

15 Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir

Par Yves GAUBIAC,¹

Docteur d'État en droit

Avocat, associé du Cabinet Kimbrough & Associés

Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Paris II

L'OMC statue sur les exceptions au droit d'auteur

1. Les exceptions sont au cœur des discussions dans le milieu du droit d'auteur, du fait, en particulier, de la numérisation des œuvres et donc des nouvelles formes de leur exploitation. L'élaboration de la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (*Voir Com. com. électr. mai 2001, chron. n° 13, Christophe Caron*) en témoigne. Bien que rendue à propos d'une utilisation traditionnelle des œuvres, la décision de l'Organisation mondiale du commerce (l' " OMC ") sur l'interprétation de la loi américaine au regard de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (" l'Accord sur les ADPIC ") constitue une contribution essentielle à l'édifice des exceptions. Celles-ci prennent une dimension nouvelle.

En effet, un Groupe Spécial - *panel*, en anglais - de l'OMC a rendu le 15 juin 2000 des Conclusions et des Recommandations (le " Rapport ") sur les exceptions aux droits exclusifs² contenues dans l'article 110 5) de la loi des États-Unis d'Amérique. Le différend entre les Communautés européennes et les États-Unis concernait cette disposition de la loi de 1976 sur le droit d'auteur, telle qu'elle a été modifiée par la loi sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales du 27 octobre 1998, entrée en vigueur le 26 janvier 1999.

Aux termes du Rapport, une partie de ces limitations est jugée non conforme à l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis doivent mettre leur législation en conformité avec ce Traité. En effet, le 27 juillet 2000, l'Organe de Règlement des Différends a adopté le Rapport du Groupe Spécial. Le 24 août 2000, les États-Unis ont informé l'Organe de Règlement des Différends qu'ils mettraient en place les Conclusions du Groupe Spécial. Le 12 décembre 2000, un arbitre a fixé aux États-Unis le délai à douze mois pour cette mise en place, à compter de la date de l'adoption du Rapport du Groupe Spécial par l'Organe de Règlement des Différends, soit le 27 juillet 2000, le délai arrivant donc à expiration le 27 juillet 2001.

2. La décision de l'OMC est d'une importance majeure dans l'appréciation du contenu et de la portée des exceptions introduites par les législations nationales. Même si le Rapport porte sur un différend entre États relatif à la conformité d'une loi à une norme internationale, la démarche des membres du Groupe Spécial inspirera nécessairement les juges nationaux à l'occasion de litiges portant sur des exceptions au droit d'auteur. Les avocats et les juristes d'entreprises devront intégrer dans leur pratique les éléments de mesure mis en œuvre par le Groupe Spécial. À un moment où les exceptions suscitent tant d'intérêt à l'ère du multimédia et où les pays de l'Union européenne s'apprennent à transposer la Directive, il est indispensable de présenter les Conclusions et les Recommandations du Groupe Spécial. Je suis d'ailleurs étonné que l'on en parle si peu en France³.

Le texte établi par le Groupe Spécial est riche. Il n'est pas possible d'en faire ressortir tous les points. Je procéderai ici à une tentative de synthèse, quelquefois critique, en encourageant vivement les lecteurs à lire le document dans son intégralité⁴.

1. À propos de l'Accord sur les ADPIC, voir notre article : *Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* : RIDA, n° 166, oct. 1995 ; sur les exceptions, voir nos études suivantes : *La liberté de citer une œuvre de l'esprit* : RIDA n°171, janv. 1997 ; *L'avenir de la copie privée numérique en Europe, en collaboration avec Jane C. Ginsburg* : *Com. com. électr. janv. 2000, chron. n°1*.

2. Le droit exclusif de l'auteur auquel l'article 110 5) aménage une exception est celui énoncé à l'article 106 : "... accomplir et autoriser les actes suivants. ... 4) dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, de films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée ; 5) dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes ainsi que d'œuvres de peinture, des arts graphiques ou de sculpture, y compris les images isolées d'un film cinématographique ou de toute autre œuvre audiovisuelle, présenter en public l'œuvre protégée; ..."

3. Voir cependant *Toward Supranational Copyright Law ? The WTO Panel decision and the " Three-step Test " for Copyright Exceptions*, Jane C. Ginsburg : RIDA n°187, janv. 2001, p. 3 ; André Françon, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2001, n°2.

4. Document disponible en anglais et en français sur le site de l'Organisation Mondiale du Commerce : www.wto.org.

Les Conclusions du Groupe Spécial, constituent la première décision d'un tribunal international mettant en cause des États dans le domaine du droit d'auteur. De plus, le Groupe Spécial a statué sur une question majeure. La rédaction du Rapport est particulièrement soignée. L'analyse est précise et rigoureuse, même si l'on peut regretter parfois le manque de synthèse. J'apprécie que les juges exposent leur raisonnement dans le détail⁵. Cela ne me conduira toutefois pas à partager toutes les analyses du Groupe Spécial, en particulier en ce qui concerne le recours à la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 et la question des " exceptions mineures ".

3. Quelle est la genèse de ce document impressionnant auquel tous les juristes devront se référer ? Le 26 janvier 1999, les Communautés européennes et leurs États membres (les " Communautés européennes ") ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis, au sujet de l'article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur des États-Unis telle qu'elle a été modifiée le 27 octobre 1998. Les Communautés européennes et les États-Unis ont tenu des consultations, mais ne sont pas parvenues à un accord. Les Communautés européennes ont alors demandé l'établissement d'un Groupe Spécial, dans le cadre de l'OMC.

4. Selon la loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, avant la modification du 27 octobre 1998, l'article 110 5) visait à exonérer de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur quiconque utilisait, dans un lieu public, un appareil récepteur ordinaire de radio ou de télévision d'un modèle couramment vendu au public pour un usage privé. Cette disposition était justifiée par le fait que l'utilisation secondaire qui était faite d'une émission avec un poste récepteur ordinaire en public est minime et qu'elle ne devrait donc engager aucune responsabilité.

Les facteurs à prendre en considération pour appliquer l'exception étaient en grande partie fondés sur les faits concernant une affaire tranchée par la Cour suprême des États-Unis avant l'adoption de la loi de 1976 sur le droit d'auteur. Il s'agit de l'affaire *Aiken*⁶, dans laquelle la Cour suprême avait décidé que le propriétaire d'un petit restaurant à service rapide était exonéré de toute responsabilité pour atteinte au droit d'auteur, pour la diffusion de musique à l'aide d'un appareil de radio raccordé à quatre haut-parleurs situés au plafond ; la superficie de l'établissement était de 1 055 pieds carrés (98 m²) dont 620 pieds carrés (56 m²) étaient ouverts au public. Cette exception pour usage privé définie à l'alinéa A) de l'article 110 5) concerne la communication d'une émission comprenant la représentation ou l'exécution d'une œuvre musicale dramatique par la réception publique de l'émission sur un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers⁷.

Avec la modification de 1998, un nouvel alinéa B) a été ajouté à l'article 110 5), savoir " l'exception pour usage dans des entreprises commerciales ". Cette exception porte sur la communication par un établissement d'une émission ou d'une retransmission comprenant l'exécution ou la présentation d'une œuvre musicale non dramatique destinée à être reçue par le grand public, émise par une station de radiodiffusion ou de télévision ou par un réseau de distribution par câble ou un organisme d'acheminement par satellite.

Cette exception s'applique, dans le cas d'un établissement autre qu'un établissement de restauration ou un débit de boissons, lorsque cet établissement, dans lequel la communication a lieu, dispose d'une superficie inférieure à 2 000 pieds carrés bruts (186 m²). Cette exception s'applique également pour le même type d'établissement, lorsque celui-ci dispose d'une superficie égale ou supérieure à 2 000 pieds carrés bruts, mais à la condition que l'exécution ait lieu par l'usage de moyens limités. Ces moyens sont les suivants : si l'exécution se fait uniquement par des moyens audio, elle doit être 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 ; si l'exécution se fait par des moyens audiovisuels, toute partie visuelle de l'exécution ou de la présentation doit être communiquée au moyen d'un total de quatre dispositifs audiovisuels au plus, dont un au plus est situé dans une même pièce, et

5. Ce dont nous privent souvent les juges français, en particulier, les magistrats de notre Cour de cassation. Mais notre tradition juridique est différente. Nous reprendrons dans nos développements des parties substantielles du texte du Rapport. Le but de cet article est de porter à la connaissance des lecteurs le contenu substantiel du Rapport, de la manière la plus neutre possible, en opérant toutefois des choix. Nous imposerons cependant, ça et là, quelques commentaires distincts. Les nombreuses citations proviennent de la version française du Rapport établie par l'OMC.

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

7. De plus, si aucun droit n'est directement perçu pour permettre de voir ou d'entendre l'émission, ou si l'émission ainsi reçue n'est pas retransmise ensuite au public.

aucun de ces dispositifs audiovisuels n'a un écran d'une dimension de plus de 55 pouces (environ 15 cm) dans le sens de la diagonale, et toute partie audio de l'exécution ou de la présentation doit être 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.

Dans le cas d'un établissement de restauration ou d'un débit de boissons, la même exception s'applique, à la différence près que la surface à prendre en compte est de 3 750 pieds carrés bruts (348 m²), au lieu d'être fixée au seuil de 2 000 pieds carrés bruts⁸.

L'expression "œuvres musicales non dramatiques" figurant à l'alinéa B) de l'article 110 5) ne comprend pas la communication d'un extrait musical faisant partie d'un opéra, d'une opérette, d'une comédie musicale ou d'une autre œuvre dramatique similaire lorsque cet extrait est exécuté dans un contexte dramatique. Toutes les autres œuvres musicales sont visées par cette expression, y compris des chansons isolées extraites d'œuvres dramatiques lorsqu'elles sont exécutées hors de tout contexte dramatique. En revanche, le champ de l'alinéa A) est limité aux œuvres musicales qui ne sont pas visées par l'alinéa B), c'est-à-dire aux œuvres dramatiques telles que la communication d'une émission radiodiffusée d'une interprétation dramatique de la musique écrite pour un opéra⁹.

Les Communautés européennes ont estimé que les exceptions prévues aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) "sont incompatibles avec l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11 1) 2° et 11bis 1) 3° de la Convention de Berne (1971) et qu'elles ne peuvent être justifiées au titre d'aucune exception ou limitation expresse ou implicite admissible en vertu de la Convention de Berne (1971) ou de l'Accord sur les ADPIC". "Ces mesures portent atteinte aux droits légitimes des titulaires du droit d'auteur, annulant et compromettant ainsi les droits des Communautés européennes". Elles demandent en conséquence au Groupe Spécial de "constater que les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC pris conjointement avec les articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) et de recommander que les États-Unis rendent leur législation intérieure conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC"¹⁰.

Les États-Unis ont soutenu que l'article 110 5) "est pleinement compatible avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'Accord, incorporant les dispositions de fond de la Convention de Berne (1971), permet aux Membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur" et "l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC définit la norme à appliquer pour évaluer le caractère approprié de ces limitations ou exceptions. Les exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13"¹¹.

5. Le raisonnement du Groupe Spécial est constitué de deux grandes étapes. Tout d'abord, le Groupe Spécial examine la question de l'intégration des dispositions de la Convention de Berne dans l'Accord sur les ADPIC et le champ d'application de l'article 13 de cet Accord. Concluant la première partie dans le sens de l'application de l'article 13 au différend, le Groupe Spécial procède ensuite à l'analyse des trois conditions posées par cet article, afin de se prononcer sur la compatibilité des deux exceptions de la loi américaine avec ledit article.

I. - LA CONVENTION DE BERNE INTÉGRÉE À L'ACCORD SUR LES ADPIC

6. L'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que pour ce qui est des normes qui concernent l'existence, la portée et l'exercice des droits de

8. Pour être admise, cette seconde exception doit également remplir les trois conditions suivantes : 1. aucun droit n'est directement perçu pour voir ou entendre l'émission ou la retransmission ; 2. l'émission ou la retransmission n'est pas retransmise au-delà de l'établissement dans lequel elle est reçue ; et 3. l'émission ou la retransmission est autorisée par le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre ainsi exécutée ou présentée en public. 9. Les dispositions ne font pas de distinction entre les transmissions analogiques et les transmissions numériques. L'article 110 5) ne s'applique pas à l'utilisation de musique enregistrée ou à l'exécution d'œuvres musicales en direct.

10. L'article 11 1) 2°, de la Convention de Berne dispose : " Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser : ... 2° la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres ". Le point 1° de cet article vise " la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous moyens et procédés ".

L'article 11bis, 1) 3°, de cet instrument international dispose : " Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser : ... 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. " L'article 11bis 1), 1° et 2°, vise : " 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 ".

Lorsque la Convention de Berne est visée sans précision de date, il s'agit de l'Acte de 1971. 11. L'article 13 dispose : " Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. "

la propriété intellectuelle, les États se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne et à son Annexe, sauf en ce qui concerne l'article 6bis¹². En conséquence, du fait de leur incorporation, les règles de fond de la Convention de Berne, y compris les dispositions des articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2°, sont devenues partie intégrante de l'Accord sur les ADPIC et, en tant que dispositions dudit accord, doivent être considérées comme s'appliquant aux États membres de l'OMC.

Mais l'article 2.2 précise qu'aucune disposition de l'Accord sur les ADPIC ne dérogera aux obligations qui pèsent sur les États membres, les uns à l'égard des autres, en vertu de la Convention de Berne. Si les dispositions de la Convention de Berne sont incorporées dans l'Accord sur les ADPIC, - c'est-à-dire si elles constituent le fond même des règles du droit d'auteur avec les autres dispositions qui ont été ajoutées -, cette incorporation ne devrait toutefois pas modifier les règles applicables entre les États membres de l'Union de Berne.

7. Dans leur argumentation, les États-Unis ont invoqué les "exceptions mineures". Celles-ci ont été évoquées lors des Conférences diplomatiques de 1948 (Bruxelles) et de 1967 (Stockholm) de la Convention de Berne, en dehors des exceptions introduites dans le corps même du texte de cet instrument international. Ces exceptions ne font pas l'objet de dispositions particulières dans la Convention de Berne. Sont-elles intégrées dans l'Accord sur les ADPIC par le biais de l'article 13 de cet Accord, comme l'ont soutenu les États-Unis ? Cet État considère que l'Accord sur les ADPIC, en incorporant les dispositions de fond de la Convention de Berne, permet aux États membres d'assortir de limitations mineures les droits exclusifs des titulaires du droit d'auteur et que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC fixe la norme pour déterminer les exceptions. Selon les États-Unis, les exceptions énoncées à l'article 110 5) relèvent de la norme définie à l'article 13 et la doctrine dite des "exceptions mineures" s'applique aux droits exclusifs prévus aux articles 11bis 1) et 11 1) de la Convention de Berne.

À l'opposé, les Communautés européennes considèrent que l'article 13 s'applique uniquement aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et que les droits conférés au titre des articles premier à 21 de la Convention de Berne, tels qu'ils sont incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation qu'en raison d'exceptions applicables en vertu de la Convention de Berne. Selon elles, l'article 20 de la Convention de Berne permet seulement aux "pays de l'Union [de Berne] ... de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements confèreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention [de Berne]". Celle-ci ne permet pas qu'un autre traité réduise son niveau de protection¹³.

8. Pour conduire son raisonnement, le Groupe Spécial s'appuie sur la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Cet instrument international inclut le contexte de l'adoption d'un traité pour son interprétation, savoir la prise en considération de "tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité..."¹⁴. Le Groupe Spécial considère que la doctrine des "exceptions mineures" fait partie du contexte des articles 11bis et 11 de la Convention de Berne, "en vertu d'un accord au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne, qui est intervenu entre les États membres de l'Union de Berne à l'occasion de la conclusion des instruments respectifs portant modification de ladite convention". Le Groupe Spécial se fonde sur les rapports des conférences diplomatiques de Bruxelles de 1948¹⁵, de Stockholm de 1967 et de Paris de 1971, ainsi que sur la pratique des États¹⁶.

9. À défaut d'exclusions expresses à l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe Spécial a considéré que "l'incorporation des articles 11 et 11bis de la Convention de Berne (1971) dans l'Accord englobe l'ensemble de l'acquis de ces dispositions, y compris la possibilité de prévoir des exceptions mineures aux droits exclusifs respectifs". Le Groupe Spécial s'appuie sur les travaux des négociations du Cycle d'Uruguay du GATT, relatives à l'Accord sur les ADPIC, et sur le principe général d'interprétation consistant à adopter le sens qui concilie les textes de différents traités et qui évite qu'il y ait un conflit entre ces

12. L'article 6bis porte sur le droit moral de l'auteur.

13. Dans leur argumentation, les Communautés européennes ajoutent que l'article 20 de la Convention de Berne se reflète dans l'Accord sur les ADPIC à travers l'article 2 2) ainsi libellé : "Aucune disposition des Parties I à IV du présent accord ne dérogera aux obligations que les Membres peuvent avoir les uns à l'égard des autres en vertu de la Convention de Paris, de la Convention de Berne, de la Convention de Rome ou du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés."

14. Article 31 2) de la Convention de Vienne. Lorsque l'on évoque la Convention de Vienne, il convient de garder à l'esprit le fait que cette convention n'a pas été ratifiée par la plupart des grands pays (Allemagne, États-Unis, France et Russie), alors même que ce traité est abondamment cité par des représentants d'États qui ne l'ont pas ratifié.

15. Lorsque le droit de représentation ou d'exécution publiques a été inscrit pour la première fois dans l'article 11 et lorsque les alinéas 2° et 3° de l'article 11bis 1) ont été ajoutés.

16. Voir paragraphe 6.60 du Rapport.

textes¹⁷, puisque “ Dans le domaine du droit d'auteur, la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC constituent le cadre général de la protection multilatérale ” et que “ La plupart des Membres de l'OMC sont également parties à la Convention de Berne ”¹⁸.

Le Groupe Spécial a suivi l'argumentation des États-Unis. Il a estimé que “ ni le libellé exprès ni le contexte de l'article 13 ou de toute autre disposition de l'Accord sur les ADPIC n'étaient l'interprétation selon laquelle le champ d'application de l'article 13 se limite aux droits exclusifs nouvellement introduits dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC ”. Il considère que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est applicable également aux droits des articles 11 1) et 11 bis 1) de la Convention de Berne¹⁹.

10. Les “ exceptions mineures ”, cruciales dans cette affaire et entendues largement par le Groupe Spécial, ont permis l'extension, à l'ensemble des droits, de l'exception de l'article 9.2 de la Convention de Berne limitée au droit de reproduction. En effet, dans le différend opposant les Communautés européennes aux États-Unis, ce n'était pas le droit de reproduction qui était en cause, mais le droit de représentation à propos duquel il n'allait pas de soi que l'article 13 s'applique.

En acceptant la thèse des “ exceptions mineures ”, le Groupe Spécial a étendu le champ des exceptions à l'article 11 bis 1), alors que la seule limite permise à ce texte par la Convention de Berne est celle aménagée par l'alinéa 2 qui impose une rémunération équitable. De plus, la Convention de Berne ne prévoit aucune exception à son article 11. Le Groupe Spécial a pris le parti d'introduire des exceptions aux articles 11 et 11 bis de la Convention de Berne et d'appliquer l'article 13 aux droits contenus dans ces articles comme aux autres droits de propriété intellectuelle couverts indirectement par l'Accord sur les ADPIC. Cette thèse est contestable.

Mais, si les États-Unis ont obtenu gain de cause sur le raisonnement juridique, le Groupe Spécial ne les a pas suivis sur le terrain de l'application des critères de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, tout au moins à propos de l'exception la plus discutée, nouvellement introduite par la loi du 27 octobre 1998, savoir l'exception pour usage dans des entreprises commerciales.

II. - L'APPLICATION DES TROIS CRITÈRES CUMULATIFS DE L'ARTICLE 13 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

11. L'article 13 énonce une règle générale de limitation, en posant trois conditions cumulatives : 1) les limitations ou exceptions sont restreintes à certains cas spéciaux ; 2) elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ; 3) elles ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. Le caractère cumulatif ne fut pas l'objet de discussions ; les États-Unis et les Communautés européennes l'ont admis.

Il nous faut maintenant décrire les Conclusions du Groupe Spécial en passant en revue chacun des trois critères.

A. - “ Certains cas spéciaux ”

12. Pour conduire son analyse, le Groupe Spécial commence par définir les trois termes en jeu.

Le Groupe Spécial choisit de définir le terme “ certains ” par “ connu et particularisé, mais pas explicitement identifié ”, “ déterminé, fixe, non variable ; défini, précis, exact ”. Il indique que ce terme signifie qu'une “ exception ou limitation prévue dans la législation nationale doit être clairement définie ”, mais “ [qu'] il n'est pas nécessaire d'identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l'exception pourrait s'appliquer, pour autant que la portée de l'exception soit connue et particularisée ”.

Le terme “ spécial ” signifierait “ ayant une application ou une fin particulière ou limitée ”, “ détaillé ; précis, spécifique ”, “ d'une qualité ou

17. “ En conséquence, il faudrait éviter d'interpréter l'Accord sur les ADPIC comme signifiant autre chose que la Convention de Berne sauf lorsque cela est explicitement prévu ”.

18. Le Groupe Spécial estime également que le libellé du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur signé en décembre 1996, et, en particulier celui de la Déclaration commune qui y est relative, permet aux États membres de l'Union de Berne d'assortir d' “ exceptions mineures ” les droits prévus aux articles 11 et 11 bis de l'Acte de Paris de 1971, et certains autres droits, l'objectif étant non pas de refuser aux parties au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur la possibilité de prévoir de telles “ exceptions mineures ”, mais plutôt d'assujettir leur application au “ triple critère ” énoncé à l'article 10 2) du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

Quant à la notion d' “ exceptions mineures ”, le Groupe Spécial ne s'est pas rallié à la thèse qui limitait ces exceptions à celles déjà existantes dans les législations nationales avant l'adoption de l'Acte de la Convention de Berne en cause, ni à celle limitant celles-ci aux seules exceptions pour les cérémonies religieuses, les fanfares militaires et les nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation.

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

d'une importance exceptionnelle ; inhabituel ; hors du commun ” ou “ reconnaissable d'une certaine façon ”. Le Groupe Spécial indique que ce terme signifie “ qu'il faut plus qu'une définition claire pour satisfaire à la norme établie par la première condition ”. De plus, “ une exception ou limitation devrait avoir un champ d'application limité ou une portée exceptionnelle ... Une exception ou limitation devrait être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif ”, ce qui laisse entendre une “ portée restreinte ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable ”.

Le terme “ cas ” recouvrirait un “ phénomène ”, une “ circonstance ”, un “ événement ” ou un “ fait ”. Par exemple, dans le contexte du différend, le “ cas ” pourrait être “ décrit en fonction des bénéficiaires des exceptions, du matériel utilisé, des sortes d'œuvres concernées ou d'autres facteurs ”²⁰.

13. Ces définitions étant posées, le Groupe Spécial analyse, à leurs lumières, si les deux exceptions énoncées aux alinéas A) et B) de l'article 110 5) remplissent la première condition. Le Groupe Spécial commence par examiner celle concernant l'usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B).

1. - L'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5)

14. Pour soutenir leur position, les États-Unis prétendent que cette exception satisfait à la première condition, étant donné qu'elle est clairement définie à l'article 110 5) par des limitations concernant la superficie et le matériel, et que l'objectif de politique générale visé par cette exception est d'encourager les petites entreprises.

À l'opposé, les Communautés européennes soutiennent que cette exception a une portée beaucoup trop vaste, en raison du grand nombre d'établissements qui sont susceptibles d'en bénéficier. Selon les Communautés européennes, il est sans intérêt que la dimension des établissements et le type de matériel soient clairement définis, en raison de la vaste portée de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales.

15. Pour prendre position, le Groupe Spécial se livre à une étude factuelle détaillée de la situation aux États-Unis pour déterminer le pourcentage d'établissements de restauration, de débits de boissons et d'établissements de vente au détail susceptibles de bénéficier de l'exception. Dans son analyse, le Groupe Spécial prend en compte (a) l'importance en volume des établissements visés - les informations relevées par le Groupe Spécial soulignent qu'une vaste majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail sont visés par l'exception -, (b) les utilisateurs potentiels, (c) l'incidence de l'exception sur l'utilisation d'autres sources de musique substituables et (d) les travaux préparatoires portant sur l'article 11 bis 1 3°) de la Convention de Berne, les travaux de la Conférence de Bruxelles de 1948 indiquent que les établissements visés par le texte fondant le droit exclusif sont “ partout où les hommes se réunissent : au cinéma, au restaurant, à l'hôtel, au salon de thé et jusque dans les wagons de chemin de fer ... ”. Le Groupe Spécial relève également que “ les travaux préparatoires mentionnent également des lieux tels que les usines, les magasins et les bureaux ”.

En conséquence, le Groupe Spécial considère que l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) ne constitue pas un “ certain cas spécial ”²¹.

2. - L'exception pour usage de type privé énoncé à l'alinéa A) de l'article 110 5)

16. Les États-Unis soutiennent que cette exception remplit la première condition de l'article 13, étant donné que sa portée est limitée à une utilisation faisant intervenir un appareil récepteur pour un usage de type privé. Il s'agit d'une norme précise, suffisamment claire et bien circonscrite.

À l'inverse, les Communautés européennes considèrent que les critères relatifs à l'exception pour usage de type privé sont formulés de manière ambiguë du fait que l'expression “ appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers ” est, en elle-même, imprécise et qu'elle peut recouvrir des réalités différentes en fonction de l'évolution technologique. De plus, les Communautés européennes soulignent la

20. Selon le Groupe Spécial, conformément à une pratique en usage au sein de l'OMC, il ne convient pas d'interpréter un texte en fonction de l'objectif ou du but subjectif poursuivi par la législation nationale. Ces objectifs peuvent seulement être utiles pour opérer des déductions quant à “ la portée d'une limitation... ou de la clarté de sa définition ”.

21. “ Nous ne voyons pas en quoi une loi qui prévoit une exception pour une grande partie des utilisateurs qui étaient expressément censés être visés par les dispositions de l'article 11 bis 2 3°) pourrait être considérée comme un cas spécial au sens de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC ”.

diversité des solutions apportées par les tribunaux des États-Unis, ce que les États-Unis expliquent par le système juridique de *Common Law* lui-même.

17. Pour prendre position, le Groupe Spécial prend en considérations les facteurs suivants : (a) le texte de l'article 110 5) A) est quasiment identique à celui de la version antérieure de la loi de 1976, (b) la pratique des tribunaux pour l'application de la version antérieure de la loi de 1976, (c) le fait que les bénéficiaires de l'exception soient limités à un pourcentage "comparativement faible" de l'ensemble des établissements de restauration, des débits de boissons et des établissements de vente au détail aux États-Unis, (d) la nature du matériel utilisé et (e) les œuvres musicales concernées ; en effet, les œuvres visées par cette exception sont limitées aux œuvres dramatiques, c'est-à-dire un morceau de musique faisant partie d'un opéra, d'une opérette, d'une comédie musicale ou d'une autre œuvre dramatique similaire lorsqu'il est exécuté dans un contexte dramatique.

En considération de ces éléments, le Groupe Spécial estime que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5), tel que modifié en 1998, est bien définie et limitée dans sa portée et son étendue. Il conclut que cette exception est restreinte à certains cas spéciaux.

18. Le Groupe Spécial ayant considéré que l'exception du paragraphe B) ne constitue pas un cas spécial - la première des trois conditions cumulatives posées par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC n'étant pas remplie -, il ne devait pas avoir à procéder à l'analyse des deux autres conditions. Toutefois, compte tenu de sa conclusion sur l'exception de l'alinéa A) et de l'imbrication entre les deux exceptions, il a décidé de procéder à l'analyse de tous les arguments des parties au regard des deux autres conditions posées par l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Le Groupe Spécial s'appuie aussi sur une pratique au sein de l'OMC, selon laquelle l'examen de toutes les allégations est nécessaire pour trouver une solution aux différends et pour permettre à l'Organe de Règlement des Différends de faire des recommandations et de prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles les États pourront donner suite rapidement.

B. - " Ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre "

19. Comme pour la première condition, le Groupe Spécial se livre d'abord à une recherche de définition de l' " atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ".

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

Le Groupe Spécial propose de définir le mot " normal " ²² comme " constituant un type ou une norme ou s'y conformant ; courant, habituel, classique, ordinaire, usuel ... ". Selon le Groupe Spécial, ces définitions ont deux connotations : l'une de caractère empirique, c'est-à-dire ce qui est " courant, habituel, classique ou ordinaire ", l'autre exprimant une approche plus " normative, voire dynamique ", c'est-à-dire " se conformer à un type ou à une norme ". Le Groupe Spécial nuance toutefois la définition, puisque, selon lui, si l'exploitation " normale " équivalait au plein usage de tous les droits exclusifs conférés par le droit d'auteur, la clause d'exception énoncée à l'article 13 serait vidée de son sens. Aussi, selon le Groupe Spécial, l'expression " exploitation normale " signifie-t-elle " un peu moins que le plein usage d'un droit exclusif " ²³.

22. La notion de normalité est en effet assez floue. En droit français, le mot " normal " fait écho au bon père de famille, au raisonnable, à la bonne foi et à l'abus de droit. Sur un plan international, la recherche de critères d'appréciation est indispensable.

23. S'agissant des exceptions aux droits de reproduction prévues à l'article 9 2) de la Convention de Berne - dont la deuxième condition est libellée en des termes quasi identiques à ceux de la deuxième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC -, le Groupe Spécial rapporte que la Commission principale n° 1 de la Conférence diplomatique de Stockholm (1967) a déclaré : " 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 une 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. " (*Les Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin-14 juill. 1967 ; rapport sur les travaux de la Commission principale n° 1, dispositions de droit matériel de la Convention de Berne : articles 1 à 20 ; reproduit dans le Centenaire de la Convention de Berne, page 236*), Paragraphes 6.166 et 6.167 du Rapport).

20. Pour l'analyse de la deuxième condition, les États-Unis pensent qu'il est nécessaire d'examiner tous les moyens par lesquels un auteur peut exploiter son œuvre pour déterminer ce qui constitue une exploitation normale. Selon eux, l'article 13 ne fait pas référence à des droits spécifiques particuliers, mais à " l'œuvre " dans son ensemble, ce qui implique que, en examinant une exception au regard de la deuxième condition, il faille prendre en considération la portée de l'exception par rapport à l'ensemble des droits exclusifs des auteurs, et par rapport au droit exclusif auquel elle s'applique. Selon les États-Unis, les formes les plus importantes d'exploitation d'œuvres musicales, savoir l'exécution et la radiodiffusion, ne sont pas affectées par l'un ou l'autre des alinéas de l'article 110 5). Les exceptions pour usage dans des entreprises commerciales et pour usage de type privé affectent seulement ce que les États-Unis considèrent comme des utilisations secondaires d'œuvres radiodiffusées, estimant que les détenteurs de droits tirent normalement la plus grande part de leur rémunération des utilisations primaires. En revanche, les Communautés européennes rejettent cette hiérarchie entre les droits.

21. Le Groupe Spécial estime que le terme " œuvre " de la deuxième condition énoncée à l'article 13 s'entend de tous les droits exclusifs. Le Groupe Spécial considère, en outre, que l'atteinte qui pourrait être portée à l'exploitation normale d'un droit exclusif particulier ne peut être ni contrebalancée ni justifiée par le simple fait qu'il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale d'un autre droit exclusif, ou qu'il n'y a pas d'exception à ce droit, même si l'exploitation de ce dernier devait générer plus de recettes. Le Groupe Spécial estime que la question de savoir si une limitation ou une exception porte atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre doit être appréciée pour chaque droit exclusif pris séparément. L'exploitation normale présuppose que les détenteurs de droits avaient la possibilité d'exercer séparément le droit exclusif prévu à l'article 11 bis 1) 3° et le droit exclusif prévu à l'article 11 1) 2° de la Convention de Berne. Selon le Groupe Spécial, s'il était permis de limiter par une exception prévue par une loi l'exploitation du droit conféré par le troisième sous-alinéa de l'article 11 bis 1) simplement parce que, dans la pratique, l'exploitation des droits conférés par les premier et deuxième alinéas de cet article générerait la plus grande part des redevances, l' " exploitation normale " de chacun des trois droits conférés séparément en vertu de l'article 11 bis 1) serait compromise. De plus, le Groupe Spécial souligne que les droits exclusifs conférés par différents alinéas des articles 11 bis et 11 ne sont pas nécessairement en la possession d'une seule et même personne et il estime que, s'il était permis de justifier l'atteinte portée à un droit exclusif par le fait qu'un autre droit exclusif génère plus de recettes, des titulaires de droits pourraient être privés de leur droit d'obtenir des redevances simplement parce que le droit exclusif détenu par un autre détenteur est plus rentable ²⁴.

Pour déterminer si une utilisation particulière constitue une exploitation normale des droits exclusifs prévus aux articles 11 bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne, le Groupe Spécial retient le critère suivant : " les manières dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'un auteur exploite son œuvre en temps normal " ²⁵. Selon le Groupe Spécial, une façon de mesurer l'exploitation normale consisterait à examiner les formes d'exploitation qui génèrent actuellement des recettes significatives et celles qui devraient revêtir une importance économique ou pratique. Selon le Groupe Spécial, les exceptions ou limitations seraient présumées ne pas porter atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre " si elles sont restreintes à une portée ou à un degré qui ne constitue pas une concurrence aux utilisations économiques ne bénéficiant pas de ces exceptions ". Le Groupe Spécial prend en considération dans son analyse les effets tant réels que potentiels sur l'exploitation normale de l'œuvre.

22. Concernant l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B), le Groupe Spécial observe, en particulier, que la très grande majorité des établissements de restauration et débits de boissons, et près de la moitié des établissements de vente au détail, remplissent les conditions pour bénéficier de l'exception pour usage dans des entreprises commerciales. Cela constitue une source majeure potentielle de redevances pour l'exercice des droits exclusifs des articles 11 bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne. Le Groupe Spécial constate également que les États-Unis ne justifient pas le fait que la diffusion d'œuvres musicales à partir de disques compacts et de bandes (ou de musique exécutée en direct) ne soit pas visée par cette exception. Le Groupe Spécial ne voit aucune raison logique de faire de différence entre la musique radiodiffusée et la musique enregistree, lorsqu'il s'agit de déterminer ce

24. Le Groupe Spécial ne manque pas d'ailleurs de souligner que l'amplification de musique radiodiffusée se fait à l'avantage commercial du propriétaire de l'établissement.

25. Pour ce faire, le Groupe Spécial s'appuie sur l'ouvrage du Professeur Sam Ricketson, *The Berne Convention*, page 483.

qu'est une utilisation normale d'œuvres musicales. Il conclut que l'exception énoncée à l'alinéa B) porte atteinte à l' " exploitation normale " de l'œuvre s'agissant des droits exclusifs conférés par les articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne et, par conséquent, que cette exception porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 13.

23. En revanche, le Groupe Spécial estime que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) ne provoque pas une telle atteinte. En effet, il observe que le pourcentage d'établissements susceptibles de bénéficier de l'exception est relativement faible et que la portée de l'exception est limitée aux opéras, opérettes et comédies musicales dramatiques. De plus, si un mécanisme de licence collective pour les œuvres musicales non dramatiques existe aux États-Unis, il semble que les ayants droit ne cherchent pas à en mettre en place pour la communication d'œuvres musicales dramatiques envers les établissements en question.

C. - " Ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur de droit "

24. Comme pour les deux premières conditions, le Groupe Spécial se fonde sur une définition des termes qu'il prédétermine.

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

Le terme " légitime " a, selon le Groupe Spécial, les sens de " conforme, consacré ou autorisé [par la] loi ou en principe ; légal, licite ; justifiable ; juste " et de " normal, régulier, conforme à un type courant reconnu ", c'est-à-dire qu'il a " trait à la licéité du point de vue du droit positif, mais [qu'] il a aussi la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif, s'agissant de ce que requiert la protection d'intérêts qui sont justifiables au regard des objectifs qui sous-tendent la protection de droits exclusifs ".

Quant au mot " préjudice ", il évoque, selon le Groupe Spécial, " un tort ou un dommage ". L'expression " pas injustifié " (" *not unreasonable* " en anglais) évoque un " seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme 'justifié' ". Ce dernier terme (" *reasonable* " en anglais) signifie " proportionné ", " dans les limites du raisonnable, pas beaucoup moins ou pas beaucoup plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié ", ou " d'un montant ou d'une ampleur juste, moyenne ou appréciable ".

25. Pour le Groupe Spécial, la question fondamentale qui se pose est celle du degré de " préjudice " qui peut être considéré comme " injustifié ", puisque, selon la troisième condition, un certain niveau de " préjudice " doit être admis, en tant que " n'étant pas injustifié ".²⁶ Pour le Groupe Spécial, un préjudice atteint un " niveau injustifié ", " si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur ".

Pour ce faire, le Groupe Spécial se livre à une analyse précise des données chiffrées que les parties lui ont procurées au soutien de leur thèse, en tenant compte du préjudice réel et du préjudice potentiel provoqués par les exceptions.

26. S'agissant de l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B), le Groupe Spécial examine les arguments que les États-Unis avancent pour minimiser le pourcentage important d'établissements bénéficiaires de l'exception, savoir, notamment : i) des établissements ne diffusent pas du tout de musique ; ii) certains ont recours à de la musique provenant de sources autres que la radio ou la télévision, telles que bandes, disques compacts, services commerciaux de musique de fond, juke-box ou musique en direct ; iii) des établissements n'avaient pas de licence avant l'adoption de la modification de 1998 et auxquels les sociétés de gestion collective n'auraient de toute façon pas été en mesure de concéder une licence ; et iv) certains préfèrent

26. Dans la note 205 de son rapport, pour ce qui pourrait être la ligne de démarcation entre préjudice " injustifié " et préjudice " pas injustifié ", le Groupe Spécial considère comme convaincante l'explication donnée dans le Guide de la Convention de Berne, à propos de l'article 9.2 : " Il faut souligner qu'il ne s'agit pas de déterminer si l'auteur éprouve ou non un préjudice quelconque : il est évident qu'il y a toujours à la limite un préjudice ; toutes les copies causent un préjudice... [d]ans le cas où il y aurait un manque à gagner pour l'auteur, la loi devrait lui attribuer une compensation (système de licence obligatoire avec rémunération équitable). " (*Guide de la Convention de Berne, paragraphe 9.8, page 63*). Le Groupe Spécial ne pense pas " que, à cet égard, la norme doive être sensiblement différente pour les droits de reproduction, les droits de représentation ou d'exécution ou les droits de radiodiffusion au sens des articles 9, 11 ou 11bis de la Convention de Berne (1971) ".

cesser simplement de diffuser de la musique plutôt que de payer les droits exigés par les sociétés de gestion collective.

À ces arguments, le Groupe Spécial répond, en particulier, que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales est susceptible de réduire le montant des recettes qui pourraient être perçues auprès des restaurants et des établissements de vente au détail pour l'utilisation de musique enregistrée et de services commerciaux de musique de fond.

Il souligne également, en reprenant l'argument des Communautés européennes, que les exceptions à la protection du droit d'auteur, qui existent depuis longtemps, font que les pratiques de recouvrement des redevances suivies dans le passé par les sociétés de gestion collective ne sont pas représentatives et ne permettent pas de mesurer les pertes subies par les détenteurs de droits. Le Groupe Spécial rappelle que, dans l'application des trois conditions énoncées à l'article 13 à une exception prévue dans une loi nationale, les effets aussi bien réels que potentiels de cette exception doivent être pris en considération. S'agissant de la troisième condition, en particulier, le Groupe Spécial note que si seules les pertes réelles étaient prises en compte, il pourrait alors être possible de justifier l'introduction d'une nouvelle exception à un droit exclusif, quelle qu'en soit la portée, dès lors que le droit en question aurait été établi depuis peu, que les détenteurs de droits n'auraient pas pu disposer auparavant de moyens de faire respecter ce droit ou que celui-ci n'aurait pas été exercé parce que les détenteurs de droits n'auraient pas encore mis en place la structure de gestion collective nécessaire. Dans ces conditions, l'introduction d'une nouvelle exception pourrait ne pas faire subir immédiatement un manque à gagner supplémentaire au détenteur du droit, et celui-ci ne pourrait en aucun cas espérer tirer de gains de l'exercice du droit en question. Le Groupe Spécial estime qu'une telle interprétation, si elle devenait la règle, pourrait amoindrir la portée et l'effet contraignant des normes minimales de protection des droits de propriété intellectuelle énoncées dans l'Accord sur les ADPIC.

Au terme de son analyse minutieuse des arguments des États-Unis et des Communautés européennes relative aux méthodes d'évaluation des pertes subies par les détenteurs de droits, le Groupe Spécial conclut que l'exception pour usage dans des entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) ne satisfait pas aux prescriptions de la troisième condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

27. S'agissant de l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A), le Groupe Spécial adopte au contraire une solution libérale. Il rappelle son argumentation, savoir notamment (a) l'exonération de toute responsabilité pour un petit établissement commercial qui n'a pas une taille suffisante pour justifier, dans la pratique, l'abonnement à un service commercial de musique de fond ; (b) les pourcentages faibles d'établissements visés par l'exception ; (c) l'utilisation de matériel pour usage de type privé ; (d) le champ de l'exception limité à la communication publique d'émissions comprenant des interprétations d'œuvres musicales dramatiques, telles que les opéras, les opérettes, les comédies musicales et d'autres œuvres dramatiques similaires ; (e) l'absence d'éléments de preuve qui montreraient que les détenteurs de droits auraient concédé des licences, ou cherché à en concéder, pour la communication publique d'exécutions radiodiffusées comprenant des interprétations d'œuvres musicales dramatiques.

Le Groupe Spécial conclut donc que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) de l'article 110 5) ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits au regard de la troisième condition énoncée à l'article 13.

III. - CONCLUSION

28. Au terme de sa longue analyse, le Groupe Spécial conclut que l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) satisfait aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, alors que l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) ne satisfait pas à ces prescriptions.

En conséquence, l'exception pour usage de type privé énoncée à l'alinéa A) est jugée compatible avec les articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC, alors que l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B) est jugée incompatible avec ces textes.

Le Groupe Spécial a donc recommandé que l'Organe de Règlement des Différends demande aux États-Unis de rendre l'alinéa B) de l'article 110 5) conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Comme il a été indiqué dans l'introduction, le 27 juillet 2000, l'Organe de Règlement des Différends a suivi cette recommandation et les modifications de la loi américaine devraient intervenir au plus tard le 27 juillet 2001. Il nous faudra observer dans quels termes la législation américaine sera amendée.

29. La solution proposée par le Groupe Spécial est satisfaisante, puisque l'exception pour usage dans les entreprises commerciales énoncée à l'alinéa B), qui avait été introduite par la loi du 27 octobre 1998, doit être abrogée, étant jugée incompatible avec les prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC²⁷. On pourra néanmoins regretter l'analyse sans nuance conduisant à l'application systématique de l'article 13 à tous les droits d'auteur contenus indirectement dans l'Accord sur les ADPIC, savoir ceux de la Convention de Berne intégrés dans l'Accord sur les ADPIC, et l'adoption d'une notion étendue des " exceptions mineures " tirées des travaux des Actes de la Convention de Berne et ne provenant pas du texte lui-même de cet instrument international.

30. On observe que la démarche adoptée dans la Directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (la " Directive ") tend à unifier les critères de mesure des exceptions, puisque les exceptions énoncées dans les paragraphes 1 à 4 de l'article 5 de la Directive sont soumises aux trois conditions célèbres reprises au paragraphe 5 de cet article 5.

Est-ce que l'analyse du Groupe Spécial ne rend pas désormais superflue la longue liste des exceptions prévues dans la Directive ? Désormais, tous les droits compris directement et indirectement dans l'Accord sur les ADPIC peuvent faire l'objet d'exceptions, pourvu que ces dernières soient limitées à certains cas spéciaux et qu'elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit, selon les critères et les mesures énoncés par le Groupe Spécial.

Certes, les Conclusions et Recommandations s'appliquent uniquement dans le cadre de litiges entre États. De plus, la Directive limite expressément les cas d'exceptions que les États membres de l'Union européenne pourront introduire dans leur législation nationale dans le cadre de sa transposition. Enfin, la Directive a été adoptée en contemplant le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996²⁸, et ce dernier traité n'est pas intégré dans l'Accord sur les ADPIC. Mais les Conclusions et Recommandations du Groupe Spécial compliquent le débat sur le plan des normes, des critères et des mesures d'appréciation et sur celui des sources de droit international. Les cas de limitations et d'exceptions prévus dans l'article 5 de la Directive seront, sur le plan du droit international, surtout appréciés au regard des critères des cas spéciaux, de l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et du pré-

judice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit, selon les critères et les mesures énoncés par le Groupe Spécial²⁹.

L'exception obligatoire du paragraphe 1, de l'article 5, de la Directive pourra éventuellement être sanctionnée par l'OMC, si, par exemple, les auteurs d'un État subissent un préjudice, même si cela est peu probable du fait de la nature de l'exception. De plus, est-ce que des États ne vont pas se servir du Rapport du Groupe Spécial pour tenter d'introduire d'autres exceptions, en plus de celles prévues dans la Directive, malgré les contraintes du droit communautaire ? En tous cas, il sera plus difficile dans chaque État de l'Union européenne de résister à l'introduction de toutes les exceptions que la Directive permet³⁰, dès lors qu'elles sont admises sur le plan de l'Union européenne et que la jurisprudence de l'OMC validera ces exceptions, si elles remplissent les conditions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et si l'OMC les considère comme des " exceptions mineures ".

La transposition de la Directive va susciter dans chaque pays de l'Union européenne des débats longs et rudes. Les Conclusions et Recommandations du Groupe Spécial vont les compliquer. La théorie des " exceptions mineures " est désormais rappelée à tous les esprits.

31. La source d'une exception prend désormais toute sa mesure dans son impact économique sur l'exercice des droits de l'auteur. Depuis le Rapport, doit être regardée comme autorisée toute limite spécifique aux droits qui n'aurait pas de conséquence économique négative pour l'auteur, selon les critères et les mesures énoncés par le Groupe Spécial. On ne peut désormais plus concevoir de droits sans limitation ou exception, puisque tous les droits contenus directement ou indirectement dans l'Accord sur les ADPIC comprennent en puissance des exceptions ou limitations, si elles n'ont pas de conséquence économique négative pour l'auteur, selon les critères et les mesures énoncés par le Groupe Spécial.

32. Même si les Conclusions et Recommandations ne sont pas directement applicables en France, les éléments d'appréciation qu'elles contiennent seront utilisés par les magistrats et les juristes de notre pays. On peut se demander comment les magistrats vont manier ces concepts nouveaux. En effet, les États étrangers pourront saisir l'OMC s'ils observent que, dans certains pays, leurs nationaux ne sont pas protégés comme ils estiment qu'ils devraient l'être, ou que des décisions de tribunaux nationaux vont à l'encontre de leurs intérêts, compte tenu des dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

La matière est mûre pour la poursuite de l'examen de l'avenir des exceptions, à l'heure de la mondialisation du droit. À suivre ...

27. Dans la Chronique des États-Unis, publiée à la RIDA n°179, de janvier 1999, le Professeur Jane Ginsburg avait fait part des réserves que l'introduction de l'exception de l'alinéa B) dans la législation américaine avait suscitées aux États-Unis (p. 279).

28. Ce qui a ouvert la voie aux nombreuses exceptions, conformément aux possibilités offertes par l'article 10 et la Déclaration commune relative à cet article.

29. Au moins pour les droits couverts par l'Accord sur les ADPIC et la Convention de Berne : le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de décembre 1996, constituant un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne, n'est pas intégré en tant que tel dans l'Accord sur les ADPIC. Mais on doit tenir compte d'une tendance vers une intégration des dispositions de ce Traité dans l'Accord sur les ADPIC, surtout que ce Traité ne prévoit aucune juridiction spécifique, alors que l'OMC dispose d'un pouvoir juridictionnel (voir aussi supra note 18).

30. Sauf à envisager un recours devant la Cour de Justice des Communautés européennes pour " désharmonisation " communautaire.