

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

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "*États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*" est distribué à tous les Membres conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 15 juin 2000, en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ASPECTS FACTUELS	2
III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES	8
IV. ARGUMENTS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES ET RENSEIGNEMENTS FACTUELS COMMUNIQUÉS PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI	8
V. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	8
VI. CONSTATATIONS	10
A. ALLÉGATIONS.....	10
B. QUESTION PRÉLIMINAIRE.....	10
C. CHARGE DE LA PREUVE.....	11
D. ASPECTS DE FOND DU DIFFÉREND.....	13
1. Considérations générales sur les droits exclusifs concernés et les limitations y relatives	13
a)	

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

ANNEXE I:

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

ANNEXE II:

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

APPENDICE 1:

COMMUNICATIONS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES	84
1.1 PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE.....	84
1.2 DÉCLARATION ORALE À LA PREMIÈRE RÉUNION AVEC LE GROUPE SPÉCIAL.....	103
1.3 RÉPONSES AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL – PREMIÈRE RÉUNION	119
1.4 109119	

APPENDICE 4:

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ASPECTS FACTUELS

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

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

"Art. 106. Droits exclusifs sur les œuvres protégées

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

...

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

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

...^{6,7}

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

2.8 Le Groupe spécial note que les parties estiment d'un commun accord que l'expression "œuvres musicales non dramatiques" figurant à l'alinéa B) exclut de son champ d'application la communication d'un morceau de musique faisant partie d'un opéra, d'une opérette, d'une comédie musicale ou d'une autre œuvre dramatique similaire lorsqu'il est exécuté dans un contexte dramatique. Toutes les autres œuvres musicales sont visées par cette expression, y compris des chansons isolées extraites d'œuvres dramatiques lorsqu'elles sont exécutées hors de tout contexte dramatique. L'alinéa B) serait donc

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

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

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

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

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

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

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

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

V. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

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

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

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

VI. CONSTATATIONS

A. ALLÉGATIONS

6.1 Comme il est indiqué plus haut, les Communautés européennes allèguent que les exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont contraires aux obligations qui incombent aux États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC, et, à cet égard, à l'article 17 de l'Accord sur le commerce des services.

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

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

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

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

C. CHARGE DE LA PREUVE

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

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

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

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

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

6.11 Nous rappelons en outre que les Communautés européennes soutiennent qu'elles doivent simplement établir l'existence d'une incompatibilité de l'article 1105) avec une disposition

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

D. ASPECTS DE FOND DU DIFFÉREND

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

a) Droits exclusifs impliqués par les allégations des CE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² L'article 11*bis* a été introduit dans la Convention de Berne à l'occasion de la R75 Troduit dans la Convention.8

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.24 Comme dans le cas de l'article 11

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

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

b) Limitations et exceptions

i) *Introduction*

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

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

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

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

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

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

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

6.32 Nous examinons la portée de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dans la sous-section iv) de la présente section (paragraphe 6.71 et suiv.). Dans la deuxième partie du présent rapport (paragraphe 6.97 et suiv.) nous

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

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

6.39 Les États-Unis répondent qu'il y a une différence fondamentale entre les exceptions aux droits exclusifs et les licences obligatoires. L'article 11*bis* 2) autorise simplement un pays à remplacer un droit exclusif prévu à l'article 11*bis* 1) par une licence obligatoire, ou son équivalent. Ni l'historique de la négociation de la Convention de Berne ni les écrits rédigés ultérieurement par des

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

iii) Doctrine des exceptions mineures

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

Comme tion de Berne (1971) tel caltape de lrpors dans le caord sur les ADPIC, nousiguenuenul'article

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

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

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

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

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

⁵¹ Sinclair, *op. cit.*, page 129.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué de la Suisse et M. le Délégué de la Hongrie ont évoqué ces exceptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit."

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

6.54

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

Portée de la doctrine des exceptions mineures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.70 Au paragraphe 6.66 nous avons évoqué la nécessité d'interpréter la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC d'une manière qui concilie les textes de ces deux traités et évite qu'il y ait un conflit entre eux, étant donné qu'ils constituent le cadre général de la protection multilatérale du droit d'auteur. Le même principe devrait également s'appliquer au rapport entre l'Accord sur les ADPIC et le WCT. Le WCT est conçu pour être compatible avec ce cadre, incorporant ou utilisant une grande partie des termes de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.⁹⁰ Il a été conclu à

6.73 Un droit de reproduction général n'a pas été reconnu dans le cadre de la Convention de Berne avant l'Acte de Stockholm de 1967. La principale difficulté soulevée par l'élaboration de cette modification consistait à trouver une formule appropriée qui autoriserait des exceptions à ce droit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.82 S'agissant de l'argument des Communautés européennes selon lequel l'interprétation de l'article 13 donnée par les États-Unis est incompatible avec l'article 20 de la Convention de Berne (1971) et l'article 2:2 de l'Accord sur les ADPIC parce que, selon cette interprétation, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC constitue une base pour des exceptions qui seraient incompatibles avec celles qui sont autorisées en vertu de la Convention de Berne (1971), nous notons que les États-Unis ne disent pas cela, mais plutôt que l'article 13 clarifie et énonce les normes applicables aux exceptions

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

6.87 Nous pensons que l'article 11-Unis soutiennent que l'article-Unis soutiennent que l'article

6.91 À notre avis, l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États

6.101 Les Communautés européennes soulignent qu'il importe de tenir compte de la façon dont les exceptions affectent les possibilités qu'ont les détenteurs de droits d'exercer leurs droits exclusifs ainsi que de l'incidence indirecte des exceptions

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

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

6.110 Le sens ordinaire du terme "cas" recouvre un "phénomène", une "circonstance" ou un

6.112 À notre avis, la première condition énoncée à l'article 13 exige qu'une limitation ou exception

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

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

- d) 65,2 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration;

plus de 10,3 pour cent de l'ensemble des établissements de vente au détail de boissons; s et) Tj -165 -42.75 T

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

6.122

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

6.129 Les États

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

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

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

iii) examinerons l'exception pour usage de type privé énoncée à l'article 13

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

- a) 16 pour cent de l'ensemble des établissements de restauration aux États-Unis;
- b) 13,5 pour cent de l'ensemble des débits de boissons aux États

potentielle future du marché du matériel pour usage d'un type privé. En tout état de cause, nous

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

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

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

6.153 À la lumière des arguments des parties, nous ne pouvons pas exclure la possibilité que l'exception pour usage de type privé s'applique à la communication publique d'œuvres transmises sur Internet. Mais nous relevons aussi que, nous fondant sur les renseignements que les parties nous ont communiqués, il ne semble y avoir à ce jour aucun exemple d'application de l'exception pour usage de

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

6.156 Les États-Unis expliquent en outre que le but de politique générale justifiant l'alinéa A) est la protection des petites entreprises commerciales "familiales" qui "jouent un rôle important dans le tissu social américain" parce qu'elles "offrent aux femmes,x femR

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

6.162 Poursuivant notre analyse des deuxième et troisième conditions énoncées à l'article 13 s'agissant de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales qui est énoncée à l'alinéa B), nous notons ce que l'Organe d'appel a indiqué au sujet de l'"économie jurisprudentielle" dans l'affaire *États-Unis – Chemises et chemisiers*.³⁷⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.175 Nous notons également que l'amplification de musique radiodiffusée se pratique dans des établissements tels que les bars, les restaurants et les magasins de vente au détail à l'avantage commercial, du propriétaire de l'établissement.¹⁵⁸

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

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

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

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

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

"À cet égard, le Groupe d'étude a souligné que d'un côté, il est évident qu'en principe il faut réserver aux auteurs toutes les formes d'exploitation d'une œuvre qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir une importance économique ou pratique considérable. Des exceptions de nature à restreindre les possibilités

6 il faut exploitable.
(pas d'italique dans l'original)

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

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

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

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

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

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

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

Les groupes spéciaux qui ont traité de la question de l'interdiction des restrictions ou prohibitions quantitatives ont de même estimé que l'article XI du GATT protégeait les conditions de concurrence et qu'une restriction à l'importation était prohibée même si elle n'entravait pas réellement les importations. Voir le rapport du Groupe spécial *CEE – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux produ*⁶¹² *TD1u'ol351eagnesx pt*

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

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

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

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

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

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

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

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

États-Unis pour exploiter ce droit¹⁶⁸, la limitation résiduelle concernant certaines utilisations

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷⁷ Voir le paragraphe 2.11.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁵ Pour des précisions, voir

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

6.205 Une chose est d'avoir une pratique comme celle que constitue l'accord avec la NLBA: les détenteurs de droits n'ont pas besoin d'exploiter leurs droits, ou ils peuvent le faire moyennant un droit peu élevé ou sans acquitter de droit. Une autre est d'adopter une législation empêchant l'exercice d'un droit, qu'un pays est obligé, en vertu d'un traité qui le contraint à le faire, d'accorder aux ressortissants des autres parties au traité. Les arrangements de licence individuelle ou collective résultent de négociations entre les parties et non d'une décision des pouvoirs publics de les imposer. Sous réserve

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

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

6.209 Nous notons que les parties conviennent que les difficultés administratives que soulèvent pour les CMO la concession de licences à un grand nombre de petits établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail ne diffèrent pas selon le moyen utilisé pour diffuser de la musique. Nous estimons que la différenciation entre différents types de moyens peut inciter les exploitants d'établissements visés par l'alinéa B) à remplacer la musique enregistrée ou exécutée en direct par la musique radiodiffusée en direct, par de la musique radio ou télédiffusée, qui est gratuit54Tvj 185.226

l'abonnement à un service commercial de musique de fond.¹⁹⁴

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

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

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

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

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

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

i) *Analyse interprétative générale*

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

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

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

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

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

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

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

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

6.228

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

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

6.230 Nous notons l'argument des CE selon lequel, s'agissant de toutes les conditions énoncées à l'article 13, l'effet sur tous les titulaires de droits de l'ensemble des Membres de l'OMC doit être pris en compte. Pour les Communautés européennes, l'incidence spécifique sur les titulaires de droits des CE n'est pas en cause à ce stade de la procédure de règlement du différend, mais pourrait être prise en considération uniquement dans le contexte de l'article 22 du Mémorandum d'accord concernant la compensation ou la suspension de concessions ou d'autres obligations équivalant à l'annulation ou à la réduction d'avantages qui a été subi suspee3P311tats

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

6.234 Les États-Unis ne sont pas d'accord avec ce que laissent entendre les CE, à savoir que 25

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

- i) ne diffusent pas du tout de musique;
- ii) ont recours à de la musique provenant de sources autres que la radio ou la télévision (telles que bandes, disques compacts, services commerciaux de musique de fond, juke-box ou

l'article 110 5) modifié sur les recettes perçues auparavant par les CMO auprès de ces établissements semble devoir être minime.²¹⁶ Quatorze pour cent des recettes totales de l'ASCAP proviennent de la concession de licences générales, notamment aux établissements de restauration, aux débits de boissons et aux établissements de vente au détail. Une bonne partie de ces recettes proviennent de la transmission publique de musique exécutée en direct ou enregistrée, et non de musique radiodiffusée.

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

6.248

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

6.252 Les États-Unis estiment que si l'on considère les sommes réparties par la plus importante société de recouvrement des États-Unis, l'ASCAP, la perte annuelle maximale subie par les détenteurs de droits des CE du fait de l'exception énoncée à l'article 110 5) est comprise entre 294 113 et 586 332 dollars. Utilisant la même analyse, ils estiment que, pour ce qui est de la deuxième grande société de recouvrement, BMI, la perte est de 122 000 dollars. Dans leur calcul des sommes réparties

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.269 Nous rappelons notre analyse concernant l'historique de l'adoption de l'exception initiale pour usage de type privé en relation avec les première et deuxième conditions énoncées à l'article 13. En particulier, s'agissant des bénéficiaires de l'exception, le rapport de Conférence (1976) précisait la raison d'être de cette exception en indiquant s'il s'agissait d'exonérer de toute responsabilité un petit établissement commercial "qui n'avait pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond".²³⁰ Nous rappelons aussi les estimations concernant les pourcentages d'établissements visés par l'exception.²³¹ De plus, cette exception n'était applicable à ces établissements que s'ils utilisaient du matériel pour usage de type privé. Il était noté dans le rapport de la Chambre (1976) que "[cette disposition] engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un appareil récepteur couramment utilisé dans les foyers (en augmentant s -ource5rtit un onsabiommerci

VII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

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

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