'exploitation de son œuvre.

Q.2 La communication au public d'œuvres musicales comprises dans des émissions ou diffusées au moyen d'enregistrements sonores ou de représentations ou exécutions en direct fait-elle l'objet de droits exclusifs ou d'un droit à rémunération dans votre législation et les droits relatifs à de telles utilisations d'œuvres sont-ils exercés par les détenteurs de droits ou par leurs organisations de gestion collective?

Conformément à l'article 22, paragraphe 1, de la Loi fédérale sur le droit d'auteur, le droit de communication au public d'œuvres diffusées (de toutes les catégories d'œuvres et non seulement des œuvres musicales) est un droit exclusif mais il est soumis à une gestion collective obligatoire assurée par des sociétés de gestion. Il convient de souligner que ce dispositif juridique n'est pas une licence légale.

Le droit de communication au public de musique diffusée au moyen d'enregistrements sonores ou en direct est également un droit exclusif et il est aussi exercé par les sociétés de gestion. Dans le cas des œuvres autres que musicales, ce droit est exercé individuellement par l'auteur.

Les sociétés de gestion recouvrent le droit d'auteur sur la base de tarifs qui doivent être approuvés par la Commission fédérale arbitrale pour la gestion de droits d'auteur et des droits voisins.

Q.3 Prière de préciser quels droits exclusifs individuels visés par quelles dispositions spécifiques des articles 11 1) et 11*bis* 1) de la Convention de Berne sont affectés et dans quelle mesure, par quelle disposition spécifique de l'alinéa A) et/ou de l'alinéa B) de l'article 110 5).

¹ Texte de l'article 22 de la Loi fédérale sur le droit d'auteur:

Le droit de faire voir ou entendre simultanément et sans modification ou de retransmettre des œuvres diffusées au cours de la retransmission d'un programme d'émission ne peut être exercé que par les sociétés de gestion agréées.

Il est licite de retransmettre des œuvres au moyen d'installations techniques qui sont destinées à un petit nombre d'usagers; tel est le cas d'installations qui desservent un immeuble plurifamilial ou un ensemble résidentiel.

Le présent article ne s'applique pas à la retransmission de programmes de la télévision par abonnement ou de programmes ne pouvant être captés en Suisse.

Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) affectent tous les deux le droit exclusif de communication publique de l'œuvre radiodiffusée prévu par l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne car ils ne sont ni l'un ni l'autre conformes aux conditions sous lesquelles l'article 11bis 2) de ladite convention autorise des exceptions à ce droit.

Q.4 À votre avis, quel est le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11bis 2) de la Convention de Berne? L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC l'emporte-t-il sur l'exception prévue à l'article 11bis 2) en ce qui concerne les droits exclusifs conférés par l'article 11bis 1) 1° à 3° de la Convention de Berne en ce sens que, lorsque les trois conditions énoncées à l'article 13 sont remplies, le versement d'une rémunération équitable n'est pas prescrit? Les prescriptions de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne l'emportent-elles, en tant que *lex specialis*, sur celles de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC en ce sens que, si une rémunération équitable est versée, il n'est pas nécessaire de satisfaire au critère en trois points énoncé à l'article 13? Les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11bis 2) s'appliquent-elles de manière cumulative en ce sens que, d'une part, même s'il est satisfait au critère en trois points énoncé à l'article 13, il y a encore une quatrième prescription exigeant que soit versée une rémunération équitable, et, d'autre part, même si une rémunération équitable est versée conformément à l'article 11bis 2), il est nécessaire de remplir aussi les trois conditions énoncées à l'article 13? Veuillez préciser.

La Suisse est d'avis que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11bis 2) de la Convention de Berne s'appliquent de manière cumulative en ce sens que l'article 13 dudit accord restreint encore le champ d'application des limitations qui étaient acceptables en vertu de l'article 11bis 2). Lorsqu'une rémunération est versée, il peut être généralement admis que la troisième condition que comporte le "critère à 3 points" est remplie (il n'est pas causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit). Cependant, l'une des deux conditions restantes n'a pas pu être ainsi remplie, notamment la première qui prévoit que les limitations sont restreintes à "certains cas spéciaux".

Q.5 À votre avis, dans quelle mesure la Convention de Berne est-elle devenue un élément du droit international coutumier et, s'il en est ainsi, quelles sont notamment les dispositions des articles 1 à 21 de la Convention qui font partie de ce droit?

Nous estimons que la question de savoir si la Convention de Berne fait partie du droit international coutumier est sans objet car les articles 1 à 21² de ladite convention ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, font, à ce titre, partie intégrante dudit accord et sont applicables entre les parties à l'Accord (article 9, paragraphe 1 de l'Accord sur les ADPIC).

Q.6 La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne, en particulier dans le contexte des articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention est-elle devenue une règle du droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne compte tenu du paragraphe 3) alinéas a) à c) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne ou compte tenu de l'article 32 de ladite convention? La doctrine des "exceptions mineures" ou toute autre exception implicite at-elle 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? Veuillez préciser.

² Excepté l'article 6bis.

Ni le statut juridique ni la portée de la "doctrine des exceptions mineures" ne sont très clairs. Dans le passé, cette doctrine a servi à justifier – dans le cadre des révisions successives de la Convention de Berne – le maintien d'exceptions qui étaient déjà prévues dans des législations nationales et qui auraient pu poser des problèmes au regard des améliorations du niveau de protection. Ces "exceptions mineures" sont généralement justifiées par un intérêt du public et limitées à des cas très particuliers, reflétant ainsi des particularités nationales. Cependant, il n'est pas possible de se fonder sur cette doctrine pour justifier l'adoption de nouvelles exceptions qui ne sont pas conformes à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne et à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

4.1 LETTRE DE LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL AU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI

(15 novembre 1999)

À sa réunion du 26 mai 1999, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a établi un groupe spécial comme les Communautés européennes et leurs États membres l'avaient demandé (voir le document ci-joint WT/DS160/5), conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Le 6 août 1999, un groupe spécial a été constitué pour examiner cette plainte (voir le document ci-joint WT/DS160/6).

La plainte des Communautés européennes porte sur 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" adoptée le 27 octobre 1998, qui prévoit, sous certaines conditions, les exemptions de l'autorisation du détenteur de droits concerné dans les cas suivants: 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 (alinéa A)) et 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 (alinéa B)). Les Communautés européennes allèguent que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis semble incompatible avec les obligations des États-Unis relevant de l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais pas seulement, l'article 9:1 dudit accord.

Les parties au différend se réfèrent à l'Acte de Paris de 1971 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, dont les dispositions de droit matériel (sauf celles de l'article 6*bis* relatif aux droits moraux et aux droits qui en découlent) ont été incorporées dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1. Ces dispositions comprennent, en particulier, les articles 11 et 11*bis* ainsi que les limitations qui leur sont applicables. Comme le Bureau international de l'OMPI est chargé d'administrer cette convention, le Groupe spécial apprécierait tout renseignement factuel, dont dispose le Bureau international, sur les dispositions de la Convention de Berne (1971) en rapport avec la question, en particulier l'historique de la négociation ainsi que l'évolution et la pratique ultérieures concernant les dispositions auxquelles les parties se réfèrent.

Les parties se sont également référées à la doctrine dite des "petites réserves" (concernant en particulier les articles 11 et 11*bis*). Le Groupe spécial serait intéressé par tout renseignement factuel concernant le statut de cette doctrine dans le cadre de la Convention de Berne, telle qu'il ressort des documents de conférences diplomatiques ainsi que par tout autre document relatif à l'Union de Berne ou à des travaux en matière de droit d'auteur menés sous les auspices de l'OMPI et par la pratique des États membres de l'Union de Berne à cet égard.

En outre, les parties se sont référées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC qui reprend en grande partie les termes de l'article 9 2) de la Convention de Berne (1971). Même si cette dernière disposition s'applique au droit de reproduction, qui ne fait pas l'objet du présent différend, le Groupe spécial apprécierait, compte tenu de la ressemblance entre les termes employés dans les deux dispositions, tout renseignement de base sur l'historique de la négociation de l'article 9 2) et sur l'évolution et la pratique ultérieures concernant cette disposition.

Les travaux du Groupe spécial seraient facilités si ces renseignements factuels pouvaient être communiqués d'ici au mercredi 24 novembre 1999.

**4.2 LETTRE DU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI
À LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL**

(22 décembre 1999)

J'ai l'honneur de me référer à votre lettre du 15 novembre 1999 concernant un différend en cours de règlement par un groupe spécial dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Veillez trouver ci-joint une note et des annexes, établies par le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en réponse à vos questions. Comme indiqué aux paragraphes 18, 20 et 23 de la note, le Bureau international de l'OMPI est prêt à fournir des renseignements supplémentaires à votre demande.

NOTE

sur certaines questions relatives à la Convention de Berne soulevées
par l'Organisation mondiale du commerce

1. La présente note contient les observations du Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en réponse à une demande présentée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda, Présidente du Groupe spécial "États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", Organisation mondiale du commerce (OMC), dans une lettre du 15 novembre 1999 adressée à M. Kamil Idris, Directeur général de l'OMPI.

2. Les renseignements demandés, concernant le différend porté devant le Groupe spécial susmentionné dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, sont les suivants:

1) s'agissant des articles 11 et 11*bis* de la Convention de la Berne et des limitations qui leur sont applicables: "tout renseignement factuel, dont dispose le Bureau international, sur les dispositions de la Convention de Berne (1971) en rapport avec la question, en particulier l'historique de la négociation ainsi que l'évolution et la pratique ultérieures concernant les dispositions auxquelles les parties se réfèrent";

2) s'agissant de la doctrine dite des "petites réserves" (concernant en particulier les articles 11 et 11*bis*): "tout renseignement factuel concernant le statut de cette doctrine dans le cadre de la Convention de Berne, tel qu'il ressort des documents de conférences diplomatiques, ainsi que (...) tout autre document" relatif aux membres de l'Union de Berne;

3) s'agissant de l'article 9 2) de la Convention de Berne, compte tenu de la ressemblance entre les termes employés dans cette disposition et à l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC): "tout renseignement de base sur l'historique de la négociation de l'article 9 2) et sur l'évolution et la pratique ultérieures concernant cette disposition".

Question 1: les articles 11 et 11*bis* et les limitations qui leur sont applicables

3. L'article 11 de la Convention de Berne de 1971 a, pour ce qui est des œuvres musicales non dramatiques, son origine dans l'article 9 3) de la Convention de Berne de 1886. Cette dernière accordait le traitement national aux auteurs de ces œuvres lorsqu'elles n'étaient pas publiées – et lorsqu'elles l'étaient s'il était indiqué, sur la page titre, que l'exécution était interdite. Le projet de convention, adopté à une conférence organisée par l'Association littéraire internationale à Berne en 1883, contenait la disposition suivante:

"Article 5: Les auteurs ressortissant à l'un des États contractants jouiront, dans tous les autres États de l'Union, du droit exclusif de traduction pendant toute la durée de leur droit sur leurs œuvres originales."

"Ce droit comprend les droits de publication, de représentation ou d'exécution."^{1 2}

4. Au Programme proposé par le Conseil fédéral suisse aux fins de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur, qui s'est tenue du 8 au 19 septembre 1884 à Berne, figurait une disposition identique à l'article 7, outre une proposition de remplacement concernant le droit de traduction.³ Les discussions relatives à cette proposition ont été consignées dans le procès-verbal de la troisième séance de la Conférence au cours de laquelle un questionnaire proposé par délégation allemande a été examiné. Un extrait de ce procès-verbal est joint à la présente note à l'annexe I.⁴ Les actes de la Conférence ne contiennent pas de procès-verbal ni de compte rendu des travaux de la Commission dont il est fait mention à l'annexe I, autres que le rapport de cette commission qui a été présenté à la cinquième séance de la Conférence. Dans le projet de la Commission, la mention de la représentation et de l'exécution qui était faite à l'article 7 du Programme a été retirée du contexte de la traduction et figure séparément dans le projet d'article 11. La partie correspondante du procès-verbal de cette séance, consacrée à cet article et au projet d'article 2, auquel le projet d'article 11 renvoie, est jointe à la présente note à l'annexe II.⁵ (La réserve formulée par un délégué au sujet du projet d'article 6 n'y figure pas car elle ne porte que sur la question des formalités de protection.)

5. À la Deuxième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885, les discussions ont eu pour point de départ le projet établi par la Conférence de 1884.⁶ Les extraits des procès-verbaux correspondant à l'examen liminaire des articles 2 et 11 est joint à la présente note à l'annexe III.⁷ Des extraits du Rapport de la Commission de la Conférence sur ces articles (l'article 11 du projet de 1884 est devenu l'article 9 dans la proposition de la Commission) et les Principes recommandés pour une unification ultérieure sont joints à la présente note à l'annexe IV.⁸ La Conférence a adopté les articles 2 et 9 sans discussion, tels qu'ils ont été proposés par la Commission.⁹

6. Les actes de la Troisième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 au 9 septembre 1886 indiquent que la Conférence a examiné une Déclaration de la France concernant, entre autres, l'article 9 de la Convention. Un extrait des procès-verbaux de la Conférence où la déclaration est reproduite et qui rend compte de la discussion est joint à la présente note à l'annexe V.¹⁰

7. Les actes officiels des Conférences de Berne ne comprennent pas d'index et la sélection des renseignements susmentionnés, concernant l'historique de la négociation, repose sur un examen des actes. Pour ce qui est des Conférences suivantes, les renseignements choisis proviennent en partie des index des actes officiels et en partie d'un examen des actes. Les renseignements concernant la Conférence de Stockholm de 1967 sont fondés uniquement sur les index.

8. La conférence diplomatique réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896 a adopté l'Acte additionnel et la Déclaration interprétative de Paris de 1896. Cet acte et cette déclaration n'ont pas modifié l'article 9 de l'Acte de Berne mais ont modifié l'article 2, auquel l'article 9 renvoie, et la

¹ Les traductions en anglais utilisées dans la version anglaise du présent texte sont de l'OMPI et sont tirées de la publication "1886 – Berne Convention Centenary – 1986" ("1886 – 1986 Centenaire de la Convention de Berne") Publication n° 877 de l'OMPI.

² Centenaire de la Convention de Berne, page 84.

³ Centenaire de la Convention de Berne, pages 85 et 86.

⁴ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 93.

⁵ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 97, 103 et 104.

⁶ Article 2 du Règlement, Centenaire de la Convention de Berne, page 115.

⁷ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 117, 118, 119 et 124.

⁸ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 127, 130 et 135.

⁹ Centenaire de la Convention de Berne, page 137.

¹⁰ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 144.

Conférence de Paris a examiné certaines modifications de l'article 9 qui n'ont pas été adoptées ainsi qu'une proposition relative à un nouvel article, l'article *4bis*, qui aurait écarté les licences non volontaires pour les représentations et exécutions publiques. À l'annexe VI à la présente note figurent des extraits du rapport sur les travaux de la Commission de la Conférence diplomatique, préparé par M. Louis Renault, qui traite de ces articles et de cette proposition.¹¹ L'annexe VII à la présente note comprend les extraits ci-après des actes de la Conférence qui concernent les modifications proposées de l'article 9 et la proposition relative à l'article *4bis*¹²:

- 1) propositions, faites par les autorités françaises et le Bureau international, concernant les articles 5 et 9¹³;
- 2) vœux exprimés par différents congrès et réunions depuis l'adoption de la Convention¹⁴;
- 3) proposition relative à un article *4bis* faite par la Délégation allemande¹⁵;
- 4) procès-verbal du débat général, concernant l'article 9¹⁶;
- 5) tableau analytique des propositions faites à la Conférence, concernant l'article 9¹⁷;
- 6) discussion et adaptation des vœux de la Conférence.¹⁸

9. Dans l'Acte de Berlin de la Convention, adopté à une conférence diplomatique tenue du 14 octobre au 14 novembre 1908, les articles ont été en partie renumérotés et l'ancien article 9 est devenu ainsi l'article 11 dont les premier et troisième paragraphes concernaient la représentation et l'exécution des œuvres musicales. Ces paragraphes étaient libellés comme suit:

"1) Les stipulations de la présente Convention s'appliquent à la représentation publique des œuvres dramatiques ou dramatico-musicales, et à l'exécution publique des œuvres musicales, que ces œuvres soient publiées ou non."

"3) Pour jouir de la protection du présent article, les auteurs, en publiant leurs œuvres, ne sont pas tenus d'en interdire la représentation ou l'exécution publique."

¹¹ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 149 et suivantes, 154, 155 et 157.

¹² Des extraits des actes relatifs aux discussions relatives à l'article 2 n'ont pas été joints mais peuvent être communiqués sur demande.

¹³ Source: Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896 (ci-après dénommés "Actes 1896"), pages 39 et suivantes et 42 et suivantes.

¹⁴ Source: Actes 1896, pages 60 et suivantes.

¹⁵ Source: Actes 1896, page 114.

¹⁶ Source: Actes 1896, page 116.

¹⁷ Source: Actes 1896, page 124.

¹⁸ Source: Actes 1896, page 145.

10. L'annexe VIII à la présente note contient des extraits du rapport général, présenté à la Conférence au nom de sa Commission par M. Louis Renault, qui concernent cet article.¹⁹ À l'annexe IX figurent les extraits ci-après des actes de la Conférence concernant l'article 11 de l'Acte de Berlin de 1908 de la Convention:

- 1) proposition du gouvernement allemand et du Bureau international accompagnée en annexe d'une notice²⁰ relative aux vœux adoptés par la Conférence de Paris de 1896²¹;
- 2) vœux exprimés par différents congrès et réunions depuis l'adoption de l'Acte de 1896 de la Convention²²;
- 3) extraits des procès-verbaux de la Conférence concernant une présentation de la proposition du gouvernement allemand faite par M. Osterrieth²³;
- 4) extraits des procès-verbaux de la Conférence concernant une proposition faite oralement par la Délégation suisse²⁴;
- 5) extraits des procès-verbaux de la Conférence comprenant une observation de la Délégation britannique faite à l'occasion de l'adoption de l'article 11, tel que proposé par la Commission.²⁵

11. Le Protocole additionnel de 1914 à la Convention a été signé à Berne sans qu'une conférence de révision ne se soit tenue. Il n'a pas modifié l'article 11 de la Convention.

12. L'Acte de Rome de la Convention, adopté à une conférence diplomatique tenue du 7 mai au 2 juin 1928, n'a pas modifié l'article 11 mais a ajouté l'article 11*bis*, concernant le droit de radiodiffusion, qui était libellé comme suit:

"1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

2) Il appartient aux législations nationales des Pays de l'Union de régler les conditions d'exercice du droit visé à l'alinéa précédent, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au Pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte ni 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."

¹⁹ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 175 et suivantes.

²⁰ Source: Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 (ci-après dénommés "Actes 1908"), page 46.

²¹ Source: Actes 1908, page 53.

²² Source: Actes 1908, pages 88 et suivantes.

²³ Source: Actes 1908, pages 162 et 167.

²⁴ Source: Actes 1908, page 180.

²⁵ Source: Actes 1908, page 216.

13. L'annexe X à la présente note contient le rapport de la Sous-Commission pour la radiophonie²⁶ et des extraits du rapport général de la Commission de rédaction (Rapporteur: M. Edoardo Piola Caselli) concernant l'article 11*bis*.²⁷ L'annexe XI à la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence concernant l'article 11*bis* de l'Acte de Rome de 1928 de la Convention:

- 1) extraits du programme de la Conférence, comprenant la proposition du gouvernement italien et du Bureau international, concernant les articles 11 (dont aucune modification n'a été proposée) et 11*bis*²⁸
- 2) observations du gouvernement allemand²⁹;
- 3) article 11*bis* proposé par le gouvernement autrichien³⁰;
- 4) proposition de modification de l'article 11 présentée par le gouvernement britannique³¹;
- 5) article 11*bis* proposé par le gouvernement français³²;
- 6) proposition de modification de l'article 11*bis* présentée par le gouvernement hongrois³³;
- 7) observations d'ordre général et observations concernant les articles 11 et 11*bis* formulées par le gouvernement néerlandais³⁴;
- 8) proposition de modification de l'article 11*bis* présentée par le gouvernement norvégien³⁵;
- 9) observations du gouvernement suédois³⁶;
- 10) extraits du résumé des propositions et de la discussion, établi par le Bureau de Berne, concernant les articles 11 et 11*bis*³⁷;
- 11) extraits des procès verbaux de la Conférence concernant la discussion et l'adoption des articles 11 et 11*bis*.³⁸

14. L'Acte de Bruxelles de la Convention, adopté à une conférence diplomatique réunie du 5 au 26 juin 1948, a modifié l'article 11 dont les paragraphes 1) et 3) concernaient la représentation et l'exécution des œuvres musicales. Ces paragraphes étaient libellés comme suit:

²⁶ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 192.

²⁷ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 206.

²⁸ Source: Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928 (ci-après dénommés "Actes 1928"), pages 75, 76 et suivantes.

²⁹ Source: Actes 1928, page 88.

³⁰ Source: Actes 1928, page 89.

³¹ Source: Actes 1928, page 93.

³² Source: Actes 1928, page 100.

³³ Source: Actes 1928, page 105.

³⁴ Source: Actes 1928, pages 108 et 109.

³⁵ Source: Actes 1928, pages 111 et suivantes.

³⁶ Source: Actes 1928, pages 123 et suivantes.

³⁷ Source: Actes 1928, pages 254 et suivantes.

³⁸ Source: Actes 1928, page 294.

"1) 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; 2° la transmission publique par tout moyen de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres. Est toutefois réservée l'application des dispositions des articles 11*bis* et 13.

3) Pour jouir de la protection du présent article, les auteurs, en publiant leurs œuvres, ne sont pas tenus d'en interdire la représentation ou l'exécution publique."

L'Acte de Bruxelles a également modifié l'article 11*bis* de la Convention. Les paragraphes 1 et 2 qui concernent le droit de radiodiffusion ont été libellés comme suit:

"1) 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 ou 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; 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.

2) Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa premier 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."

15. L'annexe XII à la présente note contient:

- 1) des extraits du rapport général sur les travaux de la Conférence diplomatique de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne, présenté par M. Marcel Plaisant, Rapporteur général, qui portent sur les articles 11 et 11*bis* et concernent aussi à cet égard les "petites réserves"³⁹;
- 2) le rapport de la Sous-Commission pour la radiodiffusion et les instruments mécaniques⁴⁰;
- 3) le rapport de la Sous-Commission des articles 11 et 11*ter*.⁴¹

L'annexe XIII à la présente note contient les extraits ci-après des actes de la Conférence concernant les articles 11 et 11*bis* de l'Acte de Bruxelles de 1948 de la Convention, y compris les discussions relatives aux "petites réserves":

- 1) extraits des procès-verbaux de la Conférence comprenant des déclarations faites à l'occasion de l'adoption des articles 11 et 11*bis*⁴²;

³⁹ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 216 et 217.

⁴⁰ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 222 et suivantes.

⁴¹ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 229 et suivantes.

- 2) extraits des actes de la Conférence comprenant, au point A, les propositions du gouvernement belge et du Bureau de Berne, au point B, des propositions, contre-propositions et observations faites par des gouvernements de pays membres de l'Union de Berne et, au point C, un résumé des discussions et le résultat de la Conférence concernant les articles 11, y compris les "petites réserves", et *11bis* de la Convention⁴³;
- 3) des vœux, exprimés par différents congrès et réunions de 1927 à 1935, concernant le droit de représentation et d'exécution publiques et le droit de radiodiffusion⁴⁴;
- 4) des vœux exprimés par différents congrès et réunions de 1936 à 1948⁴⁵;
- 5) Mémoire de l'Organisation internationale de radiodiffusion.⁴⁶

16. Dans l'Acte de Stockholm de la Convention, adopté à la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle qui s'est tenue du 11 juin au 14 juillet 1967, le libellé des articles 11 et *11bis* est identique à celui qui figure dans l'Acte de Paris (1971). L'annexe XIV à la présente note comprend les extraits ci-après des actes de cette conférence (les extraits ne concernant que l'article *11bis* 3) ont été écartés):

- 1) extraits des 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 (proposition de base), concernant les articles 11 et *11bis*⁴⁷;
- 2) observations du gouvernement allemand concernant l'article 11 de la proposition de base⁴⁸;
- 3) observations du gouvernement israélien concernant les articles 11 et *11bis* de la proposition de base⁴⁹;
- 4) observations du gouvernement portugais concernant l'article 11 de la proposition de base⁵⁰;
- 5) observations du gouvernement britannique concernant l'article *11bis* de la proposition de base⁵¹;
- 6) observations du gouvernement suisse concernant l'article *11ter* de la proposition de base et comportant une référence à l'article 11⁵²;

⁴² Source: Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948 (ci-après dénommés "Documents 1948"), page 82.

⁴³ Source: Documents 1948, pages 252 à 304.

⁴⁴ Source: Documents 1948, pages 448 à 454.

⁴⁵ Source: Documents 1948, pages 492 et suivantes.

⁴⁶ Source: Documents 1948, pages 522 à 527.

⁴⁷ Source: Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin-14 juillet 1967 (ci-après dénommés "Actes 1967"), pages 120 à 122.

⁴⁸ Source: Actes 1967, page 625.

⁴⁹ Source: Actes 1967, page 633.

⁵⁰ Source: Actes 1967, page 638.

⁵¹ Source: Actes 1967, page 640.

⁵² Source: Actes 1967, page 677.

- 7) extraits du résumé des observations de gouvernements, établi par le Bureau des BIRPI, concernant les articles 11 et 11*bis*⁵³;
- 8) proposition du gouvernement grec concernant l'article 11 1)⁵⁴;
- 9) observations du gouvernement indien concernant l'article 11*bis* de la proposition de base⁵⁵;
- 10) proposition relative au régime des œuvres cinématographiques, soumise par le Groupe de travail de la Commission principale n° I à la Commission principale n° I⁵⁶;
- 11) propositions du gouvernement brésilien concernant l'article 11*bis* de la proposition de base⁵⁷;
- 12) propositions du Secrétariat au Comité de rédaction concernant les articles 11 et 11*bis*⁵⁸;
- 13) rapport du Comité de rédaction à la Commission principale n° I⁵⁹;
- 14) rapport additionnel du Comité de rédaction à la Commission principale n° I⁶⁰;
- 15) projet de rapport du Rapporteur de la Commission principale n° II à la Commission, accompagné d'un addendum, d'une révision et d'un corrigendum de la révision, concernant des règles préférentielles pour les pays en développement, et version définitive du projet de rapport⁶¹;
- 16) extraits du Rapport sur les travaux de la Commission principale n° I (Rapporteur: M. Svante Bergström) concernant les articles 11 et 11*bis*, y compris l'introduction⁶², et extraits des actes indiquant les corrections apportées au projet de rapport de la Commission⁶³;

⁵³ Source: Actes 1967, page 683.

⁵⁴ Source: Actes 1967, page 703.

⁵⁵ Source: Actes 1967, page 704.

⁵⁶ Source: Actes 1967, page 725.

⁵⁷ Source: Actes 1967, page 731.

⁵⁸ Source: Actes 1967, page 738.

⁵⁹ Source: Actes 1967, page 743.

⁶⁰ Source: Actes 1967, page 753.

⁶¹ Source: Actes 1967, pages 753 à 757, 775 et 776.

⁶² Source: Actes 1967, pages 1137 à 1141, 1153, 1173 à 1176, 1189 et 1190.

⁶³ Source: Actes 1967, pages 757 et suivantes.

- 17) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I⁶⁴;
- 18) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne.⁶⁵

17. La Conférence diplomatique de révision de la Convention de Berne qui s'est tenue à Paris du 5 au 24 juillet 1971 n'a pas modifié les articles susmentionnés et les actes de cette conférence n'ont donc pas été analysés aux fins de la présente note. Cette analyse peut être fournie sur demande.

18. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne, et des limitations qui leur sont applicables porte aussi sur tout autre "renseignement factuel dont dispose le Bureau international" et sur "l'évolution et la pratique ultérieures concernant les dispositions auxquelles les parties se réfèrent". Cette demande concerne une documentation très importante qui n'est pas disponible sous une forme indexée de manière systématique et précise. Toute sélection de documents considérés comme pertinents au regard du différend comporte inévitablement des risques d'interprétation desdits documents qui seraient incompatibles avec le statut de neutralité de l'OMPI à l'égard de ce différend. Pour satisfaire cette demande en toute neutralité, il faudrait effectuer un examen exhaustif des principales activités menées par l'OMPI en matière de droit d'auteur et de droits connexes durant la période du "développement encadré" ("guided development")⁶⁶ de 1967 à 1991 et un examen général de la mise en œuvre des dispositions du Traité dans toutes les législations nationales des États membres de l'Union de Berne. Cette recherche demanderait beaucoup de temps et n'a donc pas été effectuée. Cependant, le Bureau international est prêt à communiquer tout document non confidentiel en sa possession, spécifié de manière à pouvoir être trouvé sans que le Bureau international doive interpréter les dispositions de droit matériel de la Convention de Berne.

Question 2: La doctrine dite des "petites réserves"

19. Les discussions concernant la doctrine dite des "petites réserves" ont eu, semble-t-il, toutes lieu dans le contexte des discussions sur l'article 11 de la Convention de Berne. Il est donc possible de se référer, à ce sujet, aux documents mentionnés à propos de la question 1.

⁶⁴ Source: Actes 1967, pages 866 et suivantes (dans le cadre des discussions sur le droit de reproduction, l'alinéa 2) de l'article 11*bis* est mentionné au paragraphe 653.2), 871 (dans le contexte des discussions sur le droit de reproduction, il est fait mention de l'article 11 au paragraphe 711.4), 880 et suivantes (dans le contexte des discussions sur les œuvres cinématographiques), 898 et suivantes (dans le contexte des discussions sur le droit de reproduction, il est fait référence à l'alinéa 3) de l'article 11 au paragraphe 1069.1 et à l'article 11*bis* au paragraphe 1163.1), 907, 916 à 919 (dans le contexte des discussions sur le droit de récitation, il est fait mention de l'article 11 aux paragraphes 1323.3, 1332, 1335 et 1336), 930 (dans le contexte des discussions sur la reproduction des conférences, allocutions et autres œuvres de même nature, il est fait mention de l'article 11*bis* aux paragraphes 1498.2, 1499.3 à 1500 et 1501.2), 935 (dans le contexte des discussions sur les exceptions au droit de traduction, il est fait mention de l'article 11*bis* aux paragraphes 1565.3 à 1567.3), 937 (dans le contexte des discussions sur le principe de la protection équivalente concernant le droit de traduction, il est fait mention de l'article 11 au paragraphe 1607), 939 et suivantes (dans le contexte des discussions sur les exceptions au droit exclusif de traduction, il est fait mention de l'article 11*bis* aux paragraphes 1652.1, 1652.2, 1653.2, 1658.1 et 1658.2), 941, 943, 944 (dans le cadre de l'adoption du Rapport de la Commission principale n° I, il est fait mention de l'article 11 au paragraphe 1749), 949 et suivantes (dans le cadre de l'adoption du Rapport de la Commission principale n° I).

⁶⁵ Source: Actes 1967, page 821.

⁶⁶ Expression employée par Sam Ricketson dans: "The Berne Convention, for the Protection of Literary and Artistic Works", Centre for Commercial Law Studies, Kluwer, 1987, page 919.

20. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet de la doctrine des "petites réserves" porte sur "tout renseignement factuel concernant le statut de cette doctrine dans le cadre de la Convention de Berne, tel qu'il ressort des documents de conférences diplomatiques, ainsi que tout autre document" relatif aux membres de l'Union de Berne. S'agissant de documents autres que ceux auxquels il est fait référence au paragraphe précédent, voir les remarques formulées au paragraphe 18 ci-dessus.

Question 3: Article 9 2) de la Convention de Berne

21. L'article 9 de l'Acte de Paris de la Convention de Berne, qui confère le droit de reproduction et détermine les exceptions à ce droit et des limitations de ce droit, a été adopté à la Conférence de Stockholm. L'annexe XV à la présente note comprend les extraits ci-après des actes de cette conférence:

- 1) extraits des 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 (proposition de base)⁶⁷;
- 2) observations du gouvernement autrichien au sujet de la proposition de base⁶⁸;
- 3) observations du gouvernement belge au sujet de la proposition de base⁶⁹;
- 4) observations du gouvernement tchécoslovaque au sujet de la proposition de base⁷⁰;
- 5) observations du gouvernement danois au sujet de la proposition de base⁷¹;
- 6) observations du gouvernement français au sujet de la proposition de base⁷²;
- 7) observations du gouvernement allemand au sujet de la proposition de base⁷³;
- 8) observations du gouvernement irlandais au sujet de la proposition de base⁷⁴;
- 9) observations du gouvernement israélien au sujet de la proposition de base⁷⁵;
- 10) observations du gouvernement italien au sujet de la proposition de base⁷⁶;
- 11) observations du gouvernement japonais au sujet de la proposition de base⁷⁷;
- 12) observations du gouvernement portugais au sujet de la proposition de base⁷⁸;
- 13) observations du gouvernement sud-africain au sujet de la proposition de base⁷⁹;

⁶⁷ Source: Actes 1967, pages 111 à 116.

⁶⁸ Source: Actes 1967, page 622.

⁶⁹ Source: Actes 1967, page 627.

⁷⁰ Source: Actes 1967, pages 641 et 642.

⁷¹ Source: Actes 1967, page 629.

⁷² Source: Actes 1967, page 629.

⁷³ Source: Actes 1967, pages 624 et 625.

⁷⁴ Source: Actes 1967, page 631.

⁷⁵ Source: Actes 1967, page 633.

⁷⁶ Source: Actes 1967, page 634.

⁷⁷ Source: Actes 1967, pages 634 et 635.

⁷⁸ Source: Actes 1967, page 638.

⁷⁹ Source: Actes 1967, page 621.

- 14) observations du gouvernement britannique au sujet de la proposition de base⁸⁰;
- 15) observations du gouvernement luxembourgeois au sujet de la proposition de base⁸¹;
- 16) extraits du résumé des observations des gouvernements, établi par le Bureau des BIRPI, concernant l'article 9⁸²;
- 17) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement autrichien⁸³;
- 18) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement britannique⁸⁴;
- 19) modification de la proposition de base, proposée par les gouvernements hongrois, polonais et tchécoslovaque⁸⁵;
- 20) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement grec⁸⁶;
- 21) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement monégasque⁸⁷;
- 22) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement allemand⁸⁸;
- 23) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement français⁸⁹;
- 24) modification de la proposition de base, proposée par les gouvernements autrichien, italien et marocain⁹⁰;
- 25) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement indien⁹¹;
- 26) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement roumain⁹²;
- 27) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement japonais⁹³;
- 28) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement néerlandais⁹⁴;
- 29) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement indien⁹⁵;
- 30) modification de la proposition de base, proposée par le Groupe de travail de la Commission principale n° I⁹⁶;

⁸⁰ Source: Actes 1967, page 640.

⁸¹ Source: Actes 1967, page 675.

⁸² Source: Actes 1967, pages 682 et 683.

⁸³ Source: Actes 1967, page 696.

⁸⁴ Source: Actes 1967, page 700.

⁸⁵ Source: Actes 1967, page 702.

⁸⁶ Source: Actes 1967, page 703.

⁸⁷ Source: Actes 1967, page 704.

⁸⁸ Source: Actes 1967, page 704.

⁸⁹ Source: Actes 1967, page 704.

⁹⁰ Source: Actes 1967, page 704.

⁹¹ Source: Actes 1967, page 704.

⁹² Source: Actes 1967, page 705.

⁹³ Source: Actes 1967, page 705.

⁹⁴ Source: Actes 1967, page 705.

⁹⁵ Source: Actes 1967, page 706.

- 31) texte transmis au Comité de rédaction⁹⁷;
- 32) nouveau texte préparé par le Secrétariat pour le Comité de rédaction⁹⁸;
- 33) rapport du Comité de rédaction à la Commission principale n° I⁹⁹;
- 34) texte définitif soumis par le Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰⁰;
- 35) rapport additionnel du Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰¹;
- 36) texte additionnel proposé par le Secrétariat au Comité de rédaction¹⁰²;
- 37) texte additionnel soumis par le Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰³;
- 38) extraits du Rapport sur les travaux de la Commission principale n° I (Rapporteur: M. Svante Bergström) concernant l'article 9, y compris l'introduction¹⁰⁴, et extraits des actes indiquant les corrections apportées au projet de rapport de la Commission¹⁰⁵;
- 39) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I¹⁰⁶;
- 40) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne.¹⁰⁷

⁹⁶ Source: Actes 1967, page 710.

⁹⁷ Source: Actes 1967, pages 723 et 724.

⁹⁸ Source: Actes 1967, page 737.

⁹⁹ Source: Actes 1967, page 743.

¹⁰⁰ Source: Actes 1967, page 752.

¹⁰¹ Source: Actes 1967, page 753.

¹⁰² Source: Actes 1967, page 771.

¹⁰³ Source: Actes 1967, page 772.

¹⁰⁴ Source: Actes 1967, pages 1137 à 1141, 1148 à 1153, 1154 à 1156, 1172 et 1173.

¹⁰⁵ Source: Actes 1967, pages 757 et suivantes.

¹⁰⁶ Source: Actes 1967, pages 853 et 854, 866 à 870, 871 à 875, 875 et suivantes (dans le contexte des discussions sur le droit de citation, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 776), 878, 896, 897 (dans le contexte des discussions sur la protection des textes officiels, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 1031), 898 à 900, 906 et 907 (dans le contexte des discussions sur la reproduction des conférences, sermons, etc., il est fait mention de l'article 9 aux paragraphes 1145 et 1152.1), 916 (dans le contexte des discussions sur le droit de traduction, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 1275), 919 à 921 (dans le contexte des discussions sur les droits de reproduction mécaniques du compositeur, il est fait plusieurs fois mention de l'article 9), 935 et suivantes (examen de l'article 9 dans le contexte de son application à la traduction), 939 à 941 et 944.

¹⁰⁷ Source: Actes 1967, pages 820 et 821.

22. La Conférence diplomatique de révision de la Convention de Berne, qui s'est tenue à Paris du 5 au 24 juillet 1971, n'a pas modifié l'article 9 et les actes de cette conférence n'ont donc pas été analysés aux fins de la présente note. Cette analyse peut être fournie sur demande.

23. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet de l'article 9 2) de la Convention de Berne porte sur "tout renseignement de base sur l'historique de la négociation de l'article 9 2) et sur l'évolution et la pratique ultérieures concernant cette disposition". S'agissant de documents autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes précédents, prière de se reporter aux remarques formulées au paragraphe 18 ci-dessus.
