

OMPI



SCCR/9/7
ORIGINAL : anglais
DATE : 5 avril 2003

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

COMITE PERMANENT DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS CONNEXES

Neuvième session
Genève, 23 – 27 juin 2003

ETUDE DE L'OMPI SUR LES LIMITATIONS ET LES EXCEPTIONS AU DROIT
D'AUTEUR ET AUX DROITS CONNEXES DANS L'ENVIRONNEMENT NUMERIQUE

*rédigée par M. Sam Ricketson
professeur de droit à l'Université de Melbourne
et avocat à Victoria (Australie)*

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
INTRODUCTION – PORTÉE DE L’ÉTUDE	2
LE RÔLE DES LIMITATIONS ET DES EXCEPTIONS	3
NOTE SUR L’INTERPRÉTATION DES TRAITÉS.....	5
LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PRÉVUES DANS LA CONVENTION DE BERNE	11
a) Limitations de la protection.....	11
b) Exceptions à la protection	13
c) Licences obligatoires autorisées par la Convention de Berne	31
d) Exceptions implicites dans la convention	36
e) Autres limitations aux droits des auteurs imposées dans l’intérêt général	42
LIMITATIONS ET EXCEPTIONS À LA CONVENTION DE ROME	48
a) Exceptions spécifiques : article 15.1).....	48
b) Limitations prévues dans la législation nationale : article 15.2)	49
LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS L’ACCORD SUR LES ADPIC	51
a) Les ADPIC et la Convention de Berne	51
b) Les ADPIC et la Convention de Rome	62
LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LE WCT	62
LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LE WPPT.....	71
ADOPTION DU TRIPLE CRITÈRE EN TANT QUE DISPOSITION “HORIZONTALE” S’APPLIQUANT D’UNE MANIÈRE GÉNÉRALE AUX LIMITATIONS ET AUX EXCEPTIONS	73
LE GENRE DES LIMITATIONS ET DES EXCEPTIONS AUTORISÉES PAR LE TRIPLE CRITÈRE	74
a) L’usage loyal visé par l’article 107 de la loi sur le droit d’auteur de 1976 des États Unis d’Amérique	75
b) Liste fermée : article 5 de la directive de la Communauté européenne.....	78
c) Une autre approche : la législation australienne.....	81
LICENCES OBLIGATOIRES.....	82
APPLICATION DU TRIPLE CRITÈRE À DES DOMAINES D’INTÉRÊT PARTICULIER	83
a) Copie privée	83
b) Intérêt public.....	84

c)	Bibliothèques et archives.....	84
d)	Éducation	85
e)	Assistance aux malvoyants ou malentendants.....	85
f)	Comptes rendus d'actualité	86
g)	Critique et analyse	87
h)	Utilisations dans l'environnement numérique.....	87
i)	Copies temporaires	88
j)	Diffusion en continu et en temps réel sur l'Internet.....	89
k)	Partage point à point.....	89
	MESURES TECHNIQUES	90

INTRODUCTION – PORTEE DE L’ETUDE

La présente étude vise à mettre en évidence les principales limitations et exceptions qui existent en matière de protection du droit d'auteur et des droits connexes dans les conventions internationales mentionnées ci-après :

La Convention de Berne *pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, de 1886 (plus récemment révisée à Paris en 1971 – “Acte de Paris”)

– *La Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, de 1961 (“Convention de Rome”)

L’Accord sur *les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (“Accord sur les ADPIC”)

- *Le Traité de l’OMPI sur le droit d'auteur*, de 1996 (“WCT”)
- *Le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, de 1996 (“WPPT”)

Bien que cette étude porte principalement sur les limitations et exceptions que ces dispositions imposent en droit international¹, on s’intéressera également à la façon dont elles ont été appliquées dans différents pays, en particulier en ce qui concerne l’environnement numérique.

¹ À cet égard, l’auteur s’est inspiré de ses précédents écrits dans ce domaine, en particulier des ouvrages suivants : S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, Londres, 1987, chapitre 9 (“Ricketson I”); S Ricketson, “The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions—International Conventions and Treaties, *Intellectual Property Quarterly* (RU), Issue 1, 56-94, (1999) (“Ricketson II”); S Ricketson, “The Three-step Test, Deemed Quantities, libraries and Closed Exceptions,” Advice prepared for the Centre of Copyright Studies Ltd.,” Centre for Copyright Studies, Sydney 2003 (“Ricketson III”).

LE RÔLE DES LIMITATIONS ET DES EXCEPTIONS

Il est depuis longtemps admis que les restrictions ou les limitations imposées au droit d'auteur et aux droits connexes peuvent être justifiées dans des cas particuliers. Ainsi, au début des négociations qui ont conduit à l'élaboration de la Convention de Berne en 1884, l'éminent délégué suisse Numa Droz a déclaré qu'il convenait de rappeler que des "limites à la protection absolue sont imposées à juste titre par l'intérêt public"². Par conséquent, depuis l'Acte original de Berne de 1886³, la Convention de Berne contient des dispositions laissant aux États membres une certaine latitude pour limiter les droits des auteurs dans certaines circonstances. En accord avec cette approche, l'actuelle Convention internationale sur le droit d'auteur et les droits connexes renferme un mélange de limitations et d'exceptions à la protection qui peuvent être adoptées dans le cadre des législations nationales. Ces limitations et exceptions peuvent être regroupées, en gros, de la façon suivante :

1. Les dispositions qui excluent, ou permettent d'exclure, de la protection des catégories particulières d'œuvres ou de matériel. Il existe plusieurs exemples frappants de dispositions de ce type dans l'Acte de Paris : pour les textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire (article 2.4)), les nouvelles du jour (article 2.8)) et les discours prononcés dans les débats judiciaires (article 2bis.1)). À des fins d'analyse, ces dispositions peuvent être décrites comme étant des "limitations" à la protection, en ce sens qu'aucune protection n'est requise pour l'objet en question.
2. Les dispositions qui permettent d'accorder l'immunité (habituellement à titre facultatif plutôt qu'à titre obligatoire) pour des violations découlant d'un type d'utilisation particulier, par exemple pour rendre compte de nouvelles ou pour les besoins de l'éducation ou encore lorsque certaines conditions particulières sont remplies. Ces dispositions peuvent être qualifiées d'"utilisations autorisées", ou d'exceptions à la protection, en ce sens qu'elles permettent de ne pas voir sa responsabilité engagée ce qui serait autrement le cas. Pour l'Acte

² Voir les *Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884*, p. 68 (discours de clôture de la conférence de 1884).

³ Pour plus de commodité, on a appelé "Actes" les premières versions de la Convention de Berne et on y a apposé le nom de l'endroit où elles ont été adoptées par une conférence de révision. Ainsi, l'Acte de Berne de 1886 renvoie au texte original adopté à Berne en 1886 (il y a eu des projets de texte antérieurs datant de 1884 et 1885 respectivement qui ont été utilisés lors des conférences de révision successives de ces années là. *L'Acte additionnel de Paris de 1896* est l'Acte additionnel modifiant la convention établi à Paris en 1896. *L'Acte de Berlin de 1908* est la révision établie à Berlin en 1908. *L'Acte de Rome de 1928* est la révision établie à Rome en 1928. *L'Acte de Bruxelles de 1948* est la révision établie à Bruxelles en 1948. *L'Acte de Stockholm de 1967* est la révision établie à Stockholm en 1967. *L'Acte de Paris de 1971* est la révision établie à Paris en 1971 (les articles 1 à 21 sont les mêmes que dans l'Acte de Stockholm). Pour plus de commodité, on a utilisé les abréviations suivantes pour renvoyer aux Actes des conférences mentionnées ci-dessus : *Actes de 1884* : Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884; *Actes de 1885* : *Actes de la 2^{ème} Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885*; *Actes de 1886* : *Actes de la 3^{ème} Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 au 9 septembre 1886*. *Actes de 1896* : *Actes de la Conférence de Paris de 1896*; *Actes de 1908* : *Actes de la Conférence de Berlin 1908*; *Actes de 1928* : *Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*: *Documents de 1948* : *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*. *Actes de 1967* : *Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, 11 juin au 14 juillet 1967*; *Actes de 1971* : *Actes de la Conférence de Paris de 1971 (Paris, 5 au 24 juillet 1971)*.

de Paris, on en trouve des exemples à l'article 2bis.2) (reproduction par la presse et communication au public d'allocutions prononcées en public, de conférences, etc.), à l'article 9.2) (exceptions particulières au droit de reproduction, à certaines conditions), à l'article 10 (citation et utilisation à des fins d'enseignement) et 10bis (certaines utilisations destinées à rendre compte de nouvelles et autres). On trouve des exceptions analogues à l'article 15 de la Convention de Rome, tandis que l'Accord sur les ADPIC (article 13), le WCT (article 10) et le WPPT (article 16) adoptent et étendent le modèle des trois conditions de l'article 9.2) de la Convention de Berne qu'ils prennent comme base pour les exceptions qui doivent s'appliquer de façon générale dans le cadre de cet accord (les "trois critères" dont il sera question ci-après).

3. Les dispositions qui permettent un certain type d'utilisation du matériel protégé par le droit d'auteur, moyennant le paiement d'un dédommagement au titulaire du droit d'auteur. Ces dispositions sont habituellement décrites comme "licences obligatoires", et les dispositions spécifiques qui les autorisent se trouvent aux articles 11bis.2) et 13 dans l'annexe de l'Acte de Paris de la Convention de Berne. Il est également possible d'obtenir ce type de licence dans d'autres dispositions et d'autres conventions que celles qui sont citées plus haut, à certaines conditions.

Le fondement juridique et politique de chaque type de disposition est différent. Dans le premier cas, on suppose que des motifs d'intérêt général indiquent clairement qu'il ne devrait pas exister de protection au titre du droit d'auteur pour les œuvres en question, par exemple parce qu'il est important que ces œuvres soient facilement accessibles au grand public. Dans le second cas, il s'agit d'une concession plus limitée qui fait que certaines utilisations d'œuvres par ailleurs protégées devraient être autorisées : il existe bien un intérêt public qui justifie de passer outre aux droits privés des auteurs sur leurs œuvres dans ces circonstances particulières. Dans le troisième type de cas, le droit d'auteur est toujours protégé mais il est réduit de façon importante : l'intérêt public justifie encore le maintien de l'utilisation, indépendamment du consentement de l'auteur, mais moyennant le paiement d'une rémunération appropriée. On trouvera des exemples de ces trois types de dispositions dans chacune des conventions qui font l'objet de la présente étude, bien qu'elles soient plus développées dans le cas de l'Acte de Paris de la Convention de Berne. Pour la plupart, elles ne sont pas obligatoires : c'est aux États membres de décider en fonction de leur législation nationale, bien que cela se fasse habituellement dans des limites strictes qui sont fixées par la disposition en question.

NOTE SUR L'INTERPRETATION DES TRAITES

Chacune des limitations et des exceptions examinées dans la présente étude figure dans un accord ou dans un traité international multilatéral.

De par leur nature, les dispositions des traités sont habituellement rédigées dans une langue plus générale et moins restrictive que, par exemple, les dispositions énoncées dans les législations nationales ou dans les clauses d'un contrat conclu entre des parties. Toutefois, il existe des règles ou des critères généralement acceptés qui doivent s'appliquer à l'élaboration des traités. Dans le cas de trois des traités dont il est question dans la présente étude – les Conventions de Berne et de Rome⁴ et l'Accord sur les ADPIC⁵, ces règles d'interprétation proviennent du droit international public coutumier. Les deux derniers traités sont régis par les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en particulier celles des articles 31 et 32. En pratique, il est toutefois reconnu que les articles 31 et 32 codifient le droit international public coutumier pour les questions visées par ces articles. Dans la suite du texte, pour des raisons de commodité, on se référera uniquement aux articles 31 et 32, même dans le cas de traités comme ceux de Berne, de Rome et des ADPIC auxquels la Convention de Vienne ne s'applique pas strictement.

Il est bon de citer en entier les articles 31 et 32 avant de commencer à examiner certaines dispositions de traités.

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

“2) Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

⁴ Cela s'explique par le fait que ces trois traités ont été rédigés avant l'entrée en vigueur de la *Convention de Vienne*.

⁵ Bien qu'il s'agisse d'un accord ultérieur, il existe une disposition à l'article 3.2) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends qui s'applique aux ADPIC, selon lequel les groupes spéciaux chargés du règlement des différends doivent interpréter l'Accord sur les ADPIC “conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public”. Il semble que cela s'explique par le fait que les États Unis, qui jouent un rôle important dans les ADPIC, ne sont pas parties à la Convention de Vienne. Voir en outre N.W. Netanel, “*The Digital Agenda of the World Intellectual Property Organization: Comment: The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement*” (1997) 37 *Virginia Journal of International Law* 441, 449. En même temps, il semble que les États-Unis estiment que les dispositions de la Convention de Vienne reflètent la coutume : voir en outre *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* 145 (1986).

“3) Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l’interprétation du traité ou de l’application de ses dispositions; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l’application du traité par laquelle est établi l’accord des parties à l’égard de l’interprétation du traité; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

“4) Un terme sera entendu dans un sens particulier s’il est établi que tel était l’intention des parties”.

“32 Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d’interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l’application de l’article 31, soit de déterminer le sens lorsque l’interprétation donnée conformément à l’article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable”.

On voit donc que la première tâche d’interprétation consiste à déterminer “le sens ordinaire” des termes du traité dans leur “contexte” et à la lumière de “son objet et de son but” (article 31.1)). En ce qui concerne le “contexte” les points énumérés aux alinéas 2) et 3) de l’article 31 ont un caractère strictement objectif : le texte lui-même, le préambule et les annexes, tout accord ayant rapport au traité et tout accord ultérieur intervenu entre les parties, toute pratique ultérieurement suivie dans l’application du traité et toute règle de droit international applicable à leur interprétation. Le fait que l’article 31.2)a) fasse référence à “tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l’occasion de la conclusion du traité” est particulièrement important pour les dispositions que nous examinerons au cours de cette étude. Ces accords incluraient toute déclaration commune concernant l’interprétation d’une disposition particulière qui a été acceptée par les parties au moment de l’adoption du texte officiel du traité. Ces “déclarations communes” peuvent être clairement identifiées comme telles (comme c’est le cas pour le WCT et pour le WPPT, qui contiennent tous deux une série de déclarations de ce type), mais elles peuvent aussi figurer dans certains passages des rapports officiels d’une conférence (comme cela a été le cas dans les Conférences de révision de Bruxelles et de Stockholm). Il semble également que ces accords puissent inclure “les interprétations incontestées” données lors d’une conférence diplomatique, par exemple par le président d’un comité de rédaction ou d’une session plénière⁶. Les accords de ce type ne font donc pas simplement partie des “travaux préparatoires” du traité, qui peuvent seulement être utilisés comme moyens complémentaires d’interprétation aux termes de l’article 32, ils font partie du contexte du traité en ce qui concerne la tâche première d’interprétation aux termes de l’article 31.1)⁷.

⁶ Yasseen, “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités,” 151 *Recueil des Cours* (1976–III), paragraphe 20, page 39 cité avec l’approbation du Groupe spécial de l’OMC sur les États-Unis – Article 110.5) de la Loi sur le droit d’auteur, 15 juin 2000, page 20, note 56. Mais il faut signaler que Sinclair, *opus cité*, considère ce point comme “discutable” et estime qu’elles devraient être considérées comme faisant partie des *travaux préparatoires* et donc n’entrer en ligne de compte que pour l’article 32.

⁷ Ce type d’accords revêt une importance particulière dans le contexte de l’article 9.2) de la Convention de Berne, du fait que plusieurs déclarations incontestées ont été faites par le président de la Commission principale I de la Conférence de Stockholm (l’éminent universitaire allemand, M. Eugen Ulmer). Il convient bien sûr de distinguer ce type de déclaration des déclarations interprétatives ou explicatives avancées par les membres des commissions au cours

“L’objet et le but” du traité sont également importants pour l’interprétation des dispositions du traité (voir l’article 31.1)), mais il semble que ce soit là un processus secondaire ou subsidiaire. Il convient de rechercher avant tout le “sens ordinaire” des termes du traité dans leur “contexte” (voir le paragraphe précédent) et c’est à la lumière de l’objet et du but du traité que la validité de la conclusion initiale et préliminaire doit être vérifiée et confirmée ou infirmée⁸. La façon la plus évidente de procéder consiste à examiner le texte du traité, y compris son préambule : comme le fait observer Sinclair, le principal commentateur britannique, il s’agit après tout d’une expression de l’intention des parties et c’est cette expression d’intention que l’on doit d’abord prendre en considération⁹. Dans le cas de la Convention de Berne, par exemple, la déclaration pertinente de “l’objet et du but” se trouve dans le préambule dans lequel il est dit, de la façon la plus succincte possible, ce qui suit :

“Les pays de l’Union, également animés du désir de protéger d’une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques...”

La protection des droits des auteurs est également mise en avant à l’article 1 qui précise :

“Les pays auxquels s’applique la présente convention sont constitués à l’état d’Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques”.

Cette déclaration sans équivoque de l’objet et du but du traité peut rendre la tâche d’interprétation relativement simple. Si le processus primaire consistant à découvrir le sens ordinaire d’un terme particulier du traité conduit à un résultat favorable à l’auteur, le préambule confirmera clairement l’exactitude de cette interprétation. De même, si le processus primaire donne deux sens possibles, l’un favorable aux auteurs et l’autre moins, il est clair que la référence au préambule confirmera l’exactitude du premier sens et écartera le second.

Cela peut ne pas être le cas avec les traités ultérieurs tels que les ADPIC et le WCT, dont les préambules renferment une liste d’objectifs, dont certains sont complémentaires et d’autres contradictoires. Dans de tels cas, il faudra trouver un juste milieu, ce qui peut signifier que la référence à “l’objet et au but” sera plus nuancée et s’efforcera de concilier ces objectifs divergents. Si l’on prend à nouveau le cas de deux sens différents possibles auxquels on parvient au stade primaire de l’interprétation, cela peut signifier que la seconde interprétation, moins favorable à l’auteur, devra être préférée, alors que la première interprétation favorable à l’auteur sera écartée. Même dans le cas de la Convention de Berne, il est possible qu’il faille modifier dans certains cas l’approche évidente favorable

[Suite de la note de la page précédente]

des délibérations. Ces déclarations peuvent, au mieux, être considérées comme faisant partie des travaux préparatoires du traité aux termes de l’article 32.

⁸ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, 2nd Ed. 1984, page 130.

⁹ Sinclair, *opus cité*, page 131.

aux auteurs dont il est question plus haut lorsque l'on considère le texte du traité dans son ensemble. Cela s'explique par le fait qu'il contient depuis toujours des dispositions relatives aux limitations et aux exceptions qui indiquent clairement qu'il faut apporter certaines restrictions à la protection sans réserve des droits des auteurs (voir ci-après).

Il faut aussi, à ce stade, parler de l'article 32 qui traite des moyens complémentaires d'interprétation. On peut y avoir recours uniquement dans des circonstances très précises : a) lorsque l'interprétation résultant de l'application de l'article 31 (aussi bien l'étape primaire que l'étape secondaire) laisse le sens d'un terme du traité *ambigu ou obscur*, ou b) lorsqu'elle conduit à un résultat qui est *manifestement absurde ou déraisonnable*. Les moyens complémentaires qu'il est alors possible d'utiliser ne sont pas définis de façon exhaustive, mais deux moyens spécifiques sont mentionnés à l'article 32 : "les travaux préparatoires" et "les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu". Aucune de ces expressions n'est définie dans la *Convention de Vienne*, mais en ce qui concerne "les travaux préparatoires", ces derniers :

"...comprennent la documentation habituellement publiée en tant qu'"*Actes*" ou "*Documents*" des conférences diplomatiques qui ont conduit à la conclusion de la convention. Cela inclurait les programmes de la conférence et les travaux de tout comité consultatif ou de tout comité d'experts qui aurait participé à sa préparation, les propositions et contre-propositions des différentes délégations, les procès-verbaux de réunions, les rapports des comités et les résolutions adoptées ou les votes qui ont eu lieu. De plus, bien que l'expression 'travaux préparatoires' puisse, au sens strict, être comprise comme désignant uniquement les 'travaux préparatoires' se rapportant au dernier texte qui lie les parties, il semble raisonnable de l'interpréter au sens large comme incluant tous les travaux préparatoires en rapport avec la convention qui ont eu lieu lors de chacune des conférences successives"¹⁰.

Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, il est possible que, dans certains cas, les déclarations effectuées au cours de ces travaux préparatoires puissent être élevées au statut de matériel faisant partie du "contexte" du traité lorsqu'il s'agit de vérifier le sens ordinaire du texte aux termes de l'article 31.2)a). L'exemple donné ci-dessus portait sur une "déclaration incontestée" faite par le président d'une commission de la conférence.

L'expression "circonstances dans lesquelles le traité a été conclu" permet de tenir compte d'éléments tels que le contexte historique dans lequel le traité a été négocié et les caractéristiques et attitudes particulières des Parties contractantes¹¹. Ces éléments peuvent, en tout état de cause, être évidentes dès les travaux préparatoires du traité mais ils peuvent également apparaître à la suite de l'examen d'autres moyens complémentaires qui ne sont pas spécifiquement mentionnés à l'article 32. Sans que cette liste soit exhaustive¹², on peut citer comme autres moyens : les décisions de tout tribunal international compétent¹³; les déclarations ou les opinions de tous les organes administratifs en rapport avec le traité en

¹⁰ Ricketson, p. 136.

¹¹ Sinclair, *op. cit.*, p. 141.

¹² Pour plus de précisions sur ce point voir Ricketson, p. 136 et 137.

¹³ Conformément à l'article 30 de la Convention de Berne, cela inclurait la Cour internationale de justice; mais en vérité, il n'a jamais été fait appel à ce tribunal dans le contexte de cette convention et de plus, un grand nombre de pays membres de l'Union de Berne ont fait des réserves quant à sa compétence.

question, tels que l’Assemblé ou le Comité exécutif de l’Union de Berne¹⁴; les déclarations ou les opinions de tout groupe officiel ou semi-officiel de parties au traité; les débats de toute organisation internationale non gouvernementale ou de tout organisme professionnel ou universitaire¹⁵; et les écrits de commentateurs éclairés¹⁶. Le poids qu’il convient d’accorder à chacun de ces moyens diffère largement mais chacun est à même de montrer comment les parties ont pu parvenir à la conclusion du traité en question. Dans le contexte actuel, les décisions des groupes spéciaux nommés dans le cadre des procédures de règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce (OMC) constituent l’aide complémentaire la plus importante à l’interprétation. Ces décisions ont évidemment des effets potentiellement contraignants sur les membres de l’OMC dans le contexte des ADPIC mais elles doivent également retenir l’attention quand elles ont trait à l’interprétation de dispositions des conventions de propriété intellectuelle qui sont mentionnées dans l’Accord sur les ADPIC, en particulier la Convention de Berne. La décision du groupe spécial de l’OMC sur les dispositions des États-Unis relatives à l’exception pour “usage privé” et à l’exception pour usage dans des entreprises commerciales, qui découle d’une plainte des communautés européennes contre les États-Unis, nous intéresse au premier chef dans le cadre de la présente étude¹⁷. En particulier, la décision du groupe spécial a trait à l’interprétation de l’article 9.2) de la Convention de Berne (le “triple critère”) qui fait partie de l’Accord sur

¹⁴ Cela ne semble pas s’être produit au cours de l’histoire de l’Union de Berne, mais il existe des précédents en ce qui concerne l’Assemblée de l’Union de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle. Le Bureau international (OMPI) lui-même peut être une autre source potentielle d’avis autorisés : il en existe un exemple notoire avec ce qui s’est passé après l’adhésion des États-Unis d’Amérique à la Convention de Berne en 1989 lorsque s’est posée la question de l’application correcte des dispositions concernant la rétrospectivité prévue à l’article 18 de la convention. En de nombreuses occasions, l’OMPI a donné des avis quant à l’interprétation et la portée de ces dispositions et ces avis ont été portés à la connaissance de tous les membres de l’Union de Berne.

¹⁵ À cet égard, l’organisation internationale non gouvernementale qui a l’histoire la plus longue en relation avec la Convention de Berne est l’Association littéraire et artistique internationale qui peut également se prévaloir à juste titre d’avoir été à l’origine des conférences diplomatiques qui ont conduit à l’adoption de la convention en 1886 : voir à ce propos Ricketson, chapitre 2.

¹⁶ Il existe de nombreux commentaires de tous les textes de la Convention de Berne en français, en anglais, en allemand, en espagnol et en italien pour ne citer que les principales langues de la convention à ce jour. L’OMC et les ADPIC ont, à leur tour, commencé à générer leurs propres commentaires d’experts dans différentes langues. Dans le cadre de la présente étude, on se réfère en particulier aux ouvrages suivants : Desbois, H. Françon, A. and Kerever A, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, Paris (1976) (“Desbois *et al*”); Nordemann W., Vinck K, and Hertin P.W., *Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft*, Kommentar, Werner, Düsseldorf (1977), également publié en français sous le titre *Droit d'auteur international et droits voisins. Commentaire* (traduction de J. Tournier), Bruylants, Bruxelles (1983) et en anglais sous le titre *International Copyright and Neighbouring Rights Law* (version anglaise par G. Meyer), VCH, Weinheim, 1990 (“Nordemann *et al*”); Masouyé C. (traduction W. Wallace), *Guide de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes*, OMPI, Genève (1981) (“Masouyé”); Ladas, S P, *The International Protection of Literary and Artistic Property* (2 Vol.), Harvard Studies in International Law, Macmillan, New York (1938); Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford, 2002 (“Ficsor”); Reinbothe J., and von Lewinski S., *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, UK, 2002 (“Reinbothe and von Lewinski”).

¹⁷ Groupe spécial “États-Unis-Article 110.5) de la Loi sur le droit d'auteur, 15 juin 2000.

les ADPIC en vertu de l'article 9.1) de cet instrument. Il est donc justifié de citer la décision du groupe spécial dans la présente étude, même si cette décision ne portait au sens strict que sur l'application du triple critère dans le cadre des ADPIC et non dans le cadre de la Convention de Berne.

Les éléments du type de ceux qui sont décrits dans le paragraphe précédent peuvent aussi être importants pour le processus d'interprétation aux termes des articles 31 et 32 dans un autre sens. Dans le cas de l'article 31, ils peuvent montrer la pratique nationale quant à la façon dont certains termes d'un traité ont été interprétés et appliqués. Ainsi donc, il est possible que le sens ordinaire des dispositions d'un traité auquel on aurait autrement abouti en lisant directement le texte puisse être modifié à la lumière de la preuve d'une pratique nationale ultérieure. Il semblerait qu'une telle pratique doive être unanime ou, du moins, ne pas avoir été contestée par d'autres États membres. Dans le cas de l'article 32, il est également clair que ces éléments pourraient remplir une fonction similaire dans le processus consistant à établir les circonstances dans lesquelles la disposition qui crée un doute a été adoptée. On en a un exemple évident lorsque l'interprétation d'une disposition est ambiguë, obscure ou absurde mais que les débats et les résolutions des organisations non gouvernementales concernées montrent clairement quel était le problème particulier que la disposition en question visait à surmonter.

LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PREVUES DANS LA CONVENTION DE BERNE

Comme nous l'avons signalé plus haut, la Convention de Berne contient des dispositions relatives aux limitations et aux exceptions depuis ses débuts. Parmi celles-ci, le triple critère de l'article 9.2) a maintenant acquis un relief particulier, notamment en tant que modèle d'exception dans les conventions ultérieures, bien que cette disposition ait été la dernière à être insérée dans la convention (dans la révision de Paris de 1971). On examinera ci-après les principales dispositions de l'Acte de Paris de la Convention de Berne qui ont trait aux limitations et aux exceptions.

a) Limitations de la protection

Textes officiels

Cette limitation est prévue à l'article 2.4) comme suit :

“4) Il est réservé aux législations des pays de l'Union de déterminer la protection à accorder aux textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire, ainsi qu'aux traductions officielles de ces textes.”

1. Il appartient donc aux législations nationales de déterminer a) si ce type de textes doit être protégé ou pas et b) s'ils doivent l'être, jusqu'à quel point. Les pays parties à la convention bénéficient ainsi d'une grande souplesse pour faire valoir leurs conceptions divergentes de l'intérêt public : à un extrême ils sont libres de laisser entièrement ces textes dans le domaine public; à l'autre, ils peuvent leur accorder une protection complète en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques; ils peuvent également opter pour une protection limitée, avec des droits d'utilisation généreux au public. Il est possible que la troisième solution soit en fait, la plus sage, car un gouvernement peut souhaiter conserver un droit de regard sur la reproduction de ses textes officiels (afin d'en garantir l'exactitude et l'authenticité) tout en préservant l'intérêt général qui est d'avoir un accès direct et immédiat à ces documents en accordant au grand public une licence générale pour faire des copies privées.

Nouvelles du jour et informations de presse

L'article 2.8) prévoit que :

“La protection de la présente convention ne s'applique pas aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse.”

Le libellé de cet article ne permet pas d'en discerner aisément la finalité. S'agit-il d'une exception d'intérêt général à la convention en ce sens qu'il exclut de façon générale les nouvelles et les informations du champ d'application de la convention dans l'intérêt de la liberté d'information? Ou encore traduit-il une conception juridique de la nature des droits des auteurs qui exclut ces éléments de la protection au motif qu'ils ne peuvent constituer des œuvres littéraires ou artistiques dans la mesure où ils ont trait à des faits et à des informations qui ne peuvent faire l'objet d'une protection? Si cette dernière hypothèse est la bonne, cette exclusion est totalement inutile car ces éléments ne devraient en aucun cas être visés par la convention – c'est là un point qui est maintenant expressément reconnu à l'article 2.2) du WCT et à l'article 9.2) de l'Accord sur les ADPIC Les expressions “nouvelles du jour” et “faits divers ...” n'indiquent pas en elles-mêmes l'hypothèse qui est la bonne, mais les

conférences de révision successives qui ont examiné cette question permettent de trancher en faveur de la deuxième solution. Plus révélatrice à cet égard est la déclaration suivante qui apparaît dans le rapport de la Commission principale I de la Conférence de Stockholm de 1967 :

“... la convention ne protège pas de simples informations sur les nouvelles du jour ou les faits divers, parce qu’un tel matériel ne possède pas les qualifications requises pour constituer une œuvre. Cela implique a fortiori que les nouvelles ou les faits eux-mêmes ne sont pas protégés. Les articles des journalistes ou d’autres œuvres “journalistiques” rapportant les nouvelles sont d’autre part protégés dans la mesure où ils sont des œuvres littéraires ou artistiques. Il n’apparaissait pas indispensable de clarifier le texte de la convention sur ce point.”¹⁸

Étant donné qu’il fait partie des travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm, ce paragraphe constitue une interprétation authentique de l’article 2.8) qui peut être suivie en droit national.

Discours politiques et discours prononcés dans les débats judiciaires

Ce cas est prévu à l’article 2bis.1) comme suit :

“1) Est réservé aux législations des pays de l’Union la faculté d’exclure partiellement ou totalement de la protection prévue à l’article précédent les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires”.

Les arguments d’intérêt général qui plaident en faveur d’une exclusion partielle ou totale de protection pour ces œuvres n’ont à aucun moment fait l’objet de débats depuis que cette disposition a été introduite à Rome en 1928, mais il faut noter qu’elle est entièrement facultative dans sa forme. En même temps, elle n’impose aucune restriction quant à la mesure dans laquelle la protection peut être refusée à ces œuvres car elle s’applique potentiellement à toutes les formes possibles d’exploitation qui entrent dans le cadre des droits des auteurs prévus par la convention, par exemple, la radiodiffusion, l’interprétation ou l’exécution publique et la récitation ainsi que la reproduction. D’un autre côté, l’article 2bis.1) comporte une limitation temporelle qui indique qu’il porte principalement sur la communication immédiate ou contemporaine de ce type d’œuvres. Ainsi donc, aux termes de l’article 2bis.3), les législations nationales doivent continuer à permettre à l’auteur de telles œuvres de jouir du “droit exclusif de réunir en recueil ses œuvres mentionnées aux alinéas précédents”. De même, les auteurs de discours politiques ou juridiques conservent le droit de réaliser ultérieurement une compilation de leurs joyaux rhétoriques!

¹⁸ *Ibid*, Vol. II, p. 1162.

b) Exceptions à la protection

Sont pertinentes ici les dispositions suivantes.

Droits licites de citation

Les “citations” tirées d’œuvres sont depuis longtemps reconnues comme une exception à la Convention de Berne que l’article 10.1) oblige désormais chaque membre de l’Union à respecter pour les œuvres protégées au titre de la convention.

Il prévoit ce qui suit :

“1) Sont licites les citations tirées d’une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu’elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d’articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse”.

Cette disposition appelle les commentaires suivants :

1. *Le sens du terme “citation”* : bien que l’article 10.1) ne définit pas la “citation”, on entend habituellement par là la reprise d’une partie d’un tout plus important – un groupe de mots tiré d’un texte ou d’un discours, un passage musical ou une image visuelle tirée d’une pièce musicale ou d’une œuvre d’art – habituellement réalisée par une autre personne que le créateur original de l’œuvre¹⁹. Rien dans le libellé de l’article 10.1) n’indique que cette exception porte uniquement sur les droits de reproduction : on peut trouver des citations tout aussi bien dans le cadre d’un cours, d’un spectacle ou d’une radiodiffusion que sous une forme matérielle telle qu’un livre, un article ou une œuvre des arts plastiques.
2. *Longueur de la citation* : l’article 10.1) n’impose aucune limite quant à la quantité qui peut être citée bien que, comme cela est suggéré ci-dessus, le terme “citation” donne à penser que l’élément cité fait partie d’un tout plus grand. Toutefois, les restrictions quantitatives sont notoirement difficiles à formuler et à appliquer, c’est pourquoi l’article 10.1) laisse cette question se régler au cas par cas, sous réserve du respect de critères généraux de but à atteindre et de bons usages²⁰. Ainsi, dans certains cas, il peut être à la fois compatible avec le but visé par la citation et conforme aux bons usages de citer de larges extraits d’une œuvre afin qu’elle soit présentée correctement, comme par exemple dans une étude critique ou un travail d’érudition. Il est également possible d’envisager d’autres circonstances dans lesquelles il peut être justifié de citer l’ensemble d’une œuvre, comme par exemple dans un commentaire d’une œuvre sur l’histoire de l’art du XXI^e siècle où devraient figurer, à titre d’illustration, des images représentatives de certaines écoles d’art²¹. On peut également prendre l’exemple de dessins ou de courts poèmes lorsque ces derniers sont cités dans le cadre d’un ouvrage plus vaste de commentaire ou d’étude.

¹⁹ Voir ici le premier sens donné dans la définition du *Concise Oxford Dictionary*, 10th Ed. 2001, page 1176.

²⁰ *Ibid*, p. 1153 (Rapport).

²¹ Nordemann *et al* p. 83.

3. *L'œuvre en question doit avoir été “rendue licitement accessible au public”* : cela va plus loin que la notion d’“œuvres publiées” de l’article 3.3) dans lequel la radiodiffusion et l’exécution publique d’une œuvre ne constituent pas une “publication” et dans lequel il est également exigé que les œuvres soient publiées “avec le consentement de leurs auteurs”. Le fait que l’article 10.1) exige qu’une œuvre soit “rendue licitement accessible” constitue une différence importante en ce sens que cela inclut la diffusion des œuvres par n’importe quel moyen et non pas simplement par la réalisation de copies de l’œuvre. Ainsi, si une œuvre théâtrale ou musicale est interprétée en public ou radiodiffusée, l’article 10.1) autorise un critique ou un commentateur à en citer des passages tels quels dans son compte rendu. Aux termes de l’article 10.1), “rendue licitement accessible” s’applique également à la situation où cela se produit dans le cadre d’une licence obligatoire, même si dans le cas d’enregistrements sonores, la licence obligatoire prévue à l’article 13.1) n’intervient que lorsque l’auteur a déjà autorisé l’enregistrement, et vraisemblablement la diffusion, de son œuvre musicale²². Enfin, on verra que l’article 10.1) ne contient aucune limitation quant au type d’œuvres qui peuvent être citées.

4. “*Conformes aux bons usages*” : la notion de “bons usages” qui correspond en anglais au concept de pratique loyale, peut-être plus familier aux juristes anglo-américains qu’à leurs homologues européens²³, est essentiellement une question que les tribunaux nationaux devront trancher au cas par cas. Toutefois, les critères mentionnés à l’article 9.2) (voir ci-après) sembleraient s’appliquer également ici pour déterminer si une citation particulière est “conforme aux bons usages” à savoir si elle est en conflit avec l’exploitation normale de l’œuvre et si elle cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’auteur²⁴. L’article 10.1) ne mentionne pas la possibilité d’une utilisation moyennant une licence obligatoire, mais en principe lorsque l’utilisation par voie de citation est rémunérée et “dans la mesure justifiée par le but à atteindre” (voir ci-après), cette possibilité devrait mieux répondre au critère de conformité aux bons usages que ne le ferait une utilisation libre.

5. *L’étendue de la citation ne doit pas dépasser ce qui est justifié par le but à atteindre* : dans son rapport à la Conférence de Stockholm, la Commission principale I a fait observer qu’aucune liste de buts spécifiés ne pourrait prétendre être exhaustive²⁵. Toutefois, il est clair d’après les travaux préparatoires de la conférence et les débats qui se sont déroulés au sein de la Commission principale I que les citations à des fins scientifiques, critiques ou d’éducation étaient certainement considérées comme entrant dans le champ d’application de l’article 10.1)²⁶. On peut également prendre comme exemple les citations dans les écrits historiques et autres écrits d’érudition utilisées à titre d’illustration ou de preuve à l’appui d’un point de vue ou d’un argument donné. De même, le rapport du comité d’experts de 1965 pour la Conférence de Stockholm mentionnait les citations à des fins judiciaires, politiques ou d’amusement²⁷. On peut encore citer un exemple qui apparaît dans le programme²⁸ et dans

²² Noter que Desbois *et al* estiment qu’une limitation semblable s’applique en ce qui concerne les licences obligatoires aux termes de l’article 13.2) : *Documents 1948*, p. 188. Ce point de vue est étudié ci-après au paragraphe 9.45.

²³ Nordemann, p. 83.

²⁴ Voir également Nordemann *et al* p. 83 et 84.

²⁵ *Actes de 1967*, 860–861.

²⁶ *Ibid*, 116–117 (Doc S/1), 860–861 (procès-verbaux).

²⁷ *Ibid*, p. 117.

²⁸ *Ibid*.

les débats au sein de la Commission principale I : il s'agit des citations destinées à produire un “effet artistique”²⁹. Il est donc possible que l'article 10.1) englobe l'essentiel de ce qui est visé par les dispositions relatives à “l’usage loyal” dans des législations nationales comme celle des États-Unis d’Amérique³⁰.

6. *Citations tirées d’articles de journaux et de revues de presse* : en un sens, toutefois, l'article 10.1) renvoie à un type particulier de citations, à savoir “les citations d’articles de journaux et recueils périodiques sous la forme de revues de presse”. Cette formulation reprend quelque peu celle de l'article 10.1) de l'Acte de Bruxelles, mais non sans en modifier le sens. Cette dernière disposition renvoyait d'une façon générale aux citations courtes et tenait ensuite pour acquis que cela s'étendait au droit d'inclure de telles citations dans les revues de presse. La formulation actuelle n'a pas ce sens et ne signifie pas grand chose : si le résumé d'un article de journal ou de périodique peut inclure une citation tirée de cet article (comme l'envisageait le texte de Bruxelles), résumer l'information dans une revue de presse n'est pas la même chose que faire une citation. Il est donc difficile de savoir ce que signifie le présent article 10.1) lorsqu'il mentionne une citation sous forme de revues de presse. Il y a là une contradiction dans les termes qui ne sert nullement à montrer comment fonctionne la disposition³¹.

7. *Obligatoire et non facultative* : enfin, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, il s'agit là d'une exception obligatoire qui doit être appliquée par tous les pays membres dans leur législation nationale. À cet égard, elle est unique parmi les limitations et les exceptions de la Convention de Berne car toutes les autres sont facultatives en ce sens qu'elles fixent des limites dans lesquelles les législations nationales *peuvent instaurer des limitations et des exceptions à la protection*.

Utilisation à des fins d’enseignement

La disposition pertinente est l'article 10.2), qui prévoit ce qui suit :

“2) Est réservé l’effet de la législation des pays de l’Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux, en ce qui concerne la faculté d’utiliser licitement, dans la mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d’illustration de l’enseignement par le moyen de publications, d’émissions de radiodiffusion ou d’enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu’une telle utilisation soit conforme aux bons usages.”

²⁹ *Ibid*, p. 876 (observations du délégué de la Suède, M. Hesser).

³⁰ Loi des États-Unis d’Amérique de 1976 sur le droit d’auteur, article 107.

³¹ Voir ici l’explication dans le rapport de la Commission principale I qui va à peine plus loin : “Il a aussi été remarqué qu’une certaine ambiguïté résultait de la dernière phrase visant les revues de presse. Il a semblé cependant difficile et pas absolument nécessaire d’éliminer cette ambiguïté, sur laquelle les tribunaux pourront se prononcer”. Actes de 1967, p. 1147.

Il convient de noter les points suivants au sujet de l'interprétation de cette disposition :

1. Ce qu'est "une utilisation ... [d'œuvres] à des fins d'enseignement" est une question laissée à l'appréciation des législations nationales ou des accords bilatéraux conclus entre les membres de l'Union (voir également l'article 20). L'article 10.2) se borne donc à fixer les limites extérieures dans lesquelles cette réglementation peut être appliquée.
2. Contrairement aux versions antérieures de cet article, l'article 10.1) ne contient pas de limitations quantitatives, excepté en ce qui concerne la restriction d'ordre général selon laquelle l'utilisation des œuvres ne doit se faire que "dans la mesure justifiée par le but à atteindre, ... à titre d'illustration de l'enseignement, ... sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages". Les références au but à atteindre et aux bons usages sont semblables à celles de l'article 10.1) et rendent cette disposition moins restrictive sans qu'aucune limitation quantitative soit nécessaire. Les termes "à titre d'illustration" imposent une certaine limitation mais n'empêchent pas l'utilisation de l'ensemble d'une œuvre lorsque les circonstances l'exigent, par exemple dans le cas d'une œuvre artistique ou d'une courte œuvre littéraire³².
3. L'utilisation doit se faire "à titre d'illustration" à des fins "d'enseignement". Le sens de ce dernier terme a considérablement retenu l'attention des délégués de la Conférence de Stockholm et le rapport de la commission nous donne l'explication suivante sur leurs points de vues :

"Il a été souhaité de préciser dans le présent rapport que le mot "enseignement" comprend l'enseignement à tous les niveaux, c'est-à-dire dans les établissements ou autres organisations scolaires et universitaires, dans les écoles publiques (municipales ou d'État) aussi bien que privées. L'enseignement en dehors de ces établissements ou organisations de caractère général qui sont à la disposition du public mais qui ne rentrent pas dans ces catégories devrait être exclu"³³.

C'est là une interprétation restrictive³⁴ car il est clair qu'elle exclut nettement l'utilisation d'œuvres dans les cours de formation pour adultes et, dans les pays en développement, elle exclurait également les campagnes d'alphabétisation destinées aux adultes bien que cette dernière utilisation puisse être visée par les dispositions de l'annexe à l'Acte de Paris (voir ci-après).

4. "L'enseignement" se limite-t-il à l'instruction dispensée dans une salle de classe ou s'applique-t-il également aux cours par correspondance ou sur Internet dans lesquels les étudiants ne sont pas directement en présence d'un enseignant. Ce dernier type d'enseignement est important dans de nombreux pays et il est suggéré qu'il n'y a pas de raison de l'exclure de "l'enseignement" aux fins de l'article 10.2).

³² Le rapport de la Commission principale I ne donne pas davantage de précisions sur ces questions bien que les rapports sur les délibérations de la commission indiquent qu'au moins un délégué (celui du Royaume-Uni) a explicitement déclaré que cette formulation autoriseraît l'utilisation de l'ensemble d'une œuvre et qu'il pensait que c'était là le point de vue d'autres délégués.

³³ Actes de 1967, p. 1155.

³⁴ Il faut indiquer qu'au sein de la Commission principale I, certains délégués considéraient cette approche comme trop restrictive : *ibid*, 901 (M. Reimer, République fédérale d'Allemagne).

5. Le fait que l'utilisation doive être “conforme aux bons usages” est identique aux citations licites de l’article 10.1). Cela implique une appréciation objective de la situation, et, comme nous l’avons suggéré plus tôt, les critères mentionnés à l’article 9.2) constituerait un guide utile (voir ci-après).

6. L’éventail d’utilisations autorisées par l’article 10.2) n’inclut pas seulement les publications (on entend vraisemblablement par là les reproductions), mais également les radiodiffusions et les enregistrements sonores ou visuels. Dans le cas de la radiodiffusion, cela peut permettre une diffusion à un public plus large que celui qui est visé par l’enseignement dispensé.

7. Il existe une forme d’utilisation qui n’est pas mentionnée à l’article 10.2); il s’agit de la diffusion d’une œuvre soit dans le cadre d’un programme original soit dans le cadre d’une radiodiffusion par câble. Ce type d’utilisation figure dans d’autres dispositions qui ont trait aux exceptions aux droits des auteurs (article 10bis.1) et 2)), de telle sorte que le fait qu’elle ait été omise de l’article 10.2) doit être considéré comme délibéré.

8. L’article 10.2) ne comporte aucune restriction quant au nombre de copies qui peuvent être effectuées dans le cas de publications et d’enregistrements sonores ou visuels réalisés à des fins d’enseignement. De même, aucune limitation n’est imposée en ce qui concerne le public touché par une radiodiffusion effectuée à des fins éducatives, ce qui fait qu’il ne peut y avoir aucune limitation quant au nombre de copies réalisées dans ce but. La seule restriction supplémentaire qui s’applique ici est que la réalisation de copies multiples doit être compatible avec “les bons usages”. Il est évident que si cela est en contradiction avec l’exploitation normale de son œuvre par l’auteur et porte indûment préjudice à ses intérêts légitimes, l’article 10.2) ne devrait pas s’appliquer. À cet égard, le nombre de copies sera également un facteur extrêmement important, en particulier lorsque des étudiants ou des élèves effectuent un grand nombre de copies pour leurs cours. Une rémunération sous forme d’une licence obligatoire pour de telles utilisations peut donc les rendre davantage “conformes aux bons usages”.

Citations et utilisations dans l’enseignement : mention de la source et du nom de l’auteur

Les alinéas 1) et 2) de l’article 10 sont soumis à une prescription supplémentaire à l’article 10.3) en ce sens que les citations et utilisations visées dans ces alinéas doivent faire mention de la source et du nom de l’auteur, si ce nom figure dans la source.

Il s’agit là d’une prescription obligatoire, et bien qu’elle puisse sembler superflue étant donné l’article 6bis, on a estimé qu’il convenait de l’ajouter à l’article 10 de façon qu’aucun doute ne subsiste quant à la nécessité de respecter le droit de paternité dans le cas de citations et d’utilisations effectuées dans le cadre de cette disposition³⁵. Cela peut poser un problème en ce qui concerne le droit au respect ou à l’intégrité : l’application de ce critère aux termes de l’article 6bis est-elle donc exclue des dispositions de l’article 10? Une déclaration figurant dans le rapport de la Commission principale I de la Conférence de Stockholm indique que les délégués estimaient d’une façon générale que l’article 6bis s’appliquait aux exceptions autorisées par la convention, y compris à l’article 10³⁶. Toutefois, il existe des raisons

³⁵ Documents 1948, p. 245 (remarques dans le programme). Voir également les propositions préliminaires pour la conférence reportée de 1935 : [1933] DA 99.

³⁶ Actes de 1967, p. 1173

pratiques pour défendre le fait que l’article 6bis ne devrait pas s’appliquer aux dispositions de l’article 10. Il est souvent nécessaire d’apporter des modifications et des altérations à une œuvre lorsqu’elle est citée ou utilisée à des fins d’enseignement, et ce besoin de souplesse est confirmé par les actes de la Conférence de Rome dans lesquels les amendements qui ont été proposés pour rendre les emprunts mentionnés dans l’article ”entièrement conformes au texte original” ont été rejetés³⁷. La question des modifications et des autres changements n’a pas été soulevée lors des conférences de révision qui ont suivi en ce qui concerne l’article 10 et on peut en conclure que contrairement au droit d’attribution il n’y a eu aucun accord quant à la nécessité de respecter le droit à l’intégrité dans l’article 10. Faute d’un tel accord, il est impossible de présumer que l’article 6bis s’applique aux citations et emprunts licites.

De plus, l’article 10.3) comble peut-être un vide laissé par l’article 6bis. Conformément à l’Acte de Bruxelles, cette disposition n’exige pas une protection du droit de paternité après la mort de l’auteur, et il est toujours possible à un État membre de refuser cette protection au titre de l’article 6bis.2) des Actes de Paris et de Stockholm. Dans ce cas, l’article 10.3) indique clairement que ce pays doit néanmoins accorder cette protection dans le cas de citations et d’utilisations qui entrent dans le cadre de l’article 10.

Enfin, il faut noter que l’article 10.3) ne se limite pas uniquement à l’attribution de la paternité d’une œuvre – une obligation qui n’existe que si le nom de l’auteur apparaît sur l’œuvre – mais qu’il exige que soit mentionnée la source – vraisemblablement les détails relatifs à l’édition de l’œuvre, y compris le nom de toute œuvre plus vaste dans laquelle elle apparaît.

Exceptions au bénéfice de la presse

Depuis ses débuts, la convention contient des dispositions en faveur de la presse : voir les limitations de l’article 2.8) qui ont trait aux “nouvelles du jour” et aux “faits divers” dont il a été question plus haut. Les autres dispositions qui se rapportent à l’utilisation de la presse entrent dans deux grandes catégories : l’utilisation d’articles dans des journaux et des périodiques (article 10bis.1)) et l’utilisation d’œuvres à des fins de comptes rendus et d’information du public (articles 2bis.2) et 10bis.2)).

L’utilisation d’articles dans des journaux et des périodiques

Ce cas est prévu par l’article 10bis.1) comme suit :

“1) Est réservée aux législations des pays de l’Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d’actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère,

³⁷ Actes de 1928, 252ff. Voir Ricketson, paragraphe 9.28.

dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée”.

Cette exception, jadis obligatoire, est maintenant laissée à l'appréciation des législations nationales. On peut faire les observations suivantes sur sa portée.

1. Les actes qui sont permis s'étendent à la reproduction, à la radiodiffusion et à la transmission par fil au public.
2. Elle s'applique non seulement aux articles publiés dans des journaux ou des périodiques mais également aux “œuvres radiodiffusées ayant le même caractère” (mais non aux “œuvres ayant le même caractère” qui ont été transmises par fil au public). Il semble également qu'il soit possible de prendre des œuvres intégrales. Par ailleurs, le fait que ces articles ou œuvres radiodiffusées doivent porter sur des sujets “d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse” exclut un vaste éventail d'articles de journaux ou de périodiques tels que les critiques littéraires et artistiques, les comptes rendus sportifs, les articles portant sur des sujets scientifiques et techniques, etc. Le terme “d'actualité” indique également que les articles en question doivent avoir un intérêt immédiat car le but de cette exception est de permettre la libre circulation de l'information concernant des événements actuels³⁸. Les articles plus longs qui étudient ces sujets à plus long terme n'en feraient donc pas partie.
3. Cette disposition ne mentionne pas la reproduction et la radiodiffusion d'articles traduits³⁹. Il n'a pas été jugé nécessaire de le faire lors de la Conférence de Stockholm étant donné que le droit de traduction prévu à l'article 8 de la convention faisait implicitement l'objet des mêmes exceptions que la reproduction et la radiodiffusion⁴⁰ : voir ci-après.
4. Comme pour l'article 10.2), lorsqu'une œuvre visée par cette disposition est radiodiffusée ou transmise par fil au public, cette disposition doit aussi s'étendre à toute diffusion ultérieure occasionnée par la réception par radiodiffusion ou par fil, par exemple, lors d'une exécution publique⁴¹. Dans le cas de reproductions, il est clair qu'il est impossible de limiter le nombre de copies effectuées.
5. Les législations nationales peuvent imposer des limitations plus strictes que celles qui sont prévues à l'article 10bis.1), ou refuser toute dérogation dans les cas prévus. La seule condition à respecter est que la source de l'article soit indiquée (voir ci-après). Il n'y a également aucune raison pour qu'un pays qui invoque l'article 10bis.1) ne subordonne pas ce type d'utilisation au paiement d'un droit de licence obligatoire ce qui, après tout, serait une dérogation moindre que celle que permet la disposition en question⁴².

³⁸ Voir par exemple la déclaration du délégué de la République tchèque impliquant qu'il considérait qu'elle s'appliquait principalement aux déclarations faites par des personnalités publiques : *ibid*, p. 859.

³⁹ Doc S/51 : *ibid*, p. 702.

⁴⁰ *Ibid*, p. 1156 (rapport de la Commission principale I).

⁴¹ Voir également à ce propos Masouyé, p. 61.

⁴² Voir également à ce propos, Desbois *et al*, p. 198 et 199.

6. Toute exception formulée au titre des législations nationales conformément à cette disposition doit exiger que la source de l'article soit indiquée. Il s'agit là d'une reconnaissance partielle du droit de paternité, mais son libellé diffère de celui de l'article 10.3). Conformément à cet article, cette prescription doit être observée si la citation ou l'utilisation en question est licite. Toutefois, aux termes de l'article 10bis.1), la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée. Ainsi, la législation nationale peut décréter qu'une violation expose à une peine moins importante, telle que l'obligation de payer des dommages et intérêts ou une amende et ne rend pas cette utilisation illicite en elle-même.

Utilisation d'œuvres dans le compte rendu d'événements d'actualité

L'utilisation ponctuelle d'œuvres à l'occasion de comptes rendus d'événements d'actualité par le moyen de la photographie, de la cinématographie ou de la radio est prévue à l'article 10bis.2) qui dispose ce qui suit :

“2) Il est également réservé aux législations des pays de l'Union de régler les conditions dans lesquelles, à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie ou de la cinématographie ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public, les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement peuvent, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre, être reproduites et rendues accessibles au public.”

Cette disposition appelle les remarques suivantes.

1. Il ne s'agit pas d'une disposition obligatoire; elle est simplement laissée à la discrétion des législations nationales. Tout en autorisant les utilisations précisées à l'article 10bis.2), un membre de l'Union pourrait imposer comme condition le paiement d'une rémunération dans le cadre d'une licence obligatoire⁴³. Un membre de l'Union serait également libre de ne pas autoriser ces utilisations.

2. Les moyens de compte rendu visés par la disposition sont la photographie, la cinématographie, la radiodiffusion et la transmission par fil au public. On notera toutefois qu'à part les photographies et les films cinématographiques, la reproduction en général d'œuvres au cours de comptes rendus d'événements d'actualité n'est pas autorisée. De telles utilisations devront donc être justifiées par le droit de citation de l'article 10.1) ou au titre de l'exception générale prévue à l'article 9.2). On peut citer par exemple l'enregistrement sonore d'un événement d'actualité réalisé pour une radiodiffusion ultérieure : dans la mesure où il s'agit d'une reproduction d'une œuvre protégée, ce cas n'est pas prévu par l'article 10bis.2).

3. L'objet du compte rendu doit être “un événement d'actualité”, et l'œuvre en question doit être “vue ou entendue au cours de l'événement”. Cela implique que cette disposition comporte une limitation temporelle importante, ce qui signifie qu'il ne serait pas permis, une fois le compte rendu réalisé, de l'embellir en y ajoutant une photo d'œuvre d'art ou un accompagnement musical car ni l'un ni l'autre n'aurait été “vu ou entendu au cours de l'événement”.

⁴³ Voir également Desbois *et al*, p. 201.

4. L'utilisation de l'œuvre doit être "justifiée par le but d'information à atteindre". Il est clair que cela ne donne pas carte blanche pour la reproduction d'œuvres intégrales sous prétexte de rendre compte d'événements d'actualité : ce n'est autorisé que lorsque la nature de l'œuvre est telle qu'il ne serait pas possible de faire le compte rendu autrement⁴⁴.

Comptes rendus de conférences, d'allocutions et autres œuvres de même nature

L'article 2bis.2) autorise également les États membres à fixer les conditions dans lesquelles ce type d'œuvres orales peuvent être utilisées à des fins de compte rendu, dans la mesure où :

"Est réservée également aux législations des pays de l'Union la faculté de statuer sur les conditions dans lesquelles les conférences, allocutions et autres œuvres de même nature, prononcées en public, pourront être reproduites par la presse, radiodiffusées, transmises par fil au public et faire l'objet des communications publiques visées à l'article 11bis.1) de la présente Convention, lorsqu'une telle utilisation est justifiée par le but d'information à atteindre."⁴⁵

Cela n'inclut pas, par exemple, les conférences, allocutions, etc. qui sont données devant des groupes privés ni les sermons, à moins qu'ils ne soient englobés par l'expression générale "autres œuvres de même nature". Le motif d'intérêt public justifiant cette disposition est également explicite avec l'exigence supérieure que les utilisations qu'il permet soient justifiées par "le but d'information à atteindre". Cela ne signifie pas nécessairement que les œuvres reproduites, radiodiffusées, etc. doivent en elles-mêmes être "des nouvelles", dans la mesure où la reproduction, radiodiffusion, etc. est réalisée dans le but d'informer le public. À cet égard, cette disposition contraste avec l'article 10bis.2) qui est limité au compte rendu d'"événements d'actualité".

Il existe avec l'article 10bis.2) d'autres similitudes qui méritent d'être signalées :

1. Étant donné que les conditions dans lesquelles les utilisations prévues par l'article 2bis.2) dépendent des législations nationales, il appartient de même aux membres de l'Union de les subordonner à des licences obligatoires et au versement d'une rémunération.
2. À la différence de l'article 10bis.2), l'article 2bis.2) ne prévoit pas la réalisation d'un film cinématographique des œuvres visées par cette disposition.

Exception générale concernant les droits de reproduction – Les "trois conditions"

Avant les actes de Stockholm et de Paris, la convention ne comportait aucune disposition générale exigeant la reconnaissance de droits de reproduction. Bien que d'aucuns aient prétendu qu'il existait dans les actes précédents une obligation implicite à fournir une

⁴⁴ On peut citer par exemple un compte rendu sur l'inauguration d'une nouvelle sculpture ou d'un nouveau bâtiment publics et un compte rendu sur un événement sportif qui a lieu dans un stade contenant plusieurs œuvres d'art : *Ibid*, p. 119.

⁴⁵ Actes de Paris de la Conférence de Stockholm, article 2bis.2).

telle protection, il semblerait plutôt que cela n’ait pas été le cas⁴⁶. Les membres de l’Union étaient donc libres d’imposer les restrictions qu’ils souhaitaient aux droits de reproduction ou même de refuser carrément la protection. En pratique, les droits de reproduction étaient universellement reconnus par les législations nationales, mais les exceptions à ces droits variaient considérablement d’un pays à l’autre. Les seuls domaines dans lesquels la convention abordait ces questions étaient les citations, les comptes rendus de nouvelles et l’utilisation à des fins d’enseignement (voir plus haut), dans la mesure où les dispositions en question permettaient de telles exceptions pour les droits de reproduction. Ces différences signifiaient que, dans le cas où la convention devait comporter un droit général de reproduction, il faudrait veiller à ce que cette disposition n’empêche pas sur les exceptions déjà prévues dans les législations nationales⁴⁷. D’un autre côté, il serait également nécessaire de veiller à ce que cela ne permette pas des exceptions plus larges qui pourraient avoir pour effet de miner le droit de reproduction nouvellement reconnu.

Ces questions ont pris un temps considérable au cours des travaux préparatoires de la Conférence de révision de Stockholm, en particulier celle de savoir s’il fallait pour toute exception proposée énumérer les buts spécifiés qui étaient autorisés ou s’il était possible de parvenir à une formule plus générale qui couvrirait les exceptions actuelles et les éventuelles exceptions futures. Finalement, la conférence de Stockholm a opté pour la formule générale qui figure maintenant dans l’article 9.2) de l’Acte de Paris. Cet article généralement connu comme “les trois conditions”, qui est maintenant en quelque sorte devenu parole d’évangile, dispose ce qui suit :

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

⁴⁶ Voir Ricketson, paragraphe 8.12. Mais noter le point de vue contraire exprimé par le Bureau de l’Union de Berne (le prédecesseur des BIRPI) dans le programme de la Conférence de révision de Bruxelles de 1948 (*Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1946*, p. 58); voir également Nordemann *e et al*, édition anglaise, p. 107, et Ficsor, p. 86 ff.

⁴⁷ Le groupe d’étude a noté dans ses travaux destinés au programme de la conférence de 1967 que “les exceptions admises le plus fréquemment dans les législations nationales” se rapportaient au mode d’utilisation suivant : 1) discours publics, 2) citations, 3) livres scolaires et chrestomathies, 4) articles de presse, 5) reportages, 6) enregistrements éphémères, 7) usage privé, 8) reproduction par photocopie dans les bibliothèques, 9) reproduction en caractères spéciaux à l’usage des aveugles, 10) enregistrements sonores d’œuvres littéraires à l’usage des aveugles, 11) textes de chansons, 12) sculptures exposées de façon permanente dans des endroits publics, 13) œuvres artistiques utilisées comme fond dans les films et les programmes de télévision et 14) reproduction dans l’intérêt de la sécurité publique. On peut ajouter à cette liste les reproductions à des fins judiciaires et administratives, par exemple au cours de débats judiciaires : *Actes de 1967*, Vol. I, p. I12 (Doc S/1).

L’article 9.2) ne fait aucune référence à des dispositions antérieures telles que les articles 10, 10bis et 2bis.2) (ainsi que l’article 13 dont nous parlerons ci-après) qui ont été modifiées et maintenues en même temps dans l’Acte de Stockholm/Paris. Toutefois, il semble clair que le fonctionnement de ces dispositions dans leurs sphères spécifiques n’est pas affecté par la disposition plus générale de l’article 9.2) et que les utilisations qu’elles permettent sont donc exclues de son champ d’application⁴⁸.

L’article 9.2) énonce trois conditions distinctes qui doivent être remplies pour qu’une exception au droit de reproduction puisse être justifiée en droit national. Ces dernières sont examinées successivement ci-après, et les points de vue du groupe spécial de l’OMC qui a récemment étudié ces conditions dans le contexte de l’Accord sur les ADPIC traitant de l’exception “pour usage de type privé” et de l’exception pour usage dans des entreprises commerciales dans le cas d’exécution publique d’œuvres musicales au titre de la Loi des États Unis sur le droit d’auteur de 1976 (voir ci-après) sont pris en considération.

Certains cas spéciaux

Les adjectifs “certain” et “spéciaux” suggèrent que toute exception au droit de reproduction accordée en vertu de l’article 9.2) doit comporter des limites. Ainsi, après avoir consulté plusieurs dictionnaires sur les définitions de “certain” (“connu et particulisé, mais pas explicitement identifié”, “déterminé, fixe, non variable, défini, précis, exact”)⁴⁹, le groupe spécial de l’OMC en a donné l’interprétation suivante :

“... une exception ou limitation prévue dans la législation nationale doit être clairement définie. Toutefois, il n’est pas nécessaire d’identifier explicitement chacune des situations éventuelles auxquelles l’exception pourrait s’appliquer, pour autant que la portée de l’exception soit connue et particularisée. Cela garantit un degré suffisant de sécurité juridique.”⁵⁰

Quant au sens de “spécial” (“ayant une application ou une fin particulière ou limitée”, “détaillé; précis, spécifique”.) le groupe spécial de l’OMC a noté que cela signifiait qu’il fallait plus

“...qu’une définition claire pour satisfaire à la norme établie par la première condition. En outre, une exception ou limitation devrait avoir un champ d’application limité ou une portée exceptionnelle. Autrement dit, une exception ou limitation devrait être restreinte au sens quantitatif aussi bien que qualitatif. Cela laisse entendre une

⁴⁸ Voir la remarque du délégué monégasque, *ibid*, p. 900, et les observations générales sur l’interprétation qui figurent dans le rapport de la Commission principale I au paragraphe I4 : “Le Comité de rédaction s’est rallié unanimement dans l’élaboration de nouveaux textes aussi bien que dans la révision rédactionnelle de certaines dispositions, au principe *lex specialis legi generali derogat* : les textes particuliers sont applicables, dans leur domaine restreint, à l’exclusion des textes de portée universelle. Ainsi, il a été considéré comme superflu d’insérer à l’article 9, qui traite de certaines exceptions générales auxquelles sont soumis les droits de l’auteur, des références expresses aux articles I0, 10bis, 11bis et 13 qui consacrent des exceptions particulières.”

⁴⁹ *New English Oxford Dictionary*, p. 364.

⁵⁰ Groupe spécial de l’OMC, p. 37.

portée restreinte ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable. Pour placer cet aspect de la première condition dans le contexte de la deuxième condition ("ne porte pas atteinte à l'exploitation normale"), une exception ou limitation devrait être à l'opposé d'un cas non spécial, c'est-à-dire un cas normal"⁵¹.

Ainsi donc ces deux adjectifs exigent qu'une exception proposée (un "cas") soit clairement définie et ait une portée et étendue restreintes. Cette interprétation semble également compatible avec le contexte, l'objet et le but de la convention, c'est-à-dire, en tant que traité destiné à constituer une Union pour "la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques". Cela implique en tout cas la prise en considération de tous les aspects d'une exception proposée, y compris les questions telles que les droits et les œuvres visés, les personnes qui peuvent en bénéficier et le but de l'exception.

"L'expression 'certains cas spéciaux' exige-t-elle aussi l'existence d'un 'but spécial' ou d'une justification des exceptions existant en droit national? Cette interprétation a été suggérée par plusieurs commentateurs, dont je fais partie⁵², mais d'autres commentateurs sont silencieux sur ce point⁵³. En outre, bien que le Groupe spécial de l'OMC sur l'exception 'pour usage de type privé' ait utilisé les adjectifs 'exceptionnel' et 'reconnaissable' dans ce contexte (voir le passage cité ci-dessus), il a néanmoins pris la peine d'indiquer qu'il n'estimait pas pour autant que l'expression 'certains cas spéciaux' était équivalente à 'but spécial'. Bien que le groupe spécial se soit intéressé ici à un accord international différent, à savoir l'Accord sur les ADPIC, la formulation de l'article 13 est la même que celle de l'article 9.2) et un certain nombre de commentateurs ont fait valoir que la première condition devrait être interprétée de la même façon dans les deux instruments".

Ainsi, M. Ginsburg⁵⁴ a défendu de façon convaincante le point de vue selon lequel l'expression "certains cas spéciaux" ne devait pas faire l'objet d'une interprétation normative, en faisant observer que le but de toute exception devra de toute façon être examiné à la lumière de la deuxième et de la troisième condition, à savoir qu'il faudra vérifier si elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Quelques éléments dans les avatars rédactionnels de l'article 9.2)

⁵¹ Groupe spécial de l'OMC, p. 37.

⁵² Ricketson, p. 482. Non seulement je fais valoir que l'utilisation en question doit être justifiée par "un but tout à fait spécifique", mais encore que ce but doit également avoir quelque chose de "spécial", spécial signifiant ici qu'il est justifié par une raison évidente d'intérêt public ou par toute autre circonstance exceptionnelle". Ficsor, p. 284, adopte un point de vue semblable; voir également Reinbothe et von Lewinski, p. 124-125.

⁵³ Il faut toutefois indiquer que ce point n'est pas examiné par les autres commentateurs les plus connus. Par exemple, le Guide de l'OMPI sur la Convention de Berne, 1978, p. 62 et 63, ne commente pas le sens de l'expression "certains cas spéciaux"; de même, les principaux commentateurs allemands, Nordemann, Vinck, Hertin et Meyer, *International Copyright and Neighbouring Rights Law*, VCH, English Ed. 1990, p. 108-109, ou les principaux commentateurs français, Desbois, Françon et Kerever, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 1976, paragraphes 172 et 173.

⁵⁴ J. Ginsburg, "Vers un droit d'auteur supranational? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur" [2001] Revue internationale du droit d'auteur, janvier 2001.

permettent de pencher pour cette hypothèse et il est donc proposé de préférer le point de vue selon lequel l'expression “certains cas spéciaux” ne doit pas être interprétée comme exigeant d'être fondée sur un “but spécial” quelconque.

“Porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre”

Le dictionnaire nous donne à nouveau un point de départ pour le sens ordinaire des termes “normal” et “exploitation”. Le second est peut-être le plus simple : “exploiter” et “exploitation” signifient “faire usage de” ou “utiliser pour ses propres fins”⁵⁵, et, dans le contexte “d’œuvres” il peut être compris comme désignant l’activité par laquelle les titulaires du droit d’auteur usent des droits exclusifs qui leur ont été conférés, notamment le droit de reproduction, pour “tirer une valeur économique de leurs droits sur ces œuvres”⁵⁶. Quant au terme “normal”, il signifie “constituant un type ou une norme ou s’y conformant : courant habituel, classique, ordinaire, usuel...”⁵⁷. Selon le groupe spécial de l’OMC, ces définitions permettent deux connotations possibles pour l’expression “exploitation normale” : la première est de nature empirique, à savoir ce qui est courant, habituel, classique ou ordinaire au sens concret et la seconde exprimant “une approche un peu plus normative, voire dynamique, à savoir se conformer à un type ou à une norme”.

Avec l’approche empirique, la question à poser serait de savoir si l’utilisation autorisée à titre dérogatoire entrerait autrement dans le cadre des activités pour lesquelles le titulaire du droit d’auteur pourrait normalement s’attendre à recevoir un dédommagement. Envisager la question de cette façon mène toutefois à un cercle vicieux comme l’a noté le professeur Goldstein : “Jusqu’à présent du moins, un auteur n’exploite normalement une œuvre que sur les marchés où il est assuré de bénéficier des droits prévus par la loi; par définition, les marchés destinés aux utilisations à titre dérogatoire sortent du cadre de l’exploitation normale. Par conséquent, on peut penser qu’élargir une exception revient à rétrécir le “marché normal”, alors qu’élargir la définition du “marché normal” revient à rétrécir l’exception autorisée”⁵⁸. Il vaut mieux aborder cette question en postulant que le titulaire a la possibilité d’exercer pleinement ses droits, sans être gêné d’une façon ou d’une autre par la présence d’une exception et se demander simplement si le titulaire du droit d’auteur chercherait normalement ou, peut-être, raisonnablement, à exploiter l’usage en question. Cela impliquerait de regarder ce qui se passe actuellement et exclurait les modes d’exploitation potentiels qui pourraient naître à l’avenir. D’un autre côté, l’approche “normative” ou dynamique irait au-delà de cette évaluation purement quantitative et s’efforcerait de tenir compte de l’évolution technologique et de l’évolution du marché qui pourraient se produire, même si elles ne sont pas actuellement envisagées. Il est également concevable que des utilisations sur lesquelles les titulaires de droits d’auteur n’exercent actuellement aucun contrôle puissent par la suite être maîtrisées, en raison d’évolutions technologiques – on peut citer par exemple la copie privée pour laquelle les coûts de transaction découlant de la surveillance de ces utilisations peuvent maintenant être réduits en raison des nouvelles technologies. Avec cette approche plus qualitative ou plus dynamique, “l’exploitation normale” exigera donc la prise en considération d’usages ou de modes potentiels aussi bien qu’actuels et réels permettant de tirer une valeur d’une œuvre.

⁵⁵ Oxford English Dictionary, p. 888.

⁵⁶ Groupe spécial de l’OMC, p. 50.

⁵⁷ Oxford English Dictionary, p. 1940.

⁵⁸ Paul Goldstein, International Copyright : Principles, Law and Practice § 5.5 (2001).

“Il est clair qu’il y aura des différences en fonction de l’approche adoptée, mais la seconde semble plus en accord avec le contexte de la Convention de Berne et avec “son objet et son but” (article 31 du *Traité de Vienne*)”.

L’expression “exploitation normale” devrait donc être interprétée comme incluant “outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d’exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable”⁵⁹. De même, les exceptions au titre du droit national qui ne sont pas en concurrence économique (actuelle ou potentielle) avec les utilisations qui ne font pas l’objet d’exceptions, ne devraient pas être contraires à la seconde condition de l’article 9.2). Qu’en est-il donc d’une utilisation qui n’est pas en concurrence économique avec les intérêts du titulaire du droit d’auteur mais qui crée toutefois un avantage économique pour l’utilisateur? Doit-elle être considérée comme une utilisation entrant dans le cadre de l’exploitation normale de cette œuvre? À cet égard, il faut rappeler que l’article 9.2 a été prévu pour tenir compte des exceptions qui existent déjà en droit national, dont certaines pouvaient être considérées comme à même de générer un avantage économique pour l’utilisateur⁶⁰. Ce point a été expressément abordé comme suit par le groupe spécial de l’OMC qui a interprété la même expression (“ne porte pas atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre.”) à l’article 13 de l’Accord sur les ADPIC.

“...à notre avis, chaque utilisation d’une œuvre qui, en principe, entre dans le champ des droits exclusifs et implique un gain commercial, ne porte pas nécessairement atteinte à l’exploitation normale de cette œuvre. Si tel était le cas, pratiquement aucune exception ou limitation ne satisferait à la deuxième condition et l’article 13 pourrait être vidé de son sens, parce que l’exploitation normale serait assimilée au plein exercice de droits exclusifs”⁶¹

Le groupe spécial a encore déclaré :

“Nous estimons qu’une exception ou limitation concernant un droit exclusif qui est prévu dans la législation nationale va jusqu’à porter atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre (c’est-à-dire au droit d’auteur ou plutôt à tout l’ensemble de droits exclusifs conférés par la titularité du droit d’auteur), si des utilisations, qui en principe sont visées par ce droit mais bénéficiant de l’exception ou de la limitation, constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique de ce droit sur l’œuvre (c’est-à-dire le droit d’auteur) et les privent de ce fait de gains commerciaux significatifs ou tangibles”⁶².

⁵⁹ Groupe spécial de l’OMC, p. 54, paragraphe 6.180.

⁶⁰ Ce point a été commenté, bien qu’indirectement, dans le programme Suède/BIRPI de la Conférence de Stockholm : “À cet égard, le Groupe d’étude [de 1964] a souligné que d’un côté, il est évident qu’en principe il faut réserver aux auteurs toutes les formes d’exploitation d’une œuvre qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir, une importance économique ou pratique considérable. Des restrictions de nature à restreindre les possibilités ouvertes aux auteurs sous ces divers rapports sont inacceptables. D’un autre côté, il faut tenir compte du fait que les législations nationales contiennent déjà une série d’exceptions en faveur de divers intérêts publics et culturels et qu’il serait illusoire de supposer que les Pays soient prêts, dès maintenant, à abolir ces exceptions dans une mesure considérable”. *Actes de 1967*, volume I, p. I11 (doc S/1).

⁶¹ Groupe spécial de l’OMC, p. 54, paragraphe 6.182.

⁶² Groupe spécial de l’OMC, p. 55, paragraphe 6.183.

Il y a un autre aspect dans l'adjectif “normal” qui n'est pas pris en considération dans les passages ci-dessus, à savoir la mesure dans laquelle ce terme englobe de vraies considérations normatives, c'est-à-dire des considérations sur ce que le marché du droit d'auteur *devrait* couvrir, ainsi que des recherches plus empiriques sur ce qui est, et qui peut être, le cas. Pour les faits qui découlaient de l'affaire d’“usage de type privé” il n'y avait aucun besoin réel d'examiner ce point car l'exception clientéliste en jeu ici n'avait rien à voir avec les justifications importantes qui sont souvent à la base des exceptions au droit d'auteur, telles que la liberté de parole, les travaux d'érudition, l'éducation etc.⁶³ Dans d'autres cas toutefois, ce sera là une question importante, par exemple lorsque l'exception a trait à la recherche et aux travaux d'érudition ou à l'utilisation par des bibliothèques et la question qui se pose alors est de savoir s'il s'agit là de “marchés” que le titulaire du droit d'auteur devrait être à même de contrôler dans un sens normatif? Les termes “normal” et “normatif” suggèrent ici une recherche qui tient compte de considérations économique et non économiques et qui implique inévitablement un certain type de compromis.

Si l'on considère uniquement l'objet et le but de la Convention de Berne (“...une Union...protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible, les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques”), il y a peu d'arguments, ou pas du tout, en faveur du compromis. Toutefois, l'interprétation de dispositions du traité, tant en vertu du droit international coutumier que de la *Convention de Vienne*, exige que cela soit fait dans le “contexte” du traité ainsi que de ses objectifs et de ses buts, ce qui implique une prise en considération du texte du traité dans son ensemble. Comme nous l'avons noté ci-dessus, la Convention de Berne contient, et ce depuis longtemps, une série de dispositions qui reconnaissent la possibilité de limitations et d'exceptions aux droits des auteurs dans certains cas précis qui sont justifiés par d'autres considérations non économiques “d'intérêt public” : voir par exemple les articles 2.4), 2bis.1), 10.1 et 2), 10bis.1) et 2) qui ont déjà été examinés plus haut. Chacun d'entre eux fait l'objet de conditions différentes mais ils contiennent tous un certain type de considérations normatives non centrées sur l'auteur et non économiques telles que la liberté de l'information et la “démocratie participative” (article 2.4) et article 2bis.1)), la critique et le compte-rendu (article 10.1)), les buts éducatifs (article 10.2)) et le compte rendu de nouvelles (article 10bis.1) et 2)). La seule différence entre ces articles et l'article 9.2) est que les premiers conservent (plus ou moins) dans le texte de chaque disposition, la trace du compromis auquel sont parvenues les conférences de révision successives qui les ont adoptés alors que l'article 9.2) est sciemment conçu comme une disposition passe-partout ou générique qui peut s'appliquer à toutes les exceptions au droit de reproduction. Si l'on se place dans le contexte plus large de ce traité, il semble donc logique de conclure que la portée de la recherche requise par la deuxième condition de l'article 9.2) inclut bien la prise en compte des considérations normatives non économiques, à savoir si ce type particulier d'utilisation est l'un de ceux que le titulaire du droit d'auteur *devrait* contrôler. Cette interprétation cadre en outre avec celle que l'on trouve dans les travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm, qui constitue une aide supplémentaire légitime à l'interprétation du traité. Il est bon de rappeler ici qu'on pouvait lire dans le programme de la conférence l'observation selon laquelle “il faut tenir compte du fait que les législations nationales contiennent déjà une série d'exceptions en faveur de divers intérêts publics et culturels et qu'il serait illusoire de supposer que les pays soient prêts, dès maintenant, à abolir ces exceptions dans une mesure considérable”⁶⁴. En outre, les actes de la conférence et les divers amendements proposés par les délégués indiquent qu'ils recherchaient une description plus générale des buts pour lesquels il serait possible de faire des exceptions qui tiendraient

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Actes de 1967, volume I, p. 111-112 (doc S/1).*

compte des exceptions d'intérêt public déjà présentes en droit national. Enfin, il faut dire que si l'on adopte une approche totalement économique pour la seconde condition de l'article 9.2), la troisième condition qui porte spécialement sur les intérêts de l'auteur n'a plus beaucoup de raisons d'être (voir ci-après). Si on laisse de côté les utilisations qui sont purement *de minimis*, la grande majorité de celles qui sont régies par l'article 9 peuvent être considérées comme entrant dans le cadre de l'exploitation normale d'une œuvre, du moins potentiellement, étant donné que la technologie réduit les coûts de transaction. Toute libre utilisation autorisée en vertu de l'article 9.2) pourra donc être en conflit avec une exploitation économique normale de l'œuvre, ce qui entraîne comme conséquence que la troisième condition ne sera jamais remplie. Toutefois, si l'on inclut des considérations et des justifications non économiques dans la deuxième condition, cela signifie qu'il peut fort bien exister des utilisations qui ne seront pas en conflit avec ce qui *devrait* faire partie de l'exploitation normale de l'œuvre (dans un sens véritablement normatif), mais qui peuvent ne pas répondre au troisième critère (voir ci-après).

Bien que les arguments qui précèdent semblent cohérents, ils rendent toutefois l'application de la deuxième condition de l'article 9.2) plus vague et plus incertaine. Les termes "exploitation normale" ne donnent pas d'explication quant au type de considérations normatives non économiques qui peuvent s'appliquer ici, ni de la mesure dans laquelle elles peuvent limiter les utilisations qui entreraient autrement dans le cadre d'une exploitation normale par le titulaire du droit d'auteur. C'est à la législation nationale qu'il appartient de trouver cet équilibre. Il faudra avoir recours à des jugements de valeur et ces derniers différeront évidemment en fonction de la société et de la culture concernées. Conformément à la première condition toutefois, ces objectifs non économiques devront être clairement et spécifiquement énoncés et devront être fixés par rapport à l'objectif déclaré de la convention qui est la protection des droits des auteurs. On voit donc que ces justifications devront clairement avoir un caractère d'intérêt public qui aille au-delà des intérêts purement individuels des titulaires du droit d'auteur. À cet égard, on peut dire qu'elles devraient avoir une signification analogue à celles qui sont déjà reconnues comme pertinentes en vertu d'autres dispositions de la Convention de Berne, telles que les article 10 et 10bis.

"Ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur"

On trouve peu d'indications quant au sens de cette condition dans les Actes de la Conférence de Stockholm, en dehors de l'observation figurant dans le programme de la conférence qui fait état de "difficultés considérables de trouver une formule qui puisse sauvegarder les intérêts légitimes de l'auteur tout en laissant aux législations nationales une marge de liberté suffisante pour satisfaire d'importants besoins sociaux ou culturels"⁶⁵. La deuxième remarque porte sur le fait que la formulation proposée dans le programme "semble toutefois être de nature à garantir les différents intérêts qui s'opposent en la matière". Ces remarques indiquent que la troisième condition de l'article 9.2) exige encore un équilibrage des intérêts, ce qui se confirme si l'on examine le sens des mots clés utilisés dans son libellé.

⁶⁵ *Ibid*, volume I, p. 113 (doc S/1, p. 43).

Ainsi, dans le contexte actuel, les “intérêts” en question sont ceux de “l'auteur” et non ceux du “détenteur du droit” comme dans l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Étant donné que les droits des auteurs qui sont protégés par la Convention de Berne sont à la fois des droits économiques et non économiques (moraux) (en vertu de l'article 6bis), il est clair que “les intérêts” dont il est question à l'article 9.2) sont à la fois des intérêts pécuniaires et non pécuniaires⁶⁶.

Quant au terme “légitime”, le dictionnaire donne comme acception “conforme, consacré ou autorisé en loi ou en principe; légal; licite; justifiable; juste”⁶⁷. Cela pourrait signifier licite au sens positiviste, mais le Groupe spécial de l'OMC a également fait observer que ce terme avait aussi la connotation de légitimité d'un point de vue plus normatif⁶⁸. Il semble donc raisonnable de conclure que, si l'expression “intérêts légitimes” vise tous les intérêts (économiques et non économiques) des auteurs qui doivent être protégés par les actes de Stockholm/Paris, il ne s'agit pas d'une conception absolue ou sans réserve : il doit y avoir une justification normative à ces intérêts. En d'autres termes, il existe une “juste” sphère d'application des intérêts des auteurs qu'il ne faut pas s'efforcer de rechercher indépendamment d'autres considérations. Cela semble nous ramener à nouveau au type de processus de recherche d'équilibre qui s'applique en vertu de la deuxième condition de l'article 9.2), bien qu'il soit clair que la troisième condition aille plus loin que la prise en compte du seul intérêt économique de l'auteur.

Quant au reste des termes utilisés dans cette condition, “préjudice” évoque par connotation “un tort ou un dommage”, tandis que “injustifié” (“unreasonable” en anglais) et “pas injustifié” (“not unreasonable” en anglais) évoquent par connotation le fait de ne pas être “proportionné” ou “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”⁶⁹. Il sera évidemment plus difficile de démontrer “un préjudice injustifié” qu'un simple “préjudice”⁷⁰. Les termes “préjudice injustifié” permettent donc des exceptions qui peuvent causer un préjudice important aux intérêts légitimes de l'auteur à condition que a) l'exception réponde par ailleurs à la première et à la deuxième conditions énoncées à l'article 9.2), et b) qu'elle soit proportionnée ou dans les limites du raisonnable, c'est-à-dire, qu'elle ne soit pas injustifiée. L'exigence de proportionnalité implique clairement qu'il peut y avoir des conditions imposées à l'utilisation

⁶⁶ Nordemann *et al*(p. 109) fait valoir que la référence à “l'auteur” à l'article 9.2) doit pas toujours être interprétée comme désignant “l'auteur ou son ayant cause ou tout autre titulaire des droits exclusifs d'exploitation” et il poursuit en disant : “Les intérêts pris en considération ... ne sont pas uniquement les intérêts personnels de l'auteur, mais des intérêts matériels qui peuvent être représentés par les exploitants”. Dans le cas de l'article 13 des ADPIC, toutefois, cela ne serait pas nécessairement le cas car les droits moraux sont expressément exclus du champ d'application de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁷ *Oxford English Dictionary*, p. 2496.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Oxford English Dictionary*, p. 2496 (sens de “reasonable”).

⁷⁰ *Acte de 1967*, volume II, p. 898 (remarque de M. E. Ulmer, président de la Commission principale I). Dans le même sens, on peut lire à la page 63 du *Guide l'OMPI* : “toutes les copies causent un préjudice : une seule photocopie peut remplacer l'exemplaire d'une revue qui reste ainsi invendu et si l'auteur est associé, pour son article, aux produits de l'édition, il perdra la redevance qui devait lui revenir sur cet exemplaire”.

qui feront que tout préjudice causé soit “justifié”, par exemple lorsque ces intérêts sont protégés par l’exigence que l’utilisation soit subordonnée à certaines conditions ou à certaines directives, qu’il y ait attribution de la paternité de l’œuvre (ce qui pourrait autrement causer un préjudice injustifié aux droits moraux d’un auteur), ou même que l’utilisation donne lieu à une rémunération⁷¹.

Il est donc clair que les exceptions au titre de l’article 9.2) peuvent prendre la forme d’utilisation libre ou de licences obligatoires, en fonction essentiellement du nombre de reproductions effectuées⁷².

Contributions à la réalisation d’une œuvre cinématographique

Pour que notre étude soit complète, il faut citer l’article 14bis.2)b) qui s’applique uniquement aux pays membres de l’Union de Berne dont la législation reconnaît parmi les titulaires du droit d’auteur sur l’œuvre cinématographique “les auteurs des contributions apportées à la réalisation de l’œuvre cinématographique”. Dans ce cas, ces auteurs ne peuvent “sauf stipulation contraire ou particulière, s’opposer à la reproduction, la mise en circulation, la représentation et l’exécution publiques, la transmission par fil au public, la radiodiffusion, la communication au public, le sous-titrage et le doublage des textes, de l’œuvre cinématographique”. Les catégories d’auteur concernées ici sont potentiellement très limitées, compte tenu de l’article 14bis.3) qui dispose qu’à défaut de dispositions contraires dans la législation nationale en question, ces personnes n’incluent pas les auteurs des scénarios, des dialogues et des œuvres musicales créés pour la réalisation de l’œuvre cinématographiques, ni le réalisateur principal du film. Toutefois, si cette catégorie d’auteur est reconnue par une législation nationale donnée, l’exception prévue à l’article 14bis.2)b) doit s’appliquer, à moins que la législation nationale n’en décide autrement. Le but de l’article 14bis.2)b) est suffisamment clair : il vise à faciliter l’exploitation de l’œuvre cinématographique dans son ensemble et à faire en sorte qu’il ne soit pas restreint ou gêné par les objections de co-auteurs dont les contributions à l’ensemble de l’œuvre peuvent être considérées comme relativement mineures. Il est intéressant de noter que dans une étude

⁷¹ On peut trouver des arguments en faveur de cette dernière hypothèse dans le rapport de la Commission principale I qui commente l’exemple suivant donné par M. Ulmer, le président de cette commission, au cours des débats : “...la confection d’un nombre d’exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles ...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”. *Actes de 1967*, volume. II, p. 1152. Les remarques de M. Ulmer se trouvent à la page 898.

⁷² Voir à ce propos Nordemann *et al* p. 108 : “À notre avis un préjudice injustifié est causé aux intérêts de l’auteur dès l’instant qu’il peut avoir un intérêt raisonnable à ce que le mode d’exploitation considéré soit subordonné à son consentement ou qu’il ne soit autorisé que contre paiement d’une rémunération équitable”. Cette “interpolation” d’une solution intermédiaire a toutefois été fort critiquée par les commentateurs français, Desbois *et al.* comme étant injustifiée au motif que la démarcation entre les deux types de dispositions (libre utilisation ou licence obligatoire) sera toujours difficile à réaliser en pratique et que le choix paraît devoir être restreint à la permission ou à l’interdiction. D’où les propos de Desbois *et al.* p. 707 : “À la vérité, l’introduction de la licence obligatoire procède d’une interpolation, car la formule de l’art. 9, al. 2 n’en fait pas état. Le choix paraît devoir être restreint à la permission ou à l’interdiction.”

réalisée par le Bureau international de l'OMPI, il a été suggéré qu'il s'agissait là d'une limitation ou d'une exception à la protection qui "si elle est correctement appliquée", ne saurait porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits⁷³. Aucun de ces critères toutefois ne figure à l'article 14bis.2)b) lui-même, qui ne prévoit aucune condition ou restriction à cette exception. Nous verrons ci-après s'ils sont pertinents pour l'application de l'Accord sur les ADPIC.

c) Licences obligatoires autorisées par le Convention de Berne

Il a déjà été suggéré qu'un certain nombre d'exceptions prévues par l'Acte de Paris de la Convention de Berne permettaient aux États membres d'imposer des licences obligatoires dans certaines circonstances. Toutefois, il convient aussi de noter qu'il existe plusieurs dispositions de la convention qui reconnaissent expressément ce fait. Elles s'appliquent à l'enregistrement d'œuvres musicales et aux droits exclusifs reconnus par l'article 11bis.

Licences obligatoires en rapport avec l'enregistrement d'œuvres musicales

Elles sont prévues comme suit à l'article 13.1) :

"1) Chaque pays de l'Union peut, pour ce qui le concerne, établir des réserves et conditions relatives au droit exclusif de l'auteur d'une œuvre musicale et de l'auteur des paroles, dont l'enregistrement avec l'œuvre musicale a déjà été autorisé par ce dernier, d'autoriser l'enregistrement sonore de ladite œuvre musicale, avec, le cas échéant, les paroles; mais toutes réserves et conditions de cette nature n'auront qu'un effet strictement limité aux pays qui les auraient établies et ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente."

Cette disposition a été insérée il y a bien longtemps, lors de la révision de Berlin de 1908, où elle traduisait un compromis pragmatique qui apparaissait déjà au niveau national entre les titulaires de droits d'auteur d'œuvres musicales (essentiellement des éditeurs) et la toute nouvelle industrie de l'enregistrement. Alors que l'Acte de Berlin reconnaissait que le droit des auteurs s'étendait à la reproduction mécanique de leurs œuvres, les législations nationales avaient la possibilité d'introduire des licences d'enregistrement obligatoires au bénéfice de l'industrie de l'enregistrement, ce qui donnait à cette industrie une garantie d'accès au matériel qu'elle avait, jusque là, pu utiliser sans frais. Sous sa forme actuelle, l'article 13.1) ne mentionne pas expressément "les licences obligatoires", mais la mention de "réserves et conditions" relatives au droit exclusif de l'auteur d'autoriser l'enregistrement et au fait qu'elles ne puissent "porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable" indique que les licences obligatoires sont bien considérées comme entrant dans le cadre de cette disposition.

⁷³ "Incidences de l'Accord sur les ADPIC sur les traités administrés par l'OMPI", publié en [1996] *La Propriété industrielle et le Droit d'auteur* 164, p. I86.

L'interprétation de l'article 13.1) appelle les remarques suivantes :

1. Il fonctionne encore comme une dérogation autorisée au droit général de reproduction prévu à l'article 9.1). De même, il n'implique aucune obligation pour un membre de l'Union d'imposer des réserves ou des conditions à l'exercice de ce droit en ce qui concerne l'enregistrement d'œuvres musicales et de paroles.
2. Les réserves et les conditions ne peuvent porter que sur l'enregistrement sonore d'œuvres musicales et des paroles qui les accompagnent.
3. Les réserves et les conditions ne peuvent être imposées que si l'enregistrement de l'œuvre musicale et des paroles a déjà été autorisé par l'auteur. L'auteur conserve donc la prérogative de décider du moment auquel aura lieu la première exploitation mécanique de son œuvre et ce n'est qu'après que des réserves et des conditions pourront être imposées. Cette disposition préserve, en substance, le droit de l'auteur à la divulgation, un des droits moraux fondamentaux qui ne soit pas expressément reconnu par la convention.
4. En tout état de cause, les réserves et les conditions autorisées par l'article 13.1) ne s'appliquent pas à l'enregistrement des paroles seules : celles-ci doivent accompagner l'œuvre musicale, comme dans le cas d'une chanson, d'un opéra, d'un oratorio etc.
5. Les réserves et les conditions appliquées ne peuvent avoir d'effet que dans le pays qui les a imposées. Cette question est également abordée dans l'article 13.3) qui prévoit que :

“3) Les enregistrements faits en vertu des alinéas 1) ... du présent article et importés, sans autorisation des parties intéressées, dans un pays où ils ne seraient pas licites, pourront y être saisis”.
- De même, toute immunité concernant des enregistrements qui ont été licitement réalisés en vertu de l'article 13.1) n'est valable que dans le pays dans lequel ils ont été effectués et ils ne conservent pas ce “caractère licite” lorsqu'ils sont exportés vers d'autres pays de l'Union sans le consentement de la personne qui bénéficie du droit d'auteur sur ces œuvres dans ces pays. Dans de telles circonstances, le pays B pourra considérer un tel enregistrement comme un enregistrement illicite et le fait qu'il ait été licitement réalisé dans le pays A est sans effet. On notera que l'alinéa 3) n'exige pas que le pays B considère ces enregistrements comme des copies illicites : cette question est laissée à l'appréciation de la législation de ce pays. En outre, s'ils sont considérés comme des copies illicites, il n'existe aucune prescription indiquant de quelle façon ils doivent être saisis ou par qui. Les termes “pourront y être saisis” impliquent uniquement que le dispositif doit exister, mais la façon de le mettre en œuvre est laissée à l'appréciation de la législation nationale.
6. Si un pays impose des réserves et des conditions en vertu de l'article 13.1), ces dernières ne doivent pas “porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente”. Comme nous l'avons fait observer ci-dessus, on estime généralement que cela signifie que les

conditions et les réserves imposées prendront la forme de licences obligatoires⁷⁴. Il a certainement pour effet d'exclure les dispositions qui permettent le libre enregistrement des œuvres, ou de l'autoriser pour une somme inférieure à une rémunération équitable.

7. Aucune explication n'est donnée quant au sens de l'expression "rémunération équitable". Bien qu'il appartienne aux parties de négocier ce montant entre elles dans un premier temps, l'adoption d'une telle disposition en droit interne affaiblit inévitablement la position de l'auteur dans la négociation. C'est pourquoi l'autorité compétente a un rôle crucial car elle devra procéder à une évaluation du montant qui aurait été négocié en l'absence de licence obligatoire. Ce rôle incombera en dernier ressort à la législation nationale.

Licences obligatoires pour la radiodiffusion d'œuvres

Depuis ses débuts, de nombreux gouvernements se sont montrés très intéressés par la radiodiffusion à cause de son puissant rôle d'information, d'éducation et de divertissement. L'article 11bis.2) prévoit donc la possibilité de licences obligatoires :

"2) 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."

On verra que l'article 11bis.2) comporte un certain nombre de traits communs avec l'article 13.1).

1. Aucune convention n'oblige les membres de l'Union à imposer "des conditions" à l'exercice des droits reconnus par l'article 11bis.1). C'est aux législations nationales de régler cette question.

2. La formule adoptée à l'article 11bis.2) est différente de celle de l'article 13.1), en ce sens que le premier mentionne uniquement qu'il appartient aux législations nationales de fixer les "conditions" d'exercice des droits visés à l'alinéa 1). L'article 13.1) au contraire mentionne l'imposition de "réserves et conditions", ce qui implique que dans certains cas la législation nationale peut refuser toute protection. Cela ne semble pas possible aux termes de l'article 11bis.2), car le pouvoir d'imposer "des conditions" à l'exercice de droits n'implique pas le pouvoir de refuser ou de limiter ces droits. Toutefois, la différence entre les deux formulations est d'ordre sémantique plutôt que réelle car on trouve dans les deux alinéas l'idée qu'aucune des dispositions qu'ils contiennent ne peut porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable. Tout refus de protection aux termes de l'article 13.1) ne pourrait donc intervenir sans que l'on n'ait estimé que l'utilisation en question n'aurait pas permis à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable de toute façon.

⁷⁴ Voir, par exemple, Nordemann *et al*, p. 102. Il faut toutefois noter la déclaration quelque peu différente de Marcel Plaisant, rapporteur à la Conférence de Bruxelles, dans *Documents de 1948*, p. 103, pour qui ce libellé est incompatible avec le régime des licences obligatoires : ce point de vue est examiné plus avant dans Ricketson...

3. Au sens de l'article 11bis.2) on entend généralement par "conditions" l'imposition de licences obligatoires, mais c'est aux législations nationales qu'il appartient de déterminer la forme de ces licences. Elles peuvent par exemple ne s'appliquer que dans certaines situations bien précises et laisser les auteurs seuls juges de l'exercice de leurs droits dans tous les autres cas. Il semble en outre, d'après les Actes de la Conférence de Bruxelles (au cours de laquelle a été adopté l'article 11bis.2)) que le terme "conditions" puisse s'étendre aussi à la libre utilisation : l'exigence fondamentale étant dans tous les cas que ce qui est autorisé par l'alinéa en question ne puisse "en aucun cas porter atteinte au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable"⁷⁵.

4. Étant donné le libellé de l'article 11bis.1), l'article 11bis.2) s'applique à toutes les œuvres protégées par la convention, y compris les œuvres cinématographiques.

5. Les conditions imposées en vertu de l'article 11bis.2) ne peuvent s'appliquer que dans le pays qui les a imposées. En d'autres termes, un radiodiffuseur ne peut se prévaloir d'une licence obligatoire qu'à l'intérieur des limites territoriales du pays membre où la législation l'autorise; dans tout autre pays membre dont la législation ne prévoit pas de disposition de ce type, il devra obtenir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre pour réaliser une radiodiffusion. Cela pose des problèmes difficiles quant à l'endroit où la radiodiffusion est effectivement réalisée, mais ils n'entrent pas dans le cadre de la présente étude.

6. Les conditions imposées en vertu de l'article 11bis.2) ne doivent "en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur". Cette précision peut sembler superflue étant donné l'opinion généralement acceptée selon laquelle il s'agit là d'une limitation implicite qui s'applique à toute restriction au droit d'auteur autorisée par la convention⁷⁶. Quel est le sens de l'expression "droits moraux" ici? Une réponse évidente consiste à dire qu'ils renvoient aux droits moraux spécifiques que les pays membres doivent protéger conformément à l'article 6bis.1), c'est-à-dire les droits de paternité et de respect de l'œuvre. Toutefois, de nombreuses législations nationales protègent d'autres droits moraux, en particulier le droit de

⁷⁵ Selon Marcel Plaisant, rapporteur général de la conférence : "Conformément à une observation de M. Pilotti, Président de l'Institut international pour l'unification du droit privé et selon une saine interprétation juridique, l'alinéa I^{er} dans ses trois chefs est indivisible de l'alinéa 2 qui réserve au domaine des législations nationales de régler les conditions d'exercice des droits analysés à l'alinéa I^{er}. Elles pourront viser, sur l'observation des Délégations nordiques et hongroises, des exceptions de caractère gratuit dans un but religieux, patriotique ou culturel. Ces conditions éventuelles sont situées dans un cadre assez large : elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral, ni au droit qui appartient à l'auteur de recevoir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente. Interprète des débats si ardents ouverts sur ce point à la Commission, nous oserons dire, avec une portée générale, que chaque pays pourra prendre les mesures qu'il croira utile pour obvier à tous les abus possibles, le rôle de l'Etat, n'est-il pas vrai, étant d'arbitrer entre les excès d'où qu'ils viennent". *Documents de 1948*, page I01. Cette traduction est tirée de celle qui a été établie par l'OMPI dans l'ouvrage publié en 1986 à l'occasion du centenaire : *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986* (1986), p. 216. La possibilité d'une utilisation gratuite dans le cadre de l'article 11bis.2) a été examinée par le Groupe spécial de l'OMC qui a considéré dans sa décision relative à l'usage de type privé que cet alinéa ne portait que sur les licences obligatoires, les utilisations gratuites étant laissées à la doctrine des petites réserves : voir la décision du groupe spécial, [6.87]-[6.88]. Je remercie mon collègue, M. David Brennan d'avoir attiré mon attention sur ce passage du rapport de M. Plaisant.

⁷⁶ Voir également le rapport de la Commission principale I sur ce point : *ibid*, page I173. C'est peut-être là une question d'actualité en ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC : voir ci-après.

divulgation⁷⁷. Ainsi, on a pu dire que ce droit fait partie du “droit moral” de l’article 11bis.2), ce qui fait que cette disposition contient une condition préalable à l’exercice d’une licence obligatoire semblable à celle de l’article 13.1), à savoir que l’œuvre doit d’abord avoir été divulguée au public⁷⁸. Cette interprétation, bien que séduisante de prime abord, ne peut être retenue si l’on lit les dispositions pertinentes : on ne peut exiger des pays de l’Union qu’ils accordent, aux termes de l’article 11bis.1), une protection pour un droit moral qu’ils ne sont par ailleurs pas obligés de protéger aux termes de l’article 6bis. Un membre de l’Union est donc libre de décider, dans sa législation nationale, d’imposer une licence obligatoire ou une utilisation libre en ce qui concerne la radiodiffusion d’une œuvre qui n’a pas encore été divulguée au public.

Enregistrements éphémères d’œuvres radiodiffusées

L’article 11bis.3) autorise les législations nationales à prévoir des exceptions lorsque des enregistrements éphémères ou transitoires d’œuvres sont réalisés dans le but d’exercer l’un des droits énumérés à l’article 11bis.1). Il dispose ce qui suit :

“3) Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l’alinéa 1) du présent article n’implique pas l’autorisation d’enregistrer, au moyen d’instruments portant fixation des sons ou des images, l’œuvre radiodiffusée. Est toutefois réservé aux législations des pays de l’Union le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront autoriser la conservation de ces enregistrements dans des archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.”

La première phrase de l’alinéa établit une distinction nette entre la radiodiffusion et l’enregistrement en précisant que la permission de radiodiffuser n’entraîne pas automatiquement la permission d’enregistrer. Dans la pratique, il se peut fort bien que la réalisation de tels enregistrements par des radiodiffuseurs soit prévue dans des accords-cadres conclus avec les organisations d’auteurs concernés. Faute de tels accords toutefois, la simple autorisation de radiodiffusion n’implique en aucun cas le droit d’enregistrer⁷⁹.

D’après les deuxième et troisième phrases de l’article 11bis.3), les pays membres conservent la possibilité de modifier la disposition ci-dessus dans des buts bien précis. Ainsi, il appartient aux législations nationales de fixer “le régime des *enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions*” (c’est nous qui mettons en italiques). Cette condition n’est soumise à aucune obligation de payer une rémunération équitable (même si un pays membre demeure libre de légiférer à cet effet). Cela exclut aussi les enregistrements effectués par un agent ou par un organisme extérieur. Enfin, on notera que la conservation de ces enregistrements comme archives est strictement limitée : les enregistrements doivent avoir un “caractère exceptionnel de documentation” et ils doivent être conservés dans des “archives officielles”.

⁷⁷ Voir, par exemple, les articles I2, 42 et 46 de la loi de 1965 de la RFA; les articles I9 et 32 de l’ancienne loi française de 1957.

⁷⁸ Voir Desbois et al, page 190.

⁷⁹ Masouyé, page 71.

Licences obligatoires et pays en développement

L’annexe de l’Acte de Paris prévoit, en ce qui concerne la traduction et la reproduction d’œuvres protégées par la convention, une série de licences obligatoires auxquelles peuvent avoir recours les pays en développement dans certaines conditions bien précises, notamment à des fins d’éducation et de développement. Une description détaillée de ces licences sortirait du cadre de la présente étude, mais il est bon de noter qu’elles n’ont été ajoutées à la Convention de Paris qu’après bien des discussions et des controverses et que les actuelles dispositions de l’annexe sont le fruit d’un compromis âprement débattu entre pays en développement et pays développés⁸⁰.

d) Exceptions implicites dans la convention

Outre les exceptions expressément incluses dans la convention qui ont été examinées plus haut, il existe un certain nombre d’exceptions qui sont implicites et qui, conformément aux souhaits des différentes conférences de révision, ne seront pas incompatibles avec la convention si elles sont prévues dans les législations nationales des pays membres. On peut les regrouper en deux catégories principales : celles qui ont trait à la représentation ou à l’exécution, à la récitation, à la radiodiffusion, à l’enregistrement et aux droits cinématographiques, et celles qui ont trait aux traductions.

Exceptions implicites concernant la représentation ou l’exécution, la récitation, la radiodiffusion, l’enregistrement et les droits cinématographiques (“petites réserves”)

La question des exceptions implicites qui figurent dans la convention s’est tout d’abord posée dans le contexte des droits de représentation ou d’exécution publiques qui ont été reconnus pour la première fois à l’article 11.1) de l’Acte de Bruxelles de 1948. Auparavant, les États membres étaient libres d’imposer les restrictions qu’ils souhaitaient à l’exercice de ces droits, ou même de les interdire carrément. En fait, la plupart des législations nationales qui reconnaissaient les droits de représentation et d’exécution renfermaient des dispositions permettant la représentation et l’exécution publiques non autorisée d’œuvres dans des circonstances particulières, et en 1933, le Bureau international de l’Union de Berne (qui a précédé l’OMPI) donnait la liste suivante d’exemples types : “exécutions musicales faisant partie du culte, concerts donnés par des fanfares militaires, concerts de bienfaisance, concerts publics organisés à l’occasion de fêtes déterminées”⁸¹. Ces exceptions ont-elles été maintenues aux termes du nouvel article 11.1) de l’Acte de Bruxelles, ou devaient-elles désormais être expressément autorisées par la convention? Dans leurs travaux préparatoires à la Conférence de Bruxelles, le Gouvernement belge et le Bureau international ont estimé qu’il serait impossible d’énumérer limitativement dans la convention tous ces cas spéciaux car ils étaient trop variés⁸². D’un autre côté, il ne serait pas possible de demander leur suppression, étant donné que la plupart d’entre eux étaient fondés sur d’anciens usages locaux auxquels les pays intéressés ne voudraient pas renoncer⁸³. L’autre possibilité consistait à insérer dans la convention une disposition générale permettant aux États membres de conserver les limitations actuellement en vigueur dans leurs législations nationales, mais on a craint que

⁸⁰ Voir Ricketson, chapitre II.

⁸¹ [1933] DA p. 112, 114.

⁸² Documents de 1948, page 255.

⁸³ Ibid.

l'adoption d'une disposition générale de ce type “n’incitât positivement” les pays qui n’avaient pas encore reconnu ce type d’exception à les incorporer dans leur législation⁸⁴. C’est pourquoi aucune disposition concernant les exceptions au nouveau droit de représentation ou d’exécution publiques n’a été proposée dans le programme de Bruxelles et c’est ce point de vue qui l’a emporté dans la conférence. Toutefois, la Sous-commission des articles 11 et 11ter a recommandé que cette question soit abordée dans le rapport général⁸⁵, et la déclaration suivante a donc été incluse dans le rapport de Marcel Plaisant, rapporteur général de la conférence :

“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 droit⁸⁶. ”

Bien qu’il y ait des difficultés évidentes à donner une traduction parfaitement intelligible en anglais de ce passage à partir du français original, il est possible de s'aider des actes de la commission générale de la conférence dans lesquels est noté ce qui suit :

“La plupart des Délégations manifestèrent le souci que la situation de droit ne fût pas substantiellement changée par la substitution d’un droit exclusif et conventionnel à la disposition du texte de Rome comportant assimilation de l’unioniste au ressortissant national.

“Pour obtenir un tel résultat, il suffisait que la Conférence admît que ce droit exclusif n’était pas incompatible avec certaines exceptions mineures prévues par les lois nationales, exceptions admises déjà sous le régime de Rome, à des fins religieuses, culturelles ou patriotiques. La Conférence se prononça dans ce sens, conformément à plusieurs propositions gouvernementales. La Délégation de la Suède notamment exprima l’avis que de telles exceptions devaient s’étendre aux articles 11bis, 13 et 14, aussi bien qu’aux articles 11 et 11ter, et demander, au nom des gouvernements nordiques, l’inscription de cette remarque dans le rapport général.

“Sur la proposition du rapporteur de la Sous-commission, M. Walckiers, la Conférence remarqua toutefois 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. Quant à la question de savoir comment devrait être interprété le texte conventionnel, la Conférence

⁸⁴ Documents de 1948, page 255. Une proposition dans ce sens avait été unanimement rejetée par un congrès de la CISAC en 1933 : elle est mentionnée dans le programme : *ibid.* Voir également [1933] DA p. 112, 114.

⁸⁵ *Ibid.* page I28.

⁸⁶ *Ibid.* page I00. Cette traduction est tirée de ce qui a été établi par l’OMPI dans l’ouvrage publié en 1986 à l’occasion du centenaire : la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986 (1986), page 216.

a été d'avis qu'une mention inscrite à ce sujet au Rapport général, y pourvoirait en tenant compte du vœu exprimé en particulier par la Délégation de la Suède⁸⁷. ”

Ces procès-verbaux nous permettent de mieux situer les remarques plus synthétiques de M. Plaisant dans leur contexte. En particulier, elles indiquent la source des références ultérieures aux articles 11bis, 11ter, 13 et 14, qui s'expliquent par le souci des pays nordiques que leurs avant-projets de lois, alors en cours d'élaboration, ne soient pas en conflit avec la convention s'ils autorisaient la libre exécution ou radiodiffusion d'œuvres dans le cadre de célébration ou d'éducation religieuses⁸⁸. La conférence indiquait nettement que ces exceptions étaient autorisées par rapport à ces autres articles⁸⁹. Les procès-verbaux amplifient aussi la dernière phrase de la déclaration de M. Plaisant dans la mesure où ils soulignent la nature restreinte ou *de minimis* des utilisations que l'on envisageait d'autoriser. Il est en particulier indiqué que le fait qu'il ne s'agisse pas d'une utilisation à but commercial n'était pas suffisant pour qu'elle fasse l'objet d'une exception.

L'interprétation qui précède n'a posé aucun problème lors de la préparation de la Conférence de Stockholm et les délégués n'ont présenté aucune proposition à son sujet. Toutefois, au cours d'une des dernières réunions de la Commission principale I, le délégué suédois, s'exprimant au nom des pays nordiques, a proposé que le Rapporteur de la commission insère dans le rapport général une phrase laissant entendre que la possibilité accordée dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles de faire des réserves mineures était encore valable⁹⁰. Cela a été dûment réalisé dans le rapport de Stockholm qui a repris les remarques de M. Plaisant en ajoutant :

“210. 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. Il semble aussi nécessaire d'appliquer à ces ‘petites réserves’ le principe retenu pour les exceptions au droit de traduction, tel qu'il a été mentionné à propos de l'article 8 (voir paragraphe 205)⁹¹. ”

La seconde phrase s'applique à la deuxième catégorie d'exceptions implicites qui s'appliquent dans le cas d'utilisation de traductions d'œuvres (voir plus loin). Bien que ce dernier cas implique des considérations quelque peu différentes de celles qui s'appliquent dans le cas de réserves mineures aux articles 11, 11bis, 11ter, 13 et 14, dans le contexte actuel le principe concerné est le suivant : “sur le plan des principes généraux, ... un commentaire des débats [de la Commission principale N° I] ne saurait avoir pour effet d'entraîner une modification ou une extension des dispositions de la Convention ...”⁹².

Toutefois, étant donné que ces déclarations apparaissent dans les rapports officiels de la Conférence de Bruxelles et de la Conférence de Stockholm, il est possible de s'y référer en tant que “contexte” de la Convention de Berne, aux fins d'interprétation des articles 11, 11bis, 11ter, 13 et 14. Ainsi, elles peuvent être considérées comme un “accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité” aux

⁸⁷ *Ibid*, pages 263, 264.

⁸⁸ *Ibid*, page 258.

⁸⁹ *Ibid*, pages 263, 264.

⁹⁰ *Actes de 1967*, page 937 (procès-verbaux de la Commission principale I).

⁹¹ *Ibid*, page I174.

⁹² *Ibid*, page I173.

termes de l'article 31.2)a) de la *Convention de Vienne*. Plus récemment, le Groupe spécial de l'OMC a examiné les "petites réserves" implicites dans "l'affaire d'exception pour usage privé" dans le contexte de l'application de l'Accord sur les ADPIC et conclu que toute réserve mineure à ces droits découlant des législations nationales devait répondre aux trois conditions. Cette question est examinée plus avant ci-après, mais dans le cas qui nous intéresse actuellement, les ADPIC n'entrent pas en ligne de compte dans l'interprétation de la doctrine des petites réserves car il s'agit d'un accord ultérieur entre parties à la Convention de Berne. À cet égard, on peut faire les remarques suivantes :

1. Les déclarations de M. Plaisant, reprises par la Commission principale I à Stockholm, sont essentiellement fondées sur un principe *de minimis* d'interprétation, à savoir que la loi ne s'occupe pas des détails. Dans le présent contexte, cela signifie que les exceptions aux droits accordés dans les articles pertinents de la convention doivent porter sur des utilisations qui ont une importance minime ou nulle pour l'auteur. Comme M. Plaisant l'a si joliment dit, "ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit". De même, la déclaration de la Commission principale selon laquelle de telles réserves ne peuvent justifier une modification ou une extension des dispositions de la convention est pertinente ici. Par définition, toute exception qui produit plus qu'un effet négligeable sur l'application d'un droit qui doit être protégé par la convention devrait faire l'objet d'une disposition expresse : une telle disposition indiquerait au minimum la finalité de l'utilisation qui fait l'objet d'une exception et les limites autorisées ou les conditions auxquelles cela pourrait se produire, notamment la possibilité d'une rémunération.
2. Le fait que les deux conférences aient rejeté la possibilité d'insérer dans la convention une disposition spécifique traitant des exceptions mineures confirme aussi qu'elles ne sont acceptables que lorsqu'elles sont de type *de minimis*. L'insertion d'une disposition expresse aurait permis aux États membres de faire valoir beaucoup plus facilement que la convention reconnaissait leur droit d'établir de telles exceptions et qu'ils étaient donc libres d'aller au-delà des exceptions de type purement *de minimis*, par exemple en raison d'un intérêt public particulier qui pourrait alors justifier une limitation des droits des auteurs.
3. La doctrine des petites réserves, telle qu'elle a été confirmée par la Conférence de Stockholm, précède l'adoption de l'article 9.2) et des trois conditions. Ainsi, l'argument selon lequel les délégués avaient ces trois conditions présentes à l'esprit au moment où l'article a été formulé et confirmé aux deux conférences, est dénué de fondement. Cela a son importance dans la mesure où il s'agit de l'application de l'Accord sur les ADPIC (voir ci-après).
4. On peut supposer que les exceptions qui existaient dans les législations nationales à l'époque de l'adhésion aux actes de Bruxelles ou de Stockholm entraient, en fait, dans le cadre de ces exceptions *de minimis* – ce qui semble certainement avoir été l'interprétation tacite des délégués présents aux deux conférences de révision. D'un autre côté, il faut se rappeler que, conformément à l'article 36.2) de la convention, chaque État doit, au moment où il devient lié par la convention, "être en mesure, conformément à sa législation interne, de donner effet aux dispositions de la présente Convention". Cela signifie que chaque État doit faire en sorte que les exceptions existantes soient effectivement du type *de minimis* et ne doit pas automatiquement tenir pour acquis qu'il en est ainsi.

5. Les exemples d'utilisations autorisées grâce à des réserves mineures qui sont donnés dans les actes des conférences de Bruxelles et de Stockholm ne constituent en aucun cas une liste exhaustive ou précise des exceptions particulières qui peuvent être justifiées à ce titre. D'un autre côté, il est suggéré qu'il ne devrait pas être possible de mettre en avant une justification d'intérêt public pour une réserve mineure qui va au-delà d'une utilisation *de minimis*. S'il existe de telles justifications pour une exception plus large, elles doivent faire l'objet d'une disposition spécifique du type de celles qui sont déjà prévues aux articles 2bis.2), 9.2), 10 et 10bis. Ainsi, une exception pour toute exécution d'œuvre par des fanfares militaires ne saurait être justifiée en tant que réserve mineure même si elle peut comporter une justification plus vaste d'ordre culturel ou patriotique.

Exceptions implicites relatives aux droits de traduction

La majorité des exceptions prévues dans la convention ont trait au droit de reproduction, comme aux articles 9.2), 10 et 10bis, bien que certaines de ces dispositions aient également trait à d'autres droits tels que la radiodiffusion et la représentation ou l'exécution publiques (voir plus haut l'argumentation sur les "petites réserves"). Toutefois, il n'existe pas de limitations ou d'exceptions expresses prévues dans le cas du droit de traduction qui figure à l'article 8. En soi, cette omission impose des restrictions sévères aux personnes qui souhaitent utiliser des œuvres littéraires et dramatiques protégées par la convention lorsque ces dernières sont dans d'autres langues. Si la convention contient des dispositions relatives à la reproduction de ces œuvres dans leur langue originale, dans des circonstances particulières et pour des buts précis, ces exceptions ne s'appliquent pas aux traductions de ces œuvres effectuées dans les mêmes cas. Cela semble illogique car la reproduction d'œuvres dans leur langue originale sera de peu d'utilité aux populations qui ne parlent ou ne comprennent pas cette langue. De plus, étant donné que les exceptions à la Convention de Berne portent sur les limitations autorisées à la protection d'œuvres *étrangères*, on peut raisonnablement s'attendre à ce que la langue dans laquelle certaines de ces œuvres sont écrites soit une langue étrangère pour le pays hôte. Deux types d'arguments peuvent être avancés pour éviter ce résultat, du moins en ce qui concerne les exceptions au droit de reproduction :

1. On peut faire valoir que les traductions sont un type de reproduction et qu'elles sont donc automatiquement visées par toute exception au droit de reproduction. En d'autres termes, l'article 8 n'est qu'une application particulière du droit plus large prévu à l'article 9, ce qui fait que toute exception à ce dernier concerne également l'article 8. C'est là une question sur laquelle les législations nationales ne s'accordent pas, mais en ce qui concerne la convention elle-même, on peut seulement dire que ces dispositions ne permettent pas de parvenir à une conclusion quant à la relation exacte entre reproductions et traductions⁹³.

2. Par ailleurs, si l'on considère qu'il s'agit de deux droits distincts, on peut dire qu'il est impératif pour le bon fonctionnement de la convention qu'il existe des exceptions parallèles en ce qui concerne les traductions. Dans le cas contraire, les exceptions autorisées par la convention en matière de droits de reproduction auraient peu d'effet, ce qui conduirait à une absurdité que les concepteurs de la convention et de ses actes révisés n'auraient certainement pas souhaitée. On pourrait également dire que ce résultat serait contraire à la nature même de l'Union de Berne qui est une union internationale d'États dont les réalités linguistiques sont extrêmement différentes.

⁹³ Voir en outre Ricketson, paragraphes 8.35 et 8.36.

Ces arguments contradictoires laissent de côté la question de savoir s'il doit y avoir des exceptions correspondantes pour d'autres utilisations des traductions telles que les représentations ou exécutions et les radiodiffusions même si le second type d'argument évoqué ci-dessus pourrait facilement être invoqué à l'appui d'une telle conclusion. Ce type d'exception n'a toutefois pas été directement pris en considération jusqu'à la Conférence de Stockholm au cours de laquelle un certain nombre de propositions ont été examinées et où les délégués avaient des points de vue extrêmement différents, notamment sur la possibilité d'exception concernant les traductions aux termes des articles 11bis et 13. Finalement, aucune disposition concernant expressément les traductions n'a été insérée dans l'Acte de Stockholm, mais la déclaration suivante a été incluse dans le rapport de la Commission principale I. Comme on le verra, cela montre une unanimité entre les délégués sur un certain type d'utilisations (reproductions et traductions) et une absence d'accord sur d'autres (radiodiffusion, etc. de traductions d'œuvres protégées). Selon la commission :

“205. En ce qui concerne le droit de traduction dans les cas où une œuvre peut, conformément aux dispositions de la Convention, être licitement utilisée sans le consentement de l'auteur, de vifs débats sont intervenus au sein de la Commission. Ils ont donné lieu à certaines déclarations sur les principes généraux d'interprétation. Si l'accord règne sur le principe que les articles 2bis.2), 9.2), 10.1) et 2), et 10bis.1) et 2) comportent virtuellement la possibilité d'utiliser une œuvre non seulement en original, mais aussi en traduction, sous réserve que soient réunies les mêmes conditions notamment quant à la conformité aux bons usages et que soient réservés ici comme à propos de toute utilisation d'une œuvre, les droits reconnus à l'auteur en vertu de l'article 6bis (droit moral), des opinions différentes ont été exprimées à propos des utilisations licites prévues aux articles 11bis et 13. Certaines délégations ont estimé que ces articles s'appliquent également à l'œuvre traduite pourvu que les conditions indiquées ci-dessus soient remplies. D'autres délégations, parmi lesquelles la Belgique, la France et l'Italie, ont considéré que la rédaction de ces articles dans le texte de Stockholm ne permet pas une interprétation selon laquelle la faculté d'utiliser une œuvre sans le consentement de l'auteur dans ces cas comporterait également la faculté de la traduire. À ce propos, ces délégations ont souligné, sur le plan des principes généraux, qu'un commentaire des débats ne saurait avoir pour effet d'entraîner une modification ou une extension des dispositions de la convention (voir également le paragraphe 210 ci-dessous concernant les ‘petites réserves’ aux articles 11, 11bis, 11ter, 13 et 14)⁹⁴.”

Comme l'indique bien la phrase finale, ce passage ne peut avoir pour effet de modifier ou d'étendre les dispositions de la convention. Il peut uniquement remplir les fonctions suivantes : i) apporter la confirmation que le libellé d'une disposition donnée a un sens particulier selon les principes habituels d'interprétation (“fonction de confirmation”) et ii) servir d'aide complémentaire légitime à l'interprétation dans la mesure où il a trait au contexte, à l'objet et au but de la convention dans le cas où l'interprétation à laquelle on serait parvenu conformément au point i) conduirait à une ambiguïté ou à une absurdité ou à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable (“fonction explicative”). Ce passage a les deux fonctions pour les divers articles auxquels il renvoie :

1. Si l'on accepte que les traductions sont une espèce de reproduction (ce qui est en soi une question d'interprétation préalable de la convention), il s'ensuit automatiquement que les

⁹⁴ *Ibid*, 1173 (Rapport). Voir le texte français proposé qui est sensiblement le même, *ibid*, page 940.

exceptions autorisées au titre de l'article 9.2) s'appliquent puisque l'utilisateur ne fait que reproduire l'œuvre de façon différente. Cela n'est que partiellement le cas pour les articles 2bis.2), 10.1) et 2), et 10bis.1) et 2) car ces derniers portent également sur d'autres droits exclusifs tels que la représentation ou l'exécution, la radiodiffusion et la diffusion par câble.

2. Si l'on n'accepte pas le point de vue qui précède sur la nature des traductions et des reproductions, on peut se servir de ce passage du rapport comme d'une aide extrinsèque légitime à l'interprétation. Ainsi, si l'on peut dire que le fait d'exclure les traductions des exceptions prévues dans ces articles conduira à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable, il sera légitime de consulter le rapport pour avoir une indication du point de vue des parties à la convention et donc de son contexte, de son objet et de son but. On peut fort bien dire que tel est le cas car une telle interprétation rendrait les dispositions de la convention inefficaces dans de nombreux pays de l'Union dans lesquels il est clair que la traduction d'une œuvre est nécessaire pour tirer pleinement avantage des exceptions contenues dans ces dispositions (que ce soit en matière de reproduction, de radiodiffusion ou de diffusion par câble). Ainsi donc, le point de vue unanime des délégués consigné dans le rapport montre que ce résultat n'était pas intentionnel et que ces exceptions sont applicables aux traductions. À cet égard, il est superflu, bien qu'il soit sans doute utile de le rappeler, d'indiquer que ces exceptions sont soumises aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent dans le cas d'utilisation de la version originale d'une œuvre.

L'argument qui précède ne peut toutefois être utilisé en ce qui concerne les licences obligatoires autorisées en vertu des articles 11bis et 13, ni en ce qui concerne les droits de représentation ou d'exécution publiques et de récitation prévus aux articles 11 et 11ter et les droits de reproduction et d'adaptation cinématographique prévus à l'article 14. En ce qui concerne l'article 11bis (et, par interpolation, les articles 11 et 11ter), le rapport n'apporte aucune aide extrinsèque car il montre seulement que les délégués n'étaient pas d'accord quant à la possibilité d'appliquer cette disposition aux radiodiffusions de traduction. Il en va de même pour l'article 13 (et l'article 14), à moins d'avancer l'argument selon lequel une traduction n'est qu'une forme de reproduction, auquel cas l'enregistrement d'une version traduite des paroles accompagnant une œuvre musicale se justifierait. Si l'on accepte cet argument, on pourrait se référer aux points de vue divergents indiqués dans le rapport en tant qu'aide extrinsèque ou autre. Il vaut donc mieux considérer que les exceptions dont il s'agit concernant les traductions ne s'appliquent qu'aux droits de reproduction visés aux articles 2bis.2), 9.2), 10.1) et 2) et 10bis.1) et 2).

e) Autres limitations aux droits des auteurs imposées dans l'intérêt général

Le pouvoir de réglementation de l'article 17

Il est depuis longtemps admis que, dans des circonstances particulières, des États souverains ont incontestablement le pouvoir de limiter ou de supprimer les droits individuels dans le cadre de leur obligation de maintenir "l'ordre public". Dans le cadre des œuvres littéraires et artistiques, le principal pouvoir en jeu est celui de la censure et les circonstances

particulières dans lesquelles il peut s'exercer ont trait à la sécurité de l'État et à la protection de la morale publique. Bien que les États membres ait eu des points de vue très différents sur ces questions, la Convention contient la disposition ci après (article 17) qui est demeurée presque inchangée depuis ses débuts.

“Les dispositions de la présente Convention ne peuvent porter préjudice, en quoi que ce soit, au droit qui appartient au gouvernement de chacun des pays de l'Union de permettre, de surveiller ou d'interdire, par des mesures de législation ou de police intérieure, la circulation, la représentation, l'exposition de tout ouvrage ou production à l'égard desquels l'autorité compétente aurait à exercer ce droit.”

Au cours de la Conférence de Stockholm de 1967, des débats ont eu lieu sur la question de savoir si cet article pouvait permettre aux États membres d'imposer des licences obligatoires. Cette question a été abordée comme suit dans le rapport de la Commission principale I.

“Cet article se réfère essentiellement à la censure : celle-ci a le pouvoir de contrôler une œuvre qui est destinée à être mise à la disposition du public avec le consentement de son auteur, et sur la base de ce contrôle, soit de ‘permettre’ soit d’‘interdire’ la dissémination de l’œuvre. Selon les principes fondamentaux de l’Union de Berne, il ne doit pas être permis aux pays de l’Union d’introduire une sorte de licence obligatoire sur la base de l’article 17. En aucun cas, si, selon les règles de la convention, le consentement de l’auteur est nécessaire pour la dissémination de l’œuvre, il ne doit être possible aux pays de permettre une telle dissémination sans le consentement de l’auteur⁹⁵. ”

Limitations concernant les abus de monopole

Au cours des conférences de Rome et de Bruxelles, un certain nombre de délégués se sont déclarés préoccupés par l'éventuel abus de situation de monopole par des sociétés de perception des droits d'auteur en ce qui concerne les droits de représentation ou d'exécution et de radiodiffusion⁹⁶. Cela a entraîné de longs débats au cours des deux conférences sur le droit des États de réglementer de telles pratiques et il a été généralement admis que la convention leur laissait toute latitude pour le faire⁹⁷. Bien qu'il ait été suggéré que ce point relevait de l'article 17, la délégation française qui estimait que ce type de contrôle n'était pas réellement lié aux questions d'ordre public sur lesquelles portait cet article a présenté quelques objections⁹⁸. Il semblait donc plus approprié de considérer que, de façon générale, une convention portant sur la protection de droits individuels n'empiétait pas sur le pouvoir d'États souverains de réglementer des questions d'intérêt public. Ainsi, la surveillance de sociétés de perception des droits d'auteur ou d'autres abus aux droits d'auteur n'étaient pas en conflit avec les dispositions de la convention. Toutefois, lors de la Conférence de Bruxelles de 1948, cette question préoccupait encore la délégation britannique qui a donc fait la déclaration suivante concernant l'article 11 :

⁹⁵ *Ibid*, page I182.

⁹⁶ Voir *Actes de 1928*, page 256; *documents de 1948*, page 264.

⁹⁷ *Actes de 1928*, pages 255 à 259.

⁹⁸ *Ibid*, pages 256, 259.

“Le Gouvernement de Sa Majesté accepte, pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et de l’Irlande du Nord, la disposition de l’article 11, étant entendu que le gouvernement de Sa Majesté demeure libre de promulguer toute législation qu’il estimerait nécessaire dans l’intérêt public pour s’opposer ou remédier à tout abus des droits exclusifs appartenant à un titulaire de *copyright* en vertu des lois du Royaume-Uni. Je tiens à dire également que la Nouvelle-Zélande, dont le représentant est absent en ce moment, s’associe à la déclaration de la Délégation du Royaume-Uni⁹⁹.”

Outre la délégation de la Nouvelle-Zélande, les délégations suivantes se sont aussi associées à cette déclaration : l’Afrique du Sud, la Suisse, le Canada, l’Irlande, les Pays-Bas, l’Australie, l’Inde, le Pakistan et la Norvège¹⁰⁰. Il ne s’agissait pas d’une réserve concernant cet article car les réserves n’étaient pas autorisées par l’Acte de Bruxelles excepté dans des cas très particuliers¹⁰¹. Ainsi, cette déclaration n’avait pas pour objet de limiter ou d’empêcher le fonctionnement de l’article 11¹⁰², il s’agissait simplement d’une déclaration sur l’interprétation que ces délégations feraient de l’article en question¹⁰³. Toutefois, le Gouvernement britannique n’était toujours pas certain des effets de sa déclaration, en particulier, après la constitution d’un tribunal du droit de représentation ou d’exécution (Performing Right Tribunal) conformément à la loi de 1956 du Royaume-Uni sur le droit d’auteur (*UK Copyright Act 1956*) qui avait pour but de réglementer les activités des sociétés de perception du droit d’auteur dans le domaine des droits de représentation ou d’exécution¹⁰⁴ et le Gouvernement australien, qui éprouvait une inquiétude similaire, envisageait alors la création d’un tribunal du même type¹⁰⁵. Ainsi donc, les deux gouvernements ont proposé à la Conférence de révision de Stockholm des modifications qui permettraient spécifiquement d’imposer des contrôles antimonopoles de ce type. Cela n’a finalement pas été fait et cette question a été abordée dans la déclaration suivante qui figure dans le rapport de la Commission principale 1 :

“263. Par ailleurs, la Commission a accepté, sans opposition, la proposition de son Président de mentionner dans le présent rapport que les questions d’ordre public sont toujours réservées aux législations nationales et que les pays de l’Union ont par conséquent la possibilité de prendre toutes mesures pour restreindre les abus éventuels des monopoles. Sur ce, les propositions présentées par l’Australie et le Royaume-Uni et ayant trait à l’abus des monopoles ont été retirées¹⁰⁶.”

On ne peut pas dire que cette déclaration règle entièrement la question car les comptes rendus de la Commission principale 1 indiquent que certains États ont adopté des points de vue différents quant à l’étendue des mesures qui pourraient être prises pour empêcher ou contrôler les abus de monopole, comme l’imposition de licences obligatoires

⁹⁹ *Documents de 1948*, page 82.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Acte de Bruxelles, article 27.

¹⁰² Voir plus généralement sur l’effet de ces déclarations, le paragraphe 4.19.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Copyright Act 1956, articles 23 et 24.

¹⁰⁵ Voir plus généralement l’ouvrage *Report of the Committee appointed by the Attorney-General of the Commonwealth to consider what alterations are desirable to the Copyright Law of the Commonwealth* (1965), paragraphe 343.

¹⁰⁶ *Ibid*, page I182.

pour remédier à la perception de redevances excessives¹⁰⁷. Toutefois, dans certains cas, l'imposition d'une licence obligatoire pourrait être la façon la plus effective d'empêcher ce type d'abus. Ainsi, l'approche suivante semble être la bonne. Les membres de l'Union de Berne sont libres de prendre toutes les mesures nécessaires pour limiter les éventuels abus de monopole, ce qui ne sera pas contraire à la convention aussi longtemps que ce sera bien là le but de telles mesures même si, dans certains cas, cela signifie que les droits des auteurs sont limités. Tous les droits individuels doivent être exercés conformément aux prescriptions du droit public et les droits des auteurs ne font pas exception à ce principe général. Comme c'est le cas pour tout exercice de pouvoir, il faut que la mesure adoptée réponde à une véritable finalité et ne soit pas simplement un prétexte pour limiter des droits que les États sont obligés de protéger en vertu de la convention.

Tableau récapitulatif des limitations et des exceptions qui figurent dans la Convention de Berne

SOURCE	OBJET	JUSTIFICATION	L, E OU LO	O OU F	DROITS	CONDITIONS
2.4)	Textes officiels (OL)	Information	L	F	Tous	Aucune
2.8)	Nouvelles du jour et informations de presse (OL)	Information	L	O	Tous	Aucune
2bis.1)	Discours politiques et judiciaires (OL)	Information	L	F	Tous	Aucune
2bis.2)	Conférences publiques, etc. (OL)	Information	E	F	R, B	But d'information
9.2)	Général (toutes les œuvres)	Portée générale	E, LO	F	R	Soumis aux trois conditions
10.1)	Citations (toutes les œuvres)	Information	E, LO	O	Tous	1 Conformes aux bons usages 2 Dans la mesure justifiée par le but à atteindre
10.2)	Illustration de l'enseignement (toutes les œuvres)	Éducation	E, LO	F	R, B	1 À titre d'illustration 2 Conforme aux bons usages
10bis.1)	Journaux, etc., articles, œuvres radiodiffusées (OL)	Information	E	F	R, B	1 Transmission non expressément réservée 2 Indication de la source

¹⁰⁷ Ainsi, le président de la Commission principale I, M. Ulmer, a semblé exprimer sa désapprobation quant à la possibilité que les législations nationales, estimant excessives les rémunérations des auteurs, puissent choisir de les considérer comme un abus et d'instituer une licence obligatoire pour y remédier. *Ibid*, page 924.

SOURCE	OBJET	JUSTIFICATION	L, E OU LO	O OU F	DROITS	CONDITIONS
10bis.2)	Compte rendu d'événements d'actualité (toutes les œuvres)	Information	E	F	Photo-graphies, cinéma-tographie B	But d'information
11bis.2)	Radiodiffusion (toutes les œuvres)	Accès du public	LO	F	B	1 Rémunération équitable 2 Respect des droits moraux
11bis.3)	Enregistrements éphémères (musique & paroles)	Commodité, conservation dans des archives	E, OL	F	R	1 Doivent être "éphémères" 2 Caractère exceptionnel de documentation (archives)
13.1)	Enregistrement de musiques et de paroles	Nouvelles activités	LO	F	R	1 Œuvres déjà enregistrées 2 Rémunération équitable
14bis.2) b)	Coauteurs d'œuvres cinématographiques (limité)	Commodité	E	F	R, B, REP	Sauf stipulation contraire
17	Censure (toutes les œuvres)	Pouvoir étatique	L	F	Tous les droits	Pour des raisons de censure uniquement
Accord implicite/subsidiaire entre États membres	Réserves mineures	<i>De minimis</i>	E	F	REP, B, RP	<i>De minimis</i>
Accord implicite/subsidiaire entre États membres	Traductions	Nécessité	E	F	R, REP, RP, B (sauf articles 11bis, 13)	Conditions applicables en vertu des articles 2bis, 9.2), 10 et 10bis
Accord implicite/subsidiaire entre États membres	Lutte antimonopole (toutes les œuvres)	Pouvoir étatique	L	F	Tous les droits	Pour des motifs antitrust à l'exception de tout autre

Abréviations :

OL	=	œuvres littéraires
E	=	exceptions
L	=	limitations
OL	=	licences obligatoires
R	=	reproduction
B	=	tous les droits visés à l'article 11bis.1)
REP	=	représentation et exécution publiques
RP	=	récitation publique
F	=	facultatif
O	=	obligatoire

LIMITATIONS ET EXCEPTIONS À LA CONVENTION DE ROME

Cette convention porte sur trois types de droits voisins ou de droits connexes au droit d'auteur : ceux des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion. La portée et les conditions de protection de ces droits diffèrent considérablement, mais les limitations et les exceptions possibles figurent à l'article 15. Ce dernier a un caractère facultatif en ce sens qu'il permet aux États contractants de prévoir certains types de limitations ou d'exceptions aux droits qui doivent être protégés mais qu'elle ne les oblige pas à le faire. Les limitations et les exceptions autorisées à l'article 15 sont de deux types :

1. Les exceptions spécifiques prévues à l'article 15.1).
 2. Toutes les limitations qui figurent dans les législations nationales en ce qui concerne la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques : article 15.2).
- a) Exceptions spécifiques : article 15.1)

Il y en a quatre de prévues dans cet alinéa :

L'utilisation privée : article 15.1)a)

On entend par là une utilisation qui n'est ni publique ni à but lucratif¹⁰⁸, et qui portera principalement sur la copie ou la fixation d'interprétations ou d'exécutions, de phonogrammes ou de radiodiffusions. Même s'il s'agit d'une utilisation privée au sens où elle n'est ni publique ni commerciale, il est possible qu'elle porte atteinte aux intérêts du titulaire des droits. Selon un éminent commentateur, M. Stewart, les critères de l'article 9.2) de la Convention de Berne peuvent convenir pour évaluer la validité de toute exception relative à la copie privée en droit national, ce qui exclurait donc les actes tels que la copie privée de phonogrammes et de vidéogrammes¹⁰⁹. D'un autre côté, rien dans le libellé de l'article 15.1)a) ne permet d'interpréter l'adjectif "privé" de cette façon et il est sans doute plus exact de penser qu'il faut entendre "privé" par opposition aux utilisations "professionnelles" ou "commerciales" et qu'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de prendre en considération l'effet sur l'exploitation normale de l'œuvre où les intérêts légitimes du titulaire du droit (comme dans l'article 9.2)).

L'utilisation de cours fragments à l'occasion du compte rendu d'un événement d'actualité : article 15.1)b)

Il semblerait qu'il s'agisse d'un équivalent à l'exception relative au compte rendu de nouvelles prévue dans la Convention de Berne, mais la formulation est plus proche du texte de l'article 10bis de l'Acte de Bruxelles que de l'article 10bis.1) de l'Acte de Paris. Par opposition à ce dernier, seuls de "courts fragments" peuvent être utilisés et rien ne permet de

¹⁰⁸ Voir en général, S. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Butterworths, London (2nd Ed., 1989), paragraphe 8.41.

¹⁰⁹ *Ibid.*

prétendre que des fragments plus longs ou que l'ensemble d'une interprétation ou d'une exécution, d'un phonogramme ou d'une radiodiffusion pourraient être utilisés “dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre”.

La fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses propres émissions : article 15.1)c)

Cette disposition qui est le pendant de l'article 11bis.3) de la Convention de Berne (voir ci-dessus) autorise les organismes de radiodiffusion à effectuer des enregistrements éphémères de phonogrammes, d'interprétations ou d'exécutions pour leurs propres radiodiffusions. L'exigence de caractère éphémère signifie que tous les enregistrements effectués doivent être détruits après un laps de temps raisonnable, bien qu'il puisse évidemment exister des différences entre les législations nationales quant aux délais précis dans lesquels cela doit être fait¹¹⁰.

L'utilisation uniquement à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique : article 15.1)d)

La référence à la “recherche scientifique” va au-delà de ce qui est autorisé par l'article 10.2) de la Convention de Berne (voir ci-dessus), bien que Nordemann *et al.* fassent observer qu’“il est difficile d’imaginer que des disques du commerce et des programmes de radiodiffusion et de télévision puissent fournir des éléments exploitables sur le plan de la recherche scientifique. Le besoin d'utilisation est plus grand dans le domaine des sciences sociales et culturelles”¹¹¹. Les mêmes auteurs suggèrent qu'il faudrait veiller à ce que l'étiquette de la “science” ne soit pas ici mal utilisée, de façon à faire entrer par exemple des émissions de vulgarisation dans la rubrique de la “recherche scientifique”. Selon eux, il s'agit là d'un concept beaucoup plus restreint, limité à l'activité non publique de la recherche : la vulgarisation et la diffusion des résultats d'une telle recherche ne relèvent donc pas de ce concept¹¹². Par ailleurs, la référence à l’“enseignement” à l'article 15.1)d) peut permettre la diffusion de matériels de ce type dans le cadre de la fonction d'éducation, que ce soit dans des écoles ou des universités.

b) Limitations prévues dans la législation nationale : article 15.2)

Il s'agit là d'un autre ensemble de limitations parallèles autorisées qui doivent s'accorder à celles qui sont prévues par la législation nationale en ce qui concerne la protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques. C'est aussi une référence à la Convention de Berne étant donné que la législation nationale doit, en principe, être compatible avec les dispositions de cette convention en ce qui concerne les limitations et les exceptions autorisées (au titre de l'article 23 de la Convention de Rome, peut devenir partie à cette convention tout État partie à la Convention de Berne, ou *Convention universelle sur le droit d'auteur*; étant donné qu'il y a actuellement presque 150 États parties à la Convention de Berne, cette convention est devenue pratiquement universelle).

¹¹⁰ Voir encore Stewart, paragraphe 8.43.

¹¹¹ Nordemann *et al.*, page 387.

¹¹² *Ibid.*

La seule restriction à l'adoption de limitations et d'exceptions du type de celles de la Convention de Berne en ce qui concerne les droits protégés par la Convention de Rome est que des licences obligatoires ne peuvent être instituées que “dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de la présente convention (Rome)”. Cette dernière prévoit des licences obligatoires dans un certain nombre de dispositions : l'article 7.2)2) (radiodiffusion d'interprétation ou d'exécution); l'article 12 (radiodiffusion de phonogrammes”; et l'article 13.d) (communication au public de certaines radiodiffusions). En dehors de ces cas, aucune autre licence obligatoire ne peut être justifiée en vertu de l'article 15.2)¹¹³.

¹¹³ Voir encore Stewart, paragraphe 8.40; Nordemann *et al.*, page 387.

LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC

a) Les ADPIC et la Convention de Berne

L'Accord sur les ADPIC est un instrument rédigé de façon à la fois concise et efficace en ce sens qu'il reprend un grand nombre d'obligations internationales existantes pour en faire la base de ses propres prescriptions additionnelles. En ce qui concerne la Convention de Berne, l'article 9.1) de l'Accord sur les ADPIC exige que les membres se conforment aux articles premier à 21 de la Convention de Berne, indépendamment du fait que le pays en question soit partie à la Convention de Berne ou non (cette obligation ne s'étend pas aux droits moraux qui sont protégés par l'article 6bis de la Convention de Berne). Les ADPIC traitent des limitations et des exceptions à la protection en divers endroits.

Respect de l'article 9.1) des ADPIC

Le respect de cette disposition signifie évidemment que les membres peuvent appliquer les limitations et les exceptions particulières qui figurent dans les articles premier à 21 de la Convention de Berne. Bien que la portée de ces dispositions ait été examinée plus haut, il convient de rappeler qu'elles sont principalement de deux types : facultatives ou obligatoires. Ainsi, conformément à l'article 9.1), il sera obligatoire pour les membres de prévoir des exceptions pour les citations au titre de l'article 10.1) qui est l'exception obligatoire de la Convention de Berne. En ce qui concerne les autres, il n'y a pas d'obligation de reconnaître ces limitations ou ces exceptions mais si tel est le cas, alors les conditions prévues aux articles pertinents de la Convention de Berne doivent être observées.

Dans le cadre de l'exigence de traitement national prévu à l'article 3.1) de l'Accord sur les ADPIC

On trouve une autre référence aux "exceptions" à l'article 3.1) de l'Accord sur les ADPIC qui est dans cet instrument la disposition relative au traitement national. Conformément à cet article, les membres doivent accorder aux ressortissants des autres membres un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent à leurs propres ressortissants, "sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, ... la Convention de Berne (1971)...". Cela confirme de façon plus explicite que les membres peuvent appliquer les exceptions prévues par la Convention de Berne, du moins en ce qui concerne les étrangers qui demandent une protection au titre de l'Accord sur les ADPIC.

En tant qu'obligation spécifique aux ADPIC en vertu de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC

Les dispositions qui précèdent renvoient à celles de l'instrument incorporé dans l'accord (la Convention de Berne) et sont donc influencées par cet instrument. Toutefois, l'article 13 contient en ce qui concerne les limitations et les exceptions une obligation propre aux ADPIC qui prétend appliquer une formule ou une présentation générale. Elle adopte la formulation, légèrement modifiée, des trois conditions de l'article 9.2) de Berne et dispose ce qui suit :

"Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de

l’œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.”

Cet article doit être interprété dans le cadre de l’Accord sur les ADPI¹¹⁴plutôt que dans le cadre de Berne et il convient d’examiner plus en détail sa sphère d’application.

À quels droits exclusifs l’article 13 s’applique-t-il?

La référence à “des droits exclusifs” est quelque peu ambiguë : cette disposition est-elle limitée aux droits qui doivent être protégés conformément à l’Accord sur les ADPIC en soi ou s’applique-t-elle aussi aux droits exclusifs reconnus aux articles premier à 21 de la Convention de Berne que les États parties aux ADPIC sont obligés de protéger en vertu de l’article 9.1) de l’Accord sur les ADPIC? Si l’on adopte la première interprétation, l’article 13 aurait une sphère d’application très limitée, car l’unique droit exclusif ne figurant pas dans la Convention de Berne qui doit être protégé en vertu de l’Accord sur les ADPIC est le droit de location qui ne s’applique que dans certains cas bien précis (programmes d’ordinateur et œuvres cinématographiques)¹¹⁴. Toutefois, étant donné que l’article 9.1) de l’Accord sur les ADPI¹¹⁵exige des membres qu’ils se conforment aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (l’article 6bis étant exclu), mieux vaut considérer que l’article 13 s’applique à tous les droits exclusifs énumérés dans la Convention de Berne, y compris le droit de reproduction, ainsi qu’au droit de location de l’Accord sur les ADPIC¹¹⁵.

Quels facteurs sont pertinents pour l’interprétation de l’article 13?

Les interprétations des trois conditions de l’article 9.2) de la Convention de Berne sont parfaitement pertinentes pour l’article 13, ne serait-ce qu’en raison de la grande similitude que présentent ces articles quant à leur formulation et à leur objet. En même temps, certaines caractéristiques spécifiques de l’Accord sur les ADPI¹¹⁶donnent à penser que chaque élément des trois conditions énoncées à l’article 13 doit comporter une différence de nuance ou d’accent, même si en fin de compte ces différences sont plus apparentes que réelles. Ainsi, il convient de noter les points suivants :

1. L’Accord sur les ADPI¹¹⁷est un accord commercial qui vise à supprimer les barrières commerciales entre les pays membres, dans ce cas, en ce qui concerne le commerce de droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d’auteur. Ainsi donc, la nécessité de protéger efficacement les droits de propriété intellectuelle est clairement énoncée au début du préambule de l’accord, dans lequel il est également déclaré que “les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés”. Cela donne à penser que, comme c’est le cas pour la

¹¹⁴ Voir plus généralement l’article 11 de l’Accord sur les ADPIC.

¹¹⁵ C’est là l’interprétation retenue par le groupe spécial de l’OMC dans l’exception “pour usage de type privé” et pour usage commercial au titre de l’article 110.5) de la loi sur le droit d’auteur de 1976, rapport daté du 15 juin 2000, WT/DS/160/R, page 33.

Convention de Berne, l'Accord sur les ADPIC vise à protéger au maximum les droits de propriété intellectuelle et qu'il convient d'adopter une interprétation "maximaliste" en faveur des droits d'auteur si nécessaire (les droits moraux étant le seul domaine pour lequel la protection n'est pas exigée par l'Accord sur les ADPIC).

2. Le préambule de l'Accord sur les ADPIC ne se limite toutefois pas à cet aspect mais contient d'autres objectifs qui doivent être pris en compte. Entre autres choses la reconnaissance des "objectifs fondamentaux de politique générale publique des systèmes nationaux de protection de la propriété intellectuelle, y compris les objectifs en matière de développement et de technologie". Plus particulièrement, les articles 7 et 8 citent d'autres facteurs que les États membres doivent prendre en compte pour s'acquitter de leurs obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, l'article 7 intitulé "Objectifs" prévoit ce qui suit :

"La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations."

L'article 8.1) dispose ensuite que les États membres peuvent, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter "les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans les secteurs d'une importance vitale pour leur développement socioéconomique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord". L'article 8.2) autorise en outre des "mesures appropriées ... compatibles avec les dispositions du présent accord" qui pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle ou "les pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie". Il ressort clairement de ces dispositions qu'il conviendra, lors de l'interprétation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but¹¹⁶ du traité, d'adopter une approche plus nuancée qui évalue les intérêts des détenteurs de droits par rapport à d'autres intérêts publics antagoniques tels que les questions d'éducation et de développement. En d'autres termes, il serait erroné d'adopter le point de vue maximaliste favorable aux droits mentionné au premier point ci-dessus.

3. L'Accord sur les ADPIC comporte également un certain nombre de dispositions qui portent spécifiquement sur sa relation avec la Convention de Berne et qui, à leur tour, modifient l'approche "nuancée" indiquée au deuxième point qu'il convient d'adopter. Ainsi, l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC dispose qu'"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". Ainsi, dans la mesure où l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC pourrait autoriser d'autres limitations ou exceptions aux droits exclusifs protégés par la Convention de Berne que celles qui sont actuellement autorisées par ce texte, l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC exigerait que l'article 13 ne soit pas appliqué de cette façon car cela signifierait une dérogation aux droits en question. Tel serait le cas même si le recours à l'article 13 pourrait autrement permettre un éventail plus large d'exceptions en raison de l'approche nuancée dont il a été question au point précédent.

¹¹⁶ Comme l'exigent les règles d'interprétation des traités et le droit international coutumier : l'Accord sur les ADPIC n'est pas visé par la *Convention de Vienne*.

L'article 2.2) ne s'applique qu'aux parties à la Convention de Berne, mais étant donné la dimension presque universelle de cette convention, il vise virtuellement tous les États qui sont également parties à l'Accord sur les ADPIC¹¹⁷. L'article 30.2) de la *Convention de Vienne*, qui prévoit que lorsqu'un traité précise qu'il est "subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité", les dispositions de celui-ci l'emportent, va dans le sens de cette approche limitative¹¹⁸.

4. L'article 20 de la Convention de Berne, intégré aux ADPIC en vertu de l'article 9.1) de cet accord, constitue un autre facteur de limitation. Il prévoit que les pays parties à la Convention de Berne peuvent "prendre entre eux des arrangements particuliers" dans la mesure où ces arrangements conféreraient aux auteurs des "droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention". Si l'on part du principe que les ADPIC sont un "arrangement particulier" de ce type, la deuxième partie de l'article 20 est particulièrement pertinente dans le cas de limitations et d'exceptions aux droits exclusifs autres que le droit de reproduction. Comme l'a fait observer M. Goldstein, il s'ensuit qu'"on ne peut considérer que l'article 13 des ADPIC donne aux membres une charte générale leur permettant d'imposer des limitations aux droits autres que le droit de reproduction et qu'il ne peut donc être utilisé pour justifier une dérogation à un droit minimum établi par Berne"¹¹⁹. Ainsi, les exceptions à un droit protégé par la Convention de Berne (excepté le droit de reproduction) devront être fondées sur cette convention plutôt que par la formulation générale de l'article 13 des ADPIC.

Quelle doit être la sphère d'application de l'article 13?

À la lumière de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 20 de la Convention de Berne, il ne semble pas possible de prétendre qu'il puisse y avoir une application plus large des trois conditions en vertu de l'article 13) des ADPIC que celle qui serait autrement autorisée par la Convention de Berne. Quelle est donc la sphère d'application de l'article 13 en tant que disposition de fond de l'Accord sur les ADPIC? Il convient d'examiner cette question du point de vue des différents droits exclusifs auxquels peut s'appliquer l'article 13.

¹¹⁷ Au 31 décembre 2002, il y avait 149 États parties à la Convention de Berne; au 31 mai 2001, il y avait 141 membres de l'OMC : informations tirées des sites www.wipo.org et www.wto.org. Il existe toutefois quelques absences notables de pays parties à la Convention de Berne qui ne sont pas actuellement membres de l'OMC, notamment la République populaire de Chine et la Fédération de Russie.

¹¹⁸ Toutefois, étant donné que la *Convention de Vienne* ne semble pas s'appliquer à l'Accord sur les ADPIC (voir plus haut), on ne pourrait se fonder directement sur l'article 30.2) lui-même pour parvenir à cette conclusion. En outre, il semble que, d'une façon générale, l'article 30 de la *Convention de Vienne*, à la différence des articles 31 et 32, ne constitue pas une codification des règles coutumières pertinentes du droit international, mais plutôt l'énoncé de règles supplétives qui peuvent être appliquées par les États confrontés à des obligations contradictoires découlant de traités successifs : Sinclair, *op. cit.*, pages 94 à 98. Étant donné que le but de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC est formulé de façon raisonnablement claire, il n'est pas nécessaire d'étudier ce que serait la situation en l'absence d'une telle disposition.

¹¹⁹ P. Goldstein, *International Copyright : Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2001, pp. 295.

Le droit exclusif de reproduction et l'article 9.2) de la Convention de Berne

Le droit exclusif de reproduction protégé en vertu de l'article 9.1) de la Convention de Berne doit également être protégé par l'Accord sur les ADPIC en vertu de l'article 9.1) de cet accord. À cet égard, à une exception près qui est examinée ci-après, les trois conditions de l'article 13 des ADPIC reprennent simplement les trois conditions de l'article 9.2) de la Convention de Berne. Même si les objectifs différents des ADPIC pourraient autoriser une interprétation plus large des différents éléments des trois conditions, la clause de non-dérogation de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC et l'article 20 de la Convention de Berne ne le permettent pas. Toutefois, il y a une exception à cela dans la formulation de la dernière des trois conditions énumérées à l'article 13 à savoir que l'exception ou la limitation en question ne doit pas causer “un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du *détenteur du droit*”. L'article 9.2) de la Convention de Berne en revanche fait référence à “*l'auteur*”. Si les “auteurs” et les “titulaires de droits” sont souvent les mêmes personnes, ce n'est pas toujours le cas, ce qui peut entraîner une différence notable dans l'application de la troisième condition. Il a été suggéré ci-dessus que les “intérêts légitimes” de l'auteur incluent les intérêts non financiers (moraux) aussi bien que les intérêts financiers. D'un autre côté, les titulaires de droits qui ne sont pas des auteurs n'auront pas à se préoccuper de la protection des droits moraux. Ainsi, il serait possible qu'une exception au droit de reproduction autorisée en vertu de l'article 13 soit en contradiction avec l'article 9.2) si, par exemple, elle n'exigeait pas la reconnaissance de la paternité de l'œuvre ou si elle allait à l'encontre du droit à l'intégrité et que cela cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Bien qu'il ne s'agisse pas en soi d'une infraction à l'article 13, cela constituerait une nette dérogation aux obligations découlant de la Convention de Berne (article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC) et ne saurait donc, à ce titre, être autorisé. Toutefois, l'article 2.2) devrait être ici interprété en tenant compte d'une disposition spécifique concernant les droits moraux qui figure à l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi ce dernier dispose que les membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre de cet accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6bis de la Convention de Berne ou “les droits qui en sont dérivés”. Dans ce cas, il y aurait violation de la Convention de Berne (si le pays en question est partie à cette convention) mais non de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Cela signifierait donc qu'un pays qui souhaiterait porter plainte pour violation ne pourrait bénéficier des procédures de règlement des différends prévues pour les ADPIC¹²⁰.

Autres droits exclusifs et autres exceptions

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'applique à d'autres “droits exclusifs” que la reproduction qui sont protégés par les articles premier à 21 de la Convention de Berne, à savoir la traduction (article 8), la représentation ou l'exécution publiques (article 11), la radiodiffusion et autres communications (article 11bis), la récitation publique (article 11ter) et l'adaptation

¹²⁰ Pour réfuter cet argument, on peut dire que ce type d'exception, même si elle est autorisée en vertu de l'article 13, serait néanmoins en contradiction avec l'article 20 de la Convention de Berne qui est incorporé aux ADPIC en vertu de l'article 9.1 de cet accord. Ainsi, dans la mesure où cette disposition serait contraire à l'article 6bis de la Convention de Berne, il s'agirait aussi d'une violation de l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC. Mais une telle interprétation de l'article 20 semblerait aller directement à l'encontre du but clairement énoncé de l'article 9.1 qui exclut spécifiquement les droits moraux de la sphère d'application des ADPIC et ne saurait être la bonne.

(article 12). Il s'applique également à des droits expressément protégés par l'Accord sur les ADPIC lui-même, dans le cas présent le droit de location limité prévu à l'article 11. De plus, il doit être associé aux autres limitations et exceptions autorisées par la Convention de Berne dont certaines s'appliquent à la reproduction ainsi qu'à d'autres droits exclusifs. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC s'appliquera différemment selon ces différents types de droits et d'exceptions.

Droits découlant de l'Accord sur les ADPIC

Dans le cas du droit de location (et de tout autre droit exclusif qui peut être ajouté dans les versions ultérieures de l'Accord sur les ADPIC), l'article 13 permettra d'instituer des exceptions ou des limitations en accord avec les trois conditions sans qu'il soit nécessaire de mentionner aucune des restrictions qui peuvent découler de l'incorporation des articles premier à 21 de la Convention de Berne conformément à l'article 9.1. Étant donné qu'il s'agit d'une disposition propre aux ADPIC, les législations nationales resteraient cependant libres d'accorder un éventail d'exceptions plus vaste à ce droit en se fondant sur le fait que les dispositions de l'Accord sur les ADPIC doivent être interprétées de façon plus nuancée.

Droits et exceptions découlant de la Convention de Berne (autres que l'article 9.2))

Il est tentant d'avancer ici que l'article 13 autorise les États membres à adopter des exceptions similaires en fonction uniquement des trois conditions, mais cela ne peut se faire sans mentionner l'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC concernant la non-dérogation et l'article 20 de la Convention de Berne (voir plus haut). Ainsi, toute exception ou limitation portant sur ces droits devra être compatible avec ce qui est déjà autorisé par les articles premier à 21 de la Convention de Berne. Comme nous l'avons déjà vu, il existe déjà des exceptions bien établies à ces dispositions, par exemple les exceptions spécifiques relatives à l'enseignement et au compte rendu de nouvelles aux articles 10 et 10bis, les restrictions à la radiodiffusion et à d'autres droits de communication autorisées par l'article 11bis.2) et les "exceptions mineures" ou "petites réserves" qui sont implicites dans le texte de la convention pour ce qui est des droits de représentation ou d'exécution, de récitation et de radiodiffusion (voir plus haut). La portée exacte de ces exceptions, en particulier des exceptions mineures implicites, n'est pas toujours claire car elles ne se fondent pas toujours expressément sur les mêmes types de critères que ceux qui sont prévus à l'article 9.2) de la Convention de Berne et certains, comme l'article 11bis.2), envisagent expressément que l'usage en question puisse avoir lieu contre rémunération. Dans le cas des exceptions mineures, il est également possible de faire valoir qu'elles ne sont pas incluses dans l'Accord sur les ADPIC par l'intermédiaire de l'article 9.1 de cet instrument car elles ne figurent pas dans le texte même des articles premier à 21 de la Convention de Berne, mais elles y entrent en tant qu'"accords subsidiaires" en vertu de l'article 31.2a) de la Convention de Vienne. À cet égard, il faut toutefois noter que le Groupe spécial de l'OMC sur les exceptions américaines pour "usage de type privé" et usage commercial a été directement appelé à étudier la question et qu'il a estimé que ce qui était incorporé dans l'article 9.1 de l'Accord sur les ADPIC incluait aussi les interprétations et accords applicables auxquels étaient parvenues les conférences de révision successives au sujet du texte de la Convention de Berne, c'est-à-dire l'*acquis* de Berne plutôt que simplement les dispositions de Berne

en soi. Si l'on accepte ce point de vue, toute exception prévue par la législation nationale d'un pays membre de l'Union de Berne qui est également partie à l'Accord sur les ADPIC devra être compatible avec les exceptions expresses et implicites prévues dans la Convention de Berne pour ne pas enfreindre la disposition de non-dérogation de l'article 2.2 de l'Accord sur les ADPIC¹²¹.

L'article 13 ajoute-t-il donc quoi que ce soit par rapport aux limitations et aux exceptions existantes autorisées par les articles premier à 21 de la Convention de Berne? Pour répondre à cette question, il est utile d'établir une distinction entre deux cas extrêmes :

- *Les dispositions qui élargissent la portée des limitations et exceptions existantes à la Convention de Berne, même si elles sont par ailleurs applicables au titre de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC* : comme nous l'avons déjà fait observer, il s'ensuit forcément que de telles dispositions seront inacceptables parce qu'elles placent les parties à la Convention de Berne en situation de violation de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC. Il est possible de faire ici appel à un principe plus général d'interprétation des traités, à savoir celui de *lex specialis legi generali derogat* : étant donné que les deux textes ont été adoptés au même moment, on ne peut supposer que le plus général (l'article 13) visait à remplacer le plus spécifique (la limitation à la Convention de Berne ou l'exception en question).
- *Les dispositions qui restreignent la portée des limitations et exceptions existantes à la Convention de Berne* : cela peut s'expliquer par le fait que, dans un cas donné, les trois conditions exigées à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC fournissent un ensemble de critères plus rigoureux. En principe, on peut dire que rien n'empêche d'exiger des membres qu'ils appliquent les deux ensembles de prescriptions, car le fait de restreindre la portée d'une exception ou d'une limitation prévue à la Convention de Berne peut difficilement constituer une dérogation aux obligations que les membres peuvent avoir les uns et l'égard des autres conformément à l'article 2.2). À nouveau, étant donné que les deux ensembles de dispositions ont été adoptés au même moment, on peut supposer que les Parties contractantes souhaitaient être liées par les deux. Cela implique bien sûr que l'on suppose qu'elles sont compatibles, ce que nous étudierons ci-après.

Si séduisante que puisse paraître cette dichotomie, elle est loin d'être facile à appliquer aux limitations et aux exceptions spécifiques qui figurent dans la Convention de Berne et dans ses accords subsidiaires ou interprétatifs ultérieurs (l'"acquis de Berne"). Cela est dû au fait que ces limitations et ces exceptions sont généralement libellées de façon différente des trois conditions de l'article 13 et qu'il est donc difficile, voire impossible, de déterminer si ces critères différents sont en fait les mêmes ou si l'un va plus loin que l'autre ou s'il est plus restreint. Ce dernier point mérite d'être étudié de plus près.

¹²¹ M. Goldstein suggère aussi que cette situation placerait le pays en question dans une situation de violation de l'article 20 de la Convention de Berne : Goldstein, page 295.

Les dispositions de la Convention de Berne qui font effectivement double emploi avec l'article 13

Certaines des exceptions spécifiques qui figurent dans la Convention de Berne semblent répondre aux trois conditions dans tous les cas. Ainsi, il a été suggéré plus haut que, dans le cas des alinéas 1) et 2) de l'article 10, l'allusion à la conformité aux bons usages peut correspondre à la deuxième et à la troisième des trois conditions tandis que la portée limitée de ces dispositions les classe indubitablement dans la première. Ainsi, ces deux dispositions et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC feront en pratique double emploi et on ne voit pas comment résoudre ce conflit. Toutefois, une question intéressante se pose en ce qui concerne l'obligation au titre de l'article 10.3) de la Convention de Berne de mentionner la source et le nom de l'auteur de l'œuvre utilisée conformément aux alinéas 1) ou 2) de l'article 10. S'agit-il là d'un droit conféré par l'article 6bis.1) de la Convention [de Berne] ou d'un droit qui en est dérivé, et donc exclu des ADPIC en vertu de l'article 9.1)? Par conséquent, le fait de ne pas citer la source et le nom de l'auteur sera-t-il considéré comme un manquement aux obligations de l'Accord sur les ADPIC ou non? L'article 10.3) ne contient aucune référence aux "droits moraux" (contrairement à l'article 11bis.2), voir ci-dessous), et il semble qu'il s'agisse là d'une prescription distincte, tout à fait différente de l'article 6bis. En outre, l'obligation d'indiquer la source de l'œuvre est différente de celle qui consiste à identifier l'auteur. On peut donc supposer qu'il convient d'observer les deux prescriptions de l'article 10.3) dans l'Accord sur les ADPIC.

Dispositions de Berne qui ne mentionnent pas les prescriptions de l'article 13

Il est moins évident que de telles équivalences existent dans le cas des alinéas 1) et 2) de l'article 10bis, bien que ces dispositions comportent leurs propres conditions internes d'application, par exemple, l'absence de droits expressément réservés dans le cas de l'alinéa 1) et le "but d'information" dans le cas de l'alinéa 2). Dans les deux cas, il est néanmoins possible qu'une disposition de la législation nationale conforme à ces conditions ne réponde pas aux trois conditions de l'article 13, notamment à la deuxième et à la troisième. Il ne s'agit pas là d'exemples d'incohérence (voir ci-après), mais plutôt de cas où les dispositions en question ne mentionnent pas explicitement le type de facteurs inclus dans les trois conditions. Comme cela a été suggéré plus haut, le fait que les deux dispositions aient été acceptées en même temps dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC indique qu'elles doivent toutes les deux s'appliquer de façon cumulative et qu'une exception accordée au titre de la législation nationale devra respecter les deux articles (cela ne concernera que le respect de l'Accord sur les ADPIC et non le respect de la Convention de Berne).

Les dispositions de la Convention de Berne qui sont incompatibles avec l'article 13

Il est également possible que les prescriptions en matière d'exception et de limitation au titre de la Convention de Berne soient très différentes de celles de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et qu'elles ne puissent donc pas logiquement être appliquées ensemble. On en a un exemple avec l'article 11bis.2) de la Convention de Berne qui autorise l'imposition de "conditions" à l'exercice de droits exclusifs prévus à l'article 11bis.1) sous réserve de la protection du droit moral de l'auteur et du droit d'obtenir une rémunération équitable. Dans l'affaire "d'exception pour usage privé", la CE a fait valoir qu'il fallait observer à la fois les articles 11bis.2) et 13, mais le groupe spécial n'a pas été d'accord au motif que les articles 11bis.2) et 13 visaient des "situations différentes" :

“D'une part, l'article 11bis.2) autorise les Membres à régler les conditions d'exercice des droits conférés par l'article 11bis.1°) à 3°). L'imposition de telles conditions peut complètement remplacer le libre exercice du droit exclusif d'autoriser l'utilisation des droits définis aux alinéas 1°) à 3°) pour autant que ces conditions ne portent pas atteinte au droit à une rémunération équitable et aux droits moraux de l'auteur. Toutefois, à la différence de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, l'article 11bis.2) de la Convention de Berne (1971) ne justifierait en aucun cas une utilisation gratuite¹²².”

Par conséquent, il s'agit là d'un exemple où l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC pourrait justifier une exception aux droits protégés par l'article 11bis.1) de la Convention de Berne mais où il devrait y avoir une rémunération équitable en vertu de l'article 11bis.2). On aboutirait donc ici clairement à un résultat qui serait une violation de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC et qui ne pourrait pas avoir été voulu par ceux qui ont rédigé cet instrument. Dans ce cas, l'article 11bis.2) devrait donc être appliqué seul, sans référence à l'article 13), et il serait également possible d'appeler à la rescoussse la maxime *lex specialis legi generali derogat*. D'un autre côté, on ne peut pas prétendre que l'obligation relative au droit moral découlant de l'article 11bis.2) peut être imposée en tant qu'obligation découlant de l'Accord sur les ADPIC étant donné l'article 9.2) de cet instrument (voir l'argumentation qui précède au sujet de l'article 10.3) de la Convention de Berne) car le droit moral est mentionné très explicitement à l'article 11bis.2).

Application de l'article 13 à l'acquis de Berne, en particulier à la doctrine des petites réserves

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le Groupe spécial de l'OMC a estimé que les obligations des parties à l'Accord sur les ADPIC découlant de l'article 9.1) s'étendaient à ce que l'on peut appeler l'acquis de Berne, c'est-à-dire à tous les accords conclus au moment de l'adoption de la convention ou ultérieurement qui portent sur l'interprétation de diverses dispositions de la Convention de Berne. L'un de ces accords est évidemment la doctrine des “petites réserves” dont nous avons parlé plus haut. On a estimé qu'elle s'appliquait dans le cas de “l'exception pour usage privé” car le groupe spécial a jugé que l'article 11 bis.2) était inapplicable étant donné que la disposition américaine contestée n'exigeait pas le versement d'une rémunération. Cette dernière ne pouvait par conséquent être justifiée qu'au titre de la doctrine des petites réserves et, en appliquant ce raisonnement, le groupe spécial a conclu que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC avait un rôle extrêmement positif à jouer dans la définition et la mise en place des critères qui devraient s'appliquer dans le cas des exceptions mineures. C'est de cette façon que le groupe spécial en est par la suite venu à appliquer les trois conditions aux exceptions pour usage “de type privé” et commercial aux droits de radiodiffusion et de représentation ou d'exécution publiques, conditions qui selon lui n'avaient pas été remplies¹²³.

Sans remettre en question le bien-fondé de la décision finale du groupe spécial dans cette affaire, il faut se demander s'il était juste d'appliquer les trois conditions de l'article 13 dans le cadre de la doctrine des petites réserves. Comme nous l'avons fait observer plus haut, cette doctrine est loin d'être facile à circonscrire, mais l'idée selon laquelle une petite réserve doit être de type *de minimis* y est essentielle. Par définition on entend par là quelque chose qui est clairement défini et de portée limitée (condition 1), ne porte pas atteinte à

¹²² Rapport de l'OMC, paragraphe 6.87.

¹²³ Rapport de l'OMC, pages 33 et 34.

l'exploitation normale de l'œuvre (condition 2) et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit (condition 3). Mais il est possible d'imaginer des exceptions qui sont loin d'être *de minimis* mais qui répondent néanmoins aux exigences des trois conditions. Par exemple, comme nous l'avons suggéré plus haut, il peut y avoir des considérations normatives non économiques qui pourront être utiles dans la deuxième condition pour l'approche nuancée qui a été suggérée; il peut même exister des utilisations qui ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit parce qu'une rémunération est versée ou parce que d'autres conditions sont imposées. En fait, on peut dire en général que les trois conditions portent sur des utilisations qui sont plus que des utilisations *de minimis* et qui doivent donc être examinées pour vérifier qu'elles répondent à ses exigences : les utilisations *de minimis* ne constituent donc qu'un sous-ensemble de ce que peut autoriser l'article 13. À cet égard, la décision du Groupe spécial de l'OMC va peut-être trop loin : si la disposition des États-Unis contestée a clairement échoué à répondre aux trois conditions, les critères adoptés par le groupe spécial étaient trop larges. Nous avons donc là un exemple dans lequel l'application des trois conditions de l'article 13 pourra justifier des exceptions plus larges que celles qui sont autorisées en vertu de la doctrine des petites réserves et constituera donc pour les parties à la Convention de Berne qui sont parties à l'Accord sur les ADPIC une dérogation de leurs obligations *inter se*.

Y-a-t-il un problème similaire avec l'autre partie importante de l'acquis de Berne, à savoir la règle impliquant des exceptions parallèles en ce qui concerne les traductions d'œuvres protégées? Ces dernières sont soumises aux mêmes exceptions et conditions qui s'appliquent aux utilisations des œuvres dans leur langue originale et devront donc être examinées de la même façon que ces exceptions : voir ici les analyses des trois sous-titres précédents.

À quelle "œuvre" l'article 13 s'applique-t-il?

Nous avons conservé pour la fin de notre analyse de l'article 13 une autre question, celle de l'examen de l'objet de cet article. On peut supposer que "l'œuvre" dont il est question à l'article 13 désigne toute œuvre qui doit être protégée en vertu de l'article 9.1) de l'Accord sur les ADPIC parce qu'il s'agit d'une œuvre à laquelle les articles premier à 21 de la Convention de Berne s'appliquent. Cela soulève une question intéressante quant aux deux catégories d'œuvres dont le statut n'est pas entièrement clair dans la Convention de Berne : les programmes d'ordinateur et les compilations. La première n'est pas spécifiquement mentionnée dans la liste d'exemples d'œuvres qui est donnée à l'article 2.1) de la Convention de Berne, et l'article 2.5) semble n'exiger que la protection de recueils d'œuvres littéraires ou artistiques "qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles" sans mentionner les compilations de données ou d'autres éléments qui ne sont pas des œuvres littéraires ou artistiques. Elles font bien sûr l'objet d'obligations spécifiques aux termes des alinéas 1) et 2) de l'article 10 de l'Accord sur les ADPIC respectivement, bien que la nature de ces obligations soit quelque peu différente : dans le cas des programmes d'ordinateur, l'article 10.1 exige qu'ils soient protégés en tant qu'"œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne", tandis que l'obligation découlant de l'article 10.2) est moins précise puisqu'elle exige seulement que les compilations de données et d'éléments qui constituent des créations intellectuelles soient protégées "comme telles". Il convient donc d'étudier attentivement l'effet de l'article 13 sur ces catégories d'œuvres.

Les programmes d'ordinateur

Étant que ces derniers ne sont pas spécifiquement mentionnés à l'article 2.1) de la Convention de Berne, il est naturel qu'il existe un doute quant à l'obligation pour les parties à la Convention de Berne de protéger ce type d'œuvre, bien que l'on puisse évidemment faire valoir que c'est le cas puisqu'ils entrent dans le cadre de ce qui est décrit de façon générale à l'article 2.1) comme "productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression". Si l'on laisse de côté ce débat pour le moment, il ne fait aucun doute qu'en vertu de l'article 10.1) les pays parties à l'Accord sur les ADPIC, qu'ils soient ou non parties à la Convention de Berne, doivent protéger les programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires en vertu de la Convention de Berne. Il s'ensuit donc qu'ils sont obligés, en vertu de l'article 9.1) de l'Accord sur les ADPIC d'appliquer les articles premier à 21 de la Convention de Berne à ces catégories d'œuvres de la même façon qu'ils le font pour tout autre type d'œuvre qui répond à la description "d'œuvres littéraires ou artistiques". Toutefois, la clause de non-dérogation de l'article 2.2) de la Convention de Berne ne s'appliquera ici qu'au cas où les parties à la Convention de Berne qui sont parties à l'Accord sur les ADPIC se considèrent elles-mêmes comme obligées en vertu de la Convention de Berne de protéger les programmes d'ordinateur. Dans le cas contraire, on pourrait dire qu'il n'y aura aucune limitation à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC en se fondant sur le fait que toute exception ou limitation plus large qui pourrait être autorisée par cette disposition (voir plus haut) ne constituera pas une violation de l'article 2.2) de l'Accord sur les ADPIC. Ces pays (et il n'y en aura peut-être que quelques-uns) pourraient donc appliquer l'article 13 et les trois conditions sans avoir à se demander s'ils vont au-delà des limitations et des exceptions prévues aux articles premier à 21 de la Convention de Berne.

Les compilations de données ou d'autres éléments

Comme nous l'avons fait observer plus haut, le libellé de l'article 10.2) de l'Accord sur les ADPIC est bien moins précis que celui de l'article 10.1) : l'obligation porte sur la protection de ces compilations "comme telles" mais ne comporte aucune référence à l'article 2.5) de la Convention de Berne ou même à la Convention de Berne en général. Dans la mesure où les compilations de ce type sont exclues du champ d'application de l'article 2.5) de la Convention de Berne, l'article 10.2) apparaît comme une obligation totalement indépendante qui s'applique uniquement aux ADPIC. Ce point soulève des questions intéressantes pour lesquelles il n'existe pas de réponse claire : si ces compilations ne sont pas assimilées aux recueils dont il est question à l'article 2.5) de la Convention de Berne, comment peut-il y avoir obligation de leur appliquer les articles premier à 21 de la Convention de Berne? L'obligation découlant de l'article 10.2) de les protéger "comme telles" est donc tout à fait souple et sous réserve de l'obligation d'accorder le traitement national, conformément à l'article 3.1) de l'Accord sur les ADPIC, les pays parties à l'Accord sur les ADPIC seraient libres de fixer pour ces compilations le niveau de protection qu'ils jugent adapté. À cet égard, l'article 13 n'aurait aucune portée car le seul droit exclusif auquel pourrait s'appliquer cette disposition serait le droit de location prévu à l'article 11 qui ne s'applique en aucun cas aux compilations.

b) Les ADPIC et la Convention de Rome

L'Accord sur les ADPIC n'oblige nullement les parties à appliquer les dispositions de la Convention de Rome aux artistes interprètes ou exécutants, aux producteurs de phonogrammes et aux organismes de radiodiffusion : aux termes de l'article 3.1) les parties doivent uniquement appliquer les droits reconnus par l'Accord sur les ADPIC lui-même. Ces derniers sont énumérés aux alinéas 1) à 5) de l'article 14 qui reprend les prescriptions de la Convention de Rome et, à certains égards, va au-delà.

La question des exceptions à ces droits est abordée dans l'Accord sur les ADPIC à deux endroits. Ces questions sont liées aux prescriptions de la Convention de Rome comme suit :

1. L'article 3.1) qui exige le traitement national, et précise qu'il s'applique sous réserve des exceptions déjà prévues dans ... la Convention de Rome ...”

2. L'article 14.6) traite également des exceptions comme suit :

“Tout Membre pourra, en rapport avec les droits conférés en vertu des paragraphes 1, 2 et 3, prévoir des conditions, limitations, exceptions et réserves dans la mesure autorisée par la Convention de Rome ...”

Il semble que cela n'ajoute rien à l'obligation générale prévue à l'article 3.1).

Les membres peuvent donc uniquement prévoir les limitations et les exceptions qui entrent dans les catégories énumérées aux alinéas 1) et 2) de l'article 15 de la Convention de Rome (voir plus haut).

LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PRÉVUES PAR LE WCT

Les limitations et exceptions prévues par le WCT sont abordées de deux manières, qui l'une et l'autre prennent en compte le triple critère. La première découle indirectement de l'article 1.4) tandis que la seconde est énoncée explicitement à l'article 10. Ces dispositions doivent être étudiées séparément.

Selon l'article 1.4)

Cette disposition est analogue à l'alinéa 1) de l'article 9 de l'Accord sur les ADPIC et s'applique directement au droit de reproduction, puisqu'elle exige des Parties contractantes qu'elles se conforment aux articles 1 à 21 et à l'appendice de la Convention de Berne. De ce fait, si une Partie contractante n'est pas partie à cette convention, il faudra néanmoins appliquer le triple critère au droit de reproduction en vertu de l'article 9.2) de ladite convention. Ce qui, en revanche, pose davantage problème c'est l'effet d'une “déclaration commune” se rapportant à l'article 1.4) du WCT qui a été adoptée par la Conférence diplomatique de 1996 en même temps qu'elle adoptait le texte du WCT proprement dit. D'où la possibilité d'étendre le champ d'application des alinéas 1) et 2) de l'article 9 en adoptant l'interprétation suivante :

“Le droit de reproduction énoncé à l’article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s’appliquent pleinement dans l’environnement numérique, en particulier à l’utilisation des œuvres sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d’une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l’article 9 de la Convention de Berne.”

À première vue, cette déclaration semble dissiper tous les doutes qui auraient pu exister quant à la question de savoir si le droit de reproduction conféré par l’article 9.1) de la Convention de Berne et les exceptions qui assortissent l’alinéa 2) de cet article s’appliquent aux usages numériques/électroniques. Il n’est pas du tout évident que cette interprétation ait été nécessaire compte tenu du libellé de l’article 9.1) qui de toute façon prévoyait le “... droit exclusif d’autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit”. Toutefois, cet alinéa 1) ayant été adopté quelques années avant l’apparition de la technologie numérique, on a sans doute estimé qu’il était maintenant nécessaire, ou tout au moins utile, de préciser plus clairement ce qu’était le droit de reproduction. Ainsi, la proposition de base concernant le WCT contenait un article particulier sur la reproduction qui devait être introduit dans le WCT¹²⁴. Il y était dit que le droit exclusif conféré par l’article 9.1) de la Convention de Berne comprenait “la reproduction directe et indirecte ..., qu’elle soit permanente ou temporaire, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit”. À la Conférence diplomatique de 1996 (Commission principale I) il a été beaucoup débattu du besoin d’un tel article ainsi que d’une autre proposition concernant la possibilité d’imposer des limitations au droit de reproduction en cas de reproductions temporaires visant “uniquement à rendre l’œuvre perceptible ou lorsque la reproduction a un caractère éphémère ou accessoire, à condition que cette reproduction ait lieu au cours d’une utilisation de l’œuvre qui est autorisée par l’auteur ou admise par la loi”¹²⁵. La première partie de ce projet d’article semblait réunir tous les suffrages mais les délégués avaient des opinions divergentes sur le sens et la portée de la deuxième partie, notamment compte tenu de leur propre législation nationale¹²⁶. Il a donc été décidé en fin de compte qu’il serait préférable que ces questions soient traitées dans le cadre de l’article 9 de la Convention de Berne qui existait déjà tout en complétant ces dispositions ou en les élaborant grâce à une “déclaration commune” rédigée dans les termes indiqués plus haut. L’intérêt de cette déclaration, au plan du droit international, doit être vu sous trois angles : tout d’abord, en tant qu’accord possible entre les parties à la Conférence diplomatique au sujet de l’interprétation et de l’application d’une disposition du WCT (article 1.4), deuxièmement, en tant qu’accord ultérieur éventuel entre les parties à la Convention de Berne au sujet de l’interprétation et de l’application d’une disposition de cette convention (article 9) et troisièmement en tant qu’accord ultérieur éventuel entre les parties à l’Accord sur les ADPIC au sujet de l’interprétation et de l’application d’une disposition intégrée dans cet accord (article 9 de la Convention de Berne).

¹²⁴ *Actes de la Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins*, Genève 1996, OMPI, Genève 1999, vol. I, p. 189 (qui devait devenir l’article 7.1) du WCT).

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Voir, en particulier, le résumé du premier débat sur ce projet d’article à la Commission principale I par le président dans *Actes, op cit*, pp. 674-675.

Dans le contexte du WCT

En tant qu'accord portant sur une disposition du traité (article 1.4)) qui a été adoptée entre les parties à l'occasion de la conclusion de ce traité, la déclaration entre dans le “contexte” du traité (conformément à l'article 31.2)a) de la Convention de Vienne). Les parties au WCT peuvent donc s'en servir comme d'un guide au moment d'interpréter et de respecter l'obligation qui leur est faite en vertu de l'article 1.4) du WCT de se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (dont l'article 9). Autrement dit, outre les obligations que ces États peuvent avoir contractée en vertu de la Convention de Berne proprement dite, en tant que parties au WCT, ils seront tenus d'interpréter l'article 9) de la Convention de Berne *comme faisant partie du WCT*, conformément aux termes de la déclaration commune.

La seule difficulté que présente cette interprétation de la déclaration commune est que l'article 31.2)a) exige qu'un tel accord soit “intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité”, or ce n'est pas le cas de la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4). D'où la note explicite dans les actes de la conférence selon laquelle la déclaration a été adoptée à la majorité et non pas par consensus (51 voix pour, 5 contre et 30 abstentions)¹²⁷. Il semblerait que la minorité ait été préoccupée par la deuxième phrase de la déclaration concernant le stockage sous forme numérique. Il y a eu “consensus” pendant les discussions de la Commission principale I au sujet de la première phrase¹²⁸ mais cela n'a pas été le cas de la seconde. Toutefois, à la session plénière de la conférence, le vote a porté sur l'ensemble de la déclaration ce qui signifie qu'on ne peut dire que soit la première soit la seconde phrase a fait l'objet d'un accord “entre toutes les parties” au sens de l'article 32.2)a) de la *Convention de Vienne*. Cette absence d'unanimité relègue les deux phrases de la déclaration commune au rang de moyen d'interprétation des obligations du WCT prévues à l'article 1.4) à l'égard des alinéas 1) et 2) de l'article 9 de la Convention de Berne¹²⁹. Plusieurs délégués ont souligné ce point pendant les débats à la Commission principale I¹³⁰ et même si la majorité des délégués (menée par les États-Unis d'Amérique) a insisté pour que cette question fasse l'objet d'un vote, on ne voit pas clairement ce qu'ils estimaient devoir obtenir ainsi. L'article 31.2)a) de la Convention de Vienne ne laisse aucun doute sur le besoin d'unanimité et il ne serait guère loisible aux délégués à une conférence diplomatique de s'écartez unilatéralement de cette disposition pour permettre qu'un vote à la majorité ait le même statut qu'un consensus. S'agissant de l'interprétation d'un traité, une déclaration commune devra être considérée comme relevant de l'article 32 en tant que moyen supplémentaire d'interprétation lorsqu'une interprétation au sens de l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou bien conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. À cet égard, la déclaration commune adoptée à la majorité pourrait de toute évidence être considérée comme faisant partie des “circonstances dans lesquelles le traité a été conclu”¹³¹.

¹²⁷ *Actes de la Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins*, Genève 1996, OMPI, Genève 1999, vol. II, p. 628.

¹²⁸ *Actes, op cit*, pp. 784-798.

¹²⁹ *Actes, op cit*, pp. 628-629.

¹³⁰ *Actes, op cit*, p. 789 (délégué de la Côte d'Ivoire), pp. 791-792 (délégué des Philippines).

¹³¹ Il pourrait être difficile d'y voir des “travaux préparatoires du traité” même si elle découle évidemment du travail mené par la Conférence diplomatique pour finaliser et adopter le texte du WCT.

L’argument évoqué dans le paragraphe précédent au sujet de l’application correcte de l’article 31.2)a) de la *Convention de Vienne* n’est absolument pas accepté par tous les commentateurs qui ont traité du WCT. Ainsi, M. Ficsor, dans son éminent commentaire, fait valoir que l’acceptation par une majorité d’une déclaration commune devrait suffire compte tenu de la règle de la majorité de deux tiers qui s’applique à l’adoption du texte d’un traité en vertu de l’article 9.2) de la Convention de Vienne¹³². M. Ficsor relève également qu’une règle semblable a été adoptée dans le règlement intérieur de la conférence de 1996 (article 34.2)iii)) et souligne ensuite :

“Ce serait une interprétation absurde – et donc inacceptable – de la Convention de Vienne de penser qu’une disposition du traité puisse être adoptée par une telle majorité tandis qu’une déclaration commune s’y rapportant appellerait un consensus. Par ailleurs, s’agissant d’une déclaration commune, il est de toute évidence suffisant qu’elle ait été adoptée ‘entre toutes les parties’ (c’est-à-dire d’abord au sein de la commission compétente puis en plénière) et non pas dans une enceinte séparée où toutes les parties ne sont pas présentes. Les parties ne sont pas tenues de l’adopter par consensus; il faut simplement l’adopter selon la règle de la majorité prescrite par le règlement intérieur de la conférence diplomatique (arrêté en conformité avec la Convention de Vienne).”¹³³

L’opinion de M. Ficsor ne manque certes pas de force mais les arguments ci-après qui s’y opposent méritent d’être examinés. Le point de départ est sa référence à la règle de la majorité des deux tiers telle qu’énoncée dans l’article 34.2)iii) du règlement intérieur de la Conférence diplomatique de 1996. Il y est dit qu’en l’absence de consensus, une majorité des deux tiers des délégations membres présentes et votantes est nécessaire pour qu’entre autres décisions, la conférence adopte, en plénière, le traité ou les traités. Or la déclaration commune se rapportant à l’article 1.4) ne constituait pas le “traité” au sens de l’article 31.2)a) de la *Convention de Vienne*; il s’agissait en fait d’un accord relatif à ce traité et l’exigence selon laquelle il doit s’agir d’un accord “entre toutes les parties” ne semble donner lieu à aucune ambiguïté. À cet égard, il n’y a rien, en soi, d’absurde ni d’inacceptable à exiger un consensus sur l’interprétation d’une disposition ou d’un traité même s’il est possible que cette dernière soit adoptée par une majorité des deux tiers conformément à l’article 9.2) de la Convention de Vienne. Il convient également de noter que cette dernière disposition est tout à fait particulière en ce qu’elle concerne le vote sur “l’adoption du texte d’un traité à une conférence internationale”. Un accord sur l’interprétation d’une disposition d’un tel traité ne peut être considéré comme “le texte d’un traité”; en fait, comme indiqué à l’article 31.2)a) il fait partie du “contexte” de ce traité aux fins de l’interprétation de ce dernier.

Sinclair, un des principaux commentateurs de la Convention de Vienne, ne traite pas directement de la question de savoir si l’article 31.2)a) exige l’unanimité mais il y a lieu de noter que, dans son analyse générale de l’article 31.2), les exemples d’accords de ce type qu’il cite ont été conclus à l’unanimité¹³⁴. L’unanimité est également requise dans un certain

¹³² Voir d’une manière générale Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford 2002, pp. 446-447.

¹³³ *Ibid*, p. 447.

¹³⁴ Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Melland Schill Monographs in International Law, Manchester University Press, deuxième édition, 1984, p. 129. Sinclair cite la Déclaration sur l’interdiction de la contrainte militaire, politique ou économique lors de la conclusion des traités adoptée par la Conférence diplomatique sur la Convention de Vienne elle-même et laisse entendre que les rapports explicatifs préparés par les comités d’experts sur les conventions du Conseil de l’Europe adoptés à l’unanimité constituerait un autre cas.

nombre d'autres dispositions de la Convention de Vienne, par exemple, à l'article 22 pour ce qui est des réserves qui ne sont pas autorisées par ailleurs dans le traité, à l'article 44 concernant le retrait d'une des parties à l'égard d'un élément du traité autrement que conformément à ses dispositions et à l'article 59.1) comme condition préliminaire à la suspension de l'application d'un traité antérieur lorsque toutes les parties audit traité concluent un traité ultérieur. On estime donc qu'il vaut mieux considérer que la référence à "toutes les parties" faite à l'article 31.2)a) signifie simplement qu'il peut y avoir un consensus au sujet de l'interprétation donnée dans la déclaration commune pour que celle-ci soit considérée comme faisant partie du "contexte" du traité aux fins de son interprétation.

Une fois reconnu qu'il peut y avoir différents points de vue sur la qualification correcte de la déclaration commune adoptée à la majorité se rapportant à l'article 1.4) du WCT, quelle différence en découle-t-il au plan pratique?

1. Du point de vue de Ficsor, si cette déclaration relève de l'article 31.2)a) de la Convention de Vienne, elle fera partie du "contexte" du WCT et constituera donc une question que les pays membres devront prendre en compte et retenir dans leur interprétation du WCT et, en particulier, dans leur application de l'article 9 de la Convention de Berne dans le cadre de leur législation nationale. Si un pays membre n'admet donc pas les utilisations numériques comme visées par le droit de reproduction, cette position constituerait alors un manquement aux obligations internationales contractées par ce pays en vertu de l'article 1.4) du WCT.
2. En revanche, s'il ne s'agit pas d'un accord au sens de l'article 31.2)a) de la Convention de Vienne, la déclaration ne relèvera que de l'article 32 et les effets qui en découlent seront les suivants. Lorsque le pays A (partie au WCT quoique pas nécessairement à la Convention de Berne et donc lié par l'article 1.4) l'obligeant à se conformer à l'article 9 de cette convention) a des doutes quant à la question de savoir si le droit de reproduction que l'article 9.1) demande de protéger inclut les utilisations numériques, il serait possible à ce pays d'avoir recours à la déclaration commune comme un moyen supplémentaire d'interprétation. La raison en serait qu'il y a ambiguïté ou éventuellement "obscurité" au moment d'interpréter correctement l'article 9 qui fait ensuite intervenir l'article 32 de la Convention de Vienne. En pareil cas, il serait loisible au pays A de retenir l'interprétation adoptée à la majorité que donne la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4) et de modifier en conséquence sa législation nationale. En revanche, le pays A ne serait pas tenu d'adopter l'interprétation majoritaire (à moins bien entendu que cette interprétation ait pris corps sous la forme d'une mise en pratique ultérieure par les pouvoirs publics en vertu de l'article 31.3)b)). Autrement dit, en ce qui concerne l'article 1.4) du WCT, il incombera aux Parties contractantes de décider ou non de donner effet à l'interprétation contenue dans la déclaration commune.

Dans le cadre de la Convention de Berne proprement dite

La déclaration commune se rapportant à l'article 1.4) du WCT peut également être contraignante pour les États qui sont parties à cette convention lorsqu'il s'agit d'un "accord ultérieur" entre "les parties" au sujet de l'interprétation de ce traité (Convention de Berne) ou bien de l'application de ses dispositions (en l'espèce l'article 9) conformément au principe de l'interprétation énoncé à l'article 31.3)a) de la *Convention de Vienne*. À la différence de l'article 31.2)a), l'article 31.3)a) ne mentionne pas l'accord ultérieur qui doit être conclu entre "toutes les parties" à la Convention de Berne et on pourrait donc soutenir que la déclaration commune comporte un accord ultérieur sur l'interprétation de l'article 9 conclu par toutes les

parties à la Convention de Berne qui ont adopté la déclaration commune à la Conférence diplomatique de 1996 plus tous les nouveaux adhérents au WCT qui sont parties à la Convention de Berne et qui acceptent donc la déclaration comme implicite dans leur adhésion à ce traité. Il en résulterait la création d'une sorte de sous-union entre les parties à la Convention de Berne autour de la question particulière de l'interprétation de l'article 9 ce qui obligerait ces membres à appliquer l'interprétation les uns à l'égard des autres, quelles que puissent être les obligations qu'ils auraient contractées en la matière en vertu du WCT. Cela n'aurait aucun effet sur les obligations contractées les unes vis-à-vis des autres par les parties à la Convention de Berne qui ne sont pas parties au WCT.

Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC

Finalement, un autre mode d'intervention de la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4) pourrait intervenir à l'égard de l'Accord sur les ADPIC en tant qu'accord ultérieur entre les parties aux fins de l'article 31.3)a) de la Convention de Vienne. En vertu de l'article 9.1) de l'Accord sur les ADPIC (comme c'est le cas pour le WCT) les parties sont tenues de se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne et on peut donc soutenir que la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4) du WCT agit comme un accord ultérieur entre les parties à l'Accord sur les ADPIC qui sont également signataires du WCT pour ce qui est de la manière d'interpréter l'article 9 de la Convention de Berne *dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC*. Toutefois, la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4) concerne seulement la Convention de Berne et non pas l'Accord sur les ADPIC et il vaut mieux considérer que la déclaration commune n'a aucun rapport avec les obligations contractées en vertu de cet accord à l'égard de l'article 9.

Selon l'article 10

À la différence de l'article 1.4), le triple critère figure directement dans le texte de l'article 10 et est potentiellement d'une application beaucoup plus large que le simple droit de reproduction (l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC constituant sur ce point un modèle évident). L'article 10 se lit comme suit :

“10.1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

“ 2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.”

Ces deux alinéas ont un champ d'application différent. Celui qui pose le moins de problème est l'article 10.1) qui ne s'applique qu'aux droits conférés par le WCT à savoir les nouveaux droits de distribution (article 6), de location (article 7) et de communication au public (article 8). Dans la mesure où on y trouve la même terminologie qu'à l'article 9.2) de la Convention de Berne au sujet des droits de reproduction, il semble logique que nous

puissions reprendre les interprétations qui ont été développées au sujet de cet article même si dans le cas présent il est nécessaire de tenir compte des termes d'une déclaration commune qui a été adoptée en même temps par la conférence de 1996 (voir ci-dessous).

En revanche l'article 10.2) pose davantage de problèmes dans la mesure où, comme l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il vise tous les droits protégés par la Convention de Berne et ce en termes beaucoup plus explicites : "en appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent ...". Qu'est ce que cela signifie, en ce qui concerne les limitations et les exceptions existant dans la Convention de Berne? À première vue, cela semble imposer une autre exigence aux parties au WCT dans leur accomplissement des obligations prévues par la Convention de Berne, afin que les limitations et exceptions soient assujetties au triple critère au-delà des conditions prévues par ces dispositions. C'est en effet ce qui a été dit dans la proposition de base de la Conférence diplomatique de 1996 selon laquelle l'article 10.2) (et par là même l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC) pouvait impliquer des restrictions plus étroites à la portée des exceptions admises que celles dont seraient sinon assortis ces droits. On y affirmait que cela pouvait se produire dans le cas de la catégorie implicite et indéterminée des "petites réserves". Ainsi, si une petite réserve appliquée en droit interne dépassait les limites fixées par le triple critère, la proposition de base prévoyait que l'article 10.2) du WCT¹³⁵ ne le permettrait plus.

"Il convient de préciser que cet article ne vise pas à empêcher les Parties contractantes d'appliquer des limitations ou des exceptions qui sont traditionnellement considérées comme admissibles en vertu de la Convention de Berne. Il est toutefois évident que les limitations figurant actuellement dans les diverses législations nationales ne rempliraient pas toutes les conditions proposées dans le projet de traité. Dans un environnement numérique, les 'petites réserves' peuvent en réalité compromettre d'important éléments de la protection. Même les petites réserves doivent être envisagées avec discernement. C'est pourquoi il convient de garder à l'esprit l'objet de la protection."¹³⁶

Il est ressorti clairement des débats de la Commission principale I de la Conférence diplomatique de 1996 que certains délégués considéraient le projet d'article 10.2) (à l'époque article 12.2)) comme ayant un effet plus large dans la mesure où il pourrait constituer une "carcan" pour les exceptions existantes dans des domaines essentiels à la société¹³⁷ et que ces limitations ne devraient pas être restreintes par le passage du format physique au format numérique¹³⁸. Indépendamment de la question des "petites réserves", un délégué (de Singapour) a fait observer que l'article 10.2) pourrait rétrécir ce qui était déjà autorisé par les articles suivants de la Convention de Berne : 2.4), 2.8), 2bis.1), 10.1), 10bis.1), 10bis.2) et 11bis2), ce qui ferait que l'article 10.2) enfreindrait l'article 20 de la Convention de Berne¹³⁹. D'autres délégations ont cependant estimé que l'article 10.2) ne devrait pas porter atteinte aux limitations et exceptions existantes ni d'une manière ni de l'autre bien qu'il doive être possible de les faire passer dans l'environnement numérique.

¹³⁵ Étant donné l'interprétation *de minimis* des petites réserves proposée plus haut, cela est très peu probable.

¹³⁶ *Actes*, p. 214.

¹³⁷ *Actes*, p. 704 (délégué du Danemark).

¹³⁸ *Actes*, p. 705 (délégué de l'Inde).

¹³⁹ *Actes*, p. 705.

Le texte final du WCT répond à ces préoccupations grâce aux dispositions expresses du traité lui-même et grâce au mécanisme de la déclaration commune du type déjà examiné plus haut. Ainsi, en vertu de l'article 1.1), le WCT est qualifié d’“arrangement particulier” au sens de l'article 20 de la Convention de Berne, ce qui montre que le WCT doit être interprété selon les critères énoncés dans cette disposition, à savoir uniquement comme conférant aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la convention ou comme ne renfermant pas de stipulations contraires à la Convention de Berne. L'article 1.2) suit alors l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC en prévoyant que “aucune disposition du présent traité ne porte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne ...”. Être partie à la Convention de Berne n'est pas une condition préalable indispensable pour devenir partie au WCT et l'article 1.4) boucle donc la boucle en exigeant que toutes les Parties contractantes se conforment aux articles 1 à 21 et à l'appendice de la Convention de Berne (voir également ci-dessus).

En outre, il convient de rappeler la déclaration commune ci-après qui se rapporte à l'article 10 et a été adoptée par la Conférence diplomatique de 1996 :

“Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques.

“Il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne.”

À la différence de la déclaration commune se rapportant à l'article 1.4), cette déclaration a été adoptée par consensus à la Conférence diplomatique de 1996 et peut donc être considérée comme entrant dans le contexte du WCT aux fins de l'article 31.2)a) de la Convention de Vienne. Cela dit, il n'est pas sûr que la déclaration commune nous permette de comprendre beaucoup mieux l'effet de l'article 10. À ce sujet, on peut dire ce qui suit.

1. Elle ne s'applique pas directement à l'article 10.1) qui ne porte que sur les nouveaux droits établis en vertu du traité de 1996. Toutefois, il y a lieu de se rappeler que le nouveau droit à la communication conféré par le WCT inclut inévitablement les droits visés par l'article 11bis.1) actuel de la Convention de Berne qui sont assujettis à l'imposition des conditions admises par l'article 11bis.2) ainsi que les droits de communication au public énoncés dans les articles 11.1)ii) et 11ter.1)ii). Il peut donc se produire un conflit entre ce qui est admis à titre d'exception à l'article 8 du WCT (avec application du triple critère) et ce qui est admis par l'article 11bis.2). À cet égard, on peut relever que, dans le contexte de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, le Groupe spécial de l'OMC a estimé que l'article 13 ne s'appliquait pas à l'article 11bis.2). Cela semble valoir également dans le contexte actuel : les signataires du WCT sont tenus d'appliquer les articles 1 à 21 de la Convention de Berne et il ne devrait pas être possible que l'article 10.1) du WCT permette d'utiliser librement les droits énoncés à l'article 11bis.1) de la Convention de Berne dans les cas où une rémunération équitable serait prévue par l'article 11bis.2). Cela laisserait ouverte la possibilité d'appliquer les exceptions en matière de libre utilisation aux droits prévus à l'article 8 du WCT qui dépassent en portée ceux énoncés à l'article 11bis.2) de la Convention de Berne. On peut citer comme exemple la diffusion sur le Web qui ne serait pas normalement la radiodiffusion (par voie hertzienne) au sens de l'article 11bis.1)i). Toutefois, dans le cas de la diffusion sur

le Web, il est encore possible qu'en ce qui concerne les communications de sons (interprétation ou exécution d'œuvres musicales et dramatiques et récitation d'œuvres littéraires), celles-ci entrent dans le champ d'application soit des articles 11.1)ii) et 11ter.1)ii) de la Convention de Berne¹⁴⁰ et seront donc assujetties à la doctrine des petites réserves. Si celle-ci est suivie, comme l'a suggéré le Groupe spécial de l'OMC comme étant identique au triple critère, il ne se posera aucun problème. En revanche, si l'on admet (comme soutenu plus haut) que la doctrine des petites réserves a une portée plus étroite que le triple critère, cela entraînera une autre limitation à l'application de ce dernier aux droits prévus à l'article 8 du WCT.

2. S'agissant des exceptions prévues par la Convention de Berne (y compris les exceptions au droit de reproduction visé à l'article 9.2)), l'article 10.2) du WCT ne réduit ni n'étend leur champ d'application (deuxième alinéa de la déclaration commune). Il ressort à l'évidence des débats de la Commission principale I de la Conférence diplomatique de 1996 que l'intention n'était pas de modifier le statu quo établi par la Convention de Berne mais il est tout aussi clair que l'on admettait que certaines au moins des limitations et exceptions existant en droit interne pourraient ne pas satisfaire au triple critère même si elles étaient couvertes par des dispositions expresses de la Convention de Berne ou bien par la doctrine des petites réserves. Les vues exprimées dans la proposition de base montrent qu'il s'agissait de modifier ces exceptions existantes, lorsque nécessaire, de manière à se conformer au triple critère, mais les délégués n'ont pas été d'accord et le libellé du deuxième alinéa de la déclaration commune le confirme. De ce fait, les parties au WCT ne sont pas tenues de modifier les limitations et exceptions qui sont conformes au texte actuel de la Convention de Berne même si elles ne répondent pas au triple critère énoncé à l'article 10.2). On peut bien entendu se demander si une quelconque des exceptions et limitations prévues dans la Convention de Berne y compris la doctrine des petites réserves dépasse en fait les limites du triple critère mais, dans la mesure où il en est ainsi, il semble évident que le triple critère ne peut l'emporter sur ces limitations et exceptions en vigueur.

3. La déclaration commune prévoit également l'extension des limitations et exceptions existantes qui ont été considérées comme "acceptables" en vertu de la Convention de Berne dans l'environnement numérique pour autant que cela soit fait de manière "appropriée". Mais un élément de question reste en suspens : qu'est-ce qui est "acceptable" et qu'est-ce qui est "approprié"? Ce qui est "acceptable" renvoie sans doute aux limitations et exceptions existantes qui répondent au critère actuel de la Convention de Berne mais ce qui est "approprié" en ce qui concerne les extensions numériques est moins clair : que se passe-t-il si ces extensions numériques tout en satisfaisant le critère pertinent de la Convention de Berne ne satisfont pas le triple critère? Selon l'article 10.2), le triple critère devrait s'appliquer dans pareil cas mais le deuxième alinéa de la déclaration commune peut soulever une difficulté car cela entraînera manifestement une réduction du champ d'application d'une exception autorisée par la Convention de Berne que le deuxième alinéa n'autorise pas. En revanche, s'agissant de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, il a été suggéré plus haut qu'on pourrait imposer le triple critère comme condition supplémentaire lorsque la disposition pertinente de la Convention de Berne reste silencieuse sur ce point, car cela n'enfreindrait pas l'article 2 de l'Accord sur les ADPIC. Le deuxième alinéa de la déclaration commune semble néanmoins empêcher cette possibilité.

¹⁴⁰ Voir à nouveau Ficsor, p. 495.

4. La dernière question envisagée par la déclaration commune porte sur la création de “nouvelles” limitations et exceptions qui “soient appropriées dans l’environnement des réseaux numériques”. Par définition, ces utilisations ne seront couvertes ni par les exceptions ou limitations existantes ni par leurs extensions dans l’environnement numérique mais doivent être des limitations et exceptions “nouvelles” – c’est-à-dire différentes – dont la pertinence est seulement due à l’émergence de l’environnement numérique. Mais on semble solliciter un peu trop l’article 10.2) en suggérant qu’il autorise la création de nouvelles limitations et exceptions ne relevant pas du régime de Berne. La seule possibilité est que ces limitations et exceptions relèvent de la doctrine des petites réserves auquel cas il est peu probable qu’il faille faire appel au triple critère dans l’idée qu’il devrait s’agir seulement d’exceptions *de minimis* qui seront plus étroites que les conditions imposées par ce triple critère. Il est donc difficile d’attribuer un quelconque rôle à cette partie de la déclaration commune. Si un régime différent est envisagé en vertu du WCT pour de nouvelles limitations et exceptions, il faudrait en faire l’objet d’une disposition particulière de ce traité.

LIMITATIONS ET EXCEPTIONS PREVUES PAR LE WPPT

En ce qui concerne les droits voisins, la convention antérieure pertinente est la Convention de Rome. Ainsi, l’alinéa 1) de l’article premier constitue une disposition non dérogatoire qui prévoit que rien dans cette disposition ne permet de déroger aux obligations que les pays membres ont pu contracter les uns vis-à-vis des autres en application de la Convention de Rome. En revanche, à la différence de l’Accord sur les ADPIC et du WCT, le WPPT n’intègre pas les dispositions de la Convention de Rome ni en exige l’application par les parties au Traité.

S’agissant des limitations et des exceptions, l’article 16 d dispose ce qui suit :

“1) Les Parties contractantes ont la faculté de prévoir dans leur législation nationale, en ce qui concerne la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes, des limitations ou exceptions de même nature que celles qui sont prévues en ce qui concerne la protection du droit d’auteur sur les œuvres littéraires et artistiques.

“2) Les Parties contractantes doivent restreindre toutes les limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans le présent traité à certains cas spéciaux où il n’est pas porté atteinte à l’exploitation normale de l’interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l’artiste interprète ou exécutant ou du producteur du phonogramme.”

Il convient également de lire ces dispositions en tenant compte des déclarations communes suivantes qui ont été adoptées à la conférence de 1996. La première concerne les articles 7 (Droit de reproduction pour les interprètes ou exécutants) et 11 (Droit de reproduction pour les producteurs de phonogrammes) ainsi que l’article 16 :

“Le droit de reproduction énoncé aux articles 7 et 11, et les exceptions dont il peut être assorti en vertu de l’article 16, s’applique pleinement dans l’environnement numérique, en particulier à l’utilisation des interprétations et exécutions et des phonogrammes sous forme numérique. Il est entendu que le stockage d’une interprétation ou exécution protégée, ou d’un phonogramme protégé, sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de ces articles.”

Selon la deuxième déclaration commune qui ne porte que sur l’article 16 :

“La déclaration commune concernant l’article 10 (relatif aux limitations et exceptions) du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur est applicable *mutatis mutandis* à l’article 16 (relatif aux limitations et exceptions) du Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes,”

L’interprétation et l’application des dispositions susmentionnées sont loin d’être claires mais on peut dire ce qui suit à leur sujet :

1. En vertu de l’article 16.1), les limitations et exceptions concernant la protection des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes sont d’une portée à rapprocher de celles des limitations et exceptions applicables en vertu de la législation nationale se rapportant aux œuvres littéraires et artistiques. Indirectement, cela fait intervenir les dispositions de la Convention de Berne, de l’Accord sur les ADPIC et du WCT (si le pays en cause est partie à l’un quelconque ou à l’ensemble de ces instruments), dans la mesure où l’on suppose que la législation de ce pays sera compatible avec ces instruments. Il y a lieu de relever que le libellé de l’article 16.1) ne se réfère pas aux droits qu’il convient de protéger en vertu du WPPT (c’est l’alinéa 2) de cet article qui traite de ces droits) mais à la protection que la législation nationale assure aux interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes. Cette législation sera peut-être plus étendue que ne l’exige le WPPT, mais l’article 16.1) aligne les limites des limitations et exceptions admissibles sur celles prévues dans la législation nationale pour les œuvres littéraires et artistiques. Il y a lieu de souligner que rien dans cet alinéa *n’exige* des pays membres qu’ils le fassent : ils peuvent se contenter de restreindre davantage l’étendue des limitations et exceptions applicables aux interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes que celle applicable des limitations et exécutions applicables aux œuvres littéraires et artistiques.
2. Si le pays en cause est signataire de la Convention de Rome, il peut se produire un conflit entre l’article 16.1) du WPPT et l’article 15 de la convention. Comme indiqué plus haut, une des exceptions au moins – celle concernant l’usage privé – prévue à l’article 15.1)a) peut outrepasser ce que permettent la Convention de Berne et donc les législations nationales en ce qui concerne les œuvres littéraires et artistiques. Dans la mesure où il en est ainsi, le respect total de l’article 16.1) du WPPT risque d’amener une partie à la Convention de Rome à manquer aux obligations qu’elle a contractées en vertu de l’article 15.1)a) de cette convention. On pourrait arguer à l’encontre que les exceptions prévues à l’article 15.1) ne sont pas contraignantes et que la limitation de l’étendue de ces exceptions imposée en application de l’article 16.1) du WPPT ne dispense pas les pays parties à la Convention de Rome de l’exécution des obligations qu’ils ont contractées les uns vis-à-vis des autres en vertu de l’alinéa 1) de l’article premier du WPPT.
3. L’article 16.2) porte spécifiquement sur les droits prévus dans le WPPT et dispose que toutes les limitations et exceptions à ces droits doivent respecter le triple critère prévu. Cela ne pose pas de problème dans la mesure où il s’agit d’un traité qui se suffit à lui-même et ne renvoie pas aux dispositions d’un autre traité ou d’une législation nationale. En revanche, dans la mesure où les droits que le WPPT vise à protéger se recoupent avec ceux que protège la Convention de Rome, il est possible que le genre de conflit évoqué à l’alinéa 2) se produise, notamment en ce qui concerne la portée d’une quelconque exception concernant l’usage privé. Par ailleurs, si le triple critère exige une exception ou une limitation plus restreinte, cela ne

devrait pas se faire au détriment des obligations contractées par les membres de l’Union de Rome les uns vis-à-vis des autres pour la raison indiquée dans ce paragraphe – l’article 15.1) de la Convention de Rome ne vise qu’à donner la faculté de prévoir certaines mesures et des conditions plus strictes resteront conformes à ces exigences.

4. Il n'est pas évident que les déclarations communes ajoutent réellement quoi que ce soit dans un sens ou dans l'autre aux observations ci-dessus si ce n'est qu'elles font ressortir clairement que les reproductions en format numérique sur un support électronique sont bel et bien incluses et qu'on peut aussi prévoir des limitations et des exceptions dans l'environnement numérique comme cela se fait dans l'environnement physique.

ADOPTION DU TRIPLE CRITERE EN TANT QUE DISPOSITION “HORIZONTALE” S’APPLIQUANT D’UNE MANIERE GENERALE AUX LIMITATIONS ET AUX EXCEPTIONS

L’enquête ci-dessus a montré comment le triple critère est devenu ce pivot des conventions internationales en matière de droit d'auteur. Ce critère dont l'origine l'application se limitait aux termes de la Convention de Berne, a dorénavant été adopté comme modèle général pour les limitations et les exceptions prévues par l'Accord sur les ADPIC, le WCT et le WPPT. Cela s'est fait davantage par hasard qu'à dessin dans la mesure où il s'agissait d'une formule immédiatement disponible et prête à l'emploi lors des négociations sur les ADPIC et, une fois que cela s'est fait, il était pratiquement inévitable qu'il serve de critère général dans les conventions ultérieures.

Même si elle satisfait le besoin d'uniformité, cette situation n'est pas sans présenter des difficultés. Tout d'abord, si l'on reprenait tout à zéro, il n'est pas tout à fait sûr que l'on adopterait le triple critère comme formule applicable d'une manière générale aux limitations et exceptions. C'est ainsi qu'il ressort de notre analyse du triple critère menée ci-dessus sur la base de l'article 9.2) de la Convention de Berne qu'un certain nombre d'incertitudes règne quant au sens et à la portée de chacun de ces trois éléments. Deuxièmement, il sera difficile d'appliquer une quelconque formule générale dans la mesure où elle devra se développer parallèlement aux dispositions d'une autre convention antérieure telle que celle de Berne. Comme nous l'avons vu plus haut, faire cohabiter la formule générale reposant sur le triple critère et les dispositions particulières de la convention antérieure peut être une tâche difficile. Les deux tableaux ci-dessous s'efforcent de résumer la situation en ce qui concerne à la fois les ADPIC et le WCT et renvoient aux analyses détaillées effectuées ci-dessus des articles 13 et 10 respectivement.

Accord sur les ADPIC : article 13 (lire de haut en bas)

DROITS CONFERES PAR L'ACCORD SUR LES ADPIC	DROITS CONFERES PAR LA CONVENTION DE BERNE	EXCEPTIONS ET LIMITATIONS PREVUES PAR LA CONVENTION DE BERNE : COMPATIBLES	EXCEPTIONS ET LIMITATIONS PREVUES PAR LA CONVENTION DE BERNE : CUMULATIVES	EXCEPTIONS ET LIMITATIONS PREVUES PAR LA CONVENTION DE BERNE : INAPPLICABLES	OBJET : COMPILEATIONS DE DONNEES ET AUTRES RENSEIGNEMENTS	APPLICATION DANS LE NUMERIQUE
art. 11 (location)	art. 8, 9, 11, 11bis, 11ter, 13, 14 (par art. 6bis)	art. 10	art. 10bis	art. 11bis, 13, avec des réserves mineures	art. 10.2), ADPIC	pas traitée spécifiquement
*le triple critère ADPIC s'applique sans réserve		le triple critère ADPIC s'applique – couvre les mêmes sujets	le triple critère ADPIC plus les conditions propres à l'article en question	le triple critère ADPIC ne s'applique pas	seul le triple critère ADPIC s'applique	

* La référence au triple critère ADPIC implique que a) les considérations concernant les droits moraux sont exclues de la troisième condition et b) une approche plus équilibrée des considérations normatives prévues dans la deuxième et la troisième conditions peut être exigée.

WCT : article 10 (lire de gauche à droite)

NOUVEAUX DROITS CONFERES PAR LE WCT	ART. 10.1)	LE TRIPLE CRITERE S'APPLIQUE	TOUTES LES ŒUVRES VISEES PAR LA CONVENTION DE BERNE PLUS LES PROGRAMMES D'ORDINATEURS ET LES COMPILEATIONS DE DONNEES	S'APPLIQUE AUSSI BIEN AU NUMERIQUE QU'AU MILIEU PHYSIQUE	DES EXCEPTIONS NOUVELLES NON PREVUES PAR LA CONVENTION DE BERNE SONT POSSIBLES
droits conférés par la Convention de Berne (y compris les droits moraux)	article 10.2)	le triple critère ne s'applique qu'en cas de compatibilité; sinon il ne s'applique pas*	toutes les œuvres visées par la Convention de Berne plus les programmes d'ordinateur	s'applique dans le numérique comme dans un environnement physique	des exceptions nouvelles non prévues par la Convention de Berne ne sont pas possibles

* C'est le résultat de la déclaration commune se rapportant à l'article 10 où il est dit que la portée des exceptions prévues par la Convention de Berne ne peut être ni élargie ni réduite.

LE GENRE DES LIMITATIONS ET DES EXCEPTIONS AUTORISEES PAR LE TRIPLE CRITERE

Les législations nationales offrent naturellement de nombreux exemples de limitations et d'exceptions et, pour ce qui est des questions de respect des traités, il faudra procéder dans chaque cas à une enquête à plusieurs niveaux :

1. En ce qui concerne les œuvres, est-ce que le pays en cause est partie à la Convention de Berne, à l'Accord sur les ADPIC et/ou au WCT?
2. S'il est partie à la Convention de Berne, est-ce que la limitation ou l'exception en question est couverte par une des dispositions de la Convention de Berne?
3. S'il est également partie à l'Accord sur les ADPIC, est-ce que la limitation ou l'exception en question est compatible avec le triple critère dans la mesure où il s'agit d'un cas où ce critère peut s'appliquer (voir plus haut)?
4. S'il est également partie au WCT, est-ce que l'exception et la limitation en question s'appliquent à un droit conféré par le WCT auquel cas le triple critère s'applique tandis que s'il s'agit d'un droit conféré par la Convention de Berne, il ne s'applique pas (voir plus haut).
5. S'agissant des interprétations, exécutions, phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, les limitations et les exceptions doivent respecter l'article 15 de la *Convention de Rome*.
6. Lorsqu'un pays est partie à l'Accord sur les ADPIC, qu'il soit ou non partie à la *Convention de Rome*, l'article 15 de cette convention doit être respecté.
7. Lorsqu'un pays est partie au WPPT, le triple critère s'applique aux limitations et aux exceptions qui assortissent les droits conférés par le WCT aux interprètes ou exécutants et aux phonogrammes.

De ce fait, l'application sans réserve du triple critère ne se fera que dans un petit nombre de cas, notamment dans ceux concernant le droit de reproduction et les nouveaux droits conférés par le WCT. Toutefois, il est bon d'illustrer cette application en se référant à différents "genres" de limitations et d'exceptions. Deux genres opposés ressortent des législations nationales : i) celui des dispositions ouvertes reposant sur des formules et ii) les "listes fermées". On peut donner comme exemple du premier genre la disposition sur l'usage loyal de l'article 107 de la *Loi sur le droit d'auteur* des États Unis d'Amérique de 1976; un exemple du deuxième genre est fourni par l'article 5 de la *Directive sur la société de l'information* de la Communauté européenne. On peut trouver une position médiane dans la loi australienne sur le droit d'auteur de 1968. Il est utile de les examiner plus en détail en ce qui concerne l'application du triple critère.

- a) L'usage loyal visé par l'article 107 de la loi sur le droit d'auteur de 1976 des États-Unis d'Amérique

Il y est dit ce qui suit :

"Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération :

- “1) le but et le caractère de l’usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;
- “2) la nature de l’œuvre protégée;
- “3) le volume et l’importance de la partie utilisée par rapport à l’ensemble de l’œuvre protégée; et
- “4) l’incidence de l’usage sur le marché potentiel de l’œuvre protégée ou sur sa valeur.

“Le fait qu’une œuvre ne soit pas publiée n’interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés.”

Cela vaut pour tous les droits exclusifs visés à la section 106 de la loi des États-Unis, même s’il ne fait aucun doute que, à ce jour, la principale application de cette disposition concerne les droits de reproduction. À la différence de l’article 5 de la directive de la Communauté européenne (voir ci-dessous), il s’agit d’une disposition ouverte quant au but de la transaction ou de l’utilisation admissible même si certains buts précis sont indiqués à titre d’exemple. Cette disposition prévoit une approche au cas par cas assortie de lignes directrices destinées à aider à évoluer la loyauté. On voit l’avantage évident qu’offre la souplesse ainsi assurée : cette disposition permet de prendre en compte de nouveaux types d’usages au fur et à mesure qu’ils se présentent sans avoir à les prévoir à l’avance dans des textes législatifs. Est-ce qu’une disposition de ce type satisfait au triple critère? À cet égard, il convient de se souvenir que certains de ces usages qui relèvent de la section 107 peuvent, en tout état de cause, satisfaire à d’autres dispositions particulières de la Convention de Berne telles que les articles 10 et 10bis.

Certains cas spéciaux?

Est-ce que les usages visés à la section 107 comme constituant “certains cas spéciaux” répondent à la première des conditions prévues dans le triple critère? Certains buts sont indiqués à titre d’exemple tels que la critique, le commentaire, le compte-rendu d’actualité, l’enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l’utilisation en classe), la formation ou la recherche. À première vue, chacun de ces buts pourrait être considéré comme ayant un champ d’application et une portée étroits et comme étant clairement défini même si ce qu’autorise en fin de compte la section en question dépendra du respect des lignes directrices contenues dans la disposition. Il ne s’agit cependant que d’exemples de ce qui peut relever de la section 107 et ce sont les “autres” buts indéterminés envisagés par la section qui posent problème au moment d’appliquer le triple critère. Est-ce qu’un “usage” à une fin autre que celles indiquées dans la section constitue un “certain cas spécial”? Autrement dit, peut-on désigner ainsi un usage simplement parce qu’il est “loyal”? De toute évidence, la loyauté ou tout autre caractéristique de l’usage devra être justifiée en fonction des principes directeurs énoncés dans les deux dispositions mais il s’agit de facteurs qui semblent correspondre davantage à la deuxième et troisième condition du triple critère. Il reste cependant à déterminer si la “loyauté” constitue en soi un élément d’appréciation suffisamment bien défini qui a un champ d’application et une portée suffisamment étroits pour convenir à la première condition du critère.

À première vue, la réponse à cette question semblerait être “non” : la “loyauté” est un élément d’appréciation qui n’est pas suffisamment clair pour satisfaire à la première condition du triple critère. On peut faire valoir à l’encontre qu’un usage ne sera jamais “loyal” isolément : sa loyauté ne sera établie que si elle est rattachée à un but conforme aux règles énoncées dans les deux dispositions. Plus le but est général et moins il est défini, plus il risque de ne pas être loyal. La seule difficulté consistera à savoir à l’avance quels buts autres que ceux exactement indiqués, répondront à ce besoin. À cet égard, on pourrait soutenir que la raison d’être de la première condition du triple critère est précisément d’éviter cette indétermination afin que l’on sache clairement à l’avance quel but poursuit une exception donnée. On peut également sur ce point remonter dans l’histoire de l’alinéa 2) de l’article 9 de la Convention de Berne : en adoptant l’expression “certains cas spéciaux” la Conférence de Stockholm cherchait à couvrir les exceptions faites au droit de reproduction dans les législations nationales tout en veillant à ce que les buts poursuivis soient clairement indiqués. De ce fait, il est peu probable que les autres buts indéterminés que vise la section 107 satisfassent à la première condition du triple critère bien qu’il soit toujours possible de s’appuyer, dans tel ou tel cas, sur d’autres dispositions de la Convention de Berne notamment celles des articles 10 et 10bis.

Conflit avec une exploitation normale de l’œuvre?

La liste exhaustive de facteurs donnée à la section 107 semble conforme à la deuxième condition, y compris dans sa référence à des considérations normatives à la fois économiques et non économiques. Il en ressort que le tribunal doit évaluer chaque cas et que d’autres facteurs peuvent être pris en compte en plus de ceux indiqués. À cet égard, une certaine incertitude peut régner, encore qu’en dernière analyse, ce qu’il faut c’est que l’usage soit “local”. Certains systèmes nationaux peuvent néanmoins trouver ce genre d’approche trop ouverte et subjective.

Préjudice excessif porté aux intérêts légitimes de l’auteur/du titulaire des droits?

Il n’est pas vraiment évident que cette condition du triple critère soit couverte par la section 107. En particulier, rien d’explicite n’est dit des intérêts non pécuniaires des auteurs qui entrent manifestement dans le champ d’application de l’alinéa 2) de l’article 9 de la Convention de Berne, même s’ils ne ressortissent pas de celui de l’article 13 de l’Accord sur les ADPIC. À cet égard, la référence à des œuvres non publiées faite dans la dernière phrase de la section 107 montre qu’une importante préoccupation manifestée par les auteurs – au sujet de la diffusion non autorisée ou de la divulgation de leurs œuvres – peut ne pas être prise en compte si les autres facteurs énumérés dans la section le sont. Par ailleurs, rien n’est dit expressément dans la section sur le besoin de veiller à ce que le préjudice causé à l’auteur, qu’il soit d’ordre économique ou non, soit proportionné ou raisonnable, bien que le premier facteur puisse éventuellement porter sur ces questions.

Conclusions

Il est tout à fait possible qu’une application judiciaire de la section 107, se conforme naturellement au triple critère; le vrai problème tient néanmoins à ce que la disposition est libellée d’une manière trop générale et ouverte. Il est proposé que la formulation adoptée dans la loi fasse mention des buts non précisés (la première condition) et des intérêts légitimes de l’auteur (troisième condition).

b) Liste fermée : article 5 de la directive de la Communauté européenne

Cet article se situe tout à l'opposé et il est bon de le reproduire dans son intégralité pour faire ressortir le contraste.

“Article 5”

“Exceptions et limitations”

“1. Les actes de reproduction provisoires visés à l’article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d’un procédé technique et dont l’unique finalité est de permettre :

- “a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou
- “b) une utilisation licite

“d’une œuvre ou d’un objet protégé, et qui n’ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l’article 2.

“2. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l’article 2 dans les cas suivants :

“a) lorsqu’il s’agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l’exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable;

“b) lorsqu’il s’agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l’application ou la non-application des mesures techniques visées à l’article 6 aux œuvres ou objets concernés;

“c) lorsqu’il s’agit d’actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d’enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect;

“d) lorsqu’il s’agit d’enregistrements éphémères d’œuvres effectués par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions; la conservation de ces enregistrements dans les archives officielles peut être autorisée en raison de leur valeur documentaire exceptionnelle;

“e) en ce qui concerne la reproduction d’émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

“3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

“a) lorsqu’il s’agit d’une utilisation à des fins exclusives d’illustration dans le cadre de l’enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d’indiquer, à moins que cela ne s’avère impossible, la source, y compris le nom de l’auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi;

“b) lorsqu’il s’agit d’utilisations au bénéfice de personnes affectées d’un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap;

“c) lorsqu’il s’agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d’articles publiés sur des thèmes d’actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d’œuvres radiodiffusées ou d’autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n’est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l’auteur, soit indiquée, ou lorsqu’il s’agit de l’utilisation d’œuvres ou d’autres objets protégés afin de rendre compte d’événements d’actualité, dans la mesure justifiée par le but d’information poursuivi et sous réserve d’indiquer, à moins que cela ne s’avère impossible, la source, y compris le nom de l’auteur;

“d) lorsqu’il s’agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu’elles concernent une œuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s’avère impossible, la source, y compris le nom de l’auteur, soit indiquée et qu’elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi;

“e) lorsqu’il s’agit d’une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires, ou pour assurer une couverture adéquate desdites procédures;

“f) lorsqu’il s’agit de l’utilisation de discours politiques ainsi que d’extraits de conférences publiques ou d’œuvres ou d’objets protégés similaires, dans la mesure justifiée par le but d’information poursuivi et pour autant, à moins que cela ne s’avère impossible, que la source, y compris le nom de l’auteur, soit indiquée;

“g) lorsqu’il s’agit d’une utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles organisées par une autorité publique;

“h) lorsqu’il s’agit de l’utilisation d’œuvres, telles que des réalisations architecturales ou des sculptures, réalisées pour être placées en permanence dans des lieux publics;

“i) lorsqu’il s’agit de l’inclusion fortuite d’une œuvre ou d’un autre objet protégé dans un autre produit;

“j) lorsqu’il s’agit d’une utilisation visant à annoncer des expositions publiques ou des ventes d’œuvres artistiques, dans la mesure nécessaire pour promouvoir l’événement en question, à l’exclusion de toute autre utilisation commerciale;

“k) lorsqu’il s’agit d’une utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche;

“l) lorsqu’il s’agit d’une utilisation à des fins de démonstration ou de réparation de matériel;

“m) lorsqu’il s’agit d’une utilisation d’une œuvre artistique constituée par un immeuble ou un dessin ou un plan d’un immeuble aux fins de la reconstruction de cet immeuble;

“n) lorsqu’il s’agit de l’utilisation par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d’études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d’œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d’achat ou de licence;

“o) lorsqu’il s’agit d’une utilisation dans certains autres cas de moindre importance pour lesquels des exceptions ou limitations existent déjà dans la législation nationale, pour autant que cela ne concerne que des utilisations analogiques et n’affecte pas la libre circulation des marchandises et des services dans la communauté, sans préjudice des autres exceptions et limitations prévues au présent article

“4. Lorsque les États membres ont la faculté de prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction en vertu des paragraphes 2 et 3, ils peuvent également prévoir une exception ou limitation au droit de distribution visé à l’article 4, dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction autorisée.

“5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.”

Analyser une telle disposition risque d’être une opération délicate lorsqu’on sait que, comme pour la section 107 de la loi des États-Unis, certaines exceptions peuvent être justifiées par certaines dispositions de la Convention de Berne telles que les articles 10 et 10bis. Toutefois, l’avantage que présente une liste détaillée est que chaque exception et limitation se suffit relativement à elle-même et peut être prise indépendamment. Il reste possible toutefois que certaines d’entre elles ne satisfassent pas aux différentes conditions prévues dans le triple critère. On peut donner comme exemple l’article 5.2)a) où l’usage n’est pas limité en fonction d’un but et où la première condition n’est peut-être pas remplie. On trouve un autre exemple dans l’article 5.3)i) (inclusion fortuite d’une œuvre) où aucune limite apparente n’est fixée au type d’utilisation fortuite pouvant être autorisée. Mais même si l’on peut exprimer ces critiques, les membres de la Communauté européenne n’en sont pas moins tenus d’observer le triple critère compte tenu de l’article 5.5) qui énonce une règle qui prévaut. Ainsi, même dans les cas où la nécessité de verser une compensation équitable n’est pas proclamée, il faudra peut-être imposer cette exigence afin de remplir la troisième condition : les exemples à donner à l’appui seront peut-être le sous-alinéa b) de l’alinéa 3) de l’article 5 (utilisations au bénéfice de personnes affectées d’un handicap), sous alinéa e) (utilisation à des fins de sécurité publique) et le sous-alinéa g) (utilisation au cours de cérémonies religieuses ou de cérémonies officielles).

La seule exception prévue à l'article 5 qui puisse de toute évidence poser des problèmes est celle contenue dans le sous-alinéa k) de l'alinéa 3) – utilisation à des fins “de caricature, de parodie ou de pastiche”. Il s’agit là d’une exception qui n’entre pas dans la catégorie des exceptions expressément reconnues par la Convention de Berne même si l’on peut concevoir qu’une telle exception pourrait relever de l’article 9.2) concernant les reproductions et pourrait également constituer une réserve mineure justifiée en ce qui concerne les droits d’interprétation, d’exécution et de radiodiffusion. Il faudra toutefois qu’il en soit ainsi pour que soient respectés tant l’Accord sur les ADPIC que le WCT puisque ces deux traités ne prévoient pas que les membres peuvent créer de nouvelles exceptions ou limitations hors de ce qui est autorisé par la Convention de Berne (voir ci-dessus).

En tant que principe d’organisation générale, la méthode adoptée à l’article 5 semble plus rationnelle que celle prévue à la section 107 de la loi sur le droit d’auteur des États Unis d’Amérique : les limitations et les exceptions sont clairement indiquées à l’avance et sont assujetties à la règle prépondérante du triple critère. Les dispositions seront donc sans doute plus faciles à respecter que lorsque le système laisse le soin aux tribunaux nationaux de déterminer la validité de certains types d’utilisation en fonction de critères larges tels que ceux énoncés à la section 107.

c) Une autre approche : la législation australienne

On trouvera dans la législation australienne sur le droit d’auteur une approche légèrement différente de celle suivie aux États-Unis et dans la Communauté européenne. En l’analysant en détail, on constate qu’elle va même plus loin que la directive européenne en énonçant de nombreuses exceptions bien délimitées qui s’appliquent à des catégories spécifiques d’œuvres ou de droits voisins et seulement à des utilisations spécifiques de ces œuvres ou droits voisins. En revanche, on y trouve plusieurs dispositions plus larges (celles portant sur les usages loyaux des œuvres) qui se rapprochent de la formule plus ouverte des États-Unis sur l’usage loyal, encore que le but de ces usages soit toujours maintenu dans des limites relativement restreintes. En outre, la loi australienne prévoit un grand nombre de licences légales ou obligatoires qui permettent une utilisation dans des cas précis, sous réserve du versement d’une rémunération équitable.

Comme il ressort du tableau ci-dessous, il en résulte une mosaïque d’exceptions et de licences obligatoires qui a vu le jour au fur et à mesure des rajouts et de la conciliation d’intérêts antagoniques et il n’est pas toujours facile de dégager un ensemble cohérent de principes qui sous-tende le tout¹⁴¹. En revanche, le caractère détaillé et la précision de ces dispositions les rendent plus transparentes et facilitent leur analyse lorsqu’on étudie la question de la conformité avec les obligations internationales de l’Australie, en particulier sous l’angle du triple critère.

Le tableau suivant montre l’étendue et la nature de ces exceptions et des usages contre rémunération. On verra dans les brèves descriptions jointes à chaque disposition à quel point bon nombre d’entre elles sont précises et détaillées¹⁴².

¹⁴¹ Le Comité chargé d’examiner la loi sur le droit d’auteur a traité précisément de cette question dans un rapport sur les exceptions et les limitations en 1998 : Copyright Law Review Committee, *Simplification of the Copyright Act 1968, Part I : Exceptions to the Exclusive Rights of Copyright Owners*, Canberra, septembre 1998.

¹⁴² Pour une analyse plus détaillée de chacune de ces dispositions, voir S. Ricketts, *The Law of Intellectual Property : Copyright, Designs and confidential Information*, LBC, Sydney, 1999,

LICENCES OBLIGATOIRES

Ces licences sont très détaillées et ont une structure complexe; elles portent sur les grandes catégories d'usages potentiels suivants, autorisés contre une rémunération équitable :

Reproduction et communication multiples des heures et des articles périodiques par des établissements d'enseignement et autres : Pt VB.

Copie et communication d'émissions par des établissements d'enseignement et autres apportant une aide aux lecteurs souffrant de handicaps : Pt VA.

Faire entendre en public des enregistrements sonores : section 108.

Radiodiffusion d'enregistrements sonores : section 109.

Retransmission d'émissions gratuites par voie hertzienne : Pt VC.

Utilisation d'œuvres et d'objets par la Couronne : section 183.

Réalisation par les titulaires de licences prévues pour les émissions destinées aux personnes ayant des difficultés de lecture de diffusions sonores d'œuvres littéraires ou dramatiques publiées : section 47A.

Reproduction d'œuvres contre redevance, conformément à la section 3 de la loi sur le droit d'auteur de 1911 (Royaume-Uni) : section 219.

Reproduction d'œuvres ou d'enregistrements sonores aux fins de radiodiffusion : sections 47.3), 70.3) et 107.3).

Il est évident que vérifier la conformité de ces dispositions avec les obligations internationales évoquées dans la présente étude exigera une analyse de chacune de ces dispositions, même si d'une manière générale on peut s'attendre à ce que cette conformité soit plus facile à établir lorsque l'exception en cause a un champ d'application étroit, est assujettie à des conditions (y compris la possibilité d'une rémunération équitable) et ne cause pas un préjudice disproportionné aux intérêts de l'auteur et/ou du titulaire du droit¹⁴³.

[Suite de la note de la page précédente]

Chapter 11, et J.C. Lahore, *Copyright Law and Designs*, Butterworths, Sydney, 1996, pp. 40,001 et suivantes.

¹⁴³ Dans une certaine mesure, l'auteur s'est efforcé de soumettre à ce genre d'analyse les dispositions de la législation australienne concernant les reproductions et communications par les bibliothèques et les archives en faisant valoir qu'un certain nombre de ces dispositions ne répondent pas aux exigences du triple critère : S. Ricketson, "The Three-step Test, Deemed Quantities, libraries and Closed Exceptions, Advice prepared for the Centre of Copyright Studies Ltd.", Centre for Copyright Studies, Sydney 2003.

APPLICATION DU TRIPLE CRITERE A DES DOMAINES D'INTERET PARTICULIER

Dans cette section, j’analyse brièvement l’application du triple critère à certains domaines d’intérêt particulier ainsi que les types de problèmes que renconterons les législateurs nationaux pour formuler les limitations et exceptions que doit prévoir la loi, notamment dans l’environnement numérique.

a) Copie privée

Il s’agit là d’un domaine d’utilisation potentiellement très étendu et il semble que l’échelle et le type d’usage privé envisagés doivent être soigneusement définis et limités afin de répondre à la première des trois conditions et a fortiori à la deuxième et à la troisième. La disposition de la directive de la Communauté européenne relative à l’usage privé (article 5.2b)) constitue en l’espèce un point de repère intéressant. Le passage pertinent est le suivant :

“lorsqu’il s’agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l’application ou la non-application des mesures techniques visées à l’article 6 aux œuvres ou aux objets concernés;”

Cela restreint l’application de la disposition aux particuliers et fait clairement apparaître que l’utilisation ne peut être admise qu’à des fins non commerciales (première condition). On considère ensuite que les usages visés ne vont pas à l’encontre de l’exploitation normale de l’œuvre (deuxième condition) peut-être dans l’idée qu’il est pratiquement impossible à l’auteur/titulaire du droit d’auteur de recourir à des dispositions d’octroi de licence privée et peut-être parce qu’il s’agit d’une utilisation privée, distincte de l’utilisation publique, de l’œuvre et qu’il s’agit d’un facteur normatif à caractère non économique qui doit être évalué par rapport aux intérêts économiques de l’auteur. Finalement, en ce qui concerne le préjudice injustifié porté aux intérêts du titulaire du droit (troisième condition), il est prévu que ce dernier doit recevoir une compensation équitable qui tienne compte de l’application, le cas échéant, de mesures techniques de protection (voir ci-dessous).

La disposition de la législation des États-Unis sur l’usage loyal laisse au contraire aux tribunaux le soin de régler ce genre de problème au cas par cas, avec des résultats qui peuvent être parfois extrêmement contestables. Un des premiers exemples dans ce domaine concernait l’autorisation donnée de pratiquer l’aménagement du temps d’écoute sur les magnétoscopes familiaux¹⁴⁴; par la suite, les tribunaux américains semblent s’être montrés plus sceptiques quant à la valeur des arguments sur le “transfert de support” et ont estimé que l’argumentation en faveur de l’usage loyal ne s’appliquait pas à ces utilisations¹⁴⁵.

¹⁴⁴ *Sony Corp of America c. Universal City Studios, Inc*, 464 US 417 (1984).

¹⁴⁵ Voir, par exemple, l’affaire *UMG Recording, Inc c. MP3.Com, Inc*, 92 F Supp 2d 349 (SDNY, 2000) et l’affaire *A & M Records, Inc c. Napter, Inc* 239 F 3d 1004 (9th Cir 2001).

b) Intérêt public

C'est là une notion très large en ce qui concerne les limitations et les exceptions à la protection. Il est donc peu probable qu'on puisse justifier une quelconque exception en invoquant purement et simplement "l'intérêt public". Pour satisfaire à la première condition, il faudrait préciser clairement la nature et l'étendue de l'intérêt publié : on pourrait invoquer à titre d'exemple "la protection de la santé publique", l'application de la loi ou la sécurité nationale (même si cette dernière exception peut également trouver sa justification dans l'article 17 de la Convention de Berne). Mais aux fins de l'analyse en cours, tout ce qu'il y a lieu de dire c'est qu'invoquer purement et simplement "l'intérêt public" amènerait presque inévitablement à ne pas respecter la première condition, sachant, dans ce cas également, que divers types "d'intérêts publics" sous-tendent d'autres limitations et exceptions prévues dans la Convention de Berne notamment aux articles 2bis, 10 et 10bis.

En ce qui concerne les deuxième et troisième conditions, il est probable, en fonction de la définition et de la portée données à l'utilisation d'intérêt public, que l'on puisse en tirer une considération normative non économique suffisante pour l'emporter sur les considérations d'ordre économique (deuxième condition) mais que tout préjudice injustifié à l'encontre du titulaire du droit risque de contraindre au versement d'une compensation équitable ou, tout au moins, à l'assujettissement du type d'utilisation autorisé à des conditions strictes.

c) Bibliothèques et archives

L'utilisation par les bibliothèques et les archives des œuvres protégées a été source de controverse dans de nombreux pays. Ces institutions, notamment lorsqu'elles n'ont pas de but lucratif, peuvent faire valoir que leur première motivation est d'éduquer et d'informer et est de toute évidence bénéfique à l'ensemble de la communauté et qu'elles ne devraient donc pas à avoir à acquitter des droits aux titulaires. À l'inverse, ces derniers feront valoir que leurs œuvres n'ont pas à servir à subventionner ces institutions dans leur rôle éducation et d'information (les mêmes arguments sont avancés avec tout autant de force dans le cas des établissements d'enseignement – voir ci-dessous). Le triple critère peut donc donner le moyen de trouver un équilibre entre ces vues concurrentes :

1. Il convient de préciser clairement le type d'usage que font les bibliothèques ou les archives et d'en définir les limites (première condition). Bien entendu, une disposition permettant aux usagers des bibliothèques de copier intégralement les œuvres serait trop large. Il en irait différemment d'une disposition qui autoriserait seulement les bibliothèques ou les archives à faire des copies à des fins de préservation ou pour permettre à leurs usagers de procéder à des recherches et ce dans les limites que ces usagers se fixent eux-mêmes.

2. Il faudra trouver un équilibre entre les considérations normatives concurrentes d'ordre économique et non économique : dans quelle mesure l'exception proposée entre-t-elle en conflit avec les utilisations que les titulaires de droits peuvent raisonnablement escompter exploiter à leur profit et dans quelle mesure par le but éducatif ou autre que l'exception est censée permettre poursuivre devrait-il intervenir (deuxième condition)?

3. Quelles limites impose-t-on à la possibilité de copier et ces limites évitent-elles tout préjudice injustifié au titulaire de droits? En fonction des quantités de copies effectuées, des personnes qui peuvent effectuer ces copies et de l'assujettissement ou non à l'obligation de verser un dédommagement équitable, la troisième condition pourra peut-être être satisfaite.

d) Éducation

On développera ici une analyse très proche de celle menée ci-dessus pour les bibliothèques et les archives. Mais à cet égard, il convient de ne pas perdre de vue que l'article 10.2) de la Convention de Berne peut s'appliquer, même si l'idée évoquée ci-dessus est que les conditions prévues par cette disposition devraient s'aligner sur celles du triple critère. C'est un domaine où les licences légales du type prévu dans la loi australienne pourraient convenir et cela serait possible tant en vertu du triple critère que de l'alinéa 2) de l'article 10.

L'enseignement à distance est un autre usage qui mérite une attention particulière car il est susceptible de faire intervenir deux droits exclusifs que le WCT et la Convention de Berne prévoient de protéger, à savoir le droit de reproduction et celui de communication. L'octroi de licences légales peut constituer un moyen de veiller à ce qu'aucune préjudice injustifié ne soit porté aux intérêts légitimes des auteurs tout en s'assurant qu'un équilibre approprié soit trouvé entre les droits des auteurs et ceux permettant la poursuite d'objectifs éducatifs.

e) Assistance aux malvoyants ou malentendants

C'est là un autre domaine qui mérite un examen attentif. Dans ce cas, les exceptions, même si elles sont limitées à des groupes d'utilisateurs bien définis, peuvent néanmoins avoir une portée assez large pour couvrir tous les types d'œuvres et d'utilisations.

Il faudra donc définir et limiter clairement les exceptions pour s'assurer qu'il s'agit bien de "certains cas spéciaux" relevant de la première condition du triple critère. La deuxième condition peut également poser des problèmes car ces utilisations risquent d'entrer en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre; il faudra peut-être trouver un équilibre avec les considérations non normatives comme entre les besoins réels de ces utilisateurs et les intérêts économiques des auteurs à l'égard de l'exploitation de leurs œuvres. Finalement, la question du préjudice injustifié devra être prise en compte et la réponse peut très bien être qu'il s'agit d'un domaine devant donner lieu à une rémunération équitable et non pas à une utilisation libre. C'est ce qui est fait dans la législation australienne en faveur des lecteurs souffrant d'un handicap (partie V, division 3) et de ceux souffrant d'un handicap intellectuel (partie V, division 4). Les licences légales sont dans ces cas réservées aux institutions qui aident ces lecteurs et leur prétention de faire partie des "certains cas spéciaux" relevant de la première condition du triple critère s'en trouve clairement renforcée.

En revanche, l'article 5.3)b) de la directive de la Communauté européenne n'exige pas que ces utilisations soient assujetties à une rémunération équitable pour autant qu'il s'agisse d'utilisations "au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap". Cette disposition est potentiellement beaucoup plus ouverte que les dispositions australiennes puisqu'elles visent les utilisations de tous les droits pertinents (les dispositions australiennes se limitant à la reproduction et à la communication), qu'elles ne limitent pas les bénéficiaires potentiels de l'exception (les dispositions australiennes limitent les exceptions aux institutions aidant les personnes concernées) et la nature du handicap n'est pas définie (les dispositions australiennes ne visent que les lecteurs souffrant d'un handicap visuel ou intellectuel). Il se peut donc que la première condition du triple critère ne soit pas satisfaite dans ce cas.

Il peut en aller de même de la deuxième condition. L'article 5.3)b) ne porte que sur les utilisations qui sont directement liées au handicap en question et sont de "nature non commerciale", mais seul l'utilisateur est concerné et il n'est pas tenu compte du fait que ces utilisations peuvent néanmoins porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre par l'auteur/le titulaire du droit d'auteur, par exemple, ce dernier peut se voir priver de la possibilité d'autoriser la préparation d'éditions spéciales pour ces catégories de lecteur. De toute évidence, ce sont des considérations normatives d'ordre non économique qui interviennent dans ce cas et le fait que les exceptions se font "au bénéfice de personnes affectées d'un handicap" et seulement "dans la mesure requise par ledit handicap" peut faire pencher la balance de l'autre côté. Toutefois, si l'on estime que la deuxième condition peut être satisfaite par la référence à ces considérations normatives d'ordre non économique, dans l'idée qu'il ne s'agit pas vraiment d'un marché que l'auteur/le titulaire du droit d'auteur devrait pouvoir exploiter, le problème de la troisième condition demeure. Il doit s'agir d'un cas où le préjudice qu'implique la libre utilisation non rémunérée sera injustifié eu égard aux intérêts légitimes de l'auteur : non seulement y aura-t-il atteinte aux intérêts économiques mais il se peut également que les intérêts liés aux droits moraux soient également touchés, par exemple, si une utilisation entraîne une distorsion de l'œuvre ou ne nomme pas l'auteur. À cet égard, les dispositions australiennes sont davantage conformes à la troisième condition, puisqu'elles prévoient une rémunération et ne réduisent pas les protections des droits moraux.

Il ne serait cependant pas juste de mettre un point final à l'analyse de l'article 5.3)b) sans mentionner la clause prépondérante qui veut que le triple critère soit appliqué à toute utilisation faisant l'objet d'exceptions prévues dans les dispositions antérieures. Tout ce que l'on peut donc dire c'est que l'article 5.3)b) ne satisfait pas en soi les exigences du triple critère mais que de toute façon les pays de la Communauté européenne devront les respecter en application de l'article 5.5). L'article 5.3)b) n'est donc que le point de départ ou une porte ouverte pour la prise en compte des exceptions dans ce domaine.

f) Comptes rendus d'actualité

Ce type d'utilisation est déjà couvert dans une grande mesure par l'article 10bis.2) de la Convention de Berne et l'idée énoncée plus haut était que, en vertu de l'Accord sur les ADPIC, cet usage ne peut se voir appliquer le triple critère et que d'autre part, selon le WCT, le triple critère ne peut amener à en réduire ou en étendre la portée. Toutefois, il est possible que le triple critère prévu à l'article 10.1) du WCT puisse s'appliquer au cas des nouveaux droits conférés par le WCT, en particulier aux communications au public par l'Internet. De quelle manière, le triple critère s'appliquerait-il donc en l'espèce?

1. La nature de l'usage autorisé et sa portée doivent être clairement définies (première condition).
2. Dans quelle mesure les utilisations entreraient-elles en conflit avec les utilisations que le titulaire du droit pourrait sinon être censé contrôler et quel poids doit-on donner à la nature d'intérêt public/d'information de l'usage en question (deuxième condition)? À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 10bis.2) impose de manière stricte sa propre limitation : "dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre".

3. Est-ce que l'étendue de l'usage autorisé constitue un préjudice injustifié pour le titulaire du droit étant donné sa nature d'intérêt public? À cet égard, un dédommagement n'est peut-être pas nécessaire mais l'indication des sources et la reconnaissance de l'auteur peuvent constituer des conditions importantes pour qu'un éventuel préjudice soit maintenu dans des limites raisonnables (troisième condition). Cela dit, ces points ne sont pas expressément mentionnés à l'article 10bis.2).

g) Critique et analyse

Là aussi, il s'agit d'une question qui est traitée à l'alinéa 1) de l'article 10, mais l'idée a été avancée plus haut que les conditions prévues dans cette disposition correspondent pour l'essentiel à celles du triple critère.

1. Le but de la critique et de l'analyse est peut-être défini en termes suffisamment clairs encore que des précisions complémentaires puissent être utiles, par exemple : est-ce que l'utilisation est autorisée uniquement pour faire la critique ou l'analyse de cette seule œuvre, d'autres œuvres de l'auteur, des grandes idées ou de la philosophie de l'auteur, etc. (première condition)?

2. Les quantités peuvent être importantes pour ce qui est de la deuxième condition mais sur ce point le but de l'utilisation impose sans doute de toute façon une restriction claire et nette (deuxième condition).

3. Ce qui précède ainsi que le besoin de reconnaître la source et l'auteur peuvent empêcher que l'utilisation en question entraîne un préjudice injustifiable pour les intérêts légitimes du titulaire du droit (troisième condition).

h) Utilisations dans l'environnement numérique

L'environnement numérique donne naissance à de nouvelles utilisations d'œuvres et d'autres objets qui n'auraient jamais pu être envisagées à l'ère prénumérique. Un des principaux objectifs du WCT et du WPPT (parfois dénommées les "traités Internet") était de relever ce défi et en particulier d'assurer une plus grande protection aux auteurs et aux titulaires de droits dans ce nouvel environnement. Du même coup, il a été reconnu qu'il était nécessaire de maintenir un équilibre entre ces droits et "l'intérêt public général", particulièrement dans les domaines de l'éducation, de la recherche et de l'accès à l'information¹⁴⁶. Comme signalé plus haut, les dispositions des traités portant sur le nouveau droit de communication au public et les mesures d'ordre technologique visent à répondre aux préoccupations des titulaires de droits. La question des limitations et de "l'intérêt public général" dans l'environnement numérique est une question davantage controversée qui dépend de l'effet des différentes déclarations communes analysées plus haut. Les questions qui se posent plus particulièrement sont les suivantes :

1. L'article 9.1) de la Convention de Berne doit-il être interprété comme s'appliquant aux usages numériques. La déclaration commune concernant l'article 1.4) du WCT montre clairement que c'est le cas mais ce qui n'est pas clair c'est si cela entre dans le cadre du WCT aux fins d'interprétation ou s'il s'agit simplement d'un moyen supplémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne* (voir l'analyse de cette question plus haut).

¹⁴⁶ Voir les préambules du WCT et du WPPT.

2. Si l'on admet que l'article 9.1) englobe les reproductions numériques, le triple critère prévu à l'article 9.2) s'appliquera évidemment et permettra d'étendre les exceptions existantes à l'environnement numérique et/ou de créer de nouvelles exceptions qui s'appliquent à ce seul environnement. À cet égard, la référence à la déclaration commune relative à l'article 10 du WCT selon laquelle ces exceptions devraient être "appropriées" n'ajoute pas grand chose, voire rien du tout, aux conditions imposées par le triple critère si ce n'est de souligner que les utilisations numériques peuvent entraîner des conséquences tout à fait différentes de celles découlant des utilisations dans l'environnement physique de l'impression sur papier.

3. Les mêmes considérations s'appliquent évidemment au cas des nouveaux droits conférés par le WCT en particulier du droit à la communication au public. Le triple critère s'appliquera dans ce cas de la même manière qu'au droit de reproduction prévu par la Convention de Berne.

On étudiera brièvement ci-dessous certains cas particuliers d'utilisation numérique ainsi que l'application du triple critère à ces utilisations.

i) Copies temporaires

Il s'agit là d'une des questions épineuses traitées à la conférence diplomatique de 1996 à Genève et on se rappellera qu'aucune disposition sur les reproductions temporaires n'a pu être retenue dans le texte du WCT. C'est donc une question sur laquelle les législateurs nationaux doivent se prononcer pour déterminer s'ils prévoiront et dans quelle mesure ils prévoiront dans leurs textes des exceptions pour ce type de reproduction. Que ce soit en application de la Convention de Berne, de l'Accord sur les ADPIC ou du WCT, ces exceptions seront soumises au triple critère, avec une légère modification dans le cas de l'Accord sur les ADPIC, laissant de côté les préoccupations pour les droits moraux. Les questions sur lesquelles il faudra se prononcer seront donc les suivantes :

1. S'agit-il d'un "certain cas spécial"? Dans quelle mesure peut-on définir et limiter les circonstances entourant l'utilisation proposée? À cet égard, l'article 5.1) de la Directive de la Communauté européenne (voir plus haut) semble constituer un guide satisfaisant; un autre modèle est fourni par la section 43A de la loi australienne sur le droit d'auteur de 1968 qui prévoit ce qui suit :

"1) La reproduction temporaire d'une œuvre ou l'adaptation de cette œuvre ou encore une adaptation liée au processus technique consistant à effectuer ou recevoir une communication ne porte pas atteinte au droit d'auteur sur cette œuvre ou l'adaptation de cette œuvre.

"2) La sous-section 1) ne s'applique pas à la réalisation d'une reproduction temporaire d'une œuvre ou à l'adaptation de cette œuvre, dans le cadre du processus technique consistant à effectuer une communication si cette communication porte atteinte au droit d'auteur."

2. Est-ce un type d'exploitation qui revient à l'auteur/titulaire du droit? Son caractère temporaire et occasionnel peut amener à conclure à une absence de tout véritable conflit économique avec l'exploitation normale des œuvres protégées tandis que le fait qu'il s'agit d'un élément indispensable faisant partie d'un processus plus général aboutissant à la

communication d'une œuvre peut faire ressortir que ce n'est pas quelque chose sur quoi l'auteur/titulaire du droit doit exercer un contrôle. Comme indiqué à la section 43.2) de la disposition australienne, l'exception n'interviendra que si la communication elle-même a été autorisée.

3. Si des limites sont soigneusement imposées à l'étendue de l'utilisation, on peut en conclure qu'il n'est pas porté un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur/titulaire du droit. Dans ce cas également, tant les dispositions de la Communauté européenne que les dispositions australiennes prévoient des limitations très strictes.

j) Diffusion en continu et en temps réel sur l'Internet

On a évoqué plus haut l'exemple de la diffusion sur le Web en faisant observer que la communication des sons (interprétations et exécutions d'œuvres musicales et dramatiques et récitations d'œuvres littéraires) devra répondre à la doctrine des petites réserves énoncée dans la Convention de Berne tandis que d'autres éléments de la communication (texte et images) relèveront de l'article 10 du WCT et du triple critère. Des considérations du même ordre interviennent lorsque les œuvres sont diffusées en continu et en temps réel, qu'il s'agisse de son, d'images ou de texte. Quel que soit le critère retenu, il n'est guère probable que la diffusion en continu satisfasse ni l'un ni l'autre. La communication portera potentiellement sur l'ensemble de l'œuvre en cause même si le destinataire n'écoute ou ne regarde qu'une partie de l'œuvre. Rien dans ces utilisations ne permet de penser automatiquement qu'il s'agit d'utilisations *de minimis*; de même, on voit difficilement comment elles pourraient satisfaire la première condition du triple critère et encore moins les deuxième et troisième.

Dans la mesure où la diffusion en continu peut également faire intervenir le droit de reproduction, lorsque de petites parties d'une œuvre sont stockées temporairement dans la mémoire vive de l'ordinateur d'un destinataire, elles seront sans doute assimilables aux copies temporaires susmentionnées et répondront donc aux conditions du triple critère. Toutefois, il convient de relever la limitation prévue dans la disposition pertinente de la loi australienne (section 43A) sur ce point : l'exception ne s'applique que si la communication (en l'occurrence la diffusion en continu) est autorisée.

k) Partage point à point

Il s'agit là d'une autre utilisation que les exemples de Napster et KaZaa ont mis sur le devant de la scène et qui permet que des œuvres soient communiquées à travers un réseau et des reproductions effectuées dans l'ordinateur du destinataire. Encore une fois, on peut difficilement trouver une justification à ces utilisations si l'on applique le triple critère. Toute idée selon laquelle ces pratiques pourraient être justifiées en vertu du principe de "transfert de support" et relèvent donc d'une utilisation loyale a été rejetée par les tribunaux des États-Unis dans l'affaire *A & M Records, Inc., c. Napster, Inc* 239 F 3d 1004 (9th Cir 2001). En pareil cas, le vrai problème consistera en particulier, compte tenu du modèle de distribution diffuse assurée par KaZaa, à établir la responsabilité initiale du fournisseur pour atteinte indirecte aux droits ou pour avoir autorisé à porter atteinte aux droits, lorsque les atteintes proprement dites (communication et reproduction) sont le fait d'abonnés individuels.

MESURES TECHNIQUES

Une question reste à étudier, à savoir le rapport entre les obligations relatives aux mesures techniques visées à l'article 11 du WCT et les dispositions des diverses conventions concernant les limitations et les exceptions. Une disposition similaire figure à l'article 18 du WPPT. Jusqu'à quel point les mesures adoptées conformément aux articles 11 et 18 peuvent-elles – pour autant qu'elles le peuvent – empêcher les utilisateurs de s'appuyer sur des limitations et exceptions qui sont par ailleurs admises en vertu d'une quelconque des conventions que nous avons examinées dans la présente étude?

L'article 11 se lit comme suit :

“Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi.”

C'est là un type de disposition entièrement nouveau dans un accord international sur le droit d'auteur, qui exige des États membres qu'ils prennent certaines mesures pour empêcher des tiers de neutraliser des mesures techniques qui ont été prises par les auteurs pour protéger l'exercice de leurs droits essentiels. Ces mesures pourraient être de divers types, allant de dispositifs qui ne permettent l'accès à une œuvre qu'à certaines conditions ou de dispositifs de protection contre la copie ou d'autres dispositifs qui restreignent ou empêchent diverses utilisations portant atteinte aux droits. L'article 11 est rédigé en termes généraux et laisse un grand pouvoir d'appréciation aux États membres¹⁴⁷.

La relation entre l'article 11 (et l'article 18) et les limitations et exceptions à la protection est source de difficulté et de controverse en ce qui concerne la politique du droit d'auteur. D'une part, les utilisateurs d'œuvres protégées font valoir que les mesures d'antineutralisation ne devraient pas avoir pour effet d'empêcher les utilisateurs de faire ce qu'ils sont par ailleurs libres de faire en application des limitations et exceptions existantes, par exemple, dans des domaines tels que la recherche, la critique et l'analyse. En revanche, les auteurs et les titulaires de droits craignent que les limitations et exceptions appliquées à leurs mesures d'antineutralisation ne sapent l'efficacité de ces mesures et que, en tout état de cause, l'intérêt public légitime invoqué peut fort bien être satisfait grâce à des arrangements appropriés d'octroi de licences volontaires¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Pour une analyse détaillée de l'article, de son historique et d'études comparatives des dispositions adoptées au plan national sur ces questions, voir Ficsor, pp. 544 et suivantes et Reinbothe et von Lewinski, p. 135.

¹⁴⁸ Reinbothe et von Lewinski, p. 146.

En ce qui concerne les obligations internationales imposées par les articles 11 et 18, on peut dire ce qui suit :

1. Les États contractants doivent garantir “une protection juridique appropriée”¹⁴⁹ contre la neutralisation de “mesures techniques efficaces”¹⁵⁰ qui sont employées par les auteurs dans l’exercice des droits que leur confère le WCT ou la Convention de Berne (ou, le cas échéant, en application du WPPT, par les interprètes ou exécutants ou bien les producteurs de phonogrammes). Il semble évident que les droits évoqués ici soient les droits exclusifs prévus par le WCT (distribution, location et communication au public) et les droits énoncés aux articles 1 à 21 de la Convention de Berne (à la fois les droits économiques et moraux). Pour ce qui est de l’article 18 du WPPT, il s’agira des droits exclusifs qui sont conférés aux interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes en vertu de cet instrument. Rien n’oblige, bien entendu, les États contractants à exiger des auteurs et titulaires de droits qu’ils adoptent ce genre de mesure : les obligations prévues aux articles 11 et 18 n’interviennent que lorsque les auteurs et les titulaires de droits ont fait ce choix.
2. Ces “mesures techniques efficaces” doivent restreindre “l’accomplissement, à l’égard de leurs œuvres, d’actes [exécutions, interprétations ou production de phonogrammes] qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi”. Les “actes” faisant l’objet de cette restriction sont des actes de neutralisation qui semblent entrer dans deux grandes catégories : ceux qui restreignent l’accès à une œuvre, à une interprétation, exécution ou à un phonogramme et ceux qui restreignent l’accomplissement de certains actes, par exemple l’établissement de reproductions, à l’égard de l’œuvre, de l’exécution ou du phonogramme¹⁵¹.
3. Les obligations, qu’imposent les articles 11 et 18, d’assurer une protection contre ces actes ne s’appliquent pas lorsque ces actes sont autorisés par l’auteur [interprète ou exécutant ou bien producteur de phonogrammes] ou qu’ils sont “permis par la loi”. La première de ces qualifications ne devrait pas entraîner de difficulté même s’il peut être difficile d’envisager des situations où la législation nationale peut assurer une protection lorsque la neutralisation a été autorisée par l’auteur, l’interprète, l’exécutant ou le producteur de phonogrammes.
4. La deuxième qualification est également sans ambiguïté encore que d’effet limité. Les mots “permis par la loi” semblent renvoyer aux législations nationales et indiquer donc que des actes particuliers de neutralisation pourraient être autorisés par la loi de l’État contractant en cause. Mais cela n’oblige pas à prévoir dans cette législation des exceptions ou limitations particulières à la protection contre la neutralisation, en prévoyant par exemple que des exceptions doivent être faites lorsque l’accès ou la copie est nécessaire pour des raisons de sécurité nationale et de rassemblement de renseignements ou bien pour une utilisation en bibliothèque ou à des fins éducatives. La décision de prévoir dans la législation nationale des exceptions ou limitations aux mesures de protection exigées par les articles 11 et 18 relèvent donc entièrement du pouvoir d’appréciation de l’État contractant¹⁵².

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 143.

¹⁵⁰ *Ibid*, p. 145.

¹⁵¹ Voir à nouveau Ficsor, p. 548. Selon Ficsor, ces articles s’appliquent aussi bien à l’environnement physique hors ligne qu’à l’environnement numérique, même si de toute évidence ils seront essentiellement appliqués dans ce deuxième environnement.

¹⁵² Cette question a été traitée de différentes manières selon les législations nationales, par exemple, voir les dispositions élaborées de la législation des États-Unis, mises en place par la loi de ce pays sur le droit d'auteur dans un environnement numérique de 1998, intégrée maintenant dans la loi sur le droit d'auteur de 1976 : section 1201.d) (bibliothèques, archives et

5. Sauf dans un cas (voir plus bas), il est également impossible de dégager une quelconque obligation générale concernant les limitations et les exceptions des diverses dispositions d'une quelconque des conventions que nous avons examinées dans la présente étude. Comme nous l'avons vu plus haut, l'essentiel de ces limitations et exceptions donne la faculté de prévoir des mesures mais les États contractants ne sont pas tenus de les appliquer : ce n'est que lorsqu'ils le font qu'ils doivent respecter les diverses conditions prévues dans la disposition ou les dispositions pertinentes. De ce fait, ces États ne peuvent être obligés d'appliquer ces limitations ou exceptions aux mesures d'antineutralisation qu'ils adoptent conformément aux articles 11 et 18. Ils peuvent décider de n'adopter que quelques-unes voire aucune des limitations et exceptions prévues dans ces conventions; ils ont tout loisir, comme cela a été fait dans de nombreuses législations nationales, d'élaborer toutes sortes de limitations et d'exceptions ne figurant pas dans ces conventions. On trouve un libellé intéressant dans l'article 4 de la directive de la Communauté européenne qui exige des États membres, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, qu'ils :

“prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5.2)a) [photocopie], c) [bibliothèques, établissements d'enseignement, musées, archives], d) [enregistrements éphémères effectués par des organismes de radiodiffusion], et à l'article 5.3),a) [illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique], b) [personnes affectées d'un handicap] ou e) [sécurité publique et couverture de procédures administratives, parlementaires ou judiciaires] puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.”

Une clause conditionnelle de cet article permet également aux États membres de prendre, sous certaines réserves, des mesures du même type à l'égard des exceptions ou limitations prévues à l'article 5.2.b) (copie privée).

6. Cela étant, il existe une disposition de la Convention de Berne qui revêt un caractère obligatoire et qui peut poser des problèmes en relation avec l'article 11 du WCT. Il s'agit de l'article 10.1) qui traite des citations tirées d'une œuvre “déjà rendue licitement accessible au public”. Conformément à l'article 1.a) du WCT, les États contractants sont tenus d'adopter cette exception, qu'ils soient ou non parties à la Convention de Berne. De ce fait, les mesures prises contre la neutralisation risque de vider cette exception de sa substance, l'effet de ces mesures étant soit de priver les utilisateurs de l'accès aux œuvres protégées pour faire des citations soit de les empêcher de procéder à la reproduction ou à la diffusion nécessaire de la citation. Faut-il donc que les législations nationales autorisent une telle exception à toute mesure d'antineutralisation qu'elles adoptent? Il y a lieu à cet égard de remarquer qu'aucune des législations nationales et régionales mentionnées plus haut ne le fait.

[Suite de la note de la page précédente]

établissements d'enseignement à but non lucratif), e) (application de la loi, rassemblement d'informations et autres activités relevant de l'État), f) (ingénierie inverse), g) (recherche sur le cryptage); la *Directive sur la société de l'information* de la Communauté européenne, article 6.4); et la *loi australienne sur le droit d'auteur* de 1968, section 116A2)-7). Voir un complément d'analyse dans Ficsor, p. 557 et suivantes.

7. La réponse à la question posée au paragraphe précédent tourne autour du sens et de la portée de l'expression “une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public” employée dans l'article 10.1). Il s'agit évidemment d'un libellé remontant à l'époque prénumérique lorsque les œuvres n'étaient communiquées que sur papier à des utilisateurs qui pouvaient alors y accéder et les utiliser sans que le titulaire du droit d'auteur puisse imposer de limitation physique ou technique à l'action de l'utilisateur. À l'époque, la balance penchait en faveur de ce dernier, même si la formulation de dispositions telles que l'article 10.1) cherchaient à restreindre légalement ce que l'utilisateur pouvait faire. Toutefois, dans l'environnement numérique, la balance risque de pencher nettement de l'autre côté, en faveur du titulaire du droit d'auteur, pour autant que ce dernier puisse appliquer des mesures techniques efficaces pour refuser toute protection si ce n'est à des conditions qu'il spécifie. Toutefois, les mots “rendu licitement accessible au public” que l'on trouve dans l'article 10.1) posent un problème : une œuvre rendue accessible sous un format numérique protégé l'est tout aussi légalement qu'une œuvre présentée sur un support permanent traditionnel, même si le titulaire met alors un veto à ce que les utilisateurs et d'autres tierces parties peuvent faire de cette version.

8. Ces considérations amènent à conclure que l'obligation, imposée à l'article 11 du WCT, d'assurer une protection contre la neutralisation doit permettre l'exercice des droits de citation par des tiers prévu à l'article 10.1) de la Convention de Berne. Manifestement, si une œuvre a déjà été rendue publique sur un support analogique permanent, l'exercice de ces droits sera possible, même si cela ne peut se faire pour une version numérique protégée par une mesure technique de protection efficace. (On peut dire qu'un titulaire de droit d'auteur n'est pas tenu d'ouvrir les portes de son entrepôt s'il y a déjà des exemplaires sur les étagères de sa boutique.) Inversement, si une œuvre est seulement disponible dans un format numérique protégé, sans que rien ne soit prévu pour procéder à des citations si ce n'est aux conditions indiquées par le titulaire du droit, l'effet en sera d'empêcher complètement l'application de l'exception prévue à l'article 10.1). Il en découlera pour l'avenir des conséquences d'une portée considérable au fur et à mesure que davantage d'œuvres ne seront plus accessibles que sous des formats numériques protégés. Il en résulterait que la seule exception expressément imposée par la Convention de Berne serait en fait neutralisée dans l'environnement numérique.

9. Si l'on accepte les arguments développés dans le paragraphe précédent, il semblerait que les législateurs nationaux puissent prendre une des deux partis suivants :

- i) faire entrer les droits de citation dans le champ d'application d'une disposition générale telle que l'article 6.4) de la directive de la Communauté européenne; ou
- ii) disposer que l'exception *ne s'applique pas ou n'a pas besoin de s'appliquer* à la version numérique protégée pour autant que les versions analogiques de l'œuvre soient disponibles¹⁵³ mais qu'une telle exception *doit être* prévue dans les cas où une œuvre n'est disponible que dans des formats numériques protégés.

[Fin du document]

¹⁵³ Il est dit dans la législation australienne, même si le contexte est différent, que : “aucun exemplaire de l'œuvre (à l'exception d'un exemplaire d'occasion) ne peut être obtenu dans un délai raisonnable au prix courant du commerce”. Voir par exemple la section 49.5)b) (relative à la réalisation de reproductions par les bibliothèques et les archives).