

ANNEXE I

(WT/DS160/5 du 16 avril 1999)

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

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

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

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

En conséquence, les Communautés européennes et leurs États membres demandent l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord et à l'article 64:1 de l'Accord sur les ADPIC, pour qu'il examine la question à la lumière des dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC et qu'il constate que les États-Unis ne se conforment pas aux obligations énoncées dans l'Accord sur les ADPIC, y compris, mais pas exclusivement, à l'article proord"s neo dans l

APPENDICE 1.1

PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

(5 octobre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	85
II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE	86
III. PROTECTION DES ŒUVRES COUVERTES PAR UN DROIT D'AUTEUR ET EXCEPTIONS À CETTE PROTECTION PRÉVUES PAR LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR	87
1. Historique: l'article 110	

I. INTRODUCTION

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

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

- En vertu de l'alinéa A), toute personne est autorisée à représenter ou exécuter dans ses locaux commerciaux pour le plaisir de ses clients dans certaines conditions, sans le consentement du détenteur du droit, des œuvres protégées par un droit d'auteur autres que des œuvres non dramatiques telles que pièces de théâtre, opéras ou comédies musicales provenant d'émissions de radio ou de télévision.
- En vertu de l'alinéa B), toute personne est autorisée à exécuter dans ses k351visi26it

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

II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

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

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

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

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

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

mondiale du commerce. Si le projet de loi H.R. 789 est adopté, et que nous portions atteinte au droit qu'ont les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales d'exécuter leurs œuvres en public, en particulier dans un restaurant ou dans un bar comme le prévoit TD -0.166 Tc cuno3 Tj 33.nombre Tfc 0.1es 11 7.

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

11. Des consultations entre les CE/EM et les États-Unis se sont tenues à Genève le 2 mars 1999. Le Canada a participé à ces consultations. Avant les consultations, les CE/EM ont présenté aux

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

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

b) *l'émission ainsi reçue ne soit retransmise ensuite au public."*

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

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

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

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

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

22. Il est clair qu'en pratique, l'exception pour usage de type privé s'est appliquée par le passé et

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

23. La portée de l'article 110 5) (dans sa version "pour usage de type privé") a évolué au fil des ans. À l'époque de l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur (1976), l'intention du Congrès des États-Unis semblait être que cette exception soit de portée limitée et ne s'applique qu'aux petits établissements commerciaux "dans lesquels la mère est derrière le comptoir et le père à la caisse".¹⁹ Toutefois, l'intention du Congrès était assez ambiguë comme l'indique le passage suivant: [l'article] "*s'applique aux représentations ou exécutions, et aux présentations, de toutes les sortes d'œuvres, et il vise à exonérer de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur quiconque met simplement en marche, dans un lieu public, un appareil récepteur ordinaire de radio ou de télévision (...)*".²⁰

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

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

- la dimension matérielle de l'établissement (superficie en pieds carrés, par comparaison, par exemple, avec la dimension du restaurant de M. 22

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

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

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

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

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

²⁵ *BMI v. Edison Bros. Stores Inc.*, US Court of Appeals for the Eight Circuit, N° 91-2115, 13 janvier (pièce n° 5 des CE) 7440 débusé re d'idane r 5.25 100.1645 Tc 322199 Tw 05pieds ca80,Bros. Storet Cti climp'anaisanes

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

28.

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

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

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

bb) Utilisateurs visés par l'exception

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

- si l'établissement a moins de 2000 pieds carrés bruts (= 186 mètres carrés), l'exception est applicable sans aucune autre condition, c'est-à-dire que tout matériel audio, même de type

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

c) Résumé

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

Pour ce qui est des œuvres protégées à l'exclusion des œuvres musicales non dramatiques, toute

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

60. Cette disposition est libellée comme suit:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

62. L'article 11bis a été introduit dans la Convention de Berne à l'occasion de la Révision de

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

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

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

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

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

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

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

69. Cette disposition est libellée comme suit:

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

1° ...

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

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

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

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

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

73. Tandis que les États-Unis ont d'abord contesté qu'une "radio à usage de type privé" soit un "haut-parleur ou ... autre instrument analogue" au sens de l'article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne, ils se sont par la suite exclusivement bornés à affirmer que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur serait admissible en vertu des dispositions relatives aux exceptions contenues dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC. En particulier, les États-Unis se sont référés à ce que l'on appelle les "exceptions mineures" prévues par la Convention de Berne, aux articles 17 et 18 de l'Accord sur les ADPIC.

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

5. Annulation et réduction

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

VI. CONCLUSION

77. Les CE/EM demandent donc respectueusement au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont manqué aux obligations découlant pour eux de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC

APPENDICE 1.2

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

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

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

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

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

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

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

10. Toutefois, dans la Loi de 1976 sur le droit d'auteur, la nouvelle définition d'"*exécuter*" visait,

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

11. La portée de l'article 110 5) (dans sa version "pour usage de type privé") a évolué au fil des ans. À l'époque de l'adoption de la Loi sur le droit d'auteur (1976), l'intention du Congrès des États-Unis semblait être que cette exception soit de portée limitée et ne s'applique qu'aux petits

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

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

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

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

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

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

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

Les CE/EM se félicitent d'apprendre que telle est aussi l'interprétation des États-Unis (point 9 de leur première communication écrite), mais voudraient néanmoins faire observer que cette interprétation ne sera peut-être pas la même dans les autres États membres de l'OMC.

20. 5) 5)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'analyse a donné les résultats suivants:

- nombre des États-Unis d'une superficie inférieure aux s -12.75 T.0038 307j 13.5 0 2662Tw (a.U œuvres m

télévision dans leurs locaux commerciaux pour le plaisir de leurs clients sans le consentement des titulaires du droit d'auteur, privant ainsi ces derniers d'une source appréciable de revenus procurés par la concession de licences autorisant cette utilisation de leur œuvre. Tous les autres établissements
- de plus grande dimension

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

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

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

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

40. Cette disposition est libellée comme suit:

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

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

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

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

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

- *1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;*
- *2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;*
- *3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée."*

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

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

L'article 11 1) de la Convention de Berne

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

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

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

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

3.

s'appliquent,
 ensurotection plus d'œuvre.5) pp. 41-41-0.3 Le 31/07/2014 14:78 OnFile/F0101s2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de ..., la Convention de Berne."

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

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

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

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

61. En plusieurs points de leur première communication écrite (par exemple, aux points 28 et 29), les États-Unis donnent l'impression que les droits exclusifs mentionnés dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC sont organisés en un ordre hiérarchique comportant des droits "importants" et des droits "sans importance", et se réfèrent aux droits relatifs à la représentation ou à l'exécution publiques inscrits aux articles 11 1) 2° et 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne comme à des droits "secondaires". Les CE/EM ne souscrivent pas à cette opinion. Tous les droits exclusifs stipulés dans la Convention de Berne et dans l'Accord sur les ADPIC sont des droits de l'État. CE1 Tc 3.02

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

"En adoptant cette législation concernant la concession de licences relatives à des œuvres musicales, qui confisque la propriété privée des titulaires du droit d'auteur, le gouvernement des États-Unis a gravement pénalisé les auteurs de chansons, compositeurs et éditeurs américains ... Les gains des auteurs de chansons, compositeurs et éditeurs ont été amputés de plusieurs dizaines de millions de dollars chaque année."

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

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

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

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

Ces trois conditions doivent être remplies de manière cumulative.

APPENDICE 1.3

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

(19 novembre 1999)

**I. RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
ET À LEURS ÉTATS MEMBRES PAR LE GROUPE SPÉCIAL**

Législation en vigueur dans les CE

Q.1 Quels sont les types d'exceptions mineures applicables 1 11. TD -0.140 la.75pron esentgueur

importants de revenu (1,2 million de livres irlandaises (£Ir) pour la seule Irlande; sur ce total, 0,86 million de £Ir concernent les bars, boîtes de nuit, pensions de famille, salons de coiffure et

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

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

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

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

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

pvc 3.79851 e.uede la77 prp pheTc -0.2(ant au point)208 Tj 72 0396D -0.17 37u51e e"ventes09.tenaient

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

L'analyse de 1999 –

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il semblerait qu'un pays puisse fixer des niveaux minimaux ou précis de redevances à acquitter pour les différentes utilisations protégées par l'article 11bis de la Convention de Berne. Un autre moyen d'assurer une rémunération équitable serait l'adoption d'un système de taxes applicables au matériel audio/télévisuel acheté par l'établissement auquel on permet de diffuser sans autorisation des œuvres protégées par un droit d'auteur, le produit des taxes ainsi recouvrées étant distribué aux détenteurs de droits.

II. RÉPONSES DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS

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

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

Pratique en matière de licences

Q.4 Au paragraphe 4 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la première réunion de fond, il est dit que l'article 110 5) n'est applicable qu'à certaines utilisations secondaires d'émissions comprenant l'exécution publique de l'œuvre, pour laquelle le détenteur du droit a déjà reçu une rémunération au titre de l'exécution primaire. De quelle manière les accords de

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

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

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

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

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

"Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué de la Suisse et M. le Délégué de la Hongrie ont évoqué ces exemptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception s'appliquent aux articles 11bis, 11ter, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit."⁵⁰

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

"Dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles, le Rapporteur avait été chargé de rappeler, par une mention expresse à propos de l'article 11, la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les "petites réserves" des législations nationales. Certains

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

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

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

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

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

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

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

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

Il semblerait, toujours compte tenu de la réponse à la question n° 12 ci-dessus, que les trois

APPENDICE 1.4

Dans le délai imparti, il n'a pas été possible aux CE/EM de consulter toutes les sociétés de recouvrement des droits de l'UE sur cette question. Toutefois, les CE/EM ont reçu, en rapport avec cette question, des renseignements communiqués par l'Irish Music Rights Organisation (Imro), société de recouvrement qui administre le droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres

APPENDICE 1.5

DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

(24 novembre 1999)

Table des matières

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

2. **Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur: interactions et distinctions**
7. Les deux parties interprètent l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur en s'appuyant sur un argument *a contrario*

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

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

b) Champ d'application et calendrier

21. En fin de compte, les CE/EM considèrent que dans la présente affaire ces questions juridiques complexes peuvent rester non résolues dans la mesure où les exceptions prévues à la section

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

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

APPENDICE 1.6

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

(7 et 8 décembre 1999)

Table des matières

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

I. INTRODUCTION

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

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

II. ÉLÉMENTS FACTUELS

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

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

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

3. Par ailleurs, les critères de la distinction entre œuvres musicales dramatiques et non dramatiques restent à expliciter. Alors que les États-Unis ont indiqué lors de la première réunion, en réponse à une question du Groupe spécial, que la distinction était définitivement établie lors de la création de l'œuvre, les CE/EM ont fait valoir dans leur déclaration de réfutation que, selon les sources américaines sur ce sujet, la ligne de partage n'est pas fixée définitivement, mais dépend des circonstances de l'exécution. En d'autres termes, cela implique qu'une aria tirée d'un opéra ou bien une chanson tirée d'une comédie musicale, diffusée à la radio ou à la télévision, doit être considérée comme une œuvre non dramatique, ce qui entraîne des conséquences importantes pour les pr-36 ,igtr daner a.164 7

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

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

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

7. Les CE/EM ont précisé pourquoi, à leur sens, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'est pas applicable aux droits établis par la Convention de Berne, qui ont été incorporés par renvoi à l'Accord sur les ADPIC. Les termes de l'Accord sur les ADPIC, l'historiond sant que e aux droitsune argumentation fond

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

b) La portée de la doctrine des petites réserves

14. La liste des dispositions relatives aux exceptions alléguées, qui figure dans la pièce n° 22 des États-Unis, ne donne que les numéros des articles, sans même spécifier la loi à laquelle ils appartiennent et sans donner aucune explication sur leur contexte. Elle ne contribue donc aucunement à établir une "pratique ultérieure", et moins encore à déterminer le champ d'application de la doctrine des petites réserves. Les États

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

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

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

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

Cette loi type "*fixe des limitations diverses au droit d'auteur, aussi bien des utilisateurs à titre gratuit que des licences non volontaires*", ~~mais elle ne crée pas de droit d'auteur~~ semble, même de loin, d)

documentation non commercial, une institution scientifique ou un établissement d'enseignement, à condition que le nombre d'exemplaires soit limité aux besoins de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38. Par ailleurs, les estimations quantitatives appTw 0.7941 Tw (22 du Mémoire d'accord) Tj -357

ii) *Une autre approche ascendante est possible*

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSION

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

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

APPENDICE 1.7

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

(12 janvier 2000)

1.

APPENDICE 2.1

PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

(26 octobre 1999)

Table des matières

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

I. INTRODUCTION

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

II. EXPOSÉ DES FAITS

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

- i) reproduire l'œuvre protégée;
- ii)

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

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

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

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

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

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

Cette disposition exempterait les petits établissements commerciaux dont les propriétaires ne font qu'apporter dans leurs locaux un poste de radio ou de télévision ordinaire et recevoir des émissions pour le bénéfice de leurs clients; mais elle engagerait la responsabilité du propriétaire lorsque celui-ci installe un "système de diffusion sonore" de type commercial ou qu'il convertit un récepteur couramment utilisé dans les foyers (en augmentant sa puissance au moyen de matériel d'amplification perfectionné ou important) en l'équivalent d'un système de diffusion sonore de type commercial".⁴

239ériens pnporta sa puie suitafincatioisionio -3675 qua4

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

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

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

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

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

B. L'ARTICLE 110 5) B)

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

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

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

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

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

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

11. À l'époque, les organisations de gestion des droits d'exécution ont également proposé une modification de l'article 110 5) qui, à leur avis, "reflétait exactement les utilisations faites par les petits établissements commerciaux".¹⁵ Elles suggéraient de limiter la superficie à 1 250 pieds carrés (116,2 mètres carrés) et préconisaient en outre des limitations spécifiques concernant le matériel – pas

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

ii) dans le cas d'un établissement de restauration ou d'un débit de boissons, soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés bruts (348,5 mètres carrés) (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation), soit l'établissement dans lequel la communication a lieu a une superficie égale ou supérieure à 3 750 pieds carrés bruts (à l'exclusion de l'espace destiné au stationnement des véhicules des clients et à aucune autre utilisation) et

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

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

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

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

v) l'émission ou la retransmission est autorisée par voie de licence par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre ainsi exécutée ou présentée en public.²³

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

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

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

²⁴ Première communication des CE, paragraphe 39.

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

III. ANALYSE JURIDIQUE

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

18. L'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC incorpore les articles 1 à 17 de la Convention de Berne. La Convention permet aux membres d'assortir de "petites réserves" le droit de représentation qu'elle garantit, et notamment de prévoir des limitations du droit de représentation prévues aux articles 11 et 11bis.²⁶ L'article 13 de l'Accord énonce la norme par laquelle il faut examiner si ces limitations des droits exclusifs sont admissibles. Cette norme est énoncée à l'article 9 2) de la Convention²⁷ relatif aux exceptions au droit de reproduction. Elle est la suivante: "Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prévoir des exceptions à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit".

19. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit". Cette disposition doit être interprétée conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la *Convention de Vienne*, qui dispose, dans la partie pertinente, qu'"un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et son but".²⁸

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

²⁵ Les tribunaux américains ont toujours estimé que les copies RAM impliquent le droit de reproduction du détenteur du droit d'auteur. Voir, par exemple, *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 1156 (9th Cir. 1993) aff'd, 514 U.S. 220 (1994); *Int'l. Soc. for Technical Information v. U.S. Copyright Office*, 750 F.2d 1067 (D.C. Cir. 1984).

A c T w (L P a r i s w (L 1 9 7 7) n t

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

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

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

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

24. À titre préliminaire, l'article 110 5) ne s'applique qu'à "certains cas spéciaux". L'Accord sur les ADPIC ne précise pas selon quels critères un cas est considéré comme "spécial", et les Membres

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

32. S'agissant de l'article 110 5) B), une grande partie des établissements exemptés en vertu de cet article l'étaient déjà depuis près d'un quart de siècle en vertu de l'exception pour usage de type privé. Les titulaires du droit d'auteur sur des œuvres musicales non dramatiques ne s'attendaient pas à percevoir des droits auprès de ces établissements. De plus, même si l'article 110

lesquels les droits de licence seraient probablement les plus faibles.³⁸ De plus, étant donné leur taille et comme la diffusion de musique est souvent accessoire aux services qu'ils fournissent, il est fort probable que ces établissements préféreraient tout simplement éteindre la radio s'ils étaient obligés de payer des droits de licence.

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

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

2. L'article 110 5) B)

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

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

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

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

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

39. Compte tenu de l'historique de la modification de 1998 et de la grande ressemblance entre cette disposition législative et l'accord à l'amiable conclu en 1995 par les organisations de gestion des droits d'exécution et la NLBA, l'allégation des CE selon laquelle les détenteurs de droits subissent un préjudice injustifié est encore plus mince. Comme cela a été dit précédemment, les organisations de

rsataqument

APPENDICE 2.2

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

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

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

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

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

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

27. Les CE ne tiennent aucun compte de ces facteurs et se contentent d'affirmer que les titulaires

APPENDICE 2.3

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

(19 novembre 1999)

**I. RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES AUX ÉTATS-UNIS PAR LE GROUPE
SPÉCIAL**

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

Catégories d'œuvres

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

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

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

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

doit la pape2i6/31 lieu au cour7isuelle au cours de

Si un établissement a une superficie comprise entre 2 000 et 3 750

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

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

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

L'article 110 5) A) ou B) ne s'applique pas, en général, aux transmissions sur Internet car il ne vise que le droit d'exécution publique. Voir la réponse-0.23ow (A) ou B351ral, aux 1584 debe) 14355 0 TD 5) A) ou B) ne s

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

Procédures gouvernementales visant à fixer ou ajuster les redevances

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

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

Incidence sur le marché

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

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

En 1996, le Service de recherche du Congrès a estimé que, sur la base de la superficie indiquée dans l'affaire *Aiken* (1 055 pieds carrés), environ 16

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

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

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

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

- a) **Le pourcentage d'établissements qui étaient autorisés par voie de licence à transmettre**
scénarios de films et de vidéos dans les États-Unis (voir la pièce de licence 19 Tw 7j -22.5 -26.2807
0.2998) Tc 2.7367 E08 a235 s10.25 s88 en l'attente d'un tarif et de 12008

Il n'est pas possible de fournir des renseignements sur les établissements de restauration et de débits de boissons qui sont autorisés par voie de licence à transmettre des œuvres musicales en vertu de licences de ASCAP, BMI et SESAC.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- b) **En ce qui concerne les recettes perçues auprès des établissements de restauration, des débits de boissons et des autres établissements, comment se répartissent-elles entre les**

L'effet de l'article 110 5) modifié sur les recettes des sociétés de recouvrement est probablement minime. Quatorze pour cent seulement des recettes totales de l'ASCAP proviennent de la concession de licences générales, notamment aux établissements de restauration, aux débits de boissons et aux établissements de vente au détail. Une bonne partie de ces recettes sont liées à la diffusion en public de musique exécutée en direct ou de musique enregistrée, et non de musique radiodiffusée. Sur la base des données émanant de la NLBA et d'autres sources, on peut estimer de façon prudente que la musique radiodiffusée représente au maximum entre 28 et 44 pour cent des recettes provenant des établissements de restauration et des débits de boissons, soit, en pourcentage de 14 pour cent, entre 3,9 et 6,2 pour cent des recettes totales. Mais il faut encore réduire ce chiffre car les restaurants et les bars ne bénéficient pas tous de l'exception prévue à l'article 110 5). Même sur la base du chiffre des CE, indiquant que 70 pour cent de l'ensemble des restaurants américains seraient exemptés en vertu de l'article 110 5) B), on voit que l'effet sur les recettes de l'exception prévue pour la musique radiodiffusée ne dépasse pas 2,7 à 4,3 pour cent.

Dans le projet de texte de l'Accord datant du 23 juillet 1990 (W/76), il est dit ce qui suit à propos de l'article 13: "En ce qui concerne les droits prévus au point 3, les limitations et exemptions, y compris les licences obligatoires, reconnues par la Convention de Berne (1971) s'appliqueront aussi *mutatis mutandis*". Par ailleurs, un éminent spécialiste, auteur d'un ouvrage retraçant l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, fait l'observation suivante:

L'interprétation de [l'article 13] n'est possible qu'à la lumière des articles 2 2) et 9 1) de l'Accord et, par incorporation, de l'article 20 de la Convention de Berne. Par conséquent, l'article 13 n'établit pas de nouvelles exceptions bien que l'on soit tenté de dire, en le lisant séparément, qu'il permet aux pays de créer de nouvelles licences obligatoires. Mais cet argument est défaillant. L'introduction de *nouvelles* licences obligatoires serait contraire, dans presque tous les cas, à la Convention de Berne. L'article 13 permet à un groupe spécial d'examiner les exceptions, y compris ce qu'il est convenu d'appeler les "petites exceptions", pour s'assurer qu'elles satisfont au critère établi. ... [Citation du rapport de la Conférence de Bruxelles mentionnant les petites réserves applicables aux articles

Q.16 Existe-t-il des exceptions analogues à celles que prévoit l'article 110 5) A) ou B) de la Loi des États-Unis, ou des exemples d'exceptions constituant des "petites réserves" dans les lois sur le droit d'auteur d'autres pays?

Il existe de nombreuses exceptions analogues à celles qui prévoit l'article 110 5) A) et B) et des exemples d'exceptions constituant des "petites réserves" dans les lois sur le droit d'auteur d'autres pays. Bien que les États-Unis n'aient pas eu le temps de passer en revue les lois de tous les autres Membres de l'OMC ou de l'Union de Berne, un examen même limité des lois de quelques Membres de l'OMC révèle qu'il y a un certain nombre d'exceptions au droit d'exécution publique, notamment dans la législation de plusieurs États membres des CE.

exception générale pour l'exécution en public d'une œuvre musicale – exécution en direct ou exécution du signal de communication – par une organisation ou institution religieuse, par un établissement d'enseignement ou par une organisation charitable ou fraternelle, dans l'intérêt d'une entreprise religieuse, éducative ou charitable. *Articles 32.2 3*). Cet article prévoit en particulier que dans ces circonstances, les établissements concernés ne sont pas tenus de payer une compensation". (*non souligné dans l'original*)

La loi de l'Afrique du Sud stipule que "le droit d'auteur sur une œuvre littéraire ou musicale n'est pas enfreint par l'utilisation qu'en fait un vendeur de récepteurs de radio ou de télévision ou de tout matériel d'enregistrement ou de lecture d'enregistrements pour faire, de bonne foi, une démonstration de ce matériel à un client". *Loi de 1978 sur le droit d'auteur (modifiée en mai 1995)*.

Enfin, les États-Unis se réfèrent à la lettre que le Brésil a adressée au Groupe spécial le 17 novembre 1999, dans laquelle l'Ambassadeur Amorim indique que la loi du Brésil sur le droit d'auteur renferme des exceptions au sens de la doctrine des "petites réserves".

Q.17 Comment justifiez-vous précisément l'affirmation selon laquelle les dispositions de l'article 110 5) A) et B) constituent un cas spécial au sens de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC?

L'article 13 exige que les exceptions soient limitées à certains cas spéciaux. D'après l'Oxford Dictionary, le terme "certain" signifie "déterminé; fixe" et "défini". *The New Shorter Oxford Dictionary* (ed. Lesley Brown), 364 (1993). Le terme "spécial" signifie "exceptionnel", "qui se distingue par une qualité ou une caractéristique particulière dans son genre; reconnaissable d'une certaine façon", "destiné ou utilisé à une fin ou à une occasion particulière", "ayant une application ou une fin particulière ou limitée" et "détaillé, précis, spécifique". *Id.*, page 2971. Ces définitions se chevauchent dans une large mesure et le principal critère qui ressort de la prescription exigeant qu'une exception soit limitée à "certains" cas "spéciaux" est qu'elle doit être à la fois bien définie et d'application limitée. Un compte rendu de l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC explique que: "[q]uand ces exceptions sont invoquées, elles peuvent désormais être soumises au critère général de l'article 13, qui doit être interprété à la lumière de l'article 9 2) de la Convention de Berne. Les deux critères figurant dans cet article sont applicables de façon cumulative. De plus, toute exception doit être clairement délimitée de manière à ne s'appliquer que dans "certains cas spéciaux". *Gervais, page 90*.

L'historique de la négociation de l'article 9 2) de la Convention de Berne corrobore cette opinion. Le texte proposé initialement indiquait trois cas dans lesquels des exceptions étaient permises, le troisième étant "certains cas particuliers, pourvu que i) une telle reproduction ne soit pas contraire aux intérêts légitimes de l'auteur, et ii) elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre". La Conférence a cependant décidé qu'une formule plus générale était préférable et, au lieu de ces trois cas d'exceptions, elle a adopté une proposition du Royaume-Uni tendant à modifier le texte de manière à permettre des exceptions "dans certains cas spéciaux" remplissant les deux conditions. OMPI, *Actes de la Conférence de Stockholm*, 1150-1152, paragraphes 78, 81 & 86 (1967). Le Guide de la Convention de Berne de l'OMPI confirme aussi que l'expression "certains cas spéciaux", à l'article 9 2), n'est pas censée être une condition limite distincte applicable aux exceptions et n'évoque aucune limitation du but dans lequel une exception peut être établie. *OMPI – Guide de la Convention de Berne*, page 62, paragraphe 9.6 (où il est exclusivement question des "deux" conditions limitant la faculté de prévoir des exceptions: l'atteinte à l'exploitation normale et le préjudice injustifié).

Ainsi, la notion de "spécial" n'a pas à englober la notion du but de l'exception. Pour autant que celui-ci est pertinent au regard de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il suffit que l'exception ait un but particulier. Le terme "spécial" n'exprime pas en soi une priorité ou une préférence entre des objectifs.

De plus, en examinant si une exception constitue un "cas spécial", un groupe spécial de l'OMC doit absolument éviter de se prononcer sur le bien-fondé des considérations de politique publique qui amènent un pays à établir une exception. Dans une organisation aussi diverse que l'OMC, un groupe spécial ne doit pas déterminer si les objectifs de politique publique d'un Membre sont acceptables. Rien dans l'Accord sur les ADPIC ne permet à un groupe spécial de déterminer quelles raisons de politique générale sont acceptables pour justifier une exception au titre de l'article 13. Le but dans lequel un Membre peut établir des exceptions aux droits exclusifs n'est pas le principal objet de l'article 13; c'est au mieux un point accessoire. Ce qui est important, c'est la portée de l'exception et son effet sur les détenteurs de droits.

Comme cela est expliqué aux paragraphes 24 à 26 de la première communication des États-Unis, les exceptions prévues à l'article 110 5 A) et B) de la Loi sur le droit d'auteur sont bien définies et sont limitées à des cas particuliers. L'article 110 5 A) s'applique uniquement aux cas où un appareil de réception pour usage de type privé est employé et l'article 110 5 B) aux cas dans lesquels des établissements remplissent les conditions précises qu'il impose concernant la taille et le matériel.

De plus, d'importantes considérations de politique publique sous-tendent l'article 110 5 A) et B). S'agissant de l'article 110 5 A), il est clair que le Congrès se préoccupait des petites entreprises familiales. Les petites entreprises jouent un rôle particulièrement important dans le tissu social américain. Elles contribuent à la promotion des valeurs locales et encouragent l'innovation et l'expérimentation. En outre, elles créent beaucoup plus de possibilités économiques pour les femmes, les minorités, les immigrants et les personnes dépendant de l'assistance publique, contribuant ainsi de façon décisive à l'insertion économique et sociale de milliers de personnes. *The State of Small Business: Report of the President*, (U.S. GPO: Washington) 3 (1998).

D'importantes considérations de politique publique étayent aussi l'exception prévue à l'article 110 5) B). Les considérations relatives à l'importance sociale des petites entreprises

droits du détenteur du droit. Si un pays choisissait de substituer le droit à une rémunération aux droits exclusifs énoncés à l'article 11*bis*, au lieu d'établir une exception limitée pour remédier à un problème particulier, cela pourrait se traduire par une diminution bien plus importante des recettes. L'octroi d'une licence obligatoire conformément à l'article 11*bis* 2) pourrait priver le détenteur du droit de tous les droits conférés par l'article 11*bis*, y compris le droit de concéder une licence à une station de radio ou de télévision ou à un réseau de distribution par câble. On voit que cela aurait une portée considérable en particulier dans le cas de certaines œuvres audiovisuelles dont les auteurs reçoivent la quasi-totalité de leur rémunération de cette façon. De surcroît, bien que le détenteur du droit ait droit à une rémunération pour l'utilisation de son œuvre, il ne peut pas en fixer lui-même le montant. Celui-ci sera probablement fixé par une entité administrative ou quasi gouvernementale, qui pourrait estimer que la valeur de l'œuvre est bien inférieure à ce que croit le détenteur du droit ou à ce qu'il pourrait obtenir sur le marché.

En revanche, conformément à la clôture des "petites réserves", les exceptions pures et simples

l'alinéa B)''. Les travaux préparatoires reproduits dans les pièces n° 3 des CE et n° 1 des États-Unis

Les États-Unis n'affirment pas que les accords de licence entre les organismes de radiodiffusion et les sociétés de recouvrement prévoient des redevances pour l'exécution secondaire par le public qui reçoit l'émission. Toutefois, pour évaluer l'incidence économique de l'article 110 5) et, en particulier, l'étendue du préjudice causé au titulaire du droit d'auteur, le Groupe spécial devrait tenir compte du fait que le titulaire du droit d'auteur a déjà été rémunéré une fois pour la radiodiffusion de son œuvre exécutée en public.

Interprétation des obligations nées des traités

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

Les rapports généraux des conférences diplomatiques des pays signataires de la Convention de Berne peuvent être considérés, selon le contexte, comme des travaux préparatoires en vue de la révision de la Convention ou comme des éléments indiquant les circonstances dans lesquelles le texte des révisions de la Convention a été adopté. Leur analyse relève donc de l'article 32 de la Convention de Vienne. Il ne s'agit pas d'accords au sujet de l'interprétation ou de l'application" de la Convention; ni d'une "pratique ultérieurement suivie" de manière générale par les parties à la Convention, et ils ne constituent pas en tant que tels des "règles de droit international applicables dans les relations entre les parties". Ils ne rentrent donc dans aucune des catégories mentionnées à l'article 31 3) a), b) ou c).

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

Il est essentiel de préciser que l'expression "rémunération équitable" employée à l'article 11bis 2) ne s'applique qu'aux licences obligatoires, qu'elle désigne en fait de manière indirecte. L'article 11bis 2) permet à un pays d'assortir de n'importe quelles conditions les droits de radiodiffusion du détenteur du droit d'auteur pourvu que cela ne le prive pas d'une rémunération équitable. Il s'agit d'une licence obligatoire. Une licence obligatoire peut avoir une portée beaucoup plus vaste qu'une exception et est un moyen de limiter les droits qui s'écarte de la doctrine des "petites réserves".

L'article 11bis 2) est toujours présenté comme une disposition autorisant les licences obligatoires:

permet aux pays de l'Union d'introduire des licences obligatoires en faveur de la radiodiffusion." (*Rapport sur la Conférence de Bruxelles pour la révision de la Convention de Berne*, Dr. Alfred Baum, Zurich, 1948.)

- "Cette disposition [l'article 11*bis* 2)] accorde aux législations nationales la faculté de substituer au droit exclusif établi par l'alinéa [l'article

Q.8 La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne, en particulier dans le contexte des articles 11*bis* 1) et 11 1) de la Convention, est-elle devenue une règle du droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne compte tenu du paragraphe 3), alinéas a) à c) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne, ou compte tenu de l'article 32 de la Convention de Vienne? La doctrine des "exceptions mineures" ou d'autre exception implicite a-t-elle été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC, en vertu de l'article 9:1 de l'Accord en même temps que les articles 1^{er} à 21 de la Convention de Berne? Veuillez expliquer votre réponse.

La doctrine des "exceptions mineures" relative à la Convention de Berne n'est pas devenue une règle du droit international coutumier. Elle constitue une pratique ultérieurement suivie par les membres de l'Union de Berne, au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne. Voir la réponse à la question 16 posée aux États-Unis par le Groupe spécial au sujet des exceptions mineures figurant dans les lois des autres membres de l'Union. Cette doctrine est aussi mentionnée explicitement dans les travaux préparatoires de la Convention de Berne qui constituent un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Voir la réponse à la question 14 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

La doctrine des "exceptions mineures" a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC par l'énonciation précise à l'article 13, de la norme permettant d'évaluer ces exceptions. Voir la réponse aux questions 14 et 15 posées aux États-Unis par le Groupe spécial. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 confirme aussi qu'il était dans l'intention des pays de l'Union de Berne de permettre des exceptions mineures aux droits énoncés dans la Convention. Voir la réponse à la question 14 posée aux États-Unis par le Groupe spécial.

Q.9 ~~explix3 Tw 2.ermc Tepti8ilq 249.55 12071r de Bè;3 03il'653~~

1

La situation actuelle dans un pays donné est un facteur extrêmement important car elle détermine les limites de l'exploitation normale sur ce marché et indique si le préjudice éventuellement causé au détenteur du droit est justifié. La démarche inverse – consistant à appliquer les critères énoncés à l'article 13 par référence à une situation hypothétique, future ou potentielle, du marché – ne serait pas plausible et ne trouve aucune justification dans l'Accord. Cela ne signifie pas qu'il ne faut pas prendre en considération l'évolution des conditions du marché. Il se peut que des exceptions justifiables à un moment donné au regard de l'article 13 deviennent beaucoup trop étendues au fil du temps et compte tenu de l'évolution du marché. Il se peut aussi qu'une exception qui ne répond pas aux critères de l'article 13 à un moment donné y réponde lorsque les conditions du marché changent.

Il semble très hasardeux d'essayer de déterminer si les conditions énoncées à l'article 13 sont remplies par référence à la situation potentielle d'un marché. On pourrait aussi faire des hypothèses

parts de marché a été relativement faible, mais comme le marché en question était très lucratif, un préjudice injustifié est causé aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

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

Une approche empirique quantitative est la meilleure façon d'analyser les conditions énoncées à l'article 13. L'octroi d'un droit exclusif récompense l'initiative et la créativité de l'auteur ainsi que son investissement et le risque qu'il a pris en produisant l'œuvre. Des exceptions ne devraient ni causer un préjudice injustifié aux bénéfices économiques du détenteur du droit ni décourager la création. Sans une analyse empirique de l'effet réel d'une exception sur le marché, il est impossible de déterminer dans quelle mesure le détenteur du droit subit effectivement un préjudice et si ce préjudice est justifié ou non. Par exemple, le fait que le détenteur du droit n'a pas perçu de redevances pour une utilisation particulière pendant des décennies est au moins un facteur pertinent qui indique si une exception applicable à cette utilisation particulière est justifiée.

Il faut aussi prendre en considération dans cette analyse le contexte, l'objet et le but de l'article 13. L'Accord sur les ADPIC est un accord commercial qui a pour but de "réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international", comme cela est dit dans son préambule. Il a été négocié dans un contexte caractérisé par la grande diversité des systèmes nationaux et dans l'intention de contribuer "à l'avantage mutuel des producteurs et des utilisateurs" et à "un équilibre de droits et d'obligations". Comme cela a été dit plus haut, il était aussi dans l'intention des rédacteurs de laisser aux Membres une certaine latitude pour mettre en œuvre l'Accord dans le contexte de "leurs propres systèmes et pratiques juridiques". Ces principes directeurs corroborent l'idée que l'analyse des conditions énoncées à l'article 13 doit être fondée sur les réalités du marché local et sur la pratique et l'expérience effectives des détenteurs de droits d'auteur et des utilisateurs dans le pays concerné.

APPENDICE 2.4

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

(19 novembre 1999)

Q.1 Les États-Unis admettent-ils que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur serait incompatible avec l'article 11*bis* 1)

Q.5 OÙ, dans l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, les États-Unis trouvent-ils un élément leur permettant d'affirmer que l'article 13 de l'Accord était conçu pour

Q.11 Veuillez expliquer pourquoi vous considérez que les autres dispositions de l'Accord sur

APPENDICE 2.5

DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

(24 novembre 1999)

Table des matières

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	204
II.	

Page

- e) Après déduction pour tenir compte des recettes perçues auprès de preneurs de licence générale qui font marcher la radio et satisfont aux

I. INTRODUCTION

1. Dans la présente affaire, le Groupe spécial doit résoudre deux importantes questions au regard de l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, il doit déterminer quelle est la norme appropriée pour évaluer une exception à un droit exclusif prévu par la Convention de Berne, qui est contestée en vertu des dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Deuxièmement, il doit appliquer cette norme à l'affaire considérée pour déterminer si l'exception est ou non admissible en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC. Une appréciation appropriée de ces deux questions aboutit à la conclusion selon laquelle les alinéas A) et B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont admissibles en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC.

2. La doctrine des petites réserves trouve son fondement dans l'historique de la Convention de Berne et la pratique à laquelle elle a donné lieu et devrait s'appliquer aux exceptions aux droits énoncés dans la Convention de Berne considérés dans la présente affaire –aux articles 11 et 11*bis*. Toutefois, cette doctrine a été clarifiée et précisée par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui constitue la norme au regard de laquelle ces exceptions doivent être évaluées. Le critère de l'article 13 devrait être utilisé par le Groupe spécial pour déterminer si l'article 110 5) est admissible en vertu de la Convention de Berne. Les exceptions prévues à l'article 110 5) satisfont à la norme de l'article 13: il s'agit de cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.

II. QUESTIONS FACTUELLES

3. Pour commencer, il convient de clarifier plusieurs questions factuelles concernant l'alinéa A) de l'article 110 5). Premièrement, les États-Unis tiennent à souligner que le Groupe spécial n'est pas saisi d'un différend factuel quant aux œuvres visées à l'alinéa A) actuel de l'article 110 5) et que le texte de la disposition proprement dite est sans ambiguïté aucune. Les deux parties conviennent que l'exception pour usage de type privé a été sensiblement restreinte par la suppression des œuvres musicales non dramatiques et que celle-ci s'applique désormais uniquement aux œuvres autres que les œuvres musicales non dramatiques.¹

4. Bien que les CE ne fournissent pas d'éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un préjudice résultant de l'alinéa A) de l'article 110 5) pour les détenteurs de droits des Communautés, elles font toutefois des affirmations factuelles non étayées concernant la portée de cette disposition. La portée de l'article 110 5) est une question de fait devant être établi devant le présent groupe spécial; en effet, selon un principe reconnu du droit international, la législation nationale est un fait qui doit être prouvé devant un tribunal international.² Malgré la clarté du libellé de l'alinéa A) concernant la prescription relative à l'appareil récepteur pour usage à titre privé, les CE demandent au Groupe spécial de considérer que les tribunaux des États-Unis pourraient peut-être un jour à l'avenir élargir cette exception en appliquant à l'alinéa A) les prescriptions de l'alinéa B) concernant la superficie en pieds carrés et la taille des établissements.³ Le Groupe spécial ne devrait accorder aucun poids à l'affirmation hypothétique et non étayée des Communautés, selon laquelle les tribunaux des États-Unis pourraient à l'avenir commencer à ne plus tenir compte du texte de l'alinéa A) de l'article 110 5). La jurisprudence constante des tribunaux des États-Unis pour ce qui est de l'interprétation de l'exception pour usage de type privé constitue une preuve déterminante de la portée de cette loi.⁴

¹ Déclaration orale des CE, paragraphe 20.

² Voir Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, WT/DS50/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 décembre 1997 ("système de la boïici/AB/R, rappocnsp/2d

5. Les CE affirment également que deux affaires particulières, *Edison Bros.* et *Claire's Boutiques*, sont un "exemple" de la tendance de tribunaux à élargir l'exception pour usage de type privé.⁵ En fait, tel est loin d'être le cas et ces deux affaires sont les seules décisions autorisant des grandes chaînes de magasins à bénéficier de cette exception. En outre, ainsi qu'il est expliqué dans la première communication des États-Unis, ces affaires sont conformes à l'ensemble de la jurisprudence des États-Unis au titre de l'article 110 5) car elles concernent l'utilisation d'un matériel de réception extrêmement réduit.

6. S'agissant de l'alinéa B) de l'article 110 5), les CE affirment là encore à tort que l'interdiction de percevoir un droit d'entrée et l'interdiction de retransmission ne peuvent "en aucune manière limiter la portée de l'exception".⁶ Sur le plan factuel, les interdictions limitent vraiment la portée des deux alinéas. Aux États-Unis, les manifestations payantes dans les restaurants – par exemple les manifestations sportives – représentent un marché. Si les restaurants percevaient un droit d'entrée, la venue des clients au restaurant serait de nature différente; autrement dit, le principal motif de la sortie au restaurant serait d'assister à une manifestation, et pas nécessairement de manger. La prescription considérée limite donc la portée de l'exception.

III. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONSTITUE LA NORME APPLICABLE AUX FINS DE L'ÉVALUATION DES EXCEPTIONS

7. La présente affaire ayant été introduite en vertu de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC, le Groupe spécial devrait prendre le texte de cet accord comme point de départ pour son analyse juridique des exceptions visées à l'article 110III.per (I6p T,rL 22te; nf communication des 86351a) Tj 9095.75 TD 98.13

à adopter une interprétation de l'article 13 qui, d'une façon ou d'une autre, rendrait celui-ci inapplicable à une "limitation" d'un droit exclusif ou à une "exception" à ce droit. La position des CE est incompatible avec le texte de l'article 13 lorsqu'elles prétendent que cet article n'est pas applicable aux limitations des droits exclusifs particuliers énoncés dans l'Accord sur les ADPIC qui ont été repris de la Convention de Berne ou aux exceptions à ces droits.

10. La règle générale de l'interprétation des traités à l'OMC veut qu'un traité soit "interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but".⁷ Cette règle générale a pour corollaire le fait que l'interprétation doit conférer un sens et donner un effet à tous les termes d'un traité et ne pas consister en une lecture qui réduirait la portée d'une disposition ou l'invaliderait.⁸ Ces règles régissent l'interprétation de l'Accord sur les ADPIC par le Groupe spécial.⁹ Ainsi que les États-Unis l'ont exposé de manière très approfondie dans leur première communication et dans leur déclaration à la première réunion que le Groupe spécial a tenue avec les parties, l'article 13 énonce sous une forme claire la norme concernant les exceptions dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne incorporée dans ledit accord.¹⁰

B. TRAITÉ DE L'OMPI SUR LE DROIT D'AUTEUR

11. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) représente une preuve supplémentaire de l'applicabilité de la norme énoncée à l'article 13 sous une forme claire aux droits exclusifs prévus par la Convention de Berne. Ainsi que les États-Unis l'ont clairement expliqué dans leur réponse à la question n° 14 du Groupe spécial, le WCT a été adopté par consensus en 1996 par la Conférence diplomatique de l'OMPI. Une majorité écrasante des Membres de l'Union de Berne (99 sur 119) et des Membres de l'OMC (94 sur 128) ont participé à cette conférence.¹¹ Comme l'Accord sur les ADPIC, le WCT est un accord expressément destiné à assurer une meilleure protection que celle qui est conférée par la Convention de Berne. L'article premier du WCT dispose que le Traité constitue un "arrangement particulier" au sens de l'article 20 de la Convention de Berne, qu'aucune de ses dispositions n'emporte dérogation aux obligations existantes en vertu de la Convention et exige par

12. Le préambule du WCT indique que les Parties reconnaissent "la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes".¹³ L'article 10 2), qui constitue un exemple d'interprétation clarifiant les dispositions de la Convention de Berne, dispose ce qui suit: "En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur." (non souligné dans l'original). Ainsi, en vertu du WCT, les exceptions admissibles au titre de la Convention de Berne sont celles qui satisfont à la même norme que celle qui est énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. En revanche, selon l'interprétation communautaire, l'article 13 ne peut représenter la norme régissant les exceptions aux droits énoncés dans la Convention de Berne car l'Accord représenterait alors une dérogation aux droits prévus par ladite convention –, le WCT doit constituer une dérogation aux droits prévus par cette convention, conclusion qui est totalement en contradiction avec l'article premier du Traité.

C. HISTORIQUE DE LA NÉGOCIATION DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

13. L'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC va de nouveau dans le sens de la conclusion des États-Unis, selon laquelle l'article 13 s'applique aux droits énoncés par la Convention de Berne. Ainsi que l'a expliqué un commentateur, "l'article 13 autorise un groupe spécial chargé du règlement des différends à examiner les exceptions, y compris celles que l'on appelle les "petites exceptions", pour s'assurer qu'elles satisfont au critère ... Lorsque l'on invoque ces exceptions, il est désormais possible de les confronter au critère général de l'article 13".¹⁴ Les États-Unis ont déjà exposé l'historique de la négociation de l'Accord sur les ADPIC dans leur réponse à la question n° 14 du Groupe spécial et dans leur première communication.

14. Dans leur réponse à la question n° 10 du Groupe spécial, les CE ont mis en avant leur position de départ dans la négociation de l'Accord sur les ADPIC pour prouver la non-applicabilité de l'article 13 aux droits inscrits dans la Convention de Berne. Au cours des négociations, elles avaient adopté la position selon laquelle l'article de l'Accord se rapportant aux exceptions devrait s'appliquer non aux droits énoncés dans la Convention de Berne, mais uniquement aux droits dont la portée dépassait celle des droits prévus par cette convention inscrits dans des dispositions particulières dudit accord.¹⁵ Le contraste entre la position de négociation des CE et le texte final de l'article 13, dont l'application n'est pas limitée à certains droits exclusifs, montre que, si les Membres de l'OMC avaient voulu que l'article 13 s'applique uniquement à certains droits exclusifs prévus par l'Accord sur les ADPIC, ils l'auraient précisé. Dans la réalité, l'article 13 a été rédigé en termes généraux, il ne prévoit aucune sorte d'application limitée et il est destiné à s'appliquer à tous les droits exclusifs.

1) Le présent traité constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, en ce qui concerne les Parties contractantes qui sont des pays membres de l'Union instituée par cette convention. Il n'a aucun lien avec d'autres traités que la Convention de Berne et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité.

2) Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

3) Dans le présent traité, il faut entendre par "Convention de Berne" l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

4) Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne.

¹³ WCT, préambule.

¹⁴ D. Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 89-80 (1998).

¹⁵ Pièce n° 17 des CE ("Les Parties contractantes auront la faculté de prévoir des limitations, des exceptions et des réserves aux droits conférés par les articles 4, 5, 6 et 7 telles qu'elles sont autorisées par la Convention de Rome ...").

D. RAPPORT AVEC LA CONVENTION DE BERNE

15. Le point de vue des États-Unis, selon lequel l'article 13 énonce la norme régissant toutes les exceptions aux droits exclusifs ou toutes limitations de ces droits, est conforme au contexte dudit article, notamment l'article 2.2 de l'Accord. Il ne laisse pas supposer que l'Accord sur les ADPIC a ramené le niveau de protection en deçà du niveau admissible en vertu de la Convention de Berne. Même si cela n'est pas expressément indiqué, la Convention autorise des exceptions mineures aux droits exclusifs qu'elle prévoit. Ainsi qu'il a été reconnu par les CE dans leur réponse à la question n° 11 qui leur était posée par le Groupe spécial, et à la question n° 5 posée par ce dernier aux deux parties, la doctrine des petites réserves est bien établie dans le cadre de la Convention de Berne.¹⁶

16. On trouve des exceptions mineures au droit de représentation ou d'exécution publiques dans la législation sur le droit d'auteur d'un très grand nombre de pays membres de l'Union de Berne – si ce n'est pas dans la quasi-totalité de ces pays. En vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne, "il sera tenu compte, en même temps que du contexte", de toute pratique ultérieurement suivie lorsqu'on interprète le texte d'un traité.¹⁷ Selon la Commission du droit international, la pratique suivie ultérieurement est importante car elle "constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le sens du traité".¹⁸ D'après l'Organe d'appel, la pratique ultérieure au titre de l'article 31 3) b) comprend notamment des actes ou déclarations "concordants, communs et d'une certaine constance".¹⁹ Bien que les États-Unis n'aient pas pu examiner la législation sur le droit d'auteur de tous les membres de l'Union de Berne, un grand nombre d'exceptions ont été mentionnées dans leur réponse à la question n° 16

généraux ne sont pas nécessairement non commerciales; par exemple, un grand nombre d'établissements d'enseignement ou de programmes de formation ont un but lucratif. Plusieurs des exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques prévues par la législation des États

E. INCIDENCE DE L'ARTICLE 11*BIS* 2)

31. Pour évaluer l'exploitation normale, le Groupe spécial doit examiner la portée de l'exception pour l'ensemble des droits exclusifs, ainsi que pour le droit spécifique sur lequel elle porte. Ainsi que les États-Unis l'ont expliqué de manière plus détaillée dans leur réponse à la question n° 18 du Groupe spécial, ces deux perspectives revêtent de l'importance. S'il y a lieu de tenir compte de l'incidence sur le droit particulier considéré, il faut également prendre en considération la part de ce droit par rapport au reste des droits exclusifs. En particulier, le critère de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ne concerne pas une "atteinte à l'exploitation normale d'un droit exclusif", mais une atteinte à l'exploitation de l'"œuvre" dans son ensemble.

D. NI L'ALINÉA A) NI L'ALINÉA B) DE L'ARTICLE 110 5) NE CAUSENT UN PRÉJUDICE INJUSTIFIÉ

32. Les alinéas A) et B) de l'article 110 5) ne causent pas un préjudice injustifié aux détenteurs de droits, car l'incidence économique des exceptions est minime. L'examen ci-après concerne essentiellement l'alinéa B) car c'est sur cet alinéa que portent la plupart des critiques des CE, ainsi que l'analyse empirique minimale qu'elles ont effectuée. On peut toutefois supposer que l'incidence de l'alinéa A), l'exception pour usage de type privé, représente une infime portion des chiffres analysés plus loin car cet alinéa concerne des établissements moins nombreux et plus petits que l'alinéa B). Les États-Unis font également observer que, bien que l'exception pour usage de type privé existe déjà depuis plus de 20 ans, les CE n'ont présenté aucun fait ou aucune donnée montrant que cette exception ou la modification de l'alinéa A) de l'article 110 5) causait un préjudice aux détenteurs de droits des Communautés.²⁶

1. L'alinéa B) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice injustifié car tout tort effectif causé aux détenteurs de droits des Communautés est minime

33. Le préjudice résultant de l'alinéa B) de l'article 110 5) n'est pas injustifié. Dans leur première communication, les États-Unis ont souligné que les chiffres fournis par les CE étaient dépourvus de pertinence et examiné ce qu'il fallait déduire de ces chiffres pour obtenir une approximation raisonnable du manque à gagner pour les détenteurs de droits des Communautés. L'analyse empirique ci-après complète celle qui a déjà été présentée par les États-Unis²⁷ et s'appuie sur des informations additionnelles reçues récemment. Elle vise à réfuter les affirmations des CE, notamment celles qui figurent dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, selon lesquelles l'article 110 5) pourrait vraisemblablement

perçu en moyenne 39 045 833 dollars de cette organisation pour les années 1996, 1997 et 1998.²⁸ Selon les données des CE, ce chiffre de 39 millions de dollars représente en moyenne 13,7 pour cent du montant total des recettes intérieures réparties par l'ASCAP pour ces trois années. Il convient de noter ici que, dans une analyse antérieure effectuée par les CE pour déterminer le tort causé par l'article 110

3 701 754 dollars (18,9 pour cent de 19 586 000 dollars) et

marcher la radio – ne correspond pas au pourcentage des recettes provenant de licences pouvant être attribuées à l'utilisation de musique radiodiffusée et doit en fait sensiblement surestimer ces recettes. Toutefois, pour obtenir une estimation prudente et compte tenu des données limitées disponibles, les États-Unis considèrent, à la seule fin de la présente analyse, que 30,5 pour cent des recettes provenant de licences peuvent être attribuées à l'utilisation de musique radiodiffusée. En conséquence, le manque à gagner résultant de l'exception prévue à l'article 110 5) pour la musique radiodiffusée subi par les détenteurs de droits des CE doit être ramené à ce montant et serait compris entre 564 517 dollars (30,5 pour cent de 1 850 877 dollars) et 1 125 398 dollars (30,5 pour cent de 3 689 831 dollars).

- e) Après déduction pour tenir compte des recettes perçues auprès de preneurs de licence générale qui font marcher la radio et satisfont aux limitations concernant la taille énoncées à l'article 110 5): manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 294 113 dollars à 586 332 dollars

41. Lorsque l'on calcule le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE, il convient aussi, assurément, de tenir compte du fait que lées .5 0 TD /F0 11cu52Tj 4.875 Tc 0 53 Tc 0.7022

considéré que, lorsque 30,5 pour cent des établissements font marcher la radio, 30,5 pour cent des recettes provenant des licences peuvent être attribuées à la radiodiffusion. Ce chiffre est bien sûr trop élevé, vu la grande proportion d'établissements qui diffusent de la musique au moyen de plusieurs médias. En outre, les États-Unis ont pris pour hypothèse que 65,5 pour cent des restaurants (et 45 pour cent des établissements de vente au détail) satisfaisant aux limites concernant la superficie en pieds carrés énoncées par l'exception représentaient 65,5 pour cent (et 45 pour cent) du manque à gagner. En fait, les restaurants et établissements de vente au détail visés par l'exception sont nécessairement de petits établissements qui représentent presque certainement une part plus faible des recettes provenant des licences.

45. En outre, l'analyse qui précède ne tient pas compte des mesures que l'ASCAP et BMI pourraient prendre pour réduire autant que possible l'impact de l'article 110 5), par exemple en concentrant les ressources en matière de licences exclusivement sur les grands magasins qui paient généralement des redevances plus importantes ou en percevant des droits plus élevés pour la diffusion de musiques enregistrées sur CD ou sur bandes. De même, l'analyse ne prend pas en considération les établissements qui pourraient bénéficier de l'accord privé conclu entre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA. Vu que cette association a un grand nombre de membres et que peuvent y adhérer tous les établissements autorisés par voie de licence à servir des boissons alcooliques, l'accord qu'elle a conclu devrait avoir pour effet de réduire de nouveau sensiblement toute estimation du manque à gagner potentiel dû à l'article 110 5) pour les détenteurs de droits des CE. Comme les États-Unis n'ont actuellement aucune donnée précise à ce sujet et s'efforcent de faire en sorte que les estimations soient le plus prudentes possible, cet élément n'a pas été chiffré dans le calcul du manque à gagner figurant plus haut.

46. Les États-Unis reconnaissent que les estimations qui précèdent portent sur le manque à gagner uniquement dans le cadre des sommes réparties par l'ASCAP. Ils disposent de peu de données sur les recettes de la plus petite des deux principales sociétés de recouvrement des États-Unis, BMI, ou sur les sommes réparties par cette dernière. S'il est vrai que, pour calculer le manque à gagner total pour les détenteurs de droits des CE, il conviendrait évidemment de tenir compte des chiffres de BMI, ces chiffres seront même certainement inférieurs à ceux qui ont été calculés pour l'ASCAP. Ainsi qu'il est indiqué dans la partie IV.1.b, le montant moyen des recettes intérieures de l'ASCAP pour les années 1995-1997 était d'environ 347 millions de dollars. Le montant correspondant pour BMI en 1995 et 1996 était de 260,5 millions de dollars.³⁹ Ainsi, l'adjonction des chiffres de BMI n'augmentera pas considérablement le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE.

47. Les États-Unis savent également que l'analyse ne tient pas compte de la diffusion de musique au moyen de la télévision. Le nombre d'établissements utilisant exclusivement la télévision pour la diffusion de musique étant peu élevé et la proportion de restaurants utilisant des postes de télévision étant même plus faible que celle des restaurants faisant écouter la radio⁴⁰, il est peu probable que ces chiffres accroissent sensiblement le manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE. Enfin, les États-Unis notent que l'alinéa B) de l'article 110 5) fait bénéficier d'une exception les établissements dont la superficie en pieds carrés est supérieure à la limite prévue s'ils respectent certaines limites concernant le matériel. Toutefois, on ne dispose actuellement d'aucune information à ce sujet.

48. Les États-Unis se sont efforcés dans la présente partie de soumettre au Groupe spécial les meilleures estimations possible malgré le peu d'informations disponibles. Les chiffres obtenus sont fondés sur les faits et la logique et montrent que le préjudice que les détenteurs de droits des CE pourraient effectivement subir par suite de l'article 110 5) est négligeable. Les CE n'ont à ce jour présenté aucun fait concret qui permettrait de réfuter l'une quelconque des hypothèses exposées plus haut. Les seules données présentées pour l'instant pour étayer les allégations des CE selon lesquelles les détenteurs de droits des Communautés ont subi un préjudice injustifié viennent d'un communiqué

³⁹ Pièce n° 23 des États-Unis.

⁴⁰ Pièce n° 18 des États-Unis.

de presse des sociétés de gestion des droits d'exécution des États-Unis, communiqué qui abonde dans leurs sens en affirmant que ceux-ci perdront des "dizaines de millions" de dollars. Sur la base de ce communiqué de presse, les CE demandent au Groupe spécial de conclure que les détenteurs de droits des CE subiront un manque à gagner "de l'ordre de millions de dollars".⁴¹ L'analyse plus rigoureuse présentée par les États-Unis permet de réfuter cette allégation exagérée et hypothétique et de déterminer le préjudice minime qu'ils devraient effectivement subir.

2. Les détenteurs de droits eux-mêmes considèrent que des limites concernant la taille comparables à celles qui sont énoncées à l'alinéa B) de l'article 110 5) sont justifiées et y souscrivent volontairement

49. Lorsqu'on examine si l'adoption de l'alinéa B) de l'article 110 5) cause un préjudice injustifié aux détenteurs de droits, l'accord privé conclu contre les sociétés de gestion des droits d'exécution et la NLBA est également d'une extrême importance. En particulier, les sociétés de gestion des droits d'exécution sont convenues volontairement d'une exception globale pour les établissements de 3 500 pieds carrés dans le cadre de l'accord privé conclu avec la NLBA. Le fait qu'elles ont volontairement consenti à renoncer à percevoir des recettes auprès des établissements de ce type montre certainement que les coûts administratifs qui en auraient résulté ne justifiaient pas les bénéfices probables et qu'il était préférable du point de vue des détenteurs de droits de chercher à obtenir des restaurants qui n'étaient pas visés par l'exception qu'ils s'acquittent mieux de leurs obligations.

50. En fait, tout au long du débat législatif concernant l'alinéa B) de l'article 110 5), les sociétés de gestion des droits d'exécution se sont déclarées disposées à conclure un accord privé avec l'Association nationale des restaurateurs qui, comme l'Accord passé avec la NLBA, exempterait tous les restaurants d'une superficie inférieure à 3500 pieds carrés du paiement de redevances pour la musique radiodiffusée. En outre, au cours de l'examen législatif de l'alinéa B), la "proposition de l'ASCAP et de BMI" a porté sur l'adoption d'une exception pour les établissements d'une superficie inférieure à 3 500 pieds carrés.

V. CONCLUSION

51. En conclusion, la norme applicable pour déterminer si l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis est conforme à l'Accord sur les ADPIC est l'article 13 dudit accord. L'article 110 5) constitue une exception admissible au droit de représentation ou d'exécution publiques sur la base des critères énoncés sous une forme claire à l'article 13. En conséquence, les États-Unis

APPENDICE 2.6

COMMUNICATION ORALE PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS LORS DE LA SECONDE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL

(7 décembre 1999)

I. INTRODUCTION

1. Les exceptions aux droits exclusifs pouvant être admises ainsi que la norme qui les régit sont des questions d'une extrême importance dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. L'article 13 de cet accord constitue une disposition essentielle qui limite la capacité des Membres de l'OMC à restreindre les droits exclusifs, mais leur fournit également une souplesse vitale dans l'accomplissement de leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. La bonne application de cette norme aux dispositions des alinéas A et B de l'article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur amène à conclure que ces dispositions sont pleinement compatibles avec l'Accord sur les ADPIC.

II. QUESTIONS FACTUELLES

2. Dans leur seconde communication, les États-Unis ont traité de plusieurs inexactitudes factuelles dans les arguments présentés par les CE. Nous ne redonnerons pas ici ces explications, mais nous nous bornerons à relever que lorsque les parties sont d'accord sur les faits, le Groupe spécial ne devrait pas s'engager dans des spéculations relatives à d'autres scénarios qui n'existent pas dans les faits. Les parties sont convenues que l'alinéa A) de l'article 110 5) ne s'applique pas aux œuvres musicales non dramatiques. Les parties sont aussi convenues que les limitations de l'article 110 5) B) relatives aux superficies en pieds carrés ne s'appliquent pas à l'alinéa A de l'article 110 5). Il s'agit là du texte même des lois; aucun tribunal des États-Unis ne s'est prononcé en sens contraire et ces faits sont les seuls qui aient été portés à la connaissance du Groupe spécial.

III. L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC CONSTITUE LA NORME APPLICABLE AUX FINS DE L'ÉVALUATION DES EXCEPTIONS

3. Examinons d'abord l'article 13. Le texte même de cet article indique qu'il constitue la norme appropriée au regard de laquelle évaluer les exceptions aux droits exclusifs, telles que celles de l'article 110 5). Cette interprétation de l'article 13 est confirmée par le récent traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ainsi que par l'historique des négociations de l'Accord sur les ADPIC .

4. Le texte de l'article 13 est très direct et s'applique "aux limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits". Non pas à *certaines* limitations, non plus qu'à des limitations de *certaines* droits exclusifs, mais seulement aux limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits. Compte tenu des directives claires qu'a données l'Organe d'appel, qui a souligné qu'il était important de se fonder pour l'interprétation des Accords de l'OMC, sur le texte même desdits accords, les CE devraient avoir beaucoup de mal à convaincre le présent Groupe spécial de ne pas en tenir compte.

5. Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur constitue une preuve supplémentaire de l'applicabilité de la norme énoncée à l'article 13 aux droits exclusifs établis par la Convention de Berne. Dans leur communication, les CE indiquent qu'elles ne comprennent pas la pertinence de cet accord. Nous pensons cependant qu'étant donné que 99 des Membres de l'Union de Berne se sont réunis et ont adopté par consensus un document qui déclare que la norme définie par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique aux droits énoncés par la Convention de Berne, cet article est tout à fait pertinent et extrêmement important. Aux termes de la Convention de Berne, les accords et la pratique ultérieure sont des instruments importants pour l'interprétation des traités. Dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel de l'OMC a souligné qu'une pratique est

généralement considérée comme ultérieure lorsqu'elle correspond à une suite d'actes ou de déclarations concordants ..., suffisante pour que l'on puisse discerner une attitude qui suppose l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité.¹

6. Comme l'Accord sur les ADPIC, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est explicitement conçu afin d'assurer une protection des droits d'auteurs supérieure à celle de la Convention de Berne. Il énonce explicitement qu'il s'agit d'un "arrangement particulier" au sens de l'article 20 de cette Convention, qu'il ne déroge pas aux obligations découlant de la Convention de Berne et que les parties contractantes doivent se conformer aux articles 1 à 21 et à l'annexe de la Convention.

7. L'article 10 2) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur stipule "qu'en appliquant la Convention de Berne", les parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions à celles qui satisfont au critère de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Les travaux préparatoires du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur sont également instructifs dans la mesure où la Proposition de base de la Conférence diplomatique de 1996 examine spécifiquement la question de l'application du triple critère de l'Accord sur les ADPIC à la doctrine des petites réserves de la Convention de Berne.

8. La position des États-Unis selon laquelle l'article 13 établit la norme qui régit toutes limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits est conforme au contexte de l'article 13, et notamment à l'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC. Cela n'implique pas que l'Accord sur les ADPIC ait réduit le niveau de protection des droits au-dessus du niveau admissible en application de la Convention de Berne. La Convention de Berne autorise des exceptions mineures aux droits exclusifs.

9. Comme cela a été assez longuement expliqué dans les réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial et dans la communication présentée à titre de réfutation par les États-Unis, la pratique ultérieure des Membres de l'Union de Berne montre que la notion selon laquelle les exceptions aux droits prévus aux articles 11 et 11 *bis* sont admissibles est largement acceptée. En outre, l'historique des négociations de la Convention de Berne, en particulier de celles qui ont eu lieu de la Conférence de Bruxelles à celle de Stockholm, confirme que les membres de l'Union avaient l'intention d'autoriser des exceptions aux droits exclusifs prévus aux articles 11 et 11 *bis*.

10. Les utilisations commerciales ne sont pas exclues en soi par la doctrine des petites réserves. Les utilisations examinées dans les rapports généraux peuvent elles-mêmes être commerciales dans certaines circonstances. Les exemples spécifiques de petites réserves qui étaient donnés n'ont jamais visé à être exhaustifs. Selon Ricketson, les exemples d'utilisations que l'on trouve dans les archives des Conférences de Bruxelles et de Stockholm ne constituent en aucune façon une liste exhaustive ou déterminante et ne précisent pas non plus les exceptions particulières qui seraient justifiées (page 536). L'examen de la doctrine des petites réserves qui figure dans les rapports généraux montre bien que l'application de la doctrine n'est pas limitée aux exceptions spécifiquement citées. Les rapports généraux ne mentionnent que quelques-unes des exceptions traditionnelles au droit d'exécution publique de l'article 11. Cependant, les rapports prennent bien soin de noter que la doctrine des petites réserves est également applicable aux articles 11 *bis*, 13 et 14. L'intention devait bien être que la doctrine s'applique à des exceptions qui ne sont pas spécifiquement énumérées dans les rapports, autrement ce terme n'aurait aucune signification.

11. Par ailleurs, l'application de la doctrine des petites réserves n'a pas été figée en 1967. Là encore, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur fournit des éléments intéressants. Les Déclarations communes concernant le Traité énoncent que "les dispositions de l'article 10 permettent aux parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leur législation nationale qui ont été considérées comme

¹ Japon – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 4 octobre 1996, page 15.

acceptables en vertu de la Convention de Berne". Nous relevons que les CE étaient une des parties signataires des traités de l'OMPI et des Déclarations communes.

12. Argumenter que la doctrine des petites réserves ne s'applique qu'aux exceptions qui existaient en 1967 conduit également à des résultats inéquitables et diminue la pertinence de la Convention de Berne dans le monde moderne. En 1967, de nombreux pays en développement qui sont maintenant membres de la Convention de Berne n'avaient pas de loi sur le droit d'auteur, ou n'avaient qu'une loi rudimentaire. Si l'on accepte l'argument des CE, la plupart des pays en développement ne seraient autorisés à établir aucune exception. En outre, on porterait gravement atteinte à la souplesse des principes de protection du droit d'auteur établis à Berne si l'on s'opposait à ce qu'ils s'adaptent aux transformations et aux évolutions des technologies aussi bien que des pratiques.

13. Afin d'être complet, je traiterai maintenant brièvement de l'article 11*bis* 2). Il s'agit d'une disposition relative à la concession de licences obligatoires. Les licences obligatoires sont caractérisées par l'exigence du versement d'une rémunération équitable. Il ne s'agit pas là d'une règle isolée régissant des exceptions. L'article ne se substitue pas à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et n'affecte pas l'applicabilité de cet article dans la présente affaire. L'article 11*bis* 2) et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC peuvent et doivent être considérés ensemble.

14. L'article 11*bis* 2) s'applique aux "conditions d'exercice" des droits visés par l'article 11*bis* 1). Selon Ricketson, on interprète généralement la référence aux "conditions d'exercice" qui figure dans l'article 11*bis* 2) comme une référence à l'imposition de licences obligatoires (page 525). Le guide de la Convention de Berne publié par l'OMPI (page 81), le glossaire du droit d'auteur et des droits voisins de l'OMPI (pages 50 et 248) et le titre même donné par l'OMPI à l'article 11*bis* 2) se réfèrent également à cette disposition comme à une disposition sur les licences obligatoires. Il est éminemment significatif que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle l'ait interprétée ainsi de façon claire et constante.

15. L'article 11*bis* 2) n'a simplement aucune incidence sur l'article 110 5). Ni l'historique des négociations de la Convention de Berne, ni les interprétations ultérieures des commentateurs ne défendent le point de vue selon lequel l'article 11*bis* 2) établit une norme au regard de laquelle évaluer les exceptions aux droits exclusifs. Si l'article 11*bis* 2) avait autorisé ou régi des exceptions, les négociateurs des Conférences de Bruxelles et de Stockholm n'auraient eu aucunement besoin de faire référence à l'article 11*bis* lors de leur discussion sur la doctrine des petites réserves. L'article 11*bis* 2) ne concerne pas la doctrine des petites réserves et ne traite pas de la portée des exceptions admissibles selon cette doctrine.

IV. L'ARTICLE 110 5) EST CONFORME AUX CRITÈRES DE L'ARTICLE 13

16. Je me pencherai maintenant sur la question de l'applicabilité de l'article 13 aux dispositions des alinéas A et B de l'article 110 5). Ces alinéas s'appliquent à différentes œuvres, ont une portée différente et doivent donc être examinés isolément. Ces deux dispositions concernent certains cas spéciaux, ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits.

A. ~~CONFORME AUX CRITÈRES DE L'ARTICLE 13~~ ~~WT/DS160/R~~ ~~Doc. WT/DS160/R~~ ~~0.25~~ ~~DT-0045~~ ~~Tc 0.56~~ ~~25.15~~ ~~(8)~~ ~~11~~ ~~10~~ ~~13.56~~ ~~ts~~ ~~TD~~ ~~FD~~ ~~1425~~ ~~Tf 0.1237~~ ~~Tc~~

les CE n'ont pas encore apporté la moindre preuve établissant que l'alinéa A) porte *quelque préjudice que ce soit* à leurs détenteurs de droits. Compte tenu de cette situation, notre analyse empirique se concentrera, comme celle des CE, sur l'alinéa B) de l'article 110 5).

24. Dans leur première communication, les États-Unis ont relevé le caractère inapproprié des chiffres fournis par les CE et ont examiné les coefficients de réduction qu'il convenait d'appliquer à ces chiffres afin d'obtenir une approximation raisonnable du manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE. Les CE ont répondu en affirmant de façon générale que cette exception coûtait plusieurs millions de dollars aux détenteurs de droits des CE. Nous avons donc, dans notre seconde communication, fourni des preuves à titre de réfutation, montrant que l'application de l'alinéa B) de l'article 110 5) ne coûtait pas des millions de dollars aux détenteurs de droits des CE, mais qu'au contraire, le coût de ces dispositions était négligeable. L'analyse a démontré que si l'on considère les sommes réparties par la première société de recouvrement des États-Unis, l'ASCAP, le manque à gagner maximum subi par les détenteurs de droits des CE du fait de l'exemption prévue à l'article 110 5) est compris entre 294 000 et 586 000 dollars, soit environ 1 pour cent.

25. Les États-Unis ont présenté au Groupe spécial les estimations les plus précises possibles en ce qui concerne le préjudice économique causé par l'article 110 5). À cet effet, nous avons utilisé des données provenant de l'ASCAP, de la NRA, de la NLBA et même des CE. Notre analyse est basée sur les meilleures informations disponibles et sur de solides fondements logiques et factuels.

26. À ce jour, les CE n'ont présenté aucun fait qui réfute de façon significative l'une quelconque des hypothèses sur lesquelles se fonde l'analyse des États-Unis. Jusqu'à présent, les seules "données" sur le ~~manque à~~ **manque à** gagner qu'ont présentées les CE consistent en une déclaration tirée d'un communiqué tel-0.1455 Tc (

de recouvrement des CE. En 1996, ces répartitions ont été légèrement inférieures à 19,6 millions de dollars.²

30. Toutefois, dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, les CE font valoir que le nombre pertinent est beaucoup plus élevé et citent des chiffres de l'ASCAP afin de montrer que de 1996 à 1998 les détenteurs des CE ont reçu de l'ASCAP des montants s'élevant en moyenne à 39 millions de dollars. Compte tenu du manque de cohérence de la méthodologie utilisée par les CE, l'analyse des États-Unis a retenu une fourchette allant de 19,6 millions à 39 millions de dollars (*voir la ligne 1 de la pièce n° 24 des États-Unis*).

31. Ces chiffres totaux – 19,6 - 39 millions de dollars – représentent les paiements au titre de toutes les licences, y compris celles qui ne sont pas affectées du tout par l'alinéa B) de l'article 110 5). Par conséquent, ce chiffre ne peut s'appliquer de façon réaliste au manque à gagner potentiel des détenteurs de droits des CE. Ce manque à gagner ne peut provenir que des établissements dont la superficie et le matériel satisfont aux limites fixées et qui font entendre de la musique radiodiffusée. Nous allons donc, en procédant par étapes, réduire ce total afin d'exclure les recettes qui ne sont pas affectées par l'article 110 5).

2. Réduire ce chiffre pour obtenir le montant attribuable aux licences générales – 3,7 à 7,4 millions de dollars

32. Première étape – il faut exclure les recettes tirées de la diffusion d'œuvres musicales à la radio et à la télévision. L'alinéa B) de l'article 110 5) ne concerne aucunement ces revenus. Et de fait, les droits de licences versés par les stations de radio et de télévision constituent de loin la part la plus importante des recettes de l'ASCAP. Les droits de licence versés par les établissements concernés par l'alinéa B) de l'article 110 5) B) sont considérés comme des droits de licence générale. Nous savons, d'après les rapports annuels de l'ASCAP, que les droits de licence générale ne représentent que 14 pour cent des recettes totales de cet organisme et 18,9 pour cent de ses recettes intérieures. Par conséquent, ainsi que vous pouvez le voir à la ligne 1 de la pièce n° 24, il faut donc abaisser le montant total qui est versé aux détenteurs de droits des CE à 18,9 pour cent de ce total, ce qui donne un montant compris entre 3,7 et 7,4 millions de dollars.

3. Réduire le montant des pertes afin de tenir compte des redevances versées par les détenteurs de licences générales dont l'établissement ne correspond pas à la définition légale de ce terme – manque à gagner pour les détenteurs de droits des CE: 1,85-3,69 millions de dollars

33. Deuxièmement, l'article 110 5) B) ne s'applique pas à tous les détenteurs de licences générales, celles-ci représentent une catégorie très large et concernent globalement tous les agents économiques autres que les stations de radio et de télévision. On trouvera à la pièce des États-Unis n° 25 la liste des détenteurs de licences générales établie par l'ASCAP. Ainsi qu'on peut le voir, cette catégorie comporte toutes les catégories de services, services de musique de fond, collèges et universités, congrès, équipes de football, services d'attente musicale, clubs privés, parcs d'attraction, foires de commerce, séminaires de formation et tires de tracteurs. Les restaurants figurent certainement sur cette liste, mais on y trouve également de nombreux autres types de détenteurs de licence. Les redevances que paient ces détenteurs de licence doivent être exclues de l'analyse des pertes qui résultent de l'application de l'alinéa B) de l'article 110 5).

² Le chiffre de départ concernant BMI est tiré du *Trade Barriers Regulation Investigation Report des CE*, 1998, qui montre que 5,6 pour cent des répartitions totales effectuées par BMI aux détenteurs de droits, soit 217,3 millions de dollars en

34. Pour tenir compte de ce fait, les États-Unis ont supposé que 50

superficie inférieure aux limites fixées par la loi. Les CE allèguent également qu'il y a 683 783 établissements de détail aux États-Unis: $45\% \times 684\ 000 =$ environ 307 000.

40. Par conséquent, même si l'on utilise les chiffres fournis par les CE pour les besoins de notre analyse, il y aurait alors 239 000 restaurants et 307 000 établissements de vente au détail qui bénéficieraient de l'exception. Soit au total 546 000 établissements, représentant 52,1 pour cent de l'ensemble des établissements. À la ligne 4, nous avons donc appliqué ce pourcentage pour calculer le manque à gagner potentiel des détenteurs de droit des CE, et nous obtenons un montant compris entre 294 000 et 586 000 dollars environ.

41. Si l'on effectue la même analyse en quatre étapes, on obtient un montant très faible, soit 122 000 dollars.

6. La méthode utilisée par les États-Unis est prudente

42. Comme l'explique la communication des États-Unis, l'analyse des CE tend à surestimer le montant véritable du préjudice économique. La prudence de ces estimations tient notamment aux raisons suivantes :

- Les États-Unis ont pris pour hypothèse qu'au moins 30,5 pour cent des licences étaient imputables à la diffusion d'œuvres musicales. Cette hypothèse est évidemment trop élevée dans la mesure où une licence pour entendre de la musique font appel à plus d'un type de licence.
- De la même façon, les États-Unis ont pris pour hypothèse que 45 pour cent des établissements de ventes au détail (et 45 pour cent des établissements de ventes au détail) ont une superficie, il en résulterait un manque à gagner potentiel parmi les restaurants et établissements de ventes au détail, nécessairement parmi les établissements les plus petits, qui ont une part plus faible des recettes provenant des droits de propriété intellectuelle.
- L'analyse ne tient pas compte non plus des mesures de compensation afin de minimiser l'impact de l'application de l'article 110.
- De la même façon, l'analyse ne tient pas compte des avantages de l'accord privé conclu entre les sociétés NLBA.

7. Le préjudice minime porté par l'article 110 de l'ASCAP et BMI 858e certainement à surestimer le montant 1.25 Tf 0 Tinju Tf4 -

V.

APPENDICE 2.7

COMMENTAIRES SUR LA LETTRE ADRESSÉE PAR LE DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI AU PRÉSIDENT DU GROUPE SPÉCIAL

(12 janvier 2000)

1. Les États-Unis se félicitent de l'occasion qui leur est donnée de formuler des commentaires sur les documents fournis au Groupe spécial par le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Les États-Unis se félicitent également de la communication du Groupe spécial en date du 10 janvier 2000 concernant la date limite de présentation des commentaires relatifs à ces documents.
2. De l'avis des États-Unis, l'abondante documentation fournie par l'OMPI ne soulève aucune

3.1 AUSTRALIE

3.1.1 COMMUNICATION ÉCRITE DE L'AUSTRALIE

(1^{er} novembre 1999)

EXPOSÉ RÉCAPITULATIF

- Les exceptions au droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées protégées par le droit d'auteur ou les limitations de ce droit dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC doivent être conformes:
 - aux conditions générales énoncées à l'article 13 dudit accord, et
 - aux conditions spécifiques énoncées à l'article 11*bis* de la Convention de Berne, incorporées dans ledit accord,compte tenu des objectifs et principes généraux de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 7.
- Il serait précieux de clarifier le rapport entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne pour ce qui est de ce droit spécifique:
 - si ni l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ni l'article 11*bis*

- de ce fait, il devrait être tenu compte de la nécessité spécifique d'une rémunération équitable lorsqu'on applique à ce droit le critère établi à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC;
 - en fixant les conditions de l'exercice du droit et une norme minimale concernant une rémunération équitable, l'article 11*bis* 2) établit la manière dont il convient d'équilibrer les droits et les obligations et de fixer les exceptions et les limitations, ce qui constitue en soi un exemple spécifique de l'équilibre général d'intérêts qui est prescrit à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC et qui ressort également de l'article 13;
 - l'article 9 2) de la Convention de Berne, en revanche, ne présente qu'un intérêt limité et indirect lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des exceptions à ce droit et des limitations de celui-ci susceptibles d'être autorisées.
- La rémunération équitable dans le cadre de la communication publique d'œuvres radiodiffusées devrait tenir compte de tout avantage commercial concret devant résulter de la communication publique à des fins commerciales:
 - le fait de limiter ce droit au droit à une rémunération équitable en restreint considérablement l'exercice, car il permet d'exclure le droit d'interdire la communication publique et de demander une rémunération excessive, et d'en prévoir la mise en application par un régime de licences obligatoires;
 - la rémunération équitable dans ce contexte assure l'équilibre de droits et d'objectifs visé à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC;
 - cette notion permet aussi de clarifier la nature du "préjudice injustifié" lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées.

Table des matières

	<u>Page</u>
I. HISTORIQUE	231
II. QUESTIONS JURIDIQUES	232
Portée et objectif de l'article 11bis de la Convention de Berne: droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées et conditions d'exercice de ce droit.....	233
Portée et objectif de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC: limitations générales du droit d'auteur et exceptions générales à ce droit	233
Obligations découlant de la Convention de Berne dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC.....	234
Article 11bis 2) de la Convention de Berne et article 13 de l'Accord sur les ADPIC: compatibilité en	

I. HISTORIQUE

1.1 À l'origine, au niveau national, le droit d'auteur et les droits connexes ont été institués, appliqués et soumis à des limitations et exceptions avec l'objectif global de préserver l'intérêt général au sens large en établissant des droits effectifs et appropriés. L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC") énonce cet équilibre, déjà présent dans les normes sur le droit d'auteur établies par la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques ("Convention de Berne")¹, sous une forme claire, le place expressément dans le contexte du commerce international et oblige les Membres de l'OMC à le respecter dans un certain nombre de contextes spécifiques lorsqu'ils mettent en œuvre leur législation sur la propriété intellectuelle. L'Accord sur les ADPIC repose sur la reconnaissance du fait que les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce, et autres formes d'atteintes aux intérêts légitimes, résultent du dérèglement de cet équilibre.

1.2 En vertu de l'Accord sur les ADPIC, l'"équilibre de droits et d'obligations" est donc un objectif fondamental de la "protection et du respect des droits de propriété intellectuelle" (article 7); l'Accord prévoit des exceptions aux droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur et les droits connexes, et des limitations de ces droits (article 13). Toute exception au cadre de base établi par l'Accord sur les ADPIC devrait viser à assurer cet équilibre mutuellement avantageux et être conforme aux dispositions spécifiques dudit accord (notamment les dispositions d'autres instruments qui y sont incorporées par référence).

1.3 La présente affaire porte sur l'exemption de l'application de la disposition relative au paiement d'une redevance aux compositeurs de musique et auteurs de chansons lorsque leurs compositions radio ou télédiffusées sont diffusées dans certains lieux publics – c'est-à-dire des exceptions au droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées protégées par le droit d'auteur, droit que la Convention de Berne distingue clairement du droit de radiodiffusion proprement dit. Au vu des deux premières communications, la portée initiale des droits ne semble pas être en cause et la présente affaire a donc davantage trait à la portée légitime de certaines exceptions légales à ce droit: elle concerne donc moins la nature intrinsèque du droit que le point jusqu'auquel celui-ci peut être limité ou restreint, pour ce qui est des questions touchant à l'exploitation normale d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, au préjudice injustifié causé aux intérêts du détenteur du droit et au droit de ce

en vertu duquel les Membres de l'OMC doivent se conformer aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (à l'exception de l'article *6bis*) et à l'Annexe de ladite convention. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, qui fixe les limites dans lesquelles toute limitation du droit d'auteur et des droits connexes et toute exception à ces droits au titre dudit accord doivent être maintenues, atténue potentiellement cette obligation. La communication australienne présente une manière d'aborder les questions juridiques posées par la présente affaire d'une façon qui devrait permettre de préserver tant les intérêts légitimes des détenteurs du droit d'auteur que l'intérêt général et de maintenir l'intégrité du système composite que constituent l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne. L'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD) étant appelé, pour la première fois à l'occasion de la

la manière dont les restrictions législatives de ces droits fonctionnent, de façon à assurer un équilibre approprié d'intérêts.

2.4 Contrairement à l'"exception", la notion de "limitation" est compatible avec la mise en œuvre de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, qui établit des limites aux "conditions" que les législations nationales peuvent fixer à l'exercice des droits spécifiques prévus à l'article 11*bis* 1) de ladite convention.

Obligations découlant de la Convention de Berne dans le contexte de l'Accord sur les ADPIC

2.5 Comment et dans quelle mesure, l'historique de la Convention de Berne et les nombreux textes interprétatifs qui s'y rapportent s'appliquent-ils aux dispositions de ladite convention reprises dans l'Accord sur les ADPIC lorsqu'on les considère dans le cadre du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC? Cette question, qui n'est expressément soulevée par aucune des parties, est implicite dans l'utilisation des documents de base relatifs à la Convention de Berne dans les deux premières communications. Lorsqu'elles interprètent les dispositions en cause, les Communautés européennes vont puiser dans les travaux diplomatiques auxquels cette convention a donné lieu; les États-Unis font mention (paragraphe 22) de l'objectif de l'Accord sur les ADPIC (article 7), s'appuient sur un commentaire de spécialistes à propos de l'article 9 2) de la Convention de Berne dans leur analyse détaillée de l'article 13 dudit accord et invoquent la doctrine des "petites réserves" de la Convention de Berne qui n'est pas en soi une disposition spécifique de cet instrument mais a été élaborée lors des conférences diplomatiques sur ladite convention (paragraphe 18).

2.6 À première vue, les dispositions de la Convention de Berne dont il est question devraient être considérées comme des obligations découlant de l'effet de l'Accord sur les ADPIC et non comme des obligations de cette convention proprement dites. En vertu de l'Accord sur les ADPIC, les Membres de l'OMC sont liés par certaines dispositions d'un instrument international distinct, la Convention de Berne. L'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les dispositions dudit accord ne dérogeront pas aux obligations existantes au titre de la Convention de Berne, ce qui donne à penser que tout droit ou toute exception autorisés en vertu de l'Accord devraient être compatibles avec les dispositions de la Convention de Berne proprement dites. L'Accord sur les ADPIC a été négocié avec une connaissance générale de la portée des dispositions de la Convention de Berne et, s'il n'y a pas nécessairement de lien direct avec les interprétations qui ont été faites de cette convention, il est

2.6

2.6 de la Convention de Bern comme de l'objection spécifiés 2.2 de l'Accord sur les ADI. Lor, s),gitavec auxquel's e aucifique la pas

l'Accord sur les Aites le lort dexame liec est ques351esrlxeéscen Berne dan'ytes r n ceeffcess, est

9.2

leurs communications. Les dispositions de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC qui se chevauchent doivent donc être appliquées d'une manière claire et compatible, compte tenu notamment de ce qu'elles n'ont jamais été examinées auparavant dans le contexte du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

2.9 La première question concerne leur portée respective – l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC englobe-t-il l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne ou la portée de ces deux articles est-elle de même étendue pour les œuvres radiodiffusées? Les observations suivantes ont été émises, dans le cadre de l'OMPI, concernant le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et les exceptions et

l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les limitations et exceptions doivent être *restreintes* d'une certaine façon, ce qui n'exclut pas d'autres restrictions, plus circonscrites, fondées sur des dispositions spécifiques de la Convention de Berne. Comme les dispositions de l'article 13 de l'Accord et les dispositions de l'article 11*bis* 2) de la Convention ont la même force obligatoire pour les Membres de l'OMC et peuvent être interprétées sans qu'il y ait incompatibilité, les exceptions au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées, ou les limitations de ce droit devraient être conformes tant aux premières qu'aux secondes.

2.13 L'incorporation des dispositions de l'article 11*bis* de la Convention de Berne dans l'Accord sur les ADPIC établit ce droit en vertu dudit accord; il s'ensuit que toutes dispositions autorisant des limitations de ce droit (comme les dispositions de l'article 11*bis* 2)) revêtiraient aussi de l'importance pour ce qui est de déterminer les obligations connexes découlant de l'Accord sur les ADPIC. Le rapport général de la Conférence de Bruxelles indique que le paragraphe 1 de l'article 11*bis* de la Convention de Berne "dans ses trois chefs est indivisible du [paragraphe] 2".¹²

2.14 L'Australie estime qu'il vaudrait mieux reco

Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué de la Suisse et M. le Délégué de la Hongrie ont évoqué ces exemptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception s'appliquent aux articles 11*bis*, 11*ter*, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit.²¹

La dernière phrase souligne le caractère *de minimis* des catégories d'exceptions pouvant relever de la doctrine des petites réserves eu égard à ce droit particulier.

3.5 À la Conférence de Stockholm (1967), il a de nouveau été décidé que la Convention de Berne n'empêchait pas les États parties de conserver les exceptions existant dans leur législation à condition qu'elles puissent être considérées comme des petites réserves.²² Les pays nordiques ont proposé d'insérer dans le rapport général une phrase visant à préciser que la possibilité de faire des petites réserves, qui avait été prise en compte dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles, demeurait valable. Les actes de la Conférence de Stockholm contiennent donc le texte suivant:

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

Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles.²³

3.6 Les participants à la Conférence de Bruxelles et à la Conférence de Stockholm ont estimé que la doctrine des petites réserves s'appliquait, entre autres dispositions, à l'article 11*bis*. Le statut juridique de ces réserves n'est pas entièrement clair: s'agit-il purement de "réserves" concernant l'application de la Convention aux pays qui les formulent ou d'interprétations implicites du texte de cet instrument? Étant donné que l'Accord sur les ADPIC n'autorise pas les réserves formelles (article 72), il se peut que l'article 13 ait eu pour objet d'offrir le même degré de latitude que les petites réserves autorisées en vertu de la Convention de Berne; une autre possibilité serait de considérer les petites réserves comme clarifiant l'interprétation pratique de l'article 11*bis* 2) de cette convention. Par exemple, on pourrait estimer qu'une utilisation pour laquelle la rémunération appropriée peut équitablement être considérée comme nulle "relèverait d'une réserve". Il pourrait être jugé inéquitable

²¹ *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, OMPI, Genève, 1986, page 216.

²² *Guide de la Convention de Berne (1978)* OMPI, Genève, page 75.

²³ *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle*, OMPI, Genève, 1971, page 1174.

de percevoir une somme d'argent pour une utilisation à caractère non commercial, ayant lieu dans un cadre privé ou motivée par un intérêt général commun.

"Rémunération équitable" visée à l'article 11bis 2)

3.7 L'article 11bis 2) dispose que, quelles que soient les conditions imposées à l'exercice du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, deux droits clairement définis devraient être préservés dans tous les cas – le droit moral (qui semble ne pas s'appliquer dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC car il est exclu à l'article 9 1) dudit accord) et le droit d'obtenir une rémunération équitable. Ni l'une ni l'autre des deux premières communications ne traitent directement de la question de la rémunération équitable. Pourtant celle-ci demande à être examinée, d'une part parce que les exceptions au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées et les limitations de ce droit doivent être évaluées au regard de l'article 11bis 2) et, de l'autre, parce que l'article 11bis 2) devrait permettre de préciser l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC à ce droit.

3.8 La nature distincte de la communication publique d'une œuvre radiodiffusée crée une attente de rétribution distincte chez le créateur de l'œuvre. Cette situation a été résumée de la manière suivante dans un document présenté lors d'une enquête parlementaire conduite récemment en Australie:

La loi reconnaît deux niveaux d'avantages. La station de radio obtient un avantage grâce à la radiodiffusion dans les foyers. Si, au point de réception, quelqu'un choisit d'obtenir un second avantage commercial en utilisant la réception pour diffuser la musique, c'est bien quelque chose qui devrait procurer un certain revenu à l'auteur ou au compositeur.²⁴

Cette attente de rétribution distincte devrait donc permettre de préciser la notion de "rémunération équitable". On peut lire plus loin dans le même rapport d'enquête:

Nombre de compositeurs ont souligné combien les redevances perçues pour la représentation ou l'exécution publiques de leurs œuvres étaient importantes pour leur permettre de continuer à composer de la musique ... Ils ont la ferme impression que la valeur de la redevance ne tient pas seulement à son montant, mais aussi au fait de savoir qu'ils reçoivent une sorte de rétribution financière pour leur travail. Beaucoup ont considéré que le principe de rétribution était aussi important que l'argent.²⁵

3.9 Vu les prescriptions précises de l'article 11bis 2) de la Convention de Berne, il est exigé une rémunération équitable, qu'elle soit fixée par un accord ou par l'autorité compétente, pour la communication publique d'œuvres radiodiffusées, même dans le cadre d'objectifs commerciaux relativement modestes. La redevance appropriée peut être modique pour de petites entreprises cherchant à obtenir un avantage commercial des œuvres radiodiffusées.²⁶ Le niveau de rémunération équitable peut être lié de manière générale aux avantages commerciaux obtenus par l'utilisateur commercial – par exemple en attirant ou retenant une clientèle additionnelle, en créant une ambiance particulière et en tirant parti de l'attrait populaire d'une œuvre musicale. Représentant un groupe

²⁴ Document présenté par l'APRA, cité dans *Don't Stop the Music*, pages 67 et 68.

²⁵ *Don't Stop the Music*, page 68.

²⁶ La redevance perçue par la société de recouvrement ASCAP aux États-Unis pour les petites entreprises exonérées par la récente révision de l'article 110 5) était par exemple de 30 dollars (voir la pièce n° 7 jointe à la première communication des États-Unis, datée du 26 octobre).

4.2 Il existe toutefois des différences évidentes entre les unes et les autres de ces dispositions, notamment lorsqu'on applique l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées. À cet égard, l'article 9 2) de la Convention de Berne concerne un droit différent, une forme différente d'exploitation de l'œuvre et une série différente d'intérêts; il fait également mention d'exceptions pures et simples au droit de reproduction, plutôt qu'aux conditions d'exercice du droit ou aux limitations de celui-ci. La nature de l'exploitation normale de l'œuvre et du préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes peut être sensiblement différente selon qu'il s'agit du droit de reproduction ou du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées. La question serait donc tout autre si l'affaire concernait une exception au droit de reproduction.

4.3 L'article 9 2) de la Convention de Berne peut toutefois fournir des orientations générales ou indirectes quant à l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC à la communication publique d'œuvres radiodiffusées, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes exacts utilisés. En ce qui concerne l'effet juridique de l'article 13 dudit accord et ses buts et objectifs eu égard au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne apporte des indications plus directes et qui font davantage autorité. L'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne régit directement ce droit spécifique et, pour assurer une application cohérente de l'Accord sur les ADPIC, les dispositions de l'article 13 et de l'article 11*bis* 2) doivent être compatibles.

4.4 Lors de l'adoption de l'article 9 2) de la Convention de Berne, les participants à la Conférence de Stockholm ont formulé les observations ci-après:

S'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, la reproduction n'est pas du tout permise. S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Seulement s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certains cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement. À titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être permise, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite en une petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique.³¹

Concernant le premier point du critère en trois points – les "cas spéciaux" –, Ricketson note ce qui suit:

L'expression "dans certains cas spéciaux" exprime un critère général, qui peut être considéré comme revêtant deux aspects distincts. Premièrement, l'utilisation doit avoir un objectif bien spécifique: une forme générale d'exception ne serait pas justifiée. Deuxièmement, cet objectif doit avoir quelque chose de spécial, le terme "spécial"

³¹ *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle*, rapport sur les travaux de la Commission principale n° I, OMPI, Genève, page 1152.

signifiant ici qu'il est motivé par une raison claire de politique générale ou quelque autre circonstance exceptionnelle.³²

4.5 Les deuxième et troisième points ont été placés dans cet ordre pour faciliter l'application de la règle. Autrement dit, il convient tout d'abord de déterminer s'il y a "atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre". Ce n'est que si la réponse est négative qu'il est nécessaire d'examiner si l'utilisation cause un "préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".³³

4.6 Peu de précisions sont fournies sur le sens de l'expression "exploitation normale de l'œuvre", même si les actes de la Conférence de Stockholm mentionnés plus haut (paragraphe 4.4) montrent que le fait de faire un grand nombre d'exemplaires peut porter atteinte à "l'exploitation normale de l'œuvre".³⁴ Concernant ce deuxième point, Ricketson formule les précieuses observations suivantes:

Le bon sens voudrait que l'expression "exploitation normale" porte simplement sur les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en temps normal. Il y aura donc certains types d'utilisations qui n'entrent pas dans le cadre de son exploitation normale de l'œuvre – c'est-à-dire des utilisations

Orientations données par l'article 11bis 2) de la Convention de Berne quant à l'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

4.8 Ainsi qu'il est souligné plus haut (paragraphe 2.14 et 4.3), l'article 11bis 2) de la Convention de Berne a une influence plus directe sur la manière dont l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC devrait être appliqué dans la présente affaire. Il dispose que les "conditions" s'appliquant à la communication publique d'œuvres radiodiffusées "ne pourront porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente". Ces dispositions clarifient la manière dont les expressions "exploitation normale", "préjudice injustifié" et "intérêts légitimes" devraient être interprétées concernant ce droit particulier. Par exemple, elles laissent entendre que les licences obligatoires peuvent être compatibles avec l'exploitation normale. Elles mettent l'accent sur le droit moral de l'auteur et son droit d'obtenir une rémunération équitable en les considérant comme des intérêts légitimes dans ce contexte et laissent supposer que l'application, par voie législative, de conditions à l'exercice d'un des droits visés à l'article 11bis porterait atteinte à ces intérêts et entraînerait ainsi un "préjudice injustifié".

L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC eu égard aux objectifs dudit accord

4.9 En définitive, l'interprétation de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC doit être conforme aux objectifs de l'accord lui-même, comme le souligne la première communication des États-Unis (paragraphe 22). Les dispositions fondamentales à cet égard sont l'article 7 ("objectifs") et l'article 8 ("principes"); peut-être peut-on également tenir compte de certains éléments du préambule. L'article 7 est consacré notamment à l'innovation technologique, au transfert et à la diffusion de la technologie et aux intérêts de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques, questions sur lesquelles ne porte pas directement la présente affaire. Il souligne également que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient être "propices au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations". À la Conférence de Rome, certains se sont inquiétés de ce que la mise au point de la technologie de la radiodiffusion, qui était alors nouvelle, comme moyen de favoriser le bien-être social et culturel puisse être compromise par une application restrictive du nouveau droit de radiodiffusion.

4.10 Même s'il n'a pas été au premier plan de la négociation de l'Accord sur les ADPIC, l'historique de la Convention de Berne donne à penser que c'est entre le droit de l'auteur à une rémunération³⁶ et la nécessité pour les médias audiovisuels de favoriser le bien-être social et économique et d'y contribuer qu'il conviendrait d'assurer l'équilibre spécifique d'intérêts à prendre en considération pour la représentation ou l'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées. De quels facteurs devrait-il être tenu compte pour assurer cet équilibre? De toute évidence, personne n'a voulu donner à l'auteur le droit d'interdire la communication publique de l'œuvre radiodiffusée car ce serait une restriction injustifiée de l'utilisation de cette œuvre. Certaines exceptions *de minimis* au droit ou exceptions relevant de l'intérêt général ont aussi été prises en considération dans le cadre au moins de certains systèmes juridiques - utilisation dans un milieu familial ou domestique, ou dans un contexte religieux ou éducatif. Par ailleurs, l'auteur ne jouit pas d'un droit illimité d'obtenir une rémunération - en effet, aucune position de monopole dans la négociation ne lui a été conférée et il a été reconnu qu'une autorité indépendante pouvait fixer le niveau de rémunération qui serait équitable.

4.11 L'équilibre obtenu visait donc à garantir un droit à une rémunération équitable plein et entier pour les utilisations d'œuvres qui n'entraient pas dans la catégorie des "exceptions mineures" ou dans la catégorie *de minimis*. Lorsque l'article 11bis a été introduit sous sa forme initiale à la Conférence de Rome, la Sous-Commission pour la radiophonie a indiqué que celui-ci avait pour objet "de mettre

³⁶ Ainsi que le droit moral de l'auteur, s'il n'est pas exclu dans ce contexte - toutefois, la mention du droit moral à l'article 11bis 2) de la Convention de Berne semble entrer dans le cadre de l'exclusion, à l'article 9 1) de l'Accord sur les ADPIC, des "droits dérivés" de l'article 6bis de ladite Convention.

en harmonie les droits de l'auteur avec les intérêts publics généraux de l'État, auxquels les intérêts particuliers doivent uniquement se soumettre"³⁷, tout en confirmant "énergiquement le droit de l'auteur".

4.12 L'Australie estime que cette conception est tout à fait conforme aux grands objectifs de l'Accord sur les ADPIC et constitue en fait une application exemplaire de l'"équilibre" prescrit à l'article 7.

V. L'ARTICLE 110 5) DE LA LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR DES ÉTATS-UNIS EU ÉGARD À L'ACCORD SUR LES ADPIC

5.1 L'Australie propose à présent des considérations d'ordre général sur la compatibilité des dispositions législatives en cause avec l'Accord sur les ADPIC. Ainsi qu'il a été suggéré plus haut, il convient d'évaluer l'article 110 5) en regard de l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, et notamment en donnant, dans la lecture de ce dernier article, la même autorité à l'article 11*bis* 2). Si une exception au droit de représentation ou d'exécution publiques d'œuvres radiodiffusées est jugée incompatible avec l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne, il serait vain d'affirmer qu'elle est néanmoins compatible avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis et article 11*bis* 2) de la Convention de Berne: nécessité d'assurer une rémunération équitable

5.2 Les observations détaillées présentées plus haut donnent à penser qu'il serait incompatible avec l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne de supprimer effectivement le droit d'autoriser la communication publique d'œuvres radiodiffusées lorsque cette communication a des objectifs expressément commerciaux car il n'a été envisagé aucune condition ou réserve concernant l'exercice de ce droit qui équivaldrait à un refus de rémunération équitable dans ce contexte. Ce point est peut-être lié à la façon dont la "rémunération équitable" doit être déterminée, mais il est difficile de considérer de quelle manière l'absence de droit à rémunération, pour l'auteur, peut être conciliée avec l'utilisation intentionnelle et directe d'œuvres protégées par le droit d'auteur à des fins expressément commerciales.

Application de la doctrine des petites réserves

5.3 La présente affaire porte sur une exception au droit énoncé à l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne, exception qui empêche les détenteurs de droits de chercher à obtenir une rémunération équitable pour la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées dans un grand nombre d'environnements commerciaux – environ 70

L'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur et le critère en trois points de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

5.4 S'il était jugé opportun ou nécessaire d'examiner la compatibilité de l'article 110 5) avec l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, l'Australie s'emploie, dans l'analyse ci-après, à appliquer l'interprétation de ce dernier article, présentée ci-dessus, à la présente affaire.

Cas spécial

5.5 L'article 110 5) prévoit une exception pure et simple pour un grand nombre d'établissements, notamment les établissements de restauration ou les débits de boissons ou autres établissements. Rien ne montre que les critères choisis pour définir cette exception ont été motivés par des objectifs de politique générale publique, comparables aux utilisations dans le cadre de la recherche ou dans un contexte éducatif ou religieux. De même, l'article 110 5) semble instituer une exception globale pour les établissements de ce type plutôt que de traiter de certains cas spéciaux: la superficie d'un établissement ne lui confère aucune qualité spéciale et ne donne à l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur aucun caractère moins directement commercial. Aucune "utilisation spéciale" ou aucune "circonstance exceptionnelle" ne semblent avoir été définies et sous-tendre l'exception visée à l'article 110 5) – comme il est prévu dans l'analyse figurant plus haut (paragraphe 4.4). Le seuil appliqué est plutôt justifié par des considérations aléatoires sur les modalités pratiques de la perception des redevances.

Atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre

5.6 L'article 110 5) autorise les établissements de restauration, les débits de boissons et autres établissements à procéder à la communication d'œuvres musicales radiodiffusées au public dans le but direct d'en tirer un gain commercial. La diffusion d'œuvres musicales est souvent utilisée par ces établissements pour attirer et divertir les clients et créer une ambiance à leur intention. Le droit à une rémunération équitable pour la communication publique d'œuvres radiodiffusées dans un cadre commercial de ce type constitue une exploitation normale de l'œuvre musicale, distincte d'autres formes d'exploitation. Il se peut éventuellement que, pour des raisons pratiques, des détenteurs de droits choisissent de ne pas obtenir cette rémunération dans certaines circonstances commerciales, mais le fait de disposer de ce choix est compatible avec l'exploitation normale, à condition que le principe de la rémunération équitable ne soit pas nié. La communication des États-Unis (paragraphe 34) laisse entendre que, pour les établissements exclus en vertu de l'article 110 5) A), les droits de licence "seraient probablement les plus faibles"; cette situation est sans doute plus

5.6

Préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes

5.8 L'Australie a fait observer que, dans ce contexte, l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne énonce clairement des principes s'appliquant à la détermination du préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du détenteur de droits. Le régime de licences obligatoires, le refus d'accorder une position de monopole dans la négociation, les exceptions *de minimis* ou les exceptions dans un contexte éducatif lié à l'intérêt général sont autant de formes de préjudices aux intérêts légitimes qui seraient justifiées: l'article 11

ANNEXE A

***"Don't stop the music!" (N'arrêtez pas la musique!)"
Rapport d'enquête sur le droit d'auteur, la musique et les petites entreprises***

En juin 1998, la Commission permanente des questions légales et constitutionnelles de la Chambre australienne des Représentants a présenté un rapport sur les droits d'exécution et de radio ou télédiffusion publiques dans le cadre des petites entreprises. Ce rapport était intitulé "Don't stop the

ANNEXE B

Définition de l'expression "en public"

Les droits énoncés à l'article 11*bis* 1) 3° de la Convention de Berne portent sur la communication *publique* d'œuvres radiodiffusées. Il convient de se demander si les situations envisagées à l'article 110 5) constitueraient une communication *publique* d'œuvres radiodiffusées.

La Convention de Berne ne définit pas le sens de l'expression "communication *publique*". La Conférence de Bruxelles (1948) fournissait certaines orientations pour la définition du terme *public* dans le cadre des droits de radiodiffusion et de communication:

Surtout, là où les gens se retrouvent: au cinéma, au restaurant, dans les salons de thé, les wagons de chemin de fer ... Le programme montre également que les plus importants de ces "lieux publics" étaient peut-être ceux où les gens travaillaient et venaient à leurs activités, comme les usines, les magasins et les bureaux.³⁹

Sur ce point, le Guide de la Convention de Berne de l'OMPI note ce qui suit:

Là où les hommes se réunissent, la tendance est d'agrémenter l'ambiance par de la musique (cafés, restaurants, salons de thé, hôtels, grands magasins, wagons de chemins de fer, avions, etc.) ... La question se pose dès lors de savoir si la permission de radiodiffuser

nouveau public. Cette réception publique donne prise au droit exclusif de l'auteur de l'autoriser.⁴⁰

Comme la Convention de Berne, la Loi australienne sur le droit d'auteur ne fournit pas de définition de l'expression *en public*. Toutefois, cette expression est examinée par les tribunaux australiens depuis de nombreuses années.⁴¹ Dans le cadre de la jurisprudence australienne existante, il est clair que les tribunaux nationaux tiendront compte des facteurs suivants pour déterminer si l'exécution d'une œuvre a lieu en public:

- premièrement, l'exécution est "publique", sauf si elle a lieu dans un cadre "familial et privé";
- deuxièmement, lorsque l'exécution vient en complément d'une activité commerciale, elle se fait en public;
- troisièmement, l'auditoire en question fait clairement partie du public du détenteur du droit d'auteur.

⁴⁰ *Guide de la Convention de Berne de l'OMPI*, OMPI, Genève, 1978, page 80.

⁴¹ Les commentaires jurisprudentiels les plus récents sur le sens de l'expression "en public" ont été formulés par la Haute Cour dans l'affaire APRA contre Telstra de 1997. Dans leur décision conjointe, les juges Dawson et Gaudron ont estimé ce qui suit: "La prise en considération du fait que, lorsqu'une œuvre est exécutée dans un cadre commercial, il ne s'agit vraisemblablement pas d'une occasion privée ou familiale et l'auditoire doit être considéré de manière plus appropriée comme une partie du public, est à la base même de la notion de public du titulaire du droit d'auteur. C'est d'ordinaire dans un cadre commercial qu'une exécution non autorisée se fera – d'un point de vue financier – au détriment du droit de l'auteur sur une œuvre; en effet, c'est justement dans ce cadre que le titulaire du droit est en droit d'attendre un paiement pour l'exécution autorisée de l'œuvre."

- L'article 9 2) de la Convention de Berne, en revanche, ne présente qu'un intérêt limité et indirect lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des exceptions à ce droit et des limitations de celui-ci susceptibles d'être autorisées.

La rémunération équitable dans le cadre du droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées devrait tenir compte de tout avantage commercial concret devant résulter de la communication publique à des fins commerciales.

- La rémunération équitable dans ce contexte est compatible avec l'équilibre de droits et d'obligations visé à l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC.
- Elle permet aussi de clarifier la nature du "préjudice injustifié" lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC au droit de communication publique d'œuvres radiodiffusées.

a) tout mode de présentation visuelle ou sonore, que cette présentation soit faite au moyen d'un appareil de télégraphie sans fil, d'un film cinématographique, d'un phonogramme ou par tout autre moyen ...

...

3) Lorsque des images visuelles sont projetées ou des sons émis par un appareil récepteur vers lequel ils sont acheminés par la transmission de signaux électromagnétiques (suivant ou non des trajets délimités par une substance matérielle), le fonctionnement de tout appareil par lequel les signaux sont transmis, directement ou indirectement, au récepteur n'est pas réputé constituer une représentation ou exécution ni un acte consistant à faire voir les images ou entendre les sons mais, dans la mesure où la projection ou l'émission des images ou des sons constitue une représentation ou exécution, ou permet de faire voir des images ou entendre des sons, la représentation ou l'exécution, ou l'acte consistant à faire voir les images ou entendre les sons, selon le cas, est considéré comme étant effectué au moyen de l'appareil récepteur.

4) Sans préjudice des deux alinéas précédents, lorsqu'une œuvre ou l'adaptation d'une œuvre est représentée ou exécutée, ou que l'on fait voir des images ou entendre des sons en faisant fonctionner un appareil visé à l'alinéa précédent ou tout appareil reproduisant des sons au moyen d'un phonogramme, étant entendu que cet appareil est fourni par l'occupant des locaux où il se trouve ou est utilisé avec son consentement, ledit occupant est réputé, aux fins de la présente loi, être la personne qui donne la représentation ou l'exécution ou qui fait voir les images ou entendre les sons, qu'il s'agisse ou non de la personne faisant fonctionner l'appareil.

Par ailleurs, l'article 31 de la même loi contient notamment les dispositions suivantes:

1) Aux fins de la présente loi, à moins qu'une intention contraire ne ressorte du contexte, le droit d'auteur sur une œuvre est le droit exclusif:

a) s'agissant d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'accomplir les actes suivants:

- i) reproduire l'œuvre sous une forme matérielle,
- ii) publier l'œuvre;
- iii) représenter ou exécuter l'œuvre en public,
- iv) radiodiffuser l'œuvre,
- v) faire transmettre l'œuvre aux abonnés d'un service de diffusion,
- vi) faire une adaptation de l'œuvre,

réservoir, qui amènent leur véhicule pour le faire réparer ou qui règlent des achats peuvent entendre de la musique.

-

La seconde partie du droit de représentation ou d'exécution publiques [article 11 1)] attribue à l'auteur le droit exclusif d'autoriser la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de son œuvre. Les termes "par tous moyens" doivent s'entendre de la cinématographie, de la transmission par fil mais non de la radiodiffusion, car celle-ci est régie par des dispositions spéciales (article 11*bis*). À titre d'exemple, un organisme de radiodiffusion procède à une émission sans fil qui comporte un concert de musique de chambre: c'est l'article 11*bis* qui est applicable. Cet organisme lui-même ou une entreprise spécialisée communique ce concert par un réseau téléphonique à des abonnés: c'est du ressort de l'article 11.

Les alinéas A et B concernent la communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées; c'est donc l'article 11*bis* qui s'applique à ces deux alinéas. En particulier, bien que l'alinéa A porte sur des formes peut-être plus limitées de communication publique, son but était expressément de viser la communication publique intentionnelle et directe, et notamment de permettre aux propriétaires d'entreprises de procéder à la communication d'œuvres radiodiffusées "pour le bénéfice de leurs clients".⁴⁵

Q.4 À votre avis, quel est le rapport entre l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 11*bis* 2) de la Convention de Bern (1952) sur la protection des œuvres littéraires et artistiques?

Les prescriptions de l'article 13 et de l'article 11bis 2) s'appliquent-elles de manière cumulative, en ce sens que, d'une part, même si le critère en trois conditions de l'article 13 est respecté, il doit être satisfait à une prescription supplémentaire, la quatrième, - à savoir de verser une rémunération équitable - et, d'autre part, même si une rémunération équitable est acquittée conformément à l'article 11bis 2), il demeure nécessaire de satisfaire également aux trois conditions de l'article 13? Veuillez fournir des explications à cet égard.

L'interprétation qu'il conviendrait de privilégier pour les unes et les autres de ces dispositions, dont l'effet s'exerce conjointement, est la suivante:

- il devrait être satisfait aux deux critères, indépendamment si nécessaire; mais, si cela est possible;
- l'article 11bis 2) de la Convention de Berne devrait être considéré comme définissant, pour les droits prévus à l'article 11bis 1), les limitations et exceptions qui, dans les termes de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC – ne causeraient pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droits dans ce contexte; autrement dit, le fait de refuser de reconnaître le droit à une rémunération équitable reviendrait automatiquement à causer un préjudice injustifié à ces intérêts pour cette forme d'exploitation du droit de communication publique d'œuvres musicales radiodiffusées.

Q.5 À votre avis, dans quelle mesure la Convention de Berne fait-elle désormais partie du droit international coutumier et, si tel est le cas, quelle partie en particulier les articles premier à 21 de ladite convention?

Il n'est pas fourni de réponse directe à cette question dans la présente réponse. Les droits et obligations en cause dans la présente affaire, y compris les paragraphes pertinents de la Convention de Berne, sont des obligations conventionnelles directes; il s'agit de l'article 9 de l'Accord sur les ADPIC et, par référence, des articles 11bis iii) et 11bis 2) de la Convention de Berne et de l'article 13 dudit accord.

Q.6 La doctrine des "exceptions mineures" au titre de la Convention de Berne, notamment dans le cadre des articles 11bis 1) et 11 1), a-t-elle acquis la qualité de droit international coutumier? Quelle est la signification juridique de la doctrine des "exceptions mineures" dans le cadre de la Convention de Berne compte tenu des alinéas a) à c) du paragraphe 3) ou du paragraphe 4) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou compte tenu de l'article 32 de cet instrument? La doctrine des "exceptions mineures" ou toute autre exception implicite a-t-elle été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC au moyen de l'article 9:1 dudit accord, ainsi que des articles premier à 21 de la Convention de Berne? Veuillez fournir des explications à cet égard.

Dans la présente réponse, l'Australie ne se permet pas de trancher la question de savoir si la doctrine des petites réserves fait partie du droit international coutumier. Concernant les faits de la présente affaire, il est peu probable que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis entre dans le cadre de ce qui était censé relever de la doctrine des petites réserves. Le rapport général de la Conférence de Bruxelles donne une idée claire de la portée limitée du principe des petites réserves:

Votre Rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. M.M. les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué

3.2 BRÉSIL

3.2.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES

(9 novembre 1999)

Au nom du gouvernement brésilien, je vous remercie de l'attention que vous avez accordée à cette affaire. Le Brésil se félicite de pouvoir participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierce partie. Cette participation est essentiellement motivée par un intérêt systémique pour les incidences de l'interprétation de la portée des exceptions prévues par l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Parallèlement, notre participation tient à des intérêts concrets car la part de marché de la musique brésilienne aux États-Unis a augmenté sensiblement ces toutes dernières années. Des compositeurs brésiliens se sont plaint que la Loi des États-Unis "sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" lésait leurs intérêts légitimes sur ce marché.

Comme les Communautés européennes et leurs États membres l'ont fait valoir dans leur première communication, les exceptions prévues pour les établissements commerciaux par l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sont, de l'avis du Brésil, incompatibles avec les obligations multilatérales qui découlent de l'Accord sur les ADPIC dans la mesure où les articles 1 à 21 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) sont incorporés dans cet accord.

En vertu de l'**article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC**, ces obligations font partie intégrante des règles de l'OMC, et entrent ainsi intégralement dans le champ d'application du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation. L'**article 11bis 1) 3° de la Convention de Berne** dispose que "*[l]es auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée*". L'**article 11 1) 2° de la Convention de Berne** prévoit que "*[l]es auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser: (...) la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres*". Enfin, l'**article 11bis 2) de la Convention de Berne** dispose ce qui suit: "*Il appartient aux législations des pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1) ci-dessus, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente*".

Les États-Unis allèguent que la question dont il s'agit ici est la suivante: l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis crée une exception "mineure" au droit exclusif en matière de représentation et d'exécution publiques. Ils tentent d'ailleurs, dans leur communication, de prouver que ces exceptions entrent dans le champ d'application de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC sur les limitations du droit d'auteur et des droits connexes et exceptions à ces droits. Toutefois, le Brésil est d'avis que le **Groupe spécial devrait considérer l'article 110 5) en tenant compte des dispositions les plus spécifiques qui sont celles des articles 11bis 1) 3°, 11 1) 2° et 11bis 2) de la Convention de Berne**. Dans leur communication, les États-Unis ne parviennent pas à expliquer en quoi l'article 110 5) pourrait être compatible avec les engagements qu'ils ont pris au titre de ces dispositions spécifiques.

Les communications des Communautés européennes et de l'Australie aident utilement le Groupe spécial à comprendre la contradiction entre les exceptions au droit d'auteur prévues par la législation des États-Unis et les dispositions en vigueur de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention de Berne.

radio et la télévision sans aucune limite, il est plus que raisonnable de faire valoir que l'exploitation normale des œuvres est menacée et qu'un préjudice peut être causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits. Dans leur communication, les États-Unis n'ont pas pu produire de statistiques qui prouvent que la "Loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales" a une incidence négligeable sur les recettes des détenteurs de droits. Toutefois, le Brésil considère que même si ces statistiques étaient disponibles, l'examen de l'article 110 5) n'aurait pas de rapport avec les limitations quantitatives relatives à la superficie de l'établissement ou au nombre de haut-parleurs. Il estime qu'il incombe essentiellement au Groupe spécial de juger de la légitimité de l'exception prévue à l'article 110 5) en tenant compte de son caractère essentiellement commercial.

3.2.2 RÉPONSES DU BRÉSIL AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(17 novembre 1999)

Q.1 Prière de donner des exemples d'exceptions prévues par les lois sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays et fondées sur la doctrine des "petites réserves".

Il y a, dans la législation brésilienne, quelques exemples d'exceptions relevant de la doctrine des "petites réserves" susmentionnées. Il n'y a pas violation du droit d'auteur dans les cas suivants: a) reproduction, dans les quotidiens ou périodiques d'information ou articles informatifs, d'extraits de journaux ou de magazines avec la mention du nom de l'auteur, s'ils sont signés, et de la publication dont ils sont repris; b) reproduction dans les journaux ou magazines des discours prononcés aux réunions publiques de tout type; c) reproduction d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques destinée à l'usage exclusif des malvoyants, à condition que cette reproduction soit effectuée sans intention lucrative, soit en braille, soit par un autre procédé utilisant un support conçu pour ces utilisateurs; d) utilisation d'œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques, de phonogrammes et d'émissions de radio ou de télévision dans les établissements commerciaux aux seules fins de la démonstration auprès des clients, à condition que lesdits établissements commercialisent les fournitures ou le matériel qui permettent cette utilisation.

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

Conformément à la nouvelle Loi brésilienne sur le droit d'auteur et les droits connexes (Loi 9.610 du 19 février 1999), les auteurs ont le droit exclusif d'exploiter leurs œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, d'en tirer profit et de les céder. Les auteurs et les titulaires de droits connexes peuvent constituer des associations à but non lucratif pour exercer et défendre leurs droits. Ces associations assureront collectivement l'existence d'un bureau central unique ("Escritório Nacional de Arrecadação de Direitos – ECAD") aux fins de la collecte et de la répartition des redevances perçues sur la représentation et l'exécution publiques des œuvres musicales avec ou sans paroles et la diffusion des phonogrammes, y compris la radiodiffusion et l'émission par tout moyen ainsi que la présentation des œuvres audiovisuelles. Ce bureau central n'aura aucun but lucratif et sera dirigé et géré par les associations qui l'ont constitué.

3.3 CANADA

3.3.1 COMMUNICATION ÉCRITE

(1^{er} novembre 1999)

Le présent différend soulève des questions importantes relatives à la protection du droit d'auteur, notamment l'importance d'exceptions limitées. Le Canada demeure très intéressé par ces questions et attend avec intérêt le résultat des délibérations du Groupe spécial.

3.4 JAPON

3.4.1 COMMUNICATION ÉCRITE

(1^{er} novembre 1999)

1. Les Communautés européennes et leurs États membres allèguent que l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis n'est pas conforme aux obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur les ADPIC, en particulier l'article 9:1 dudit accord, qui prévoit que les Membres de l'OMC doivent respecter les articles 11*bis* 1) 3^o et 11

6. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Japon est convaincu que l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis est parfaitement conforme à l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC.

3.4.2 RÉPONSES DU JAPON AUX QUESTIONS ÉCRITES DU GROUPE SPÉCIAL

(19 novembre 1999)

Q.1 Prière de donner des exemples d'exceptions prévues par les lois sur le droit d'auteur de votre pays ou d'autres pays et fondées sur la doctrine des "petites réserves".

En général, diverses conditions applicables sont combinées de manière complexe dans les dispositions relatives aux limitations du droit d'auteur et aux exceptions à ce droit, et la manière dont les œuvres protégées par le droit d'auteur sont exploitées conformément à ces dispositions varie considérablement selon chaque nation. C'est pourquoi il est difficile de déterminer l'applicabilité de la doctrine des "petites réserves" aux dispositions connexes de chaque législation nationale et il faut y réfléchir mûrement.

Dans ces conditions, le Japon n'a examiné pour le moment que l'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis sur lequel portent les travaux du Groupe spécial et n'a, en outre, aucun exemple approprié à citer.

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

Conformément à la Loi sur le droit d'auteur du Japon, ces utilisations d'œuvres musicales font l'objet de droits exclusifs qui sont exercés soit par les détenteurs de ces droits, soit par leurs organisations de gestion collective. Ces dernières exercent généralement ces droits en tant que mandataires des détenteurs de droits dans le cadre de contrats.

3.5 SUISSE

3.5.1 DÉCLARATION ORALE FAITE À L'AUDITION DES TIERCES PARTIES

(9 novembre 1999)

I. INTRODUCTION

1.

cet article sont remplies ou non. Dans la négative, il ne semble pas nécessaire de se référer à l'article 7 de l'Accord.

9. De plus, la Suisse souhaite souligner qu'après la ratification de l'Accord sur l'OMC (et de l'Accord sur les ADPIC), la portée de l'"exception pour usage de type privé", qui avait déjà posé des problèmes, n'aurait pas dû être encore étendue de cette manière injustifiable au moyen de l'article 110 5) et de l'"exception pour usage dans des entreprises commerciales".

V. REMARQUE FINALE

10. La Suisse partage le point de vue des Communautés européennes et de leurs États membres et approuve les arguments pertinents avancés par l'Australie.

Ni le statut juridique ni la portée de la "doctrine des exceptions mineures" ne sont très clairs. Dans le passé, cette doctrine a servi à justifier – dans le cadre des révisions successives de la Convention de Berne – le maintien d'exceptions qui étaient déjà prévues dans des législations nationales et qui auraient pu poser des problèmes au regard des améliorations du niveau de protection. Ces "exceptions mineures" sont généralement justifiées par un intérêt du public et limitées à des cas très particuliers, reflétant ainsi des particularités nationales. Cependant, il n'est pas possible de se fonder sur cette doctrine pour justifier l'adoption de nouvelles exceptions qui ne sont pas conformes à l'article 11*bis* 2) de la Convention de Berne et à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

**4.1 LETTRE DE LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL
AU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI**

**4.2 LETTRE DU DIRECTEUR GÉNÉRAL DE L'OMPI
À LA PRÉSIDENTE DU GROUPE SPÉCIAL**

(22 décembre 1999)

J'ai l'honneur de me référer à votre lettre du 15 novembre 1999 concernant un différend en cours de règlement par un groupe spécial dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Veillez trouver ci-joint une no275

NOTE

sur certaines questions relatives à la Convention de Berne soulevées
par l'Organisation mondiale du commerce

1. La présente note contient les observations du Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en réponse à une demande présentée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda, Présidente du Groupe spécial "États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur", Organisation mondiale du commerce (OMC), dans une lettre du 15 novembre 1999 adressée à M. Kamil Idris, Directeur général de l'OMPI.

2. Les renseignements demandés, concernant le différend porté devant le Groupe spécial susmentionné dans le cadre de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, sont les suivants:

1) s'agissant des articles 11 et 11*bis* de la Convention de la Berne et des limitations qui leur sont applicables: "tout renseignement factuel, dont dispose le Bureau international, sur les dispositions de la Convention de Berne (1971) en rapport avec la question, en particulier l'historique de la négociation ainsi que l'évolution et la pratique ultérieures concernant les dispositions auxquelles les parties se réfèrent";

2) s'agissant de la doctrine dite des "petites réserves" (concernant en particulier les articles 11 et 11*bis*): "tout renseignement factuel concernant le statut de cette doctrine dans le cadre de la Convention de Berne, tel qu'il ressort des documents de conférences diplomatiques, ainsi que (...) tout autre document" relatif aux membres de l'Union de Berne;

3) s'agissant de l'article 9 2) de la Convention de Berne, compte tenu de la ressemblance entre les termes employés dans cette disposition et à l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC): "tout renseignement de base sur l'historique de la négociation de l'article 9 2) et sur l'évolution et la pratique ultérieures concernant cette disposition".

Question 1: les articles 11 et 11*bis* et les limitations qui leur sont applicables

3. L'article 11 de la Convention de Berne de 1971 a, pour ce qui est des œuvres musicales non dramatiques, son origine dans l'article 9 3) de la Convention de Berne de 1886. Cette dernière accordait le traitement national aux auteurs de ces œuvres lorsqu'elles n'étaient pas publiées – et lorsqu'elles l'étaient s'il était indiqué, sur la page titre, que l'exécution était interdite. Le projet de convention, adopté à une conférence organisée par l'Association littéraire internationale à Berne en 1883, contenait la disposition suivante:

"Article 5: Les auteurs ressortissant à l'un des États contractants jouiront, dans tous les autres États de l'Union, du droit exclusif de traduction pendant toute la durée de leur droit sur leurs œuvres originales."

"Ce droit comprend les droits de publication, de représentation ou d'exécution."^{1 2}

4. Au Programme proposé par le Conseil fédéral suisse aux fins de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur, qui s'est tenue du 8 au 19 septembre 1884 à Berne, figurait une disposition identique à l'article 7, outre une proposition de remplacement concernant le droit de traduction.³ Les discussions relatives à cette proposition ont été consignées dans le procès-verbal de la troisième séance de la Conférence au cours de laquelle un questionnaire proposé par délégation allemande a été examiné. Un extrait de ce procès-verbal est joint à la présente note à l'annexe I.⁴ Les actes de la Conférence ne contiennent pas de procès-verbal ni de compte rendu des travaux de la Commission dont il est fait mention à l'annexe I, autres que le rapport de cette commission qui a été présenté à la cinquième séance de la Conférence. Dans le projet de la Commission, la mention de la représentation et de l'exécution qui était faite à l'article 7 du Programme a été retirée du contexte de la traduction et figure séparément dans le projet d'article 11. La partie correspondante du procès-verbal de cette séance, consacrée à cet article et au projet d'article 2, auquel le projet d'article 11 renvoie, est jointe à la présente note à l'annexe II.⁵ (La réserve formulée par un délégué au sujet du projet d'article 6 n'y figure pas car elle ne porte que sur la question des formalités de protection.)

5. À la Deuxième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885, les discussions ont eu pour point de départ le projet établi par la Conférence de 1884.⁶ Les extraits des procès-verbaux correspondant à l'examen liminaire des articles 2 et 11 est joint à la présente note à l'annexe III.⁷ Des extraits du Rapport de la Commission de la Conférence sur ces articles (l'article 11 du projet de 1884 est devenu l'article 9 dans la proposition de la Commission) et les Principes recommandés pour une unification ultérieure sont joints à la présente note à l'annexe IV.⁸ La Conférence a adopté les articles 2 et 9 sans discussion, tels qu'ils ont été proposés par la Commission.⁹

6. Les actes de la Troisième Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 au 9 septembre 1886 indiquent que la Conférence a examiné une Déclaration de la France concernant, entre autres, l'article 9 de la Convention. Un extrait des procès-verbaux de la Conférence où la déclaration est reproduite et qui rend compte de la discussion est joint à la présente note à l'annexe V.¹⁰

7. Les actes officiels des Conférences de Berne ne comprennent pas d'index et la sélection des renseignements susmentionnés, concernant l'historique de la négociation, repose sur un examen des actes. Pour ce qui est des Conférences suivantes, les renseignements choisis proviennent en partie des index des actes officiels et en partie d'un examen des actes. Les renseignements concernant la Conférence de Stockholm de 1967 sont fondés uniquement sur les index.

8. La conférence diplomatique réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1896 a adopté l'Acte additionnel et la Déclaration interprétative de Paris de 1896. Cet acte et cette déclaration n'ont pas modifié l'article 9 de l'Acte de Berne mais ont modifié l'article 2, auquel l'article 9 renvoie, et la

¹ Les traductions en anglais utilisées dans la version anglaise du présent texte sont de l'OMPI et sont tirées de la publication "1886 – Berne Convention Centenary – 1986" ("1886 – 1986 Centenaire de la Convention de Berne") Publication n° 877 de l'OMPI.

² Centenaire de la Convention de Berne, page 84.

³ Centenaire de la Convention de Berne, pages 85 et 86.

⁴ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 93.

⁵ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 97, 103 et 104.

⁶ Article 2 du Règlement, Centenaire de la Convention de Berne, page 115.

⁷ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 117, 118, 119 et 124.

⁸ Source: Centenaire de la Convention de Berne, pages 127, 130 et 135.

⁹ Centenaire de la Convention de Berne, page 137.

¹⁰ Source: Centenaire de la Convention de Berne, page 144.

10. L'annexe

"1) Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser: 1° la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres; 2° la transmission publique par tout moyen de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres. Est toutefois réservée l'application des dispositions des articles 11*bis* et 13.

3) Pour jouir de la protection du présent article, les auteurs, en publiant leurs œuvres, ne sont pas tenus d'en interdire la représentation ou l'exécution publique."

L'Acte de Bruxelles a également modifié l'article 11*bis* de la Convention. Les paragraphes 1 et 2 qui concernent le droit de radiodiffusion ont été libellés comme suit:

"1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser: 1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant

- 2) extraits des actes de la Conférence comprenant, au point A, les propositions du gouvernement belge et du Bureau de Berne, au point B, des propositions, contre-propositions et observations faites par des gouvernements de pays membres de l'Union de Berne et, au point C, un résumé des discussions et le résultat de la Conférence concernant les articles 11, y compris les "petites réserves", et *11bis* de la Convention⁴³;
- 3) des vœux, exprimés par différents congrès et réunions de 1927 à 1935, concernant le droit de représentation et d'exécution publiques et le droit de radiodiffusion⁴⁴;
- 4) des vœux exprimés par différents congrès et réunions de 1936 à 1948⁴⁵;
- 5) Mémoire de l'Organisation internationale de radiodiffusion.⁴⁶

16. Dans l'Acte de Stockholm de la Convention, adopté à la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle qui s'est tenue du 11 juin au 14 juillet 1967, le libellé des articles 11 et *11bis* est identique à celui qui figure dans l'Acte de Paris (1971). L'annexe XIV à la présente note comprend les extraits ci-après des actes de cette conférence (les extraits ne concernant que l'article *11bis* 3) ont été écartés):

- 1) extraits des Propositions de révision des dispositions relatives au droit d'auteur (articles 1 à 20), préparées par le gouvernement de la Suède avec le concours des BIRPI (proposition de base), concernant les articles 11 et *11bis*⁴⁷;
- 2) observations du gouvernement allemand concernant l'article 11 de la proposition de base⁴⁸;
- 3) observations du gouvernement israélien concernant les articles 11 et *11bis* de la proposition de base⁴⁹;
- 4) observations du gouvernement portugais concernant l'article 11 de la proposition de base⁵⁰;
- 5) observations du gouvernement britannique concernant l'article *11bis* de la proposition de base⁵¹;
- 6) observations du gouvernement suisse concernant l'article *11ter* de la proposition de base et comportant une référence à l'article 11⁵²;

⁴² Source: Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948 (ci-après dénommés "Documents 1948"), page 82.

⁴³ Source: Documents 1948, pages 252 à 304.

⁴⁴ Source: Documents 1948, pages 448 à 454.

⁴⁵ Source: Documents 1948, pages 492 et suivantes.

⁴⁶ Source: Documents 1948, pages 522 à 527.

⁴⁷ Source: Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin-14 juillet 1967 (ci-après dénommés "Actes 1967"), pages 120 à 122.

⁴⁸ Source: Actes 1967, page 625.

⁴⁹ Source: Actes 1967, page 633.

⁵⁰ Source: Actes 1967, page 638.

⁵¹ Source: Actes 1967, page 640.

⁵² Source: Actes 1967, page 677.

- 7) extraits du résumé des observations de gouvernements, établi par le Bureau des BIRPI, concernant les articles 11 et 11*bis*⁵³;
- 8) proposition du gouvernement grec concernant l'article 11 1)⁵⁴;
- 9) observations du gouvernement indien concernant l'article 11*bis* de la proposition de base⁵⁵;
- 10) proposition relative au régime des œuvres cinématographiques, soumise par le Groupe de travail de la Commission principale n° I à la Commission principale n°

- 17) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I⁶⁴;
- 18) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne.⁶⁵

17. La Conférence diplomatique de révision de la Convention de Berne qui s'est tenue à Paris du 5 au 24 juillet 1971 n'a pas modifié les articles susmentionnés et les actes de cette conférence n'ont donc pas été analysés aux fins de la présente note. Cette analyse peut être fournie sur demande.

18. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet des articles 11 et 11*bis* de la Convention de Berne, et des limitations qui leur sont applicables porte aussi sur tout autre "renseignement factuel dont dispose le Bureau international" et sur "l'évolution et la pratique ultérieures concernant les dispositions auxquelles les parties se réfèrent". Cette demande concerne une documentation très importante qui n'est pas disponible sous une forme indexée de manière systématique et précise. Toute sélection de documents considérés comme pertinents au regard du différend comporte inévitablement des risques d'interprétation desdits documents qui seraient incompatibles avec le statut de neutralité de l'OMPI à l'égard de ce différend. Pour satisfaire cette demande en toute neutralité, il faudrait effectuer un examen exhaustif des principales activités menées par l'OMPI en matière de droit d'auteur et de droits connexes durant la période du "développement encadré" ("guided development")⁶⁶ de 1967 à 1991 et un examen général de la mise en œuvre des dispositions du Traité dans toutes les législations nationales des États membres de l'Union de Berne. Cette recherche demanderait beaucoup de temps et n'a donc pas été effectuée. Cependant, le Bureau international est prêt à communiquer tout document non confidentiel en sa possession, spécifié de manière à pouvoir être trouvé sans que le Bureau international doive interpréter les dispositions de droit matériel de la Convention de Berne.

Question 2: La doctrine dite des "petites réserves"

19. Les discussions concernant la doctrine dite des "petites réserves" ont eu, semble-t-il, toutes lieu dans le contexte des discussions sur l'article 11 de la Convention de Berne. Il est donc possible de se référer, à ce sujet, aux documents mentionnés à propos de la question 1.

⁶⁴ Source: Actes 1967, pages 866 et suivantes (dans le cadre des discussions sur le droit de reproduction, l'alinéa 2) de l'article 11*bis* est mentionné au paragraphe 653.2), 871 (dans le contexte des discussions sur le droit de reproduction, il est fait mention de l'article 11 au paragraphe 711.4), 880 et suivantes (dans le contexte des discussions sur les œuvres cinématographiques), 898 et suivantes (dans le contexte des discussions sur le droit de reproduction, il est fait référence à l'alinéa 3) de l'article 11 au paragraphe 1069.1 et à l'article

20. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet de la doctrine des "petites réserves" porte sur "tout renseignement factuel concernant le statut de cette doctrine dans le cadre de la Convention de Berne, tel qu'il ressort des documents de conférences diplomatiques, ainsi que tout autre document" relatif aux membres de l'Union de Berne. S'agissant de documents autres que ceux auxquels il est fait référence au paragraphe précédent, voir les remarques formulées au paragraphe 18 ci-dessus.

Question 3: Article 9 2) de la Convention de Berne

21. L'article 9 de l'Acte de Paris de la Convention de Berne, qui confère le droit de reproduction et détermine les exceptions à ce droit et des limitations de ce droit, a été adopté à la Conférence de Stockholm. L'annexe XV à la présente note comprend les extraits ci-après des actes de cette conférence:

- 1) extraits des Propositions de révision des dispositions relatives au droit d'auteur (articles 1 à 20), préparées par le gouvernement de la Suède avec le concours des BIRPI (proposition de base)⁶⁷;
- 2) observations du gouvernement autrichien au sujet de la proposition de base⁶⁸;
- 3) observations du gouvernement belge au sujet de la proposition de base⁶⁹;
- 4) observations du gouvernement tchécoslovaque au sujet de la proposition de base⁷⁰;
- 5) observations du gouvernement danois au sujet de la proposition de base⁷¹;
- 6) observations du gouvernement français au sujet de la proposition de base⁷²;
- 7) observations du gouvernement allemand au sujet de la proposition de base⁷³;
- 8) observations du gouvernement irlandais au sujet de la proposition de base⁷⁴;
- 9) observations du gouvernement israélien au sujet de la proposition de base⁷⁵;
- 10) observations du gouvernement italien au sujet de la proposition de base⁷⁶;
- 11) observations du gouvernement japonais au sujet de la proposition de base⁷⁷;
- 12) observations du gouvernement portugais au sujet de la proposition de base⁷⁸;
- 13) observations du gouvernement sud-africain au sujet de la proposition de base⁷⁹;

⁶⁷ Source: Actes 1967, pages 111 à 116.

⁶⁸ Source: Actes 1967, page 622.

⁶⁹ Source: Actes 1967, page 627.

⁷⁰ Source: Actes 1967, pages 641 et 642.

⁷¹ Source: Actes 1967, page 629.

⁷² Source: Actes 1967, page 629.

⁷³ Source: Actes 1967, pages 624 et 625.

⁷⁴ Source: Actes 1967, page 631.

⁷⁵ Source: Actes 1967, page 633.

⁷⁶ Source: Actes 1967, page 634.

⁷⁷ Source: Actes 1967, pages 634 et 635.

⁷⁸ Source: Actes 1967, page 638.

⁷⁹ Source: Actes 1967, page 621.

- 14) observations du gouvernement britannique au sujet de la proposition de base⁸⁰;
- 15) observations du gouvernement luxembourgeois au sujet de la proposition de base⁸¹;
- 16) extraits du résumé des observations des gouvernements, établi par le Bureau des BIRPI, concernant l'article 9⁸²;
- 17) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement autrichien⁸³;
- 18) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement britannique⁸⁴;
- 19) modification de la proposition de base, proposée par les gouvernements hongrois, polonais et tchécoslovaque⁸⁵;
- 20) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement grec⁸⁶;
- 21) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement monégasque⁸⁷;
- 22) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement allemand⁸⁸;
- 23) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement français⁸⁹;
- 24) modification de la proposition de base, proposée par les gouvernements autrichien, italien et marocain⁹⁰;
- 25) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement indien⁹¹;
- 26) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement roumain⁹²;
- 27) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement japonais⁹³;
- 28) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement néerlandais⁹⁴;
- 29) modification de la proposition de base, proposée par le gouvernement indien⁹⁵;
- 30) modification de la proposition de base, proposée par le Groupe de travail de la Commission principale n° I⁹⁶;

⁸⁰ Source: Actes 1967, page 640.

⁸¹ Source: Actes 1967, page 675.

⁸² Source: Actes 1967, pages 682 et 683.

⁸³ Source: Actes 1967, page 696.

⁸⁴ Source: Actes 1967, page 700.

⁸⁵ Source: Actes 1967, page 702.

⁸⁶ Source: Actes 1967, page 703.

⁸⁷ Source: Actes 1967, page 704.

⁸⁸ Source: Actes 1967, page 704.

⁸⁹ Source: Actes 1967, page 704.

⁹⁰ Source: Actes 1967, page 704.

⁹¹ Source: Actes 1967, page 704.

⁹² Source: Actes 1967, page 705.

⁹³ Source: Actes 1967, page 705.

⁹⁴ Source: Actes 1967, page 705.

⁹⁵ Source: Actes 1967, page 706.

- 31) texte transmis au Comité de rédaction⁹⁷;
- 32) nouveau texte préparé par le Secrétariat pour le Comité de rédaction⁹⁸;
- 33) rapport du Comité de rédaction à la Commission principale n° I⁹⁹;
- 34) texte définitif soumis par le Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰⁰;
- 35) rapport additionnel du Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰¹;
- 36) texte additionnel proposé par le Secrétariat au Comité de rédaction¹⁰²;
- 37) texte additionnel soumis par le Comité de rédaction à la Commission principale n° I¹⁰³;
- 38) extraits du Rapport sur les travaux de la Commission principale n° I (Rapporteur: M. Svante Bergström) concernant l'article 9, y compris l'introduction¹⁰⁴, et extraits des actes indiquant les corrections apportées au projet de rapport de la Commission¹⁰⁵;
- 39) extraits des procès-verbaux de la Commission principale n° I¹⁰⁶;
- 40) extraits des procès-verbaux de l'Assemblée plénière de l'Union de Berne.¹⁰⁷

⁹⁶ Source: Actes 1967, page 710.

⁹⁷ Source: Actes 1967, pages 723 et 724.

⁹⁸ Source: Actes 1967, page 737.

⁹⁹ Source: Actes 1967, page 743.

¹⁰⁰ Source: Actes 1967, page 752.

¹⁰¹ Source: Actes 1967, page 753.

¹⁰² Source: Actes 1967, page 771.

¹⁰³ Source: Actes 1967, page 772.

¹⁰⁴ Source: Actes 1967, pages 1137 à 1141, 1148 à 1153, 1154 à 1156, 1172 et 1173.

¹⁰⁵ Source: Actes 1967, pages 757 et suivantes.

¹⁰⁶ Source: Actes 1967, pages 853 et 854, 866 à 870, 871 à 875, 875 et suivantes (dans le contexte des discussions sur le droit de citation, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 776), 878, 896, 897 (dans le contexte des discussions sur la protection des textes officiels, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 1031), 898 à 900, 906 et 907 (dans le contexte des discussions sur la reproduction des conférences, sermons, etc., il est fait mention de l'article 9 aux paragraphes 1145 et 1152.1), 916 (dans le contexte des discussions sur le droit de traduction, il est fait mention de l'article 9 au paragraphe 1275), 919 à 921 (dans le contexte des discussions sur les droits de reproduction mécaniques du compositeur, il est fait plusieurs fois mention de l'article 9), 935 et suivantes (examen de l'article 9 dans le contexte de son application à la traduction), 939 à 941 et 944.

¹⁰⁷ Source: Actes 1967, pages 820 et 821.

22. La Conférence diplomatique de révision de la Convention de Berne, qui s'est tenue à Paris du 5 au 24 juillet 1971, n'a pas modifié l'article 9 et les actes de cette conférence n'ont donc pas été analysés aux fins de la présente note. Cette analyse peut être fournie sur demande.

23. La demande formulée par S.E. Mme Carmen Luz Guarda au sujet de l'article 9 2) de la Convention de Berne porte sur "tout renseignement de base sur l'historique de la négociation de l'article 9 2) et sur l'évolution et la pratique ultérieures concernant cette disposition". S'agissant de documents autres que ceux qui sont mentionnés aux paragraphes précédents, prière de se reporter aux remarques formulées au paragraphe 18 ci-dessus.
