

Le Système International de Droit d'Auteur

Restrictions, Exceptions et Considérations
en Matière d'Intérêt Public pour les Pays en
Développement

Ruth L. Okediji

William L. Prosser Professor of Law
University of Minnesota Law School, US

Une étude commandée par le Centre International
pour le Commerce et du Développement Durable
(ICTSD)



Édité par:

Centre International pour le Commerce et le Développement Durable (ICTSD)

International Environment House 2

7 Chemin de Balexert, 1219 Geneva, Switzerland

Tel: +41 22 917 8492 Fax: +41 22 917 8093

E-mail: ictsd@ictsd.org Internet: www.ictsd.org

Chief Executive: Ricardo Meléndez-Ortiz

IP Team:

Programme Manager: David Vivas-Eugui

Senior Fellow: Pedro Roffe

Programme Officer: Fleur Claessans

Programme Officer: Gina Veà

Programme Assistant: Nico Tyabji

Remerciements:

Cette étude a été menée avec le soutien d'un groupe de personnes remarquables dont les commentaires, les suggestions et l'assistance générale ont rendu cette tâche réalisable. Je souhaite, en premier lieu, saluer l'équipe qui m'a appuyée dans la recherche : Mary Rumsey et Marci Windsheimer, University of Minnesota Law School Library ; Tomas Felcman, University, Minnesota Law School Class of 2005, qui a servi d'assistant de recherche principal ; et Melissa Adamson, University of Oklahoma Law School Faculty Support Staff, qui a assuré un appui technique et un travail de secrétariat significatifs. J'ai bénéficié des commentaires éclairés de Carolyn Deere, Christoph Spennemann, Pedro Roffe, James Love, et des participants à une présentation en atelier, le 23 septembre 2005, à Genève, en Suisse. David Vivas-Eugui et Johanna van Braun, tous deux de l'ICTSD, ont été d'une grande assistance pour les détails de fond, et pour les problèmes de coordination et administratifs.

Funding for the ICTSD Programme on Intellectual Property Rights and Sustainable Development has generously been provided by the UK Department for International Development (DFID); the Swedish International Development Cooperation Agency (SIDA); the Swiss State Secretariat for Economic Affairs (SECO) and the Rockefeller Foundation.

For more information about the ICTSD Programme on IPRs and Sustainable Development visit our website at: www.iprsonline.org. ICTSD welcomes feedback and comments on this document. These can be forwarded to David Vivas-Eugui at: dvivas@ictsd.ch

Citation: Okediji, Ruth (2006) *The International Copyright System: Limitations, Exception and Public Interest Considerations for Developing Countries*, ICTSD Programme on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland.

Copyright © ICTSD, 2007. Readers are encouraged to quote and reproduce this material for educational, non-profit purposes, provided the source is acknowledged.

The views expressed in this publication are those of the author and do not necessarily reflect the views of ICTSD or the funding institutions. The author is solely responsible for the final text.

An electronic version of this issue paper can be found at: www.iprsonline.org

TABLE DES MATIÈRES

LISTES D'ABRÉVIATIONS ET DE SIGLES	4
RÉSUMÉ	5
I. INTRODUCTION ET APERÇU	9
1.1 Le nouveau système international de droit d'auteur	9
1.2 Bien-être et nouvelle dynamique des relations en matière de droits d'auteur	10
1.3 Différence avec les études antérieures	11
1.4 Deux strates d'équilibre.....	12
1.5 Structure de l'essai	13
2. STRUCTURE DES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS LES TRAITES INTERNATIONAUX DE DROIT D'AUTEUR	13
2.1 Multilatéralisme, bilatéralisme et institutionnalisme dans la réglementation du droit d'auteur international.....	13
2.2 Pouvoir souverain et politique globale en matière de bien-être	15
2.3 Incitations et accès à la production d'oeuvres protégées par le droit d'auteur	18
2.4 Conception des limitations et des exceptions.....	20
3. LIMITATIONS ET EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR DANS LES ACCORDS DE BERNE/ADPIC	21
3.1 Aperçu des limitations générales de la concession de droit d'auteur	21
3.2 Limitations autorisées au titre de la Convention de Berne sur les droits accordés aux auteurs	24
4. INSTITUTIONNALISATION DES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS LE SYSTEME INTERNATIONAL DE DROIT D'AUTEUR	38
4.1 Limitations et exceptions (non compensées) minimales globales.....	39
4.2 Quels droits et limitations devraient être requis au niveau international ?....	42
4.3 Importance stratégique d'un corpus international minimal de limitations et exceptions.....	43
4.4 Impact des accords de libre-échange sur les limitations et exceptions.....	44
5. LIMITATIONS ET EXCEPTIONS POUR L'ERE NUMERIQUE	46
5.1 L'Accord sur les ADPIC et son successeur.....	46
5.2 Usage personnel et réseaux numériques: Réponses judiciaires préliminaires	47
5.3 Un nouveau rôle pour les bibliothèques ?.....	48
5.4 Prise en considération de nouvelles limitations et exceptions.....	49
6. PRESERVER LE DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL POUR LE BIEN PUBLIC	52
6.1 Considérations en ce qui concerne les limitations et exceptions pour les pays en développement	53
CONCLUSION	61
ENDNOTES	62

LISTES D'ABRÉVIATIONS ET DE SIGLES

Accord sur les ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce
ALE	Accord de libre-échange
CDB	Convention relative à la diversité biologique
CE	Communauté européenne
Convention de Berne	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques
MPT	Mécanisme de protection technologique
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
RAM	Random-access memory (mémoire vive, à accès arbitraire)
UCC	Convention universelle sur le droit d'auteur
UE	Union européenne
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur
WPPT	Traité de l'OMPI sur les performances et phonogrammes
ZLEA	Zone de libre-échange des Amériques

RÉSUMÉ

Introduction

Il est un principe bien établi selon lequel l'octroi conditionnel de droits de propriété pour les fruits de l'activité créative et de l'entreprise intellectuelle est orienté essentiellement vers la promotion de l'intérêt public. Pratiquement tous les pays du monde reconnaissent ce but important comme élément central et fondateur du système de propriété intellectuelle. Ce principe est également clairement énoncé dans les traités internationaux majeurs pour la réglementation globale de la protection de la propriété intellectuelle.¹ Le traité global prééminent, l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce² (Accord sur les ADPIC) confirme et réaffirme ce principe constitutionnel fondamental de la protection de la propriété intellectuelle en décrivant l'objectif ultime de la protection de la propriété intellectuelle et son application aux fins des ADPIC comme étant « l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques ...d'une manière propice au bien-être économique et ... un équilibre de droits et d'obligations. »³

Protection et accès : des composantes jumelles de l'intérêt public

Pendant plus de 40 ans, la question de savoir comment structurer les conditions d'accès aux biens de connaissances a été une des questions les plus épineuses dans le droit relatif à la propriété intellectuelle.⁴ Bien qu'il ait été fait référence à des fins d'intérêt public transversales pour la protection de la propriété intellectuelle tout au long de l'histoire du système international de propriété intellectuelle,⁵ on ne s'était pas suffisamment préoccupé d'insuffler un contenu, une portée et un caractère précis dans ces idéaux d'intérêt public. Ceci était dû en partie à la structure du système juridique international qui historiquement s'en remettait Aux États comme Gardiens du bien-être national, en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle l'exercice approprié du pouvoir souverain dans l'intérêt public national profiterait inévitablement à la communauté globale. En conséquence, le concept d'intérêt public dans la réglementation internationale relative à la propriété intellectuelle se concentrait de manière disproportionnée sur juste un aspect de l'intérêt public, à savoir garantir l'offre optimale de biens de connaissances en accordant des droits exclusifs aux auteurs et aux inventeurs. L'autre aspect de l'intérêt public concerne les mécanismes qui visent à garantir au public un accès optimal à la riche réserve de produits de connaissances. Cet accès est essentiel pour faciliter la dissémination des connaissances, générant ainsi des gains en bien-être social, et au profit des créateurs en aval qui sont tributaires de la disponibilité d'un domaine public solide d'où tirer des ressources à des fins productives. Simplement, l'accès aux biens de connaissances est une composante fondamentale d'un bien-être dynamique.

Intérêt public global et impact de la numérisation

A mesure que la numérisation et les nouvelles technologies de la communication érodent largement l'importance et l'effet des frontières territoriales, les propriétaires de biens de connaissances ont revendiqué de manière croissante des droits sur ces biens, en recherchant souvent et en recevant, dans les sphères nationales et internationales, le contrôle de ces biens, par ailleurs publics, à des niveaux sans précédent. De fait, Si elle a créé des opportunités remarquables d'élargissement de l'accès aux biens de l'information et des connaissances pour les pays en développement⁶ et plus généralement, pour les consommateurs, l'ère numérique a également stimulé de nouvelles formes de droits privés, négociés au niveau multilatéral, pour exercer un contrôle absolu sur l'accès, l'utilisation et la distribution de l'information et des connaissances. Les efforts en vue de contrôler la dissémination des biens de connaissances numérisés ont été essentiellement technologiques, et renforcés par l'émergence de lois internationales pour la protection de ces technologies de control, dans le cadre du système international de droits d'auteurs, sous l'égide de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). L'inquiétude généralisée manifestée par les activistes, les chercheurs, les organisations non-gouvernementales et des institutions telles que les bibliothèques, les structures éducatives, les fournisseurs d'information et les décideurs, a suscité la nécessité impérieuse d'examiner l'aspect accès/utilisation et dissémination de la vision de l'intérêt public qui justifie les régimes exclusifs pour les œuvres de création. L'instrument juridique essentiel utilisé à cette fin a été le réexamen, le déclenchement et la mise en œuvre des restrictions et des exceptions des droits exclusifs.

Importance des restrictions et exceptions pour la créativité, la concurrence et le développement économique

L'octroi ou l'exercice illimité de droits, sans restrictions et exceptions appropriées, a des implications négatives graves à long terme, non seulement pour les priorités en matière de développement, mais aussi pour le processus de création et d'innovation lui-même.⁷ Il est fermement établi, dans le domaine des brevets, qu'à l'exception des brevets pionniers, l'innovation survient en grande partie de manière progressive, en s'appuyant sur des technologies antérieures ou sur des connaissances existantes pour créer de nouveaux biens.⁸ En outre, des données concrètes dans certains pays développement suggèrent que dans les régions où l'évolution et le savoir-faire technologiques ont été librement disséminés, il y a une croissance et une innovation technologiques correspondantes.⁹ A l'inverse, là où de telles connaissances ont été juridiquement restreintes – que ce soit en raison d'un brevet ou à travers des restrictions contractuelles – la croissance technologique a été moins solide. Le même principe de « grimper sur les épaules de géants » est moins reconnu, mais tout aussi pertinent, dans le domaine des droits d'auteurs. Les écrivains et les créateurs n'existent pas ou ne créent pas dans un vide. De fait, certains genres d'œuvres, styles de créativité et modes d'expression incorporent, reproduisent ou transforment

spécifiquement et délibérément des œuvres préexistantes.¹⁰ Des exemples modernes comprennent la pratique du « sampling » dans l'industrie de la musique, du roman de fan et des films de fan,¹¹ et le blogging.¹² En bref, le processus novateur et créatif est en partie tourné vers le passé et en partie tourné vers l'avenir. La créativité durable, encouragée par l'octroi d'intérêts exclusifs, devrait et doit faciliter l'accès aux œuvres protégées et l'utilisation de ces œuvres, non seulement pour promouvoir des buts sociaux tels que l'éducation et la recherche scientifique de base, mais aussi pour promouvoir l'activité créatrice constante. En tant qu'utilisateurs, les créateurs eux-mêmes ont besoin d'un niveau approprié d'accès, et qu'en tant que créateurs potentiels, les utilisateurs ont également besoin d'une structure incitative appropriée. Le système des droits d'auteur doit raisonnablement prendre en compte les deux aspects de l'intérêt public, afin de promouvoir les progrès et d'encourager la croissance. En conséquence, les restrictions et les exceptions devraient correspondre aux droits accordés aux auteurs. Au niveau international, les restrictions et les exceptions doivent être : i) examinées de manière plus attentive pour leur efficacité dans la promotion de l'accès, de l'utilisation et de la dissémination des biens faisant l'objet d'un droits d'auteur ; ii) mises en exergue de manière plus constante en tant qu'aspect important du système de droits d'auteur ; iii) intégrées de manière plus explicite dans le tissu du régime international de droits d'auteur ; et iv) appliquées de manière plus rigoureuse comme condition préalable pour l'innovation de suivi et le développement économique.

Considérations pour le système global : Quelques propositions de réforme

Le rôle important que jouent les restrictions et les exceptions au but fondamental des droits d'auteur devrait devenir une partie centrale de la structure et du fonctionnement du système international des droits d'auteur. Plusieurs propositions importantes ont été faites en vue de faciliter un équilibre plus explicite entre les droits et l'accès dans le contexte international.

En premier lieu, les membres de l'OMPI devraient penser à réformer le test en trois étapes afin de garantir la prise en compte valeurs d'intérêt public dans l'application du test.¹³ Une proposition de réforme connexe vise à inclure une disposition omnibus, apparentée à la disposition relative à l'usage loyal unique de la loi américaine relative aux droits d'auteur, dans le corpus de la législation internationale sur les droits d'auteur.¹⁴ Incorporée de manière explicite dans un traité international, une telle disposition exercerait une forme doctrinale et d'interprétation importante pour l'examen de la légitimité des restrictions et des exceptions nationales. Fait important, pour les pays qui traitent les accords internationaux comme directement applicables, une disposition internationale d'usage loyal offrirait aux citoyens nationaux l'opportunité d'utiliser des produits de connaissances sans que des actes législatifs affirmatifs ne soient nécessaires au niveau interne. De plus, dans une ère post ADPIC, une disposition internationale d'usage loyal influera également sur la doctrine naissante, mais fortement mécaniste, du système de règlement des différends de l'OMC, qui reflète un système fort de valeurs

mécanistes qui, aux yeux de certains, compromet l'importance de l'intérêt public pour le processus de création.¹⁵

Une troisième proposition vise à établir un principe de restrictions et d'exceptions minimales. Ceci nécessite l'identification des restrictions et des exceptions les plus courantes reconnues par les États et l'intégration de ces pratiques dans un traité international ou dans un Protocole à la Convention de Berne. Le traité pourrait exiger la reconnaissance de ces restrictions et exceptions minimales comme exemples d'actes qui représentent un ensemble central de pratiques que les États devraient reconnaître comme des expressions légitimes de l'intérêt public. L'établissement d'une telle liste a été facilité par ce projet qui identifie un ensemble substantiel de restrictions et d'exceptions pratiquées ou reconnues par de nombreux pays. Cette liste pourrait servir de point de départ à un effort plus complexe et plus général visant à mettre en place un ensemble minimal de restrictions et d'exceptions comme une question de droit international.

Conclusion

Le système international de droit d'auteur reconnaît l'importance que revêtent les restrictions et les exceptions pour garantir que les produits de connaissances remplissent leurs promesses en matière d'amélioration du bien-être de la société dans l'ensemble en encourageant la créativité et en favorisant la dissémination. Historiquement, le système international n'a pas mis l'accent sur l'importance centrale des restrictions et des exceptions pour la réalisation des buts du droit d'auteur. Ceci a amené à penser que les restrictions et les exceptions affaiblissent simplement le système de droit d'auteur au lieu de renforcer sa capacité à promouvoir le bien-être public. Dans cette ère de numérisation et de mondialisation, les besoins des pays en développement sont de plus en plus pressants. L'accès aux biens de connaissances à la fois pour enrichir les ressources humaines et faciliter la croissance économique est une exigence indispensable pour le système international. Les pays en développement ont un rôle à jouer en mettant en œuvre de manière active les restrictions et les exceptions d'une manière qui réponde le mieux à leurs besoins intérieurs, en particulier la nécessité de stimuler la créativité locale. De plus, le système international doit reconnaître, souligner et promouvoir de manière explicite le rôle crucial des restrictions et des exceptions en garantissant la création de suivi et en favorisant diverses formes d'engagement créatif. Le rôle des restrictions et des exceptions dans la promotion du bien-être public est d'une grande importance non seulement pour les utilisateurs de biens de connaissances, mais aussi pour les créateurs. Sans l'équilibre adéquat entre la protection et l'accès, le système international de droit d'auteur non seulement appauvrit le public global, mais encore, à terme, compromet sa propre capacité à soutenir et rétribuer l'entreprise créative pour l'avenir à long terme.

I. INTRODUCTION ET APERÇU

1.1 Le nouveau système international de droit d'auteur

Pendant plus de trois siècles, la protection du droit d'auteur a joué un rôle considérable dans l'histoire culturelle, intellectuelle et économique de la société européenne.¹⁶ A partir de cet épicycle du 18^{ème} siècle, l'idée de la protection des droits d'auteur s'est propagée à travers des rencontres politiques et commerciales entre les États européens et le reste du monde. Certainement, dès la fin du 19^{ème} siècle, la protection de la propriété intellectuelle en général était devenue un élément fondamental des traités commerciaux bilatéraux et multilatéraux¹⁷ et avait régulièrement gagné en importance dans les relations entre puissances économiques majeures. Toutefois, ce n'est que vers la fin du 20^{ème} siècle, avec la conclusion de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (accord sur les ADPIC),¹⁸ en 1994, que les bases furent jetées pour un véritable « système » international de protection de la propriété intellectuelle.¹⁹ Ce système prometteur consiste en un appareil institutionnel destiné à surveiller le respect des principes convenus, à servir de forum pour discuter des questions de politique et de mise en œuvre découlant de l'Accord,²⁰ et comprend également un mécanisme de règlement des différends²¹ et un large cadre organisationnel au sein duquel les normes, les standards et les prescriptions de politique peuvent être négociés, en coordination avec les règles commerciales.

Il n'est nullement surprenant que le premier traité de droit d'auteur, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne),²² ait constitué la substance des dispositions relatives au droit d'auteur de l'Accord sur les ADPIC. A cet égard uniquement, l'Accord n'a pas introduit de changement radical dans la législation internationale sur le droit d'auteur. Toutefois, le système multilatéral antérieur n'avait pas disposé, entre autres, d'un ensemble transversal d'objectifs fondés sur des principes pour orienter l'élaboration de normes internationales correctement équilibrées en matière de droits d'auteurs.²³ Les insuffisances particulières du régime de droit d'auteur antérieur aux ADPIC reflétaient non une négligence de la part des États, mais plutôt les réalités particulières d'une ère internationale²⁴ largement dépourvue d'intégration économique profonde et des liens institutionnels qui existent²⁵ dans l'environnement post-ADPIC actuel. Aujourd'hui, les effets combinés de l'Accord sur les ADPIC, du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur²⁶ (WCT), et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes²⁷ (WPPT), ainsi qu'une série d'accords de libre-échange bilatéraux et régionaux ont produit une large strate de règles de fond qui vise à protéger l'expression créative sur une base juridique de plus en plus uniforme.

L'appareil institutionnel du régime de l'OMC était précisément le cadre au sein duquel les lacunes de politique et en matière de bien-être causés par les régimes disparates antérieurs pouvaient être comblés par des principes

normatifs significatifs, afin de promouvoir la mission importante de la législation relative au droit d'auteur, à savoir, faciliter l'apprentissage, disséminer les idées et encourager la participation de la large communauté globale plus large à l'entreprise de production et d'absorption de connaissances. Toutefois, ce sont plutôt trois nouveaux piliers qui ont été reflétés dans les divers accords pour représenter la nouvelle ère des droits d'auteur : 1) une focalisation sur les détenteurs de droits d'auteur, plutôt que sur les auteurs ; 2) la substitution de la technologie au droit, au moyen du contrôle de l'accès et de l'utilisation des œuvres créatives ; et 3) les rendements privés privilégiés par rapport aux gains en bien-être social.

1.2 Bien-être et nouvelle dynamique des relations en matière de droits d'auteur

L'attachement profond à la transformation des caractéristiques et des objectifs essentiels du système international de droit d'auteur est reflété au mieux dans l'intégration de règles para-droit d'auteur pour les œuvres numériques, au travers de la protection juridique des mesures de protection technologique – la dynamique de l'économie des connaissances numériques. La portée des mesures de protection technologique dans le système international de droit d'auteur par l'intermédiaire du WCT/WPPT a consolidé l'importance du contrôle de l'auteur sur l'expression créative, non seulement dans les systèmes de droit d'auteur de l'Europe continentale, mais également dans les modèles utilitaires associés aux régions appliquant la common law. En transférant le pouvoir de réglementer l'accès et l'utilisation des œuvres créatives des décideurs à la sphère privée au propriétaire, l'application sans restrictions des mesures de protection technologique, associée à une théorie et à une application sous-développées des normes d'intérêt public, privatisera de manière effective la législation en matière de droit d'auteur, à l'échelle globale. L'intensité qui prévaut dans l'harmonisation et la privatisation du droit d'auteur suggère qu'à moins de traduire de manière effective les principes d'intérêt public formulés dans l'Accord sur les ADPIC en principes normatifs significatifs et en opportunités pratiques pour l'exercice d'un pouvoir d'appréciation souverain, les intérêts en matière de bien-être qui justifient le modèle exclusif de protection de l'expression créative resteront essentiellement non réalisés.²⁸ La préoccupation en matière de bien-être est particulièrement importante eu égard aux pays en développement et aux pays les moins avancés (PMA), dont la capacité d'accès aux biens de connaissances à des conditions raisonnables est définie essentiellement par les limitations et les exceptions à l'intérêt exclusif du détenteur du droit d'auteur. Dans le jargon du droit d'auteur, les limitations et les exceptions coïncident avec la promotion du bien-être public.

De nombreux chercheurs et commentateurs ont mis l'accent sur l'importance que revêtaient les principes limitant le droit d'auteur, en ce qui concerne les préoccupations des pays en développement en matière d'accès. Il faut toutefois souligner que ces limitations sont tout aussi importantes pour les pays développés, en dépit du fait que les citoyens de ces pays peuvent

bénéficier de plus grandes opportunités d'accès au contenu. En plus des effets compétitifs produits par les limitations au droit d'auteur,²⁹ de telles limitations donnent des externalités positives dont la valeur peut être aisément rendue dans des juridictions diverses, étant donné l'ubiquité des réseaux de communication globaux. Par exemple, les limitations au droit de reproduction à des fins journalistiques ont l'effet potentiel de mettre l'information sur des événements politiques ou autres à la disposition d'un public allant bien au-delà des frontières nationales du pays qui a promulgué la restriction. Une doctrine solide de l'usage loyale dans un pays pour les revues de livres ou autre commentaire, par exemple, pourrait fournir des informations importantes sur le contenu d'un livre particulier, sur les mérites d'une œuvre d'art ou d'autres renseignements pertinents, qui pourraient affecter les décisions des consommateurs dans d'autres régions du monde. Un principe d'épuisement national pourrait créer des marchés secondaires pour les produits de connaissances utilisés. En d'autres termes, il y a des avantages *globaux* associés à l'imposition de limitations nationales appropriées sur le droit d'auteur, indépendamment de la situation socioéconomique d'un pays. Alors que la situation d'un pays devrait affecter le type et la forme des limitations et exceptions promulguées, elle ne devrait nullement déterminer l'existence ou non de telles limitations et exceptions. Bien sûr, c'est précisément la facilité d'accès, de reproduction, de modification et de transfert et autres exploitations des œuvres numérisées, sans tenir compte des frontières géographiques, qui a poussé les détenteurs de droit d'auteur à insister sur une protection accrue des biens de création, à la fois sous forme de nouveaux droits et au travers de mesures de protection technologique. Toutefois, avec l'émergence de nouveaux droits et de nouvelles formes de protection, il y n'y a pas eu d'effort correspondant, au niveau international, pour examiner comment équilibrer ces droits avec les nouvelles limitations et exceptions.

1.3 Différence avec les études antérieures

Au moins deux autres études ont été menées sur les questions de limitations et exceptions dans le système international de droit d'auteur.³⁰ Cette étude fournit toutefois une perspective dictée essentiellement par l'importance de l'accès aux œuvres de création pour les pays en développement. Un thème clé est le rôle central que joue le droit d'auteur dans la constitution de capacité pour la croissance économique et le développement. Comme nombre de commentateurs l'ont souligné, le rôle du droit d'auteur dans la dissémination de l'information et dans la promotion du bien-être ne peut être réalisé de manière effective que lorsque la législation en matière de droit d'auteur reflète un équilibre entre les intérêts concurrents de la protection et de l'action. En d'autres termes, la diffusion effective des produits de connaissances est directement liée aux restrictions imposées sur les droits exclusifs des propriétaires de ces produits. De manière spécifique, en ce qui concerne les l'éducation et les connaissances scientifiques de base, les limitations et exceptions constituent un élément important de la mise en place d'un environnement au sein duquel les initiatives économiques et les

politiques de développement nationales peuvent s'ancrer. Des citoyens bien informés, instruits et qualifiés sont indispensables pour le processus de développement.

1.4 Deux strates d'équilibre

Etablir un équilibre entre les droits et les restrictions/exceptions dans le droit d'auteur national est une expérience dynamique, qui ne peut pas aisément faire l'objet d'approches par formule, en particulier au vu de l'évolution technologique en cours et de la transformation des attentes sociales et économiques actuelles des utilisateurs et des auteurs, respectivement. Dans le contexte mondial, il est plus complexe, on peut le comprendre, de déterminer l'équilibre approprié. La question pertinente qui se pose est de savoir à quel point le système international de droit d'auteur devrait s'ingérer dans les priorités nationales et comment incorporer au mieux des préoccupations en matière de bien-être national dans le tissu de la réglementation internationale du droit d'auteur.³¹ En d'autres termes, l'équilibre pertinent aux fins du droit international se trouve entre les normes obligatoires de protection établies dans les traités et le pouvoir d'appréciation réservé aux États pour établir des limitations et exceptions orientées spécifiquement vers les préoccupations nationales. On peut qualifier ceci d'équilibre /national/international.³²

Il y a un second équilibre entre les auteurs et les utilisateurs – une relation qui historiquement a été réservée essentiellement à la sphère de la réglementation intérieure. Toutefois, comme le laisse entendre le présent essai, du fait que les droits des auteurs ont été définis de manière plus explicite dans la législation internationale sur le droit d'auteur, les limitations et exceptions doivent donc également faire l'objet d'une attention plus spécifique au niveau international. En d'autres termes, dans la mesure où la législation internationale sur le droit d'auteur limite le pouvoir d'appréciation de l'État dans la réglementation du droit d'auteur, les limitations et exceptions et d'autres considérations d'intérêt public doivent être prises en compte de manière plus explicite dans le cadre global.

Cette étude est axée sur la structure de l'équilibre national/international pour l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur, avec une concentration sur les limitations et exceptions existantes dans la législation internationale sur le droit d'auteur. Elle identifie également les intérêts des pays en développement et offre des analyses et des propositions en vue de l'élargissement de la composante bien-être public de la réglementation internationale du droit d'auteur. Un élément important de l'étude est la discussion sur l'accès en masse pour les pays en développement c'est-à-dire l'accès à des copies suffisantes des œuvres protégées par le droit d'auteur, à des prix abordables. L'accès en masse a fait l'objet de très peu d'attention dans la littérature relative à la législation internationale sur le droit d'auteur,³³ mais est la nécessité la plus impérieuse pour les pays en développement. Certains commentateurs ont suggéré l'article 40 de l'Accord

sur les ADPIC comme vecteur possible à travers lequel l'accès en masse aux biens publics, en particulier les produits pharmaceutiques brevetés, pourrait être pris en compte par les pays en développement. A ce titre, cet essai prend soin d'analyser la perspective du recours à l'article 40 comme mécanisme d'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur et tous avantages relatifs qu'une telle approche peut avoir par rapport à d'autres mécanismes, y compris l'annexe à la Convention de Berne.

1.5 Structure de l'essai

Cet essai est, dans les grandes lignes, organisé comme suit : la Partie II énonce les thèmes clés dans le contexte multilatéral et examine les relations entre les incitations, la créativité et l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Sur le plan doctrinal, les relations entre ces trois concepts constituent une base importante pour évaluer les limites à établir entre la réglementation internationale et la protection nationale, le champ d'application des droits accords et l'étendue des limitations et exceptions, et les relations pertinentes entre la propriété intellectuelle, le droit de la concurrence et les intérêts en matière de développement. Dans la Partie III, les divers accords relatifs au droit d'auteur sont analysés eu égard aux limitations et exceptions reconnues dans chaque cadre. La Partie IV présente une approche de l'institutionnalisation des limitations et exceptions découlant des pratiques et des lois nationales dans le système international. De même que l'ensemble actuel de règles minimales découle des pratiques nationales, un ensemble minimal de limitations et exceptions peut également être identifié à partir des normes existantes. Ces limitations et exceptions minimales devraient alors être reconnues comme expressions affirmatives de la législation internationale sur le droit d'auteur eu égard à tous les traités de droit d'auteur existants. Dans la Partie V, je donne un aperçu des questions soulevées dans l'environnement numérique en ce qui concerne les limitations et exceptions. Enfin, la Partie VI aborde des considérations de politique pour les pays en développement et présente certaines recommandations sur des options de politiques concernant les voies et moyens de rendre de système international de droit d'auteur plus apte à servir l'intérêt public.

2. STRUCTURE DES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS LES TRAITES INTERNATIONAUX DE DROIT D'AUTEUR

2.1 Multilatéralisme, bilatéralisme et institutionnalisme dans la réglementation du droit d'auteur international

Dans l'environnement post-ADPIC, le paysage réglementaire du droit d'auteur international a été compliqué davantage par la forte émergence du bilatéralisme comme mécanisme préféré par les grands pays pour le renforcement des dispositions en matière de droit d'auteur dans des régions spécifiques et, fait plus important, pour le plaidoyer en faveur de modèles de mise en œuvre spécifiques pour les obligations internationales. Ainsi, les

dispositions récentes sur le droit d'auteur, négociées dans les accords de libre-échange bilatéraux et régionaux ont renforcé davantage les strates d'obligations internationales en matières de droit d'auteur, essentiellement de deux façons. En premier lieu, les accords de libre-échange ont délibérément élargi la portée géographique des traités de l'OMPI en exigeant la ratification des traités comme élément des accords de libre-échange.³⁴ En second lieu, certaines dispositions des accords de libre-échange insufflent un contenu dans les principes ouverts du WCT et de la Convention de Berne *qua* ADPIC, rétrécissant ainsi, dans certains cas de façon significative, la portée du pouvoir d'appréciation souverain de mettre en œuvre ces dispositions de manière compatible avec les normes, pratiques et priorités locales. Bien que les accords de libre-échange ne soient contraignants que pour les États impliqués, la prolifération de ces accords bilatéraux/régionaux est d'une grande importance pour l'élaboration de normes internationales de droit d'auteur, en particulier dans le contexte numérique. Les interprétations spécifiques des dispositions ADPIC ou WCT contenues dans les accords de libre-échange pourraient aboutir à un corps de principes normatifs sur ces questions spécifiques, fournissant ainsi une base pour établir ces interprétations en tant que norme internationale. En d'autres termes, les accords de libre-échange pourraient entraîner la création d'une zone internationale de « common law » où des interprétations spécifiques des obligations figurant dans les accords multilatéraux de droit d'auteur pourraient être invoquées pour exercer une influence significative dans la construction future de ces accords multilatéraux.³⁵

Une évolution parallèle à la tendance à la libéralisation est la prolifération des institutions chargées de l'élaboration de lois relatives au droit d'auteur telles que l'OMPI et l'organisation mondiale du commerce (OMC) qui, en leur capacité d'organes chargés de veiller à l'exécution des obligations, rendent contraignantes les interprétations de l'Accord sur les ADPIC entre parties à un différend. Ces deux institutions représentent une force significative dans la globalisation mondiale des normes en matière de droits d'auteur, notamment le cadre de politique au sein duquel de telles normes sont élaborées, négociées et mise en œuvre au niveau national.³⁶ En conséquence, tant l'OMPI que l'OMC sont des organes normatifs au sens le plus dynamique du terme.³⁷ Toutefois, même les institutions qui ne sont pas directement chargées de la réglementation de la propriété intellectuelle sont devenues des forces importantes dans le débat sur l'équilibre adéquat entre les intérêts concurrents qui, d'une manière ou d'une autre, affectent les intérêts exclusifs. On peut citer à titre d'exemples la protection de l'environnement et les connaissances traditionnelles /folklore sous l'égide de la Convention relative à la diversité biologique (CDB), la santé publique et la protection des brevets, sous l'égide de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et d'autres. Alors que les activités de ces organisations ne portent pas directement sur la propriété intellectuelle, il n'en est pas moins vrai que ces institutions ont la capacité et, de fait, comme certains le soutiendraient, la responsabilité, de générer des contre-normes crédibles qui doivent être prises en compte dans les organes au sein desquels sont déterminées les

questions relatives à la portée et aux objectifs de politique de la protection du droit d'auteur.³⁸

2.2 Pouvoir souverain et politique globale en matière de bien-être

Dans le schéma moderne de l'élaboration de lois en matière de droit d'auteur international, aucune responsabilité explicite ne prend en compte l'examen des buts et des objectifs de la législation internationale en matière de droit d'auteur en tant que condition préalable requise pour la négociation en connaissance de cause, ou pour un contexte normatif par rapport auquel l'opportunité de règles particulières peut être mesurée. En conséquence, on a consacré peu d'attention aux mécanismes spécifiques – institutionnels, doctrinaux – nécessaires à la mise en œuvre de ces objectifs de politique. On peut remonter à la structure historique du système international de propriété intellectuelle mentionné plus haut pour expliquer le manque d'attention systémique pour les objectifs de la législation internationale relative au droit d'auteur. Au départ, la Convention de Berne avait essentiellement une fonction de coordination, qui était de mettre en corrélation les lois et pratiques nationales existantes dans un ensemble central de normes internationales minimales pour la protection des œuvres couvertes par le droit d'auteur. Etant donné son but élémentaire d'établir un consensus sur des normes fondamentales, et donc d'éliminer la discrimination à l'égard des œuvres d'étrangers, la Convention de Berne était à l'origine « déterminante sur le plan pratique » - *pragmatically instrumental*.³⁹ Elle associait des éléments communs des lois nationales, de la pratique nationale et des accords bilatéraux⁴⁰ pour en tirer un ensemble de critères normatifs qui généreraient le compromis nécessaire à un accord multilatéral sur le droit d'auteur.

La légitimité des obligations minimales figurant dans la Convention de Berne ne résidait donc pas dans l'irréfutabilité des droits établis, car ceux-ci, pour la plupart, reflétaient simplement la pratique qui prévalait dans la majeure partie des Etats Membres. La légitimité des normes minimales de la Convention de Berne résidait plutôt dans le fait que plus ces normes reflétaient étroitement les pratiques nationales, plus la Convention serait compatible avec le principe de souveraineté et de respect des prérogatives nationales, qui prédominait alors dans le droit international, rendant ainsi très probable le respect des obligations. Fait important, l'économie globale de l'ère industrielle n'avait pas connu les niveaux élevés d'intégration que nous retrouvons aujourd'hui, et qui résultent en grande partie des technologies de l'information qui minimisent le rôle des frontières territoriales. De plus, l'écart technologique significatif qui caractérisait les relations entre pays développés et pays en développement durant l'ère industrielle était soutenu essentiellement par les technologies protégées par un brevet ; mais même en l'absence de protection juridique sous forme de brevets, cette technologie exclusive avait généralement besoin d'un niveau minimal d'infrastructures politiques et sociales afin d'avoir la capacité d'absorber, d'utiliser les technologies et d'en tirer profit de manière

effective. Pour de nombreux pays en développement, durant cette ère, le « transfert de technologie », plutôt que les restrictions sur les droits de brevet, était donc devenu un but central de la politique industrielle. Toutefois, au vu des restrictions internes, la plupart des pays en développement et des PMA ne pouvaient exercer de prérogative souveraine de manière à générer des avantages pratiques, sur le plan technologique, sans la participation *active* de pays riches en technologie tels que l'Europe et les États-Unis. L'incapacité à obtenir un accord sur le transfert de technologie⁴¹ a abouti, en partie, à la reconnaissance dans les ADPIC de la liberté pour les pays d'intervenir en cas d'abus des droits de propriété intellectuelle qui affectent de manière négative, entre autres, le transfert de technologie.⁴²

Toutefois, en cette ère de l'informatique, où les compétences techniques pour l'accès aux biens de connaissances sont aisément acquises et transmises, les possibilités d'accès à grande échelle aux biens de connaissances pour les pays en développement sont totalement différentes de celles qui existaient durant l'ère industrielle, en ce qui concerne la technologie/innovation. Toutefois, ce scénario n'était pas envisagé au moment de l'élaboration de la Convention de Berne et une prérogative étatique visant à calibrer les droits et les limitations à l'octroi de droit d'auteur faisait partie de la conception du régime de Berne. L'absence d'un ensemble d'exceptions et/ou de limitations minimales au droit d'auteur dans la Convention de Berne traduisait la pratique et la perception selon lesquelles la nature précise de telles limitations et exceptions devait relever des pouvoirs réservés à l'État en vue de la protection des intérêts des citoyens en matière de bien-être.⁴³ En conséquence, des droits minimaux avaient été développés au niveau international à travers un consensus, alors que des limitations et exceptions spécifiques continuaient de relever du domaine de compétence de l'État. Avec la maturation, la Convention en est venue à refléter et à incorporer des limitations et exceptions qui s'étaient développées avec le temps, dans un grand nombre d'États.⁴⁴ Toutefois, même alors, la Convention conservait son respect officiel de la prérogative souveraine en rendant volontaire l'application interne avec les limitations et exceptions reconnues.⁴⁵ De plus, la reconnaissance de certaines limitations et exceptions dans la Convention n'empêchait pas l'élaboration, par les États, de nouvelles limitations et exceptions qui s'appliqueraient au niveau interne. Le pouvoir d'appréciation souverain n'était limité qu'au droit de reproduction, qui exigeait que toutes limitations et exceptions soient soumises au test en trois étapes.⁴⁶ Toutefois, ce test établissait toujours un équilibre entre le pouvoir d'appréciation souverain et les obligations internationales, en exigeant que les limitations et exceptions au droit de reproduction soient mesurées par rapport aux obligations existantes pour les auteurs, afin de préserver l'intégrité de la Convention.⁴⁷

L'absence de contexte international de politique publique pour le développement en cours des normes de droit d'auteur s'est avérée déstabilisatrice pour la capacité des États souverains à régler les limitations et exceptions au droit d'auteur pour les priorités et les intérêts

nationaux. En premier lieu, les limitations et exceptions qui sont clairement autorisées par la Convention de Berne ne prennent pas en compte le besoin le plus pressant pour les pays en développement, à savoir l'accès en masse aux œuvres de création disponibles, à des prix raisonnables et traduites dans les langues locales. En second lieu, les limitations et exceptions figurant dans la Convention de Berne sont rédigées de manière très flexible ; pour transformer ce langage général en principes utiles dans un contexte national spécifique, il faut une certaine capacité institutionnelle, généralement insuffisante dans de nombreux pays en développement et PMA. Enfin, l'Accord sur les ADPIC a étendu le test en trois étapes à tous les droits d'auteur, rendant ainsi moins évidents les voies et moyens d'évaluer les limitations et exceptions promulguées dans l'environnement post-ADPIC. Ce dernier point est d'une pertinence particulière à la lumière du précédent existant de l'interprétation du test en trois étapes par un Groupe spécial de règlement des différends sur les ADPIC.⁴⁸ Il est important de réaffirmer l'intérêt public au niveau international, car du fait que le droit d'auteur influe de plus en plus sur les dispositions obligatoires des accords internationaux, le respect classique du pouvoir souverain s'est mué en efforts subtils visant à plaider *contre* l'exercice de la souveraineté dans la limitation des droits des auteurs. Du fait qu'aucune politique publique globale n'a été formulée pour le droit d'auteur international, les références aux politiques nationales comme base pour s'écarter des prescriptions internationales en matière de droit d'auteur se sont avérées peu efficaces pour justifier les limitations et exceptions intérieures.⁴⁹ En conséquence, le pouvoir de l'État et les buts de bien-être public longtemps associés au système de droit d'auteur sont notoirement absents du système international de droit d'auteur. Dans un environnement où la supposée non-conformité avec les règles internationales n'est pas sans conséquences réelles, il est très avantageux d'avoir un ensemble de limitations et exceptions clairement identifiées et des moyens de faciliter la mise en œuvre de limitations et exceptions supplémentaires adéquates pour faire face à des besoins et des intérêts spécifiques au niveau interne présentent de grands avantages.

Il est important et urgent d'élaborer des stratégies cohérentes au niveau doctrinal et raisonnablement pratiques pour réformer le système international de droit d'auteur, à la fois en conférant aux institutions pertinentes le mandat de formuler, de défendre et de préserver une politique publique internationale pour la réglementation internationale du droit d'auteur et en identifiant les pratiques étatiques de base qui fondent l'approche globale des limitations et exceptions. Une telle réforme est vitale pour des raisons qui vont au-delà du besoin de garantir que les concepts favorables au développement que l'on retrouve dans l'ensemble du système de libre-échange ne sont pas érodés par une vision restreinte des droits de propriété intellectuelle. Une réforme constructive garantit également que les Etats faibles qui ne disposent pas de pouvoir de négociation effectif dans les enceintes multilatérales, mais que les besoins en matière de développement obligent souvent à marchander l'accès aux marchés (entre autres choses) en échange de l'adoption de droits de propriété intellectuelle stricts, ont une

justification et une légitimité fortes pour réserver et exercer le pouvoir étatique dans l'intérêt des objectifs publics nationaux.

Dans l'ère de la numérisation, les besoins des pays en développement recourent de manière paradoxale ceux des consommateurs des pays développés. En conséquence, un des changements de paradigme significatifs dans la négociation d'accords internationaux sur le droit d'auteur a été l'essor considérable des organisations non-gouvernementales, des entreprises privées et d'autres entités non étatiques qui ont participé à la constitution d'alliances avec des pays en développement en vue de freiner l'expansion agressive des intérêts exclusifs dans les œuvres d'information et d'autres objets protégés par le droit d'auteur.⁵⁰ L'ère de la numérisation entraîne donc le besoin accru de développer une idéologie forte en matière d'intérêt public pour équilibrer les droits des propriétaires et des utilisateurs et pour préserver les éléments constitutifs fondamentaux de l'innovation et de la créativité futures. L'intérêt global dans les limitations et exceptions au droit d'auteur ni n'est simplement une question Nord/Sud, ni n'est limité à un seul sujet quelconque de la propriété intellectuelle. Les limitations et exceptions sont une partie indispensable de l'utilité du système de droit d'auteur dans la production de biens de connaissances. A la fois les détenteurs de droit d'auteur et les utilisateurs d'œuvres protégées par de tels droits, ainsi que les futurs créateurs et la communauté plus large, ont un intérêt significatif dans l'élaboration de lois internationales sur le droit d'auteur qui favorisent l'intérêt public en préservant les droits des auteurs de manière appropriée et les intérêts des utilisateurs de manière légitime.

2.3 Incitations et accès à la production d'œuvres protégées par le droit d'auteur

Les systèmes nationaux de droit d'auteur d'où ont été tirés les normes fondamentales de la Convention de Berne comprenaient tous un équilibre entre la protection d'œuvres d'auteurs et l'accès à ces œuvres. L'équilibre précis variait d'un pays à l'autre et reflétait des idées philosophiques différentes sur la nature et la fonction du système de droit d'auteur, ainsi que des priorités politiques, culturelles et économiques différentes. A l'origine, les membres de la Convention de Berne étaient majoritairement des pays du continent européen, dont l'approche philosophique du droit d'auteur était axée essentiellement sur la protection de l'auteur. Dans ces pays, en particulier l'Allemagne et la France, où la protection nationale des auteurs existait déjà, même le niveau sans précédent de protection *internationale* offert par la nouvelle Convention de Berne n'était pas assez élevé.⁵¹ Toutefois, pour prendre en compte et garantir un multilatéralisme plus large parmi les membres de la Convention, des compromis avaient été faits afin de refléter les intérêts de pays tels que le Royaume Uni, qui insistait moins sur le renforcement des droits en faveur des auteurs.

En raison des compromis sur le point de savoir quels droits protéger et quelle portée une telle production devait avoir, de nombreuses questions ont

été laissées de côté, afin de garantir la réussite de cet accord multilatéral fructueux. En conséquence, la première version de la Convention de Berne adoptait une structure orientée vers les droits, à la fois parce que les justifications d'un accord international découlaient le besoin de protection ressenti par les auteurs,⁵² mais aussi parce que, pour des raisons pratiques, il aurait été impossible de réaliser une harmonisation significative entre des approches et des politiques nationales totalement divergentes sur le rôle du droit d'auteur.⁵³ En conséquence, la Convention a démarré avec des droits minimaux dans deux sens. En premier lieu, les droits étaient minimaux au sens *fonctionnaliste*, car ils reflétaient les droits de base qui pouvaient être acceptables par autant d'États que possible ; ce que les économistes pourraient qualifier de premier meilleur résultat. En second lieu, les droits étaient minimaux au sens *matériel*. En d'autres termes, ces droits ni ne visent à prendre en compte toutes les questions ayant trait aux droits des auteurs, ni ne tentent d'harmoniser les politiques nationales en matière de droit d'auteur des États participant à la négociation. L'idéal instrumentaliste de « normes minimales » a plutôt facilité les efforts de coopération coordonnés visant à fusionner les pratiques nationales, les accords bilatéraux sur le droit d'auteur existants et les principes des traités commerciaux bilatéraux qui s'étendaient aux questions de propriété intellectuelle.⁵⁴ Dans sa première formulation, la Convention de Berne occupait simplement un espace qui avait déjà été cédé par les États souverains, ou qui reflétait le pouvoir souverain sur la politique et la pratique du droit d'auteur.

Le mutisme de la Convention sur les limitations et exceptions peut être perçu simultanément comme une expression explicite de la souveraineté conservée,⁵⁵ (à savoir que les États se réservaient le droit de réglementer le droit d'auteur comme ils le jugeaient bon à l'intérieur de leurs propres frontières, contraints uniquement par les obligations spécifiées de manière explicite dans la Convention), et également du respect de cette souveraineté par la Convention. Toutefois, en plus de l'autorité que les États se réservaient sur les questions de droit d'auteur, de manière plus générale, il y avait, dans le contexte de la Convention elle-même, une certaine reconnaissance du fait que les droits d'auteur internationaux en cours de négociation étaient intrinsèquement restreints par l'intérêt public.⁵⁶ En d'autres termes, même dans sa focalisation sur les droits, la Convention ne visait pas à être absolutiste dans sa formulation des droits des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques. Alors que la Convention n'allait aussi loin ni pour prescrire la substance des limitations internationales, ni pour définir l'équilibre approprié entre les droits des auteurs et l'intérêt public, l'ensemble restreint de limitations reconnu dans la Convention de Berne reflétait des principes durables d'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur, dans l'intérêt du public général. Par exemple, il y a une protection restreinte des droits de traduction, sur insistance des pays importateurs nets (il s'agissait, à l'époque, d'autres pays européens), ainsi que des restrictions au droit de reproduction.⁵⁷ Ces restrictions se concentraient sur des buts éducatifs, sur l'importance de la dissémination des œuvres scientifiques et sur l'importance de la dissémination de l'information et des nouvelles.⁵⁸

Chacun de ces buts – éducation, progrès scientifiques et propagation de l'information et des nouvelles – sont toujours des aspects durables de l'intérêt public dans l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Ces expressions de l'intérêt public sont essentielles pour le développement et la croissance économiques. Mais elles sont également essentielles pour la capacité des générations futures à continuer de produire des œuvres d'auteur. En effet, certains types d'activité créative, tels que certains genres de musique,⁵⁹ ou de logiciels informatiques, dépendent fondamentalement de la capacité des auteurs à faire des emprunts dans les œuvres d'autres auteurs. L'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur est donc non seulement une question d'intérêt public *axé sur la consommation*, mais aussi d'intérêt public *productif*. Les auteurs d'aujourd'hui seront des utilisateurs de demain ; et les utilisateurs d'aujourd'hui seront les auteurs de demain. Le système de droit d'auteur international reconnaît de manière modérée la pertinence de l'aspect consommation, mais est essentiellement muet sur l'aspect productif de l'intérêt public dans la réglementation de l'accès, dans les valeurs normatives qui sous-tendent le droit international relatif au droit d'auteur.

2.4 Conception des limitations et des exceptions

La Convention de Berne actuelle, l'Acte de Paris,⁶⁰ continuait de s'appuyer sur la base axée sur les droits, établie en 1886. Si les limitations et les restrictions sont restées une partie de la Convention, au travers de chaque révision, il est important de noter trois caractéristiques permanentes associées à la conception des limitations et exceptions au droit d'auteur, au titre de la Convention de Berne. En premier lieu, *l'évolution* des limitations et exceptions ne s'est pas déroulée de manière concordante ou au même rythme que l'évolution des droits pour les auteurs. En second lieu, alors que les droits des auteurs étaient *identifiés de manière spécifique*, et articulés, les limitations aux droits des auteurs étaient *générales* et ambiguës. En troisième lieu, les droits minimaux prévus au titre de la Convention étaient *obligatoires*, alors que les limitations et exceptions sont *discrétionnaires* et sans réelle force, en l'absence d'action étatique. Ces caractéristiques ont garanti que les limitations et exceptions dans le droit d'auteur international restent une construction théorique plutôt qu'une réflexion de fond sur un système équilibré, à la fois *progressive* pour ce qui est de la préservation de la créativité future, et *impressive* pour ce qui est l'équilibre des intérêts concurrents qu'il assure. Ce qui, au départ, était un modèle de déférence, a mûri pour devenir un régime rigide où la déférence vis-à-vis de l'exercice souverain du pouvoir dans l'intérêt public *national* est suspecte, dans l'optique du système de droit d'auteur international. Dans le contexte plus large du commerce international, cette tendance à la suspicion envers les actions gouvernementales, justifiée par des références aux intérêts nationaux, n'est pas inhabituelle.⁶¹ Les chercheurs ont depuis longtemps pris conscience du fait qu'une fonction des accords réciproques est d'aider à isoler les gouvernements des pressions nationales en vue de la recherche de rente qui, dans le contexte du commerce, ont tendance à être

protectionnistes.⁶² Ainsi, l'exercice du pouvoir d'appréciation souverain dans les espaces de politique est délibérément entravé par les normes négociées dans les régimes internationaux. Ces normes sont utilisées pour évaluer l'impact de l'exercice du pouvoir d'appréciation souverain sur le régime international particulier.

L'intégration de la propriété intellectuelle dans le régime de libre-échange a abouti au fait que les arguments en faveur des limitations des droits de propriété intellectuelle et des exceptions à ces droits sont accueillis avec scepticisme. Toutefois, le renforcement perpétuel du droit d'auteur n'est pas fondamentalement un produit des négociations sur les ADPIC. Plus que tout autre domaine, la réglementation du droit d'auteur international dans le cadre de la Convention de Berne avait été conçue avec des mécanismes intégrés, pour garantir que l'évolution des droits reste sur une trajectoire ascendante en tant que question de droit international.⁶³ Cet élément particulier de la conception de la Convention de Berne, codifié dans les articles 19 et 20, a rendu particulièrement difficile l'introduction, dans le droit d'auteur international, de doctrines libéralisatrices qui faciliteraient l'accès à des fins de bien-être. Combiné au test en trois étapes, qui opère pour restreindre le pouvoir d'appréciation de l'État en promulguant des limitations et exceptions au niveau interne, l'équilibre nécessaire entre l'accès et les droits n'est pas fermement intégré dans le système international de droit d'auteur. Le modèle des « droits obligatoires » et des « limitations facultatives » domine tous les traités internationaux et le test en trois étapes modifié dans le cadre des ADPIC a renforcé la primauté de cette approche dans les relations internationales modernes en matière de droit d'auteur.⁶⁴

Néanmoins, le caractère facultatif du langage de la Convention de Berne a été utilisé par de nombreux pays membres. Si le recours au langage facultatif par État quelconque dans un cas donné ne reflète pas nécessairement la légitimité de la limitation et exception particulière mise en œuvre au niveau interne, il est important d'identifier la possibilité de l'émergence et de l'existence d'un corpus international de limitations et exceptions fondé sur la pratique étatique existante. J'y reviendrai dans la Partie IV.

3. LIMITATIONS ET EXCEPTIONS AU DROIT D'AUTEUR DANS LES ACCORDS DE BERNE/ADPIC

3.1 Aperçu des limitations générales de la concession de droit d'auteur

3.1.1 Limitations sur l'objet pouvant être protégé par le droit d'auteur

Les limitations et exceptions dans la réglementation internationale du droit d'auteur sont de nature à la fois générale et spécifique. Les limitations générales comprennent les normes larges qui reflètent des idéaux particuliers devant déterminer le type de matériels à protéger et/ou la portée appropriée de la protection du droit d'auteur. Par exemple, l'article 9(2) de

l'Accord sur les ADPIC énonce à présent la règle vénérable du droit d'auteur selon laquelle les idées ne font pas l'objet de protection par le droit d'auteur.⁶⁵ La dichotomie idée/expression est reconnue depuis longtemps comme limitation majeure du droit d'auteur dans de nombreux pays, en particulier aux États-Unis.⁶⁶ Cette limitation générale sert à rehausser le domaine public en délimitant ce qui doit exactement être protégé dans une œuvre protégée par le droit d'auteur, tout en établissant également une différence entre l'objet brevetable et l'objet pouvant être protégé par le droit d'auteur. En ce qui concerne la première justification, les idées et autres objets exclus tels que « les procédures, les méthodes de fonctionnement et les concepts mathématiques en tant que tels, »⁶⁷ sont généralement considérés comme des éléments constitutifs fondamentaux de l'expression créative. Étendre la protection du droit d'auteur aux idées étoufferait la créativité, et donc irait à l'encontre du but du droit d'auteur.⁶⁸ Le WCT incorpore également le principe idée/expression.⁶⁹ L'internalisation de la dichotomie idée/expression est une étape positive dans la quête de principes d'équilibre dans le système international du droit d'auteur.

(i) *Fait ou fiction ?*

En plus de ces éléments généralement exclus de la possibilité de protection du droit d'auteur dans l'article 9(2) des ADPIC, l'article 2(8) de la Convention de Berne prévoit de manière explicite que les « nouvelles du jour » ou « faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse » ne seront pas protégés. Cette disposition prend en compte le contenu *factuel* des nouvelles, plutôt que l'expression particulière de tels faits par les journalistes ou reporters. Examinez l'exemple d'un fait ci-dessous :

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle est une agence spécialisée des Nations Unies.

Examinez les exemples suivants d'expression de ce fait :

Les Nations Unies ont de nombreuses agences spécialisées telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

Ou

Les Nations Unies ont de nombreuses agences spécialisées ; l'OMPI en est une.

Les expressions de faits sont protégées ; les faits ne le sont pas. En d'autres termes, le droit d'auteur s'étend à la façon particulière dont un auteur choisit d'exprimer des faits. L'effort intellectuel qui est impliqué dans l'expression particulière d'un fait par un auteur, c'est ce qui rend l'expression éligible pour la protection du droit d'auteur. Là où un fait est simplement énoncé en tant que fait (par exemple la Convention de Berne a été conclue en 1866), il n'y a pas de protection du droit d'auteur pour une telle déclaration. Elle a un caractère simplement factuel. En somme, l'article 2(8) signifie que les faits ne peuvent être protégés au titre de la Convention de Berne ; ils ne sont pas considérés comme des œuvres littéraires ou artistiques.⁷⁰ Comme les idées,

les faits sont les éléments constitutifs de la créativité et jouent un rôle fondamental dans la préservation d'un domaine public solide.

(ii) *Œuvres facultatives*

La Convention de Berne laisse aux États la possibilité d'exclure les textes officiels à caractère législatif, administratif et juridique, ainsi que les traductions *officielles* de tels textes,⁷¹ les discours politiques et les discours prononcés au cours de procédures judiciaires.⁷² L'article 2(7) laisse également ouverte la question de savoir si les législations relatives au droit d'auteur devraient s'étendre aux œuvres des arts appliqués et aux dessins et modèles industriels. Contrairement à l'article 2(4), qui réserve aux États le pouvoir total de déterminer si les textes officiels, etc. seront protégés, l'article 2(7) ne donne aux États qu'un pouvoir d'appréciation conditionnel. Les œuvres des arts appliqués, les dessins et modèles industriels doivent être protégés par une législation. Tout ce que l'article 2(7) prévoit, c'est que la protection de ces œuvres n'a pas à être assurée par le droit d'auteur. Toutefois, si ces œuvres ne sont pas protégées au titre d'un régime juridique distinct, les membres de la Convention de Berne sont dans l'obligation d'étendre la protection du droit d'auteur à ces œuvres. Les pays abordent les œuvres des arts appliqués de manière diverse. Aux États-Unis, ces œuvres sont protégées par la législation relative au droit d'auteur,⁷³ alors que l'UE n'a pas de loi spécifique pour les dessins industriels.⁷⁴

3.1.2 *Limitations sur la durée*

Une autre limitation générale du droit d'auteur serait la durée limitée de la protection du droit d'auteur. Préalablement aux prorogations de délai récentes, en premier lieu dans l'Union européenne, puis aux États-Unis, la durée généralement acceptée pour la protection du droit d'auteur était la vie de l'auteur plus cinquante ans. Bien qu'en principe ceci reste la norme internationale pour la durée de la protection, au titre de la Convention de Berne,⁷⁵ de l'Accord sur les ADPIC,⁷⁶ il y a des pressions nettes au travers des accords de libre-échange régionaux et bilatéraux, en faveur l'extension de la norme internationale à la durée de vie plus soixante dix ans.⁷⁷

3.1.3 *Limitations imposées par les conditions de protection*

Une des caractéristiques importantes de la Convention de Berne est son insistance sur la capacité des auteurs à jouir de leurs droits sans qu'aucune formalité (c'est-à-dire des prescriptions administratives) ne soit imposée. La Convention permet toutefois aux États d'imposer des conditions pour déterminer en quoi consiste une œuvre pouvant faire l'objet d'un droit d'auteur. Ainsi, l'insistance sur les œuvres d'auteur *originales* est une condition au travers de laquelle la Convention confirme de manière implicite que seules les œuvres qui reflètent un certain niveau de créativité intellectuelle devraient être protégées par le droit d'auteur.⁷⁸ Le niveau de créativité approprié devant être attesté avant qu'une œuvre ne puisse être

protégée par le droit d'auteur varie d'un pays à l'autre. La Cour suprême des États-Unis a statué que l'originalité était la condition *sine qua non* de la législation relative au droit d'auteur.⁷⁹ L'originalité est considérée comme étant une prescription constitutionnelle pour le droit d'auteur ; néanmoins, elle se situe à un seuil minimal, aux États-Unis. Tant que l'œuvre est originale pour l'auteur, cette condition est satisfaite.⁸⁰ Dans d'autres pays, tels que l'Allemagne, la prescription d'originalité est plus élevée que *de minimis*,⁸¹ bien que certains chercheurs suggèrent que ceci a été dilué en raison des pressions visant l'harmonisation.⁸²

Une autre condition facultative pour la protection du droit d'auteur est énoncée dans l'article 2(2) de la Convention de Berne, qui prévoit que les États peuvent, au travers de leur législation intérieure, prescrire que les œuvres (ou certaines catégories d'œuvres) ne seront pas protégées, tant qu'elles ne sont pas fixées sur un support matériel.⁸³ Les États-Unis exigent que l'œuvre soit fixée dans « un médium d'expression tangible », comme autre prescription constitutionnelle pour la protection du droit d'auteur.⁸⁴ En plus des avantages probants pratiques d'une telle prescription, l'intérêt public est également servi par la perspective de préserver les œuvres pour les générations futures. Cette prescription en matière de fixation des œuvres facilite la production, la conservation et la dissémination des œuvres protégées par le droit d'auteur. Certains pays exigent toutefois une norme encore inférieure à la fixation, par exemple que l'œuvre soit « perceptible. »⁸⁵ Bien qu'insignifiante en apparence, la prescription en matière de fixation est de fait un outil important pour faciliter l'innovation, en particulier dans le domaine des logiciels informatiques. Une telle prescription devrait raisonnablement empêcher les allégations d'infractions pour des copies de mémoire vive (RAM) faites lorsqu'un ordinateur est allumé,⁸⁶ ou dans le contexte de l'Internet, empêcher les allégations d'infraction du droit de faire des œuvres dérivées de pratiques courantes telles que le linking,⁸⁷ le framing,⁸⁸ ou plus récemment les publicités par fenêtres en incrustation – pop-up advertising.⁸⁹

Les États peuvent également imposer des conditions sur la manière dont des œuvres orales telles que les conférences et les allocutions prononcées en public peuvent être reproduites par les médias pour diffusion au public.⁹⁰ L'article 2*bis*(3) de la Convention de Berne spécifie toutefois que les auteurs de telles œuvres auront le droit exclusif de réunir leurs œuvres en recueil.⁹¹ Ainsi, les conditions qu'un État peut imposer devraient renvoyer à la portée et la forme de la dissémination d'une œuvre transmise au public par l'auteur. La dissémination par les médias, à cet égard, est donc un *moyen* d'élargir le public plutôt qu'une fin pour l'œuvre elle-même.

3.2 Limitations autorisées au titre de la Convention de Berne sur les droits accordés aux auteurs

La Convention de Berne prévoit que les États « peuvent » imposer certaines limitations et exceptions au droit d'auteur.⁹² Le caractère facultatif de ces

limitations et exceptions signifie qu'en l'absence d'une action affirmative quelconque de l'État, les limitations et exceptions ne profiteront pas au public. Si la plupart des membres de la Convention de Berne, y compris à la fois les pays développés et les pays développement/PMA, ont formellement énoncé des limitations et exceptions dans les textes législatifs nationaux relatifs au droit d'auteur, l'absence de limitations et exceptions minimales obligatoires renforce les principes dominant du système international de droit d'auteur comme *essentiellement* axés sur les auteurs. Un tel point de vue occulte également le fait important selon lequel les auteurs sont également des utilisateurs, et que l'effort de création exige inévitablement un contexte riche en idées, expressions et autres manifestations de la créativité dans les œuvres relevant de la sphère publique ou dans d'autres œuvres protégées. Si l'évolution historique des réglementations du droit d'auteur international a reflété à la fois les principes et les pratiques des Etats membres, il n'y a pas de raison d'intégrer un seul l'aspect orienté vers les droits de telles pratiques en tant que normes obligatoires dans l'ordre international. Les pratiques et les valeurs normatives des objectifs du droit d'auteur en matière de bien-être doivent également caractériser de manière explicite et profonde le régime international de droit d'auteur.

Certains peuvent soutenir qu'il est approprié de laisser aux États la possibilité et le pouvoir d'appréciation de promulguer de telles limitations et exceptions au niveau interne. Toutefois, dans l'espace fortement litigieux de la négociation de priorités internes, les faits ont clairement montré, au cours de la dernière décennie, que le pouvoir d'appréciation était insuffisant à la fois dans les pays développés et dans les pays en développement. La politique des groupes d'intérêt, dans les pays développés, a résisté à l'élargissement de l'accès aux principes à la fois au plan normatif, au travers des principes du droit d'auteur, mais aussi au travers de la régulation privée sous forme de contrats qui restreignent l'accès et enfin, par des moyens technologiques.⁹³ Dans les pays en développement, l'opportunité de marchander l'intérêt public dans l'accès aux œuvres et les biens d'information protégés par le droit d'auteur contre des « gains » plus importants (même non réalisés) en matière d'accès aux marchés ou d'autres conditions favorables, est devenue une pratique profondément ancrée dans la période post-ADPIC.⁹⁴ En conséquence, tant les pays développés que les pays en développement/PMA ont besoin des restrictions qui seraient imposées par un régime international de limitations et exceptions. De fait, l'intérêt public global dans les termes d'accès/bien-être dépend de la discipline qu'un tel régime pourrait imposer aux gouvernements susceptibles d'être sous l'emprise de groupes d'intérêt, et aux gouvernements politiquement faibles dans les enceintes internationales. Un régime international qui incorpore les principes d'accès comme volet central de son régime réglementaire aurait également des effets salutaires sur la pratique du changement de forum qui caractérise à présent le processus d'établissement de normes dans la propriété intellectuelle.⁹⁵

La Convention de Berne reconnaît deux types de limitations : les limitations compensées et les limitations non compensées. Les limitations non

compensées renvoient généralement aux usages ou pratiques qui ne sont pas considérées comme faisant partie du champ d'application légitime de la concession de droit exclusif à l'auteur. Par limitations compensées, on entend généralement que le détenteur du droit d'auteur n'est pas habilité à contrôler si l'œuvre est utilisée, mais qu'il peut toujours prétendre à une rémunération dans le cadre du régime incitatif du droit d'auteur. Les limitations compensées constituent une forme de licence obligatoire.

3.2.1 Limitations non compensées

1. L'article 10(1) de la Convention de Berne a recours à un langage obligatoire pour conférer une exception aux œuvres protégées par le droit d'auteur. Aux fins de cette disposition, des citations peuvent être tirées d'une œuvre qui est déjà rendue licitement accessible au public. Le recours à cette exception doit être compatible avec la « pratique loyale », et justifié par le but dans lequel la citation est requise. Les revues, les critiques d'ouvrages et les commentaires de nouvelles seraient des exemples d'œuvres dans lesquelles des citations sont susceptibles d'être abondamment utilisées. L'intérêt de cette exception est que, contrairement à d'autres limitations figurant dans la Convention de Berne, l'article 10(1) ne se limite pas à des usages prescrits – des citations peuvent être faites dans n'importe quel but, à la condition que cela soit fait dans le contexte stipulé.⁹⁶
2. L'article 10(2) de la Convention de Berne permet aux pays de promulguer des lois autorisant l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels. L'utilisation autorisée devrait également être compatible avec « l'usage loyal ». Cette législation devrait, de plus exiger, qu'il soit fait mention de la source et du nom de l'auteur lorsque l'œuvre est utilisée.⁹⁷ Dans la première version de l'article 10(2),⁹⁸ le terme « extraits » était utilisé. En supprimant ce mot de la Révision de Paris, le champ d'application de l'article 10(2) a de fait été élargi. Actuellement, tant que l'utilisation est à des fins d'enseignement et est compatible avec la pratique loyale, la législation intérieure peut, de cette manière, restreindre le droit de l'auteur d'interdire à d'autres l'utilisation de son œuvre.
3. l'article 10*bis*(1) de la Convention de Berne permet aux pays de promulguer des législations qui autorisent la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion, ou la transmission au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou des périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, tant que l'auteur ne réserve pas expressément le droit de reproduire, de radiodiffuser ou de transmettre autrement l'œuvre. Dans tous les

cas, la reproduction doit toujours indiquer la source de l'œuvre. Il est évident que l'article 10*bis*(1), tout comme l'article 10*bis*(2), renvoie à l'utilisation de la technologie pour la dissémination de l'information, en particulier l'information qui par son caractère, est destinée au public (10*bis*(1), ou que l'auteur lui-même a introduite dans le domaine public (2*bis*(2)).⁹⁹ Contrairement à l'article 2*bis*(2), toutefois, l'article 10*bis*(1) a un contexte manifestement politique qui reflète le lien puissant, bien qu'implicite, entre le droit d'auteur et la liberté d'expression.¹⁰⁰ Aux États-Unis, où la doctrine juridique du Premier Amendement a un poids important sur la doctrine du droit d'auteur,¹⁰¹ il n'est pas évidente qu'une réserve de l'auteur aux fins de l'article 10*bis*(1) survivrait à un examen judiciaire.

4. L'article 10*bis*(2) continue de mettre l'accent sur les comptes rendus d'événements d'actualité en permettant aux États de déterminer dans quelles conditions les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours des événements par moyen de la photographie ou de la cinématographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public au cours de l'événement, peuvent être reproduites et rendues accessibles au public. Cette disposition tente d'établir un équilibre entre la nécessité pour les journalistes d'assurer une large couverture d'événements d'actualité en prenant des photos ou en enregistrant ces événements, et les intérêts des auteurs dont les œuvres peuvent avoir été incidemment saisies durant un tel enregistrement. L'article 10*bis*(2) exige qu'une telle reproduction soit justifiée par le but d'information sous-jacent au compte rendu de l'événement d'actualité, de la même manière que la prescription énoncée dans l'article 2*bis*(2). L'effet combiné des articles 10*bis*(1) et 10*bis*(2) est que les États ont le pouvoir d'appréciation de permettre la reproduction d'œuvres protégées pour des buts spécifiés, et d'établir les conditions dans lesquelles la reproduction serait jugée compatible avec la nature des buts identifiés. On peut penser que les États peuvent promulguer une législation nationale compatible avec la portée de l'article 10*bis*(2) sans décréter aucune condition, ce qui donne donc aux journalistes une large marge de manœuvre dans le compte rendu des événements d'actualité. Naturellement, cette marge de manœuvre serait tempérée par l'assomption générale qui prévaut dans les articles 10*bis*(1) et 10*bis*(2), à savoir que la reproduction doit se faire dans le contexte de comptes rendus légitimes d'événements d'actualités.¹⁰²
5. La catégorie finale d'utilisation non compensée facultative se trouve dans la norme tristement célèbre établie par le test en trois étapes. L'article 9(2) de la Convention de Berne établit une règle de portée générale applicable à toute limitation imposée du droit de reproduction.¹⁰³ Tout exercice du pouvoir d'appréciation

souverain qui introduit une limitation du droit de reproduction ou une exception à ce droit fait automatiquement l'objet d'une évaluation au titre du test en trois étapes. Comme je l'ai décrit ailleurs, « [l]e test en trois étapes n'est pas une limitation d'intérêt public de droits exclusifs ... [C]e qui semble être une limitation du droit d'auteur est de fait une limitation du pouvoir d'appréciation et des moyens par lesquels les Etats membres peuvent restreindre l'exercice de droits exclusifs. »¹⁰⁴

Pour être compatible avec la Convention de Berne, une limitation du droit de reproduction ou une exception à ce droit, doit 1) être limitée à certains cas spéciaux ; 2) ne pas être en contradiction avec une exploitation normale de l'œuvre ; et 3) ne pas porter préjudice, de manière injustifiée, aux intérêts légitimes de l'auteur. Le test s'applique de façon cumulée, exigeant qu'une limitation particulière réponde aux trois volets du test. L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC incorpore le principe du test en trois étapes, mais on peut penser qu'il en a restreint le champ d'application. Selon l'article 13, « Les Membres *restreindront...* » les limitations des trois mêmes éléments ou exceptions à ces éléments décrits ci-dessus, c'est-à-dire, à certains cas spéciaux qui ne sont pas en contradiction avec une exploitation normale de l'œuvre et qui ne portent pas préjudice aux intérêts légitimes de l'auteur. Dans la seule interprétation définitive du test en trois étapes de la Convention de Berne et de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC, un Groupe spécial de l'OMC a statué que les deux tests exigeaient essentiellement la même analyse.¹⁰⁵ Deux observations importantes devraient être faites sur la portée du test en trois étapes. En premier lieu, étant donné la structure de la Convention de Berne, on peut penser que le test en trois étapes ne confère pas à un État l'exercice d'un pouvoir d'appréciation en vertu des articles où ce pouvoir d'appréciation a été conféré de manière explicite, tels que les articles *2bis*, 10 et *10bis*.¹⁰⁶ Ainsi, les États peuvent librement promulguer des législations sur les sujets couverts dans ces articles sans les restrictions du test en trois étapes. En second lieu, le test en trois étapes ne peut s'appliquer au pouvoir d'appréciation exercé par l'État en vertu de la politique publique extérieure aux questions de droit d'auteur, tel que, par exemple, le droit de la concurrence. Par essence, on peut penser que les mesures prises en vertu de l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC ne seraient pas soumises au test en trois étapes parce qu'elles ne peuvent pas être considérées de manière adéquate comme des limitations de la protection ou exceptions à la protection, mais plutôt comme des contrôles disciplinaires exigés par les actions du détenteur du droit d'auteur.

3.2.2 Limitations compensées

1. L'article 11*bis*(1) de la Convention de Berne confère aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques le droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion et la transmission par diffusion sans fil de signes, sons ou images. Cette disposition comprend le droit secondaire d'autoriser la retransmission de l'œuvre au public par radiodiffusion si la transmission est faite par un autre organisme que celui d'origine. Enfin, l'auteur de l'œuvre a le droit exclusif d'autoriser la transmission de l'œuvre au public par diffusion au moyen d'un haut-parleur ou d'un autre instrument analogue (par exemple une télévision). Aux fins de l'article 11*bis*(2), il est réservé aux pays de déterminer les conditions dans lesquelles les droits de radiodiffusion peuvent être exercés. Toutefois, ces conditions ne peuvent porter préjudice aux droits moraux de l'auteur ou au droit à une rémunération équitable. Une autorité compétente doit être en place pour établir les taux de cette rémunération équitable, en l'absence d'un accord entre les parties. Fait important, l'article 11*bis*(3) spécifie clairement que le droit de radiodiffuser une œuvre est tout à fait distinct du droit d'enregistrer une œuvre en train d'être radiodiffusée. Les termes et conditions sur le point de savoir quand une œuvre radiodiffusée peut être enregistrée, autrement dit, les enregistrements éphémères, relèvent de la compétence l'État.¹⁰⁷
2. L'article 13 de la Convention de Berne permet à tous les pays d'établir des réserves et conditions aux droits accordés à un auteur d'œuvres musicales et à un auteur des paroles d'autoriser des enregistrements sonores de l'œuvre musicale, y compris les paroles, à la condition qu'il existe déjà des enregistrements sonores de l'œuvre musicale, et des paroles, ensemble. Toutefois, les auteurs doivent recevoir une rémunération équitable pour l'enregistrement de l'œuvre musicale. L'article 13 établit essentiellement un système de licences obligatoires pour l'enregistrement d'œuvres musicales et de toutes paroles d'accompagnement. Ceci permet aux maisons de disques de reproduire l'œuvre sans consentement préalable, mais sous réserve d'une obligation de rémunérer cette utilisation.¹⁰⁸

3.2.3 Un régime spécial d'utilisation compensée : l'Annexe de Berne

Toutes les limitations et exceptions débattues jusqu'ici relèvent essentiellement de l'utilisation/accès, c'est-à-dire de la liberté qu'ont les autres d'utiliser des parties de l'œuvre une fois qu'ils sont en possession d'une copie légitime de cette œuvre. Toutefois, pour les pays en développement, c'est l'accès à des copies légitimes qui pose problème. L'accès en vrac – c'est-à-dire l'accès à des copies multiples d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, à des prix abordables – touche directement au droit d'un auteur de contrôler la reproduction de l'œuvre. La plupart des pays

en développement et des PMA disposent de technologies de copie pour reproduire les œuvres protégées par le droit d'auteur et donc approvisionner le marché local en copies bon marché. En somme, le droit de reproduction est la réponse juridique au problème des biens publics associés aux grandes catégories de la propriété intellectuelle. Il y a également un second volet au problème d'accès pour les pays en développement, c'est celui de la disponibilité de copies dans les langues locales. La Convention de Berne accorde aux auteurs le droit exclusif de traduire leurs œuvres, ce qui veut dire que même si des copies bon marché sont disponibles pour l'achat au niveau local, l'accès serait néanmoins sans intérêt, à moins que ces copies n'aient été traduites. Les droits de reproduction et de traduction opèrent donc de manière concomitante comme des obstacles à l'accès dans les pays en développement.

Rien dans la Convention de Berne ne prenait en considération la possibilité de l'accès en vrac aux œuvres protégées par le droit d'auteur, jusqu'à la parution de l'Annexe de Berne, en 1971.¹⁰⁹ Avec l'expansion des populations et l'intérêt pour l'éducation à des fins de développement, en raison de la capacité pour le détenteur du droit d'auteur de refuser d'accorder l'autorisation de reproduire et/ou de faire payer des prix conséquents pour l'octroi de cette autorisation, il a fallu arriver à un compromis entre pays développés et pays en développement. Le but de l'annexe était de rendre les œuvres protégées par le droit d'auteur plus aisément accessibles et de les faire circuler dans les pays en développement. L'Annexe a établi un régime complexe de licences obligatoires qui restreint le contrôle des auteurs sur les droits de reproduction et de traduction dans des circonstances limitées, qui comprennent : 1) une période d'attente de trois ans à compter de la date de publication de l'œuvre avant la délivrance d'une licence pour la traduction ; une période d'attente de cinq ans pour une licence de reproduction, mais pour des œuvres poétiques, musicales et théâtrales, et de fiction, la période d'attente est de sept ans ; pour des œuvres scientifiques, la période d'attente pour la licence de reproduction est de trois ans ; 2) le pays en développement doit avoir en place une « autorité compétente » pour la délivrance de telles licences ; 3) la licence de traduction ne peut être accordée qu'à des fins d'enseignement, d'étude et de recherche, et la licence en vue de la traduction pour usage en relation avec des activités éducatives systématiques, mais la portée de ces termes n'est pas définie dans l'Annexe.¹¹⁰ De plus, l'Annexe accorde une « période de grâce » (au-delà de la période d'attente) aux détenteurs de droit d'auteur, en spécifiant que si, durant cette période de grâce, l'œuvre est distribuée dans le pays en développement à des prix raisonnables (pour le pays), une licence obligatoire ne peut être délivrée pour traduction ou pour la reproduction.¹¹¹ Essentiellement, cette période de grâce est une seconde chance, destinée à donner au détenteur initial toutes les opportunités d'approvisionner ce marché local particulier. Si un auteur choisit de retirer l'œuvre de la circulation, aucune licence obligatoire ne peut être délivrée, ni pour la traduction, ni pour la reproduction,¹¹² ce qui suggère que certaines œuvres pourraient être totalement hors de portée pour les consommateurs des pays en développement. D'autres termes complexes existent dans l'Annexe,

notamment la prescription selon laquelle un demandeur de licence doit justifier avoir demandé au détenteur du droit de d'auteur l'autorisation de reproduire ou de traduire et n'a pu obtenir autorisation de l'auteur ou n'a pu l'atteindre.¹¹³ Dans un tel cas, l'Annexe exige du demandeur de licence qu'il soumette certains renseignements à une agence dans le pays où l'éditeur de l'œuvre est présumé avoir le siège principal de ses opérations.

Aux dires de tous, le compromis – l'Annexe de Berne – a été un échec. En 2004, seulement treize (13) pays avaient fait part d'un intérêt pour l'OMPI, bien que Singapour se soit apparemment dit intéressé, mais n'ait pas renouvelé sa notification.¹¹⁴ Ceci s'explique par des raisons susceptibles d'être directement liées aux prescriptions complexes et pesantes imposées par l'Annexe. Les coûts de transaction impliqués par la prise en compte de ces prescriptions ne sont pas peu significatifs et la période d'attente elle-même réduit sensiblement, pour les consommateurs, la valeur du matériel protégé par le droit d'auteur. De plus, le champ limité dans lequel une licence obligatoire peut être utilisée, ainsi que les différences entre les normes appliquées pour la licence de reproduction et pour la licence de traduction, aboutissent, ensemble, à un régime d'octroi de licences qui crée des problèmes d'économie d'échelle propres à décourager les demandeurs de licence potentiels. En dépit de son échec largement reconnu comme moyen de prendre en compte le problème de l'accès en vrac, l'Annexe a été incorporé dans l'Accord sur les ADPIC et reste le seul mécanisme pour l'accès en vrac dans la législation internationale sur le droit d'auteur. L'Annexe a également été incorporée au WCT.¹¹⁵

3.2.4 Accès en vrac et pays en développement : L'article 40 de l'Accord sur les ADPIC est-il une option viable ?

Certains chercheurs laissent entendre que les dispositions générales de l'article 40 peuvent être invoquées comme base pour traiter des pratiques qui faussent les marchés dans lesquelles le détenteur de propriété intellectuelle est engagé.¹¹⁶ Le pouvoir d'appréciation conféré aux pays dans l'Accord sur les ADPIC pour traiter du comportement anticoncurrentiel commence avec l'article 8(2), qui prévoit que « des mesures appropriées ... compatibles avec les dispositions [de l'Accord sur les ADPIC] pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle ... ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière injustifiée le commerce, ou sont préjudiciables au transfert international de technologie. » En règle générale, la loi relative à la concurrence sert de contrainte contre l'abus de pouvoir privé, notamment le pouvoir dont disposent les détenteurs de propriété intellectuelle, en vertu des droits exclusifs associés aux biens de création. La relation entre la législation relative à la concurrence et celle relative à la propriété intellectuelle est donc source de tension, la législation relative à la concurrence portant sur la diffusion du pouvoir du marché et sur le maintien de conditions propices à la libre concurrence, alors que les droits de propriété intellectuelle entravent la concurrence en freinant la capacité des autres à accéder, utiliser et copier ou autrement exploiter librement l'œuvre protégée par le droit d'auteur. En

règle générale, la législation et la politique relatives à la concurrence surveillent de près l'exercice des droits de propriété intellectuelle, qui historiquement ont bénéficié d'une certaine exception à la règle contre le contrôle par le marché.¹¹⁷ Dans la plupart des juridictions, l'intersection de la propriété intellectuelle et de la législation relative à la concurrence est gérée pour garantir que les détenteurs de droits n'exercent pas de manière abusive le pouvoir de marché. L'équilibre fragile entre *l'usage abusif*, par rapport au simple *usage*, du pouvoir du marché, au travers de l'exercice des droits de propriété intellectuelle est défini par chaque juridiction, en fonction de perspectives doctrinales particulières sur le rôle de la législation relative à la concurrence et les conditions du marché intérieur. Ainsi, le langage de l'article 8(2) reconnaît généralement que les droits de propriété intellectuelle ont le potentiel de saper les avantages en bien-être d'un marché domestique compétitif et que les États peuvent avoir à corriger un tel comportement. Toutefois, les mesures correctives doivent néanmoins être « compatibles » avec l'obligation de protéger les droits. Cette prescription suggère que seule une marge d'appréciation étroite est disponible pour corriger les abus identifiés et autres comportements déstabilisateurs. Le point de savoir à quel point les préoccupations en matière de législation sur la concurrence peuvent légitimement restreindre l'exercice du droit de propriété intellectuelle aux fins de l'article 8(2) est donc une question ouverte, étant donné le besoin de « compatibilité » et l'absence d'autorité affirmative pour que les États exercent leur pouvoir d'appréciation dans ce contexte. En conséquence, certains commentateurs laissent entendre que l'article 8(2) reflète simplement un contexte transversal au sein duquel évaluer d'autres dispositions des ADPIC traitant de préoccupations en matière de législation sur la concurrence, telles que l'article 40.¹¹⁸

a. Limitations doctrinales du recours à l'article 40 des ADPIC en ce qui concerne les œuvres protégées par le droit d'auteur

L'article 40 prévoit que les Membres de l'Accord sur les ADPIC peuvent spécifier dans la législation intérieure les « pratiques » ou « conditions en matière de concession de licences » qui peuvent, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle ayant un effet préjudiciable sur la concurrence sur le marché considéré. L'article 40 peut-il être interprété comme une alternative à l'Annexe de Berne ou comme un instrument additionnel pour prendre en compte les besoins en matière d'accès en vrac ? S'il est un instrument alternatif, l'article 40 est-il moins pesant et d'une utilisation plus aisée que l'Annexe ?

On peut soutenir que la principale raison de l'existence de l'Annexe est de créer pour les pays en développement un mécanisme pour traiter de l'offre insuffisante d'œuvres protégées par le droit d'auteur et/ou leurs prix prohibitifs. Dans le contexte large de la législation sur la concurrence, la question de savoir si la hausse des prix entraînant une offre insuffisante sur le marché est un usage abusif du droit d'auteur dépend de la juridiction. Aux États-Unis, par exemple, ceci serait une atteinte à la législation sur la concurrence,¹¹⁹ mais pourrait ne pas être le cas dans l'UE.¹²⁰ Toutefois,

l'Annexe relie clairement la délivrance des licences obligatoires au prix de l'œuvre protégée par le droit d'auteur.¹²¹ L'article 40, par contre, se concentre sur les pratiques anticoncurrentielles en matière de concession de licences sur les droits de propriété intellectuelle et fournit une liste non exhaustive d'exemples de pratiques qui pourraient être considérées comme anticoncurrentielles et qui pourraient être prises en compte par l'État. Ces exemples soulèvent une question préliminaire ayant trait au recours à l'article 40 pour traiter de l'accès en vrac aux œuvres protégées par le droit d'auteur ; le fait est que les questions anticoncurrentielles ont été une source de préoccupation essentiellement dans le domaine des brevets et non dans ceux du droit d'auteur et de la législation relative aux marques de fabrique. En effet, les exemples de dispositions en matière de concession de licences énoncées dans l'article 40 semblent avoir trait essentiellement à l'innovation dans le sens brevet du terme,¹²² bien que la « pratique des licences groupées » puisse se situer à l'interface marque de fabrique/droit d'auteur.¹²³ La législation relative au droit d'auteur ne présente pas généralement d'arguments paradigmatiques en faveur de pratiques commerciales abusives, comme le droit des brevets, car le champ doctrinal du droit d'auteur est assez étroit. Comme je l'ai dit plus haut, le droit d'auteur ne protège pas les idées – seulement l'expression spécifique de ces idées. Ainsi, le marché du droit d'auteur est généralement beaucoup plus robuste que ne l'est celui des produits brevetables, où l'idée est au cœur du monopole conféré par le brevet. En d'autres termes, la doctrine du droit d'auteur n'empêche pas la copie d'aspects élémentaires de l'œuvre tels que les faits, les idées ou les expressions consacrées. Des œuvres similaires ou identiques (par exemple des films sur la Seconde guerre mondiale) peuvent être réalisées à partir de la même « idée », tant que le nouveau venu ne s'est pas approprié l'expression protégée. On peut donc soutenir qu'il existe des obstacles minimaux à l'entrée des nouveaux venus sur le marché pour une catégorie particulière d'œuvres protégées par le droit d'auteur (par exemple, les films sur la Seconde guerre mondiale). Malgré la courbe très élastique de la demande possible dans les industries protégées par le droit d'auteur, par rapport aux œuvres brevetées, il est encore possible que l'auteur utilise de manière erronée ou abusive la concession du droit d'auteur, en particulier en ce qui concerne les contrôles technologiques. En effet, les contrôles technologiques pourraient renforcer le droit d'auteur et en faire donc un sujet de préoccupation plus crédible en matière de législation sur la concurrence. Toutefois, là encore, la manière précise dont « l'utilisation abusive » est déterminée est fortement contextuelle et dépendra des particularités juridictionnelles. Le fait est simplement que le comportement abusif est plus difficile à affirmer dans le contexte du droit d'auteur ; le droit fortement monopolistique des brevets a une histoire et une doctrine beaucoup plus riches en matière de comportement anticoncurrentiel.

b. *Recours aux flexibilités de l'article 40 des ADPIC pour l'élaboration de restrictions appropriées aux pratiques en matière de concession de licences*

L'article 40 est peut-être un outil limité pour des raisons allant au-delà des particularités doctrinales de la législation relative au droit d'auteur. En raison de la focalisation de l'article sur les pratiques et conditions *en matière de concession de licences*, les simples stratégies d'établissement des prix ou l'offre insuffisante sur le marché peuvent ne pas cadrer avec la portée autorisée par l'article 40. Ceci ne signifie pas l'article 40 est sans rapport avec les préoccupations en matière de bien-être associées à l'accès. Dans la mesure où la liste d'exemples figurant dans l'article 40 est non exhaustive, les pays pourraient peut-être ajouter certaines pratiques en matière de concession de licences qui pourraient être significatives dans des cadres limités pour le droit d'auteur, par exemple des accords de concession de licences pour les logiciels, qui interdisent l'ingénierie inverse ou qui interdisent l'utilisation d'aspects des logiciels ne pouvant pas être protégés par le droit d'auteur. En somme, un pays en développement pourrait ajouter à cette liste toute concession de licence pour le droit d'auteur qui élargit la portée de la protection au-delà de ce qui est autorisé par la législation sur le droit d'auteur ou qui restreint les actions autorisées par la législation nationale. En bref, ce serait une interdiction stricte sur des accords contractuels qui cherchent à compromettre les fins en matière de bien-être de la législation sur le droit d'auteur.

c. *Quelques considérations pour le recours à l'article 40 des ADPIC*

Pour recourir à l'article 40, les pays en développement doivent avoir en place des législations nationales qui spécifient quelles pratiques ou quelles conditions seront considérées comme usage abusif du droit d'auteur. Comme de nombreux commentateurs l'ont observé, bien qu'elle semble minimale, cette prescription initiale est néanmoins un défi pour nombre de pays en développement et PMA qui disposent de compétences limitées *à la fois* en matière de propriété intellectuelle et de politique de la concurrence. De nombreux pays en développement et presque tous les PMA manquent, à ce stade, de capacité institutionnelle pour des régimes de concurrence complexes, et de ressources pour les développer. En outre, comme le montre l'histoire des négociations sur les ADPIC, la législation sur la concurrence est loin d'être uniforme dans le contexte global. Déterminer ce qui constitue un comportement abusif dépend donc très largement du contexte, et l'article 40 exige une évaluation à la lumière des lois et réglementations nationales. Ainsi, la simple identification de certaines pratiques comme abusives ne sera probablement pas suffisante pour rendre acceptable l'article 40, à moins qu'il n'y ait un contexte réglementaire au sein duquel les pratiques énumérées pourraient être évaluées. On pourrait aller plus loin pour ajouter qu'il vaudrait la peine pour les pays en développement de s'investir dans une forme de politique de la concurrence, non seulement pour renforcer les actions menées en vertu de l'article 40, mais aussi pour assurer une base indépendante aux mesures correctives prises pour les pratiques et actions

qui ne sont pas liées à la concession de licences, mais qui pourraient néanmoins créer des distorsions du marché.

En outre, dans la mesure où l'article 40 se préoccupe essentiellement d'abus de marché ou d'autres formes de comportement anticoncurrentiel, il a une utilité tout à fait limitée pour permettre aux pays en développement d'accroître le nombre de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur à mettre la disposition du public. Prenons le cas du détenteur d'un droit d'auteur qui choisit d'abaisser le prix unitaire de chaque copie de l'œuvre à moins de 50% du prix pratiqué sur les marchés des pays développés. Considérons en outre que même avec une réduction de 75%, la plupart des citoyens des pays en développement ne seraient toujours pas en mesure d'acheter cette œuvre. L'article 40 peut-il toujours servir de base juridique pour permettre à un gouvernement de délivrer une licence obligatoire ? Dans ce cas, il n'y a pas de preuve d'usage abusif – bien au contraire. L'offre insuffisante n'est pas concertée, mais est fonction de la faiblesse de la demande sur la base des moyens dont dispose la population générale pour faire face aux coûts. Et ensuite, il y aurait toujours la question de savoir si une licence obligatoire est une mesure corrective légitime dans le contexte de l'article 40, étant donné que, comme l'article 8(2), l'article 40 exige également que les mesures adoptées soient compatibles avec d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC. Cette question dépasse le cadre de cette discussion limitée sur l'article 40, et il y a certaines raisons de soutenir qu'une licence obligatoire, étroitement adaptée, pourrait être compatible avec le système international du droit d'auteur, tout simplement parce que la Convention de Berne reconnaît déjà la liberté des États de recourir à la concession de licences obligatoires (ou à des régimes de rémunération équitable) dans certains domaines.¹²⁴

d. Possibilité d'autres approches doctrinales

En rapport avec les préoccupations en matière de concurrence, il y a l'utilisation abusive du pouvoir de marché du détenteur de droit d'auteur, bien que dans quelques pays, certaines applications de « l'utilisation abusive du droit d'auteur » aillent au-delà du modèle de la concurrence.¹²⁵ Aux États-Unis, par exemple, l'exercice du droit d'auteur d'une manière qui porte atteinte à la politique publique de la législation sur le droit d'auteur a amené certains tribunaux à imposer sur le droit d'auteur une limitation d'utilisation abusive.¹²⁶ Ainsi, un Tribunal a noté : « Exiger une redevance pour l'utilisation d'une œuvre musicale déjà dans le domaine public est une utilisation abusive du droit d'auteur. »¹²⁷ Si l'utilisation abusive du droit d'auteur n'est pas explicitement prise en compte dans les traités internationaux relatifs au droit d'auteur, les articles 8(2) et 40 combinés des ADPIC pourraient fournir une certaine base pour une doctrine du droit d'auteur, créée de manière juridique ou promulguée par statut, qui cherche à préserver les buts sous-jacents du droit d'auteur ou qui préserve la concurrence au sens plus général. On peut concevoir que les tribunaux nationaux puissent développer une gamme d'outils doctrinaux pour freiner les pratiques des détenteurs de droits qui vont à l'encontre des objectifs de bien-être du droit d'auteur, car elles sont

liées à la concurrence et à la dissémination de la technologie, en particulier en ce qui concerne les mesures de protection technologique. En effet, citant le test en trois étapes de la Convention de Berne, un Tribunal a récemment statué qu'une limitation énoncée dans la Directive de l'UE sur le droit d'auteur était invalide, à moins que cette limitation ne puisse survivre à l'application du test en trois étapes.¹²⁸ Il n'est pas inconcevable que les tribunaux nationaux puissent et doivent examiner les principes larges d'accords internationaux tels que l'article 40, en parallèle avec l'article 8(2) et les objectifs des ADPIC tels qu'énoncés dans l'article 7, pour évaluer les droits des détenteurs dans des circonstances où ceci est nécessaire pour promouvoir les objectifs de bien-être liés au droit d'auteur. Bien entendu, ces limitations et exceptions créées de manière juridique seront *ad hoc* et peuvent manquer de dynamisme pour devenir des normes internationales crédibles. Il n'en demeure pas moins que ces limitations disparates exercent un effet *in terrorem* en démontrant simplement que les droits n'existent pas dans le vide, mais qu'ils doivent être évalués dans le contexte large du bien-être public.¹²⁹

e. Impératif de la réforme de l'annexe de Berne

Pour résumer, la préoccupation peut-être la plus grande serait que l'article 40 semble envisager une évaluation au cas par cas de certaines pratiques, plutôt qu'une solution large pour traiter des problèmes d'accès systémiques. A cet égard, on peut soutenir que la conception étroite et spécifique, dans l'annexe, du traitement de l'accès en vrac, est peut-être le seul moyen de garantir l'accès en vrac *de manière répétée et régulière*. En dépit de ses faiblesses notoires et de son incapacité profonde comme moyen de promouvoir l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur pour les pays en développement, l'annexe fournit néanmoins une plateforme au sein de laquelle les pays en développement peuvent négocier l'accès en vrac à des conditions abordables, ou délivrer des licences obligatoires pour permettre aux organismes locaux de s'engager dans la production de masse. Toutefois, la possibilité de recourir à l'annexe comme instrument fructueux est entièrement conditionnée par sa réforme. Sans une telle réforme, et étant donné les pressions politiques ou le manque de sophistication pour présenter des arguments dans le contexte de l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC, l'accès en vrac restera un défi significatif pour les efforts de développement dans les pays en développement. L'article 40 peut être utilisé pour limiter les pratiques de concession de licences en matière de droit d'auteur, et une politique de concurrence plus large pourrait servir de base pour contester l'abus de pouvoir de marché lié non lié à la concession de licences. Il est toutefois moins probable que l'article 40 puisse être utilisé comme plateforme large pour la prise en compte du sous approvisionnement du marché ou de la hausse injustifiée des prix, en l'absence d'investissement dans une infrastructure nationale pour la législation sur la concurrence. Ceci n'est pas une tâche aisée et devrait, dans tous les cas, être considéré par les pays en développement comme une question de priorités à long terme en matière de bien-être. Mais dans le court terme, l'annexe est toujours un outil important qui s'applique plus directement aux préoccupations des pays en

développement en matière d'accès durable, à des prix abordables, à des œuvres protégées par le droit d'auteur.

4. INSTITUTIONNALISATION DES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS DANS LE SYSTEME INTERNATIONAL DE DROIT D'AUTEUR

Dans un examen général des membres de l'OMPI, un schéma clair de la pratique étatique est perceptible en ce qui concerne les limitations et exceptions reconnues par la Convention de Berne et l'accord sur les ADPIC, qui ont été mises en œuvre dans la plupart des lois nationales. Si nombre de ces limitations et exceptions sont prévues de manière explicite au travers des lois, il est important de noter que la portée et le fond effectifs des exceptions sont déterminés par les tribunaux au cours de leurs jugements. Dans certaines parties du monde, en particulier dans les pays en développement, les organismes administratifs, les organes chargés de veiller à l'application des lois, des institutions publiques telles que les bibliothèques et même les sociétés de collecte, exercent une autorité significative sur la détermination des utilisations autorisées et de l'applicabilité d'une limitation et exception spécifique. La pratique effective de ces organes chargés de l'application des lois – à la fois privés (comme dans les sociétés de collecte) et publics – confère un sens pratique aux dispositions réglementaires qui prévoient l'accès aux biens de connaissance au travers des limitations et exceptions. Nous présentons ci-dessous une description et un aperçu brefs des limitations et exceptions les plus communément acceptées, reconnues par les pays. Le droit fondamental de reproduction est la composante dominante de la grande majorité des limitations du droit d'auteur et des exceptions à ce droit. Tous les autres droits économiques sont secondaires à ce pilier du système de droit d'auteur et aucun autre droit n'est central au débat sur la portée appropriée des droits des auteurs. Un dernier point est d'une importance cruciale. Les limitations et exceptions identifiées ci-dessous comme communes dans la législation sur le droit d'auteur de la plupart des pays à travers le monde sont généralement des limitations et exceptions *non compensées*, bien qu'il y ait certains pays qui exigent une compensation pour de telles utilisations, alors même que cela peut ne pas être requis par la Convention de Berne.

Comme cela a été identifié dans la Partie III ci-dessus, la convention de Berne exige une compensation dans trois cas généraux : 1) aux fins de l'article 11*bis* pour la radiodiffusion et a transmission au public ; 2) aux fins de l'article 13, qui traite de l'autorisation de faire des enregistrements sonores d'une œuvre musicale ; et 3) aux fins de l'annexe de Berne qui permet des limitations de la reproduction pour les pays en développement, dans des conditions strictes. Aux fins de la Convention de Berne, tous les pays membres qui bénéficient de ces limitations et exceptions sont tenus de garantir que la rémunération est versée aux propriétaires de ces œuvres. Toutefois, à l'inverse, la Convention n'empêche pas les pays de faire payer une rémunération même dans les cas, énumérés ci-dessous, où la Convention ne prévoit pas de rémunération par rapport à l'exercice des limitations et exceptions. Ceci dit, certains pays ont établi une pratique de rémunération même en ce qui concerne des limitations et exceptions tels que l'usage personnel.

4.1 Limitations et exceptions (non compensées) minimales globales

Sur la base de données concrètes concernant la pratique étatique, les limitations et exceptions suivantes pourraient constituer une liste initiale de limitations du droit d'auteur et d'exceptions à ce droit, et devrait être reconnue *ergo omnes* :

- **Utilisation personnelle** : Bien que la Convention de Berne ne prenne pas directement en compte cette limitation ou exception, l'utilisation personnelle est néanmoins la limitation du droit de reproduction la plus universellement acceptée. Tous les pays membres de la Convention de Berne reconnaissent cette limitation dans leurs lois relatives au droit d'auteur, bien que la structure du droit puisse différer. Dans certains pays, la notion d'utilisation personnelle est largement interprétée et englobe l'utilisation à des fins de recherche. D'autres, toutefois, établissent une distinction entre l'utilisation à des fins de recherche « personnelle » (consommation) et « privée »,¹³⁰ ainsi que sur le point de savoir si la recherche est faite à des fins commerciales.¹³¹ En règle générale, pour les pays de la première catégorie, l'utilisation personnelle ou privée pour la recherche ou les loisirs est régie au titre d'une disposition de portée générale qui traite des limitations et exceptions de manière générale, comme aux États-Unis, au titre de la doctrine de l'utilisation loyale, ou au Royaume Uni, au titre des dispositions ayant trait au traitement loyal. La Directive de l'UE relative droit d'auteur contient une limitation explicite pour l'utilisation privée,¹³² de même que la législation relative au droit d'auteur, dans la majeure partie des pays membres de la Convention de Berne.

Dans certains pays appliquant la common law, un droit constitutionnel au respect de la vie privée est également impliqué par la limitation et exemption au titre de l'utilisation privée. Toutefois, dans cette ère d'œuvres numériques, l'exemption au titre de l'utilisation personnelle n'est pas aussi sacro-sainte, en partie en raison de la convergence des droits quand l'accès aux œuvres se fait par la voie numérique. Par exemple, la reproduction pour l'utilisation personnelle peut impliquer l'affichage sur une page Web personnelle où d'autres peuvent avoir accès à une œuvre, ce qui transforme le caractère « personnel » de la reproduction. L'affichage sur une page Web pourrait également être considéré comme une atteinte au droit de distribution ou au droit de communication publique. L'offre d'œuvres audiovisuelles à des terminaux d'ordinateurs privés implique le droit à l'interprétation et exécution publique si l'œuvre peut être vue par un groupe de personnes en dehors de la famille immédiate. En conséquence, savoir si une utilisation particulière est « personnelle » dépendra du caractère de l'œuvre et du le point de savoir comment et où l'utilisateur y accède. Néanmoins, l'idée qui sous-tend l'exception est que la

reproduction à l'usage privé d'une personne, à domicile, est au-delà du droit de contrôle de l'auteur.¹³³ Il faudrait noter que le concept de « privé » ou « personnel » n'est pas nécessairement limité à un seul individu, mais peut, dans certains pays, s'étendre à un petit cercle qui regroupe le contexte social ou familial de l'utilisateur principal.¹³⁴ Enfin, l'utilisation personnelle ou l'utilisation privée peuvent également englober le « décalage temporel » où des copies de l'œuvre sont faites pour être regardées ultérieurement. Dans un cas d'école, à savoir le différend Sony Corp. Of America contre Universal City Studios Inc.,¹³⁵ la Cour suprême américaine a fait valoir que le « décalage temporaire » où un propriétaire de magnéscope enregistre une émission de télévision pour la regarder ultérieurement est un usage loyal.¹³⁶

- **Utilisation pour la critique ou le compte rendu :** Cette limitation peut être rationalisée eu égard à l'article 10 de la Convention de Berne, qui permet la reproduction d'œuvres au travers de brèves citations. Les reproductions longues ne sont pas autorisées aux fins de cette disposition. Dans la plupart des pays, les tribunaux sont chargés d'évaluer l'étendue de la partie de l'œuvre reproduite et de déterminer si cette partie est compatible avec les lignes directrices imposées par l'article 10.¹³⁷ Dans certains pays, les garanties en matière de liberté d'expression constitutionnelle sont également une source pour cette utilisation non compensée d'œuvres protégées.¹³⁸ Aux États-Unis, la disposition relative à l'usage loyal vise l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur pour la critique ou le commentaire. Dans la plupart des autres pays, les lois relatives au droit d'auteur incorporent de manière spécifique une limitation pour la critique ou le compte rendu.¹³⁹
- **Buts éducatifs :** Cette limitation découle de l'article 10(2) de la Convention de Berne. Elle couvre le droit des utilisateurs d'utiliser des œuvres à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion, ou d'enregistrement sonores ou visuels. Cette limitation, par exemple, permet aux enseignants, à tous les niveaux de l'enseignement, d'incorporer des sélections d'œuvres protégées par le droit d'auteur à titre d'illustration, en ayant recours à différents types de médias, tant que l'utilisation est compatible avec les bons usages. Cette disposition de la Convention de Berne est assez large pour englober l'enseignement à distance, qui implique les droits d'exposition dans des espaces publics, de représentation et de distribution. Toutefois, la Convention de Berne ne restreint pas cette limitation au droit de reproduction ; ainsi, du moment que le but est *l'enseignement*, l'utilisation de la technologie numérique pour transmettre ou assurer un tel enseignement ne devrait en aucune façon constituer une menace pour la légitimité de cette limitation.¹⁴⁰ Il importe toutefois de noter que certains pays restreignent de fait le champ

d'application de l'exception de Berne en promulguant des lois nationales qui rétrécissent la limitation de manière significative.¹⁴¹

- **Reproduction par la presse** : L'article 10*bis* permet à la presse de reproduire des articles sur des sujets économiques, politiques ou religieux d'actualité. Cette limitation ou exception est la contrepartie de l'idéal de la liberté d'expression reflété dans l'utilisation pour la critique ou le compte rendu. Elle est destinée à renforcer le principe de la liberté de la presse, qui est un complément nécessaire de la liberté d'expression et de l'importance de la sensibilisation du public et de la dissémination des connaissances. L'article 10*bis*(2) renforce également « l'exception de la presse » en autorisant les pays à déterminer dans quelle conditions les œuvres protégées par le droit d'auteur sont reproduites à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité. De nombreux pays ont adopté cette limitation dans leurs lois nationales.
- **Enregistrements éphémères** : La latitude donnée aux pays au titre de l'article 11*bis* de la Convention de Berne autorise les organismes de radiodiffusion d'enregistrer des émissions et de les conserver dans des archives officielles. La plupart des pays ont adopté des dispositions qui prévoient, pour les organismes de radiodiffusion, une exception pour les enregistrements éphémères. Cette limitation a peu de valeur pratique, car les sociétés qui font de telles collectes ont tendance à avoir des accords normalisés qui facilitent les autorisations nécessaires pour protéger les organismes de radiodiffusion contre les plaintes en matière de droit d'auteur. De nombreux pays ont néanmoins une disposition qui traite des enregistrements éphémères.
- **Bibliothèques** : Presque tous les pays ont une exception qui préserve le droit des bibliothécaires de reproduire des œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre de leur responsabilité et de leur mission institutionnelles dans la collecte, la conservation et la dissémination des connaissances, tout en facilitant également la mission d'enseignement des institutions de savoir. Bien que la Convention de Berne ne contienne pas de limitation explicite pour les bibliothécaires, cette exception peut se justifier au titre de la reconnaissance large de l'enseignement et du rôle des librairies à cet égard. Une étude de l'OMPI analyse toutefois les limitations/exceptions ayant trait aux bibliothèques au travers du test en trois étapes de l'article 9(2) de la Convention de Berne. L'étude conclut que le type d'utilisation par les bibliothèques ou par les archives devra être clairement spécifié et ses limites définies.¹⁴² De plus, il y aura lieu de tenir compte de considérations normatives économiques et non économiques, y compris l'attente d'exploitation des titulaires de droit par rapport aux fins éducatives de l'exception.¹⁴³

- **Limitations impliquant des personnes handicapées :** Certains pays ont des limitations explicites de tous les droits d'auteur, afin de faciliter l'accès pour les personnes handicapées.¹⁴⁴ Cette limitation générale implique donc des transformations en formats différents, des récitations à des fins audio ou tout autre moyen par lequel une œuvre peut être adaptée pour la rendre accessible. C'est une limitation/exception qui doit être généralement incorporée dans les lois internationales et nationales relatives au droit d'auteur. Il s'agit non seulement d'une question d'accès, mais aussi de droits humains fondamentaux.
- **Programmes informatiques et interopérabilité :** La plupart des pays ont des dispositions qui reconnaissent que des copies de programmes informatiques dans le processus de création d'un programme interopérable. Dans certains pays développés, les tribunaux ont clairement observé que l'interopérabilité était une fonction nécessaire de la promotion de l'innovation et de la concurrence.¹⁴⁵ A ce titre, cette limitation du droit de reproduction et exception à ce droit pour ce qui est des programmes informatiques, est tout à fait importante.

4.2 Quels droits et limitations devraient être requis au niveau international ?

A partir d'un examen approfondi des lois nationales des pays membres de la Convention de Berne, il est possible de proposer une liste de limitations et exceptions minimales qui pourraient constituer la base d'un ensemble central de limitations et exceptions obligatoires. Les critères en vue de l'établissement d'une telle liste sont simplement : a) que l'exception ou limitation soit autorisée par la Convention de Berne ; 2) que l'exception ou limitation ait été incorporée de manière spécifique aux lois nationales de la plupart des Etats Membres de l'OMC. En conséquence, les limitations et exceptions suivantes devraient bénéficier d'un statut international :

1. Evénements d'actualité et nouvelles du jour ;
2. Faits et données diverses ;
3. Utilisation personnelle ;
4. Citations et extraits ;
5. Reproduction par les bibliothèques et les archives pour le stockage et le remplacement ;
6. Reproduction, distribution et radiodiffusion d'œuvres et de discours par la presse ;¹⁴⁶
7. Reproduction et adaptation d'un code informatique à des fins d'interopérabilité ;
8. Enregistrements éphémères ;
9. Utilisation d'une œuvre à des fins scientifiques, éducatives et d'information ;

10. Reproduction d'articles sur des événements d'actualité à des fins d'information par la presse.

Dans la grande majorité des pays, ces dix limitations et exceptions sont généralement non compensées. En d'autres termes, bien qu'il soit possible pour les pays d'exiger des utilisateurs un paiement pour de telles utilisations, la plupart des pays n'imposent pas cette obligation. Il faudrait toutefois noter que parfois la rémunération est versée indirectement aux titulaires au travers des redevances imposées par les fabricants sur les technologies de reproduction, qui sont par la suite redistribuées aux détenteurs de droit d'auteur.¹⁴⁷ De telles redevances - ou « prélèvements » - sont utilisées en particulier en ce qui concerne les œuvres musicales et les nouvelles technologies, pour leur exploitation. Des « pools de redevances » sur la base des ventes d'équipements de reproduction sont un modèle pour établir un équilibre entre les intérêts des utilisateurs dans l'accès à l'œuvre et les intérêts des titulaires en ce qui concerne la rémunération qu'ils reçoivent pour leur œuvre. Une étude indique qu'au moins vingt deux (22) pays imposent des prélèvements sur la vente de supports vierges.¹⁴⁸

4.3 Importance stratégique d'un corpus international minimal de limitations et exceptions

En dépit de la flexibilité offerte aux pays de mettre en œuvre des limitations et exceptions, il est d'une grande importance stratégique d'insister pour que les limitations et exceptions soient intégrées au tissu du système international, en allant bien au-delà du langage de traités vague utilisé dans la Convention de Berne. La spécification des limitations et exceptions dans un texte international est d'une importance stratégique et substantielle. Du point de vue stratégique, la mise en place d'un ensemble minimal obligatoire international de limitations et exceptions exigera des États qu'ils prennent des mesures positives pour établir un équilibre entre leurs systèmes nationaux et les préoccupations en matière d'intérêt public. Pour les pays en développement, qui sont souvent préoccupés par les menaces de représailles lorsqu'ils prennent toute mesure incompatible avec une expansion des droits, un ensemble international de limitations assurerait une protection aux mesures nationales visant à mettre en œuvre les normes minimales internationales dans l'intérêt public national. Enfin, il est important d'intégrer des limitations et exceptions minimales dans le cadre international, car le contexte international joue un rôle vital dans la formulation du droit relatif à la propriété intellectuelle. Il est avéré que dans le cas de certains pays développés, plus notoirement les États-Unis, en ce qui concerne le WCT, la scène internationale a été utilisée pour obtenir des changements qu'il n'avait pas été possible de s'assurer au niveau national.¹⁴⁹ Cet arbitrage entre les enceintes nationales et internationales, et au demeurant, entre des enceintes internationales concurrentes, caractérise la législation internationale moderne relative au droit d'auteur et est susceptible de rester un aspect important du type de normes qui imprègnent le système international de droit d'auteur et sur la manière dont ceci se fait.¹⁵⁰ A ce titre, l'introduction

de concepts d'intérêt public clés dans des formes concrètes au niveau international pourrait servir à garantir que des limitations et exceptions ne feront pas aisément liquidées au niveau national.

4.4 Impact des accords de libre-échange sur les limitations et exceptions

Tant les États-Unis que l'UE ont négocié des accords commerciaux bilatéraux et régionaux, tous avec des chapitres significatifs sur les droits de propriété intellectuelle. En plus d'exiger l'adhésion à des accords de propriété intellectuelle spécifiés, les accords de libre-échange américains comprennent un langage sur les limitations et exceptions comparable à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, l'article 17.7(3) de l'Accord de libre-échange USA/Chili prévoit que « chaque Partie restreindra les limitations des droits ou exceptions aux droits à certains cas spéciaux qui ne sont pas en contradiction avec l'exploitation normale de l'œuvre, de la représentation ou du phonogramme, et ne portent pas préjudice de manière injustifiée aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »¹⁵¹ Au travers d'un principe de non dérogation, l'Accord de libre-échange USA/Chili lie le Chili au plein impact aux règles imposées par les ADPIC en matière de test en trois étapes.¹⁵² Cette même disposition, ainsi qu'un principe de non dérogation, se retrouvent dans l'Accord de libre-échange USA/Australie, l'Accord USA/Singapour,¹⁵³ l'Accord USA/Jordanie,¹⁵⁴ et dans le projet d'Accord de libre-échange des Amériques.¹⁵⁵ Contrairement aux États-Unis, l'UE n'incorpore pas de langage relatif au « préjudice aux titulaires de droits » dans ses accords de type ALE. Toutefois, la prescription faite par l'UE selon laquelle les dispositions de l'Accord sur les ADPIC devraient être incorporées par référence aboutit au même résultat que le langage figurant dans les accords américains. Le langage plus restrictif de l'article 13 des ADPIC, incorporé directement ou indirectement dans les obligations de fond des accords de libre-échange, restreint généralement le pouvoir discrétionnaire souverain en ce qui concerne l'établissement de limitations et exceptions à tous droits relatifs au droit d'auteur, sauf disposition contraire dans une clause distincte.¹⁵⁶ Par exemple, l'article 8 du projet d'Accord de libre-échange des Amériques prévoit, eu égard au droit de communication :

« [c]e droit peut faire l'objet, dans le cas des artistes-interprètes ou exécutants et de producteurs de phonogrammes, d'exceptions ou de limitations nationales pour radiodiffusion libre en direct et par ailleurs, s'agissant d'autres transmissions non interactives, il peut faire l'objet de limitations nationales dans certains cas spéciaux prévus dans la législation ou la réglementation nationale, à condition que de telles limitations ne portent pas atteinte à une exploitation normale des exécutions ou des phonogrammes et ne cause pas préjudice injustifié aux intérêts des détenteurs de droits y afférents. »

De même, l'Accord USA/Singapour prévoit spécifiquement des limitations et exceptions ayant trait au droit des exécutants et producteurs de phonogrammes d'autoriser la communication de leurs œuvres au public.¹⁵⁷

Ce que ceci suggère, c'est donc qu'à moins d'une reconnaissance d'une limitation particulière dans le texte du traité, la force présumée du test en trois étapes déterminera la légitimité des limitations et exceptions au droit d'auteur.¹⁵⁸

Il est certain que le langage des limitations et exceptions figurant dans les accords de libre-échange n'est pas plus défavorable que celui des ADPIC, de sorte qu'il n'y a peut-être pas eu de dommage. Il est toutefois important de souligner qu'en raison du contexte plus restreint des accords de libre-échange, les détenteurs de droit d'auteur peuvent plus aisément surveiller les activités des pays en développement en ce qui concerne les textes officiels dans les questions de propriété intellectuelle. L'opportunité inhabituelle offerte par les accords bilatéraux ou régionaux de surveiller étroitement les activités internes conduira inexorablement les pays en développement à se montrer peu disposés à exercer un pouvoir législatif discrétionnaire créatif, de crainte de déstabiliser l'arrangement économique régi par l'Accord de libre-échange. Dans les ALE régionaux, ce problème de « capture » est particulièrement épineux, car il y a, à l'œuvre, un effet réseau qui exercera des pressions significatives sur les différents États pour qu'ils se conforment aux normes acceptées dans la région, indépendamment des effets particuliers en matière de bien-être de la protection au niveau local. À ce titre, l'incorporation de limitations et exceptions spécifiques qui pourraient être directement applicables dans le cadre national, dans le cas des États monistes, ou qui exigent des États la promulgation de législation de mise en œuvre reconnaissant ces limitations et exceptions, serait très profitable aux pays en développement et à la promotion de valeurs publiques dans le système international de droit d'auteur.

5. LIMITATIONS ET EXCEPTIONS POUR L'ERE NUMERIQUE

5.1 L'Accord sur les ADPIC et son successeur

L'environnement numérique nécessite des approches neuves de la question de savoir en quoi consistent les objectifs d'intérêt public du régime international de droit d'auteur. Jusqu'ici, les commentaires érudits et les prescriptions de politique se sont concentrés essentiellement sur les conceptions existantes du bien-être public (et des limitations et exceptions qui y sont associées), qui découlent des ères de l'impression et de l'analogie. Cette investigation en cours est sans nul doute essentielle, en particulier parce que les œuvres en format imprimé protégées par le droit d'auteur seront les plus susceptibles de rester une forme importante sous laquelle les connaissances sont rendues accessibles à nombre de consommateurs des régions les plus pauvres du monde, en raison de ce qui semble être la persistance de la fracture numérique. Toutefois, ne n'est pas simplement la préservation des limitations et exceptions *existantes* qui importe, mais aussi la conception de limitations et exceptions qui répondent aux plus grandes attentes en matière d'accès et de diffusion, au vu des nouvelles évolutions technologiques. Les décideurs doivent déterminer comment équilibrer au mieux les intérêts associés aux nouveaux modes de protection de l'expression créative (droit d'auteur, mesures de protection technologique, contrats), aux nouveaux moyens par lesquels les utilisateurs sont en mesure d'avoir accès aux œuvres créatives et à l'utilisation de ces œuvres. Essentiellement, la question de savoir quelles devraient être les fins publiques du droit d'auteur dans l'ère numérique, et comment ces fins peuvent être mises en œuvre de manière plus effective, dans le contexte global, est une question centrale dans les débats en cours concernant l'intégrité et l'efficacité du système international de droit d'auteur, afin de promouvoir le bien-être général dans les pays en développement, et en tant que question générale pour les créateurs et les consommateurs, à l'échelle mondiale.

Afin à la fois de s'appuyer sur la dynamique générée par l'Accord sur les ADPIC et de prendre en compte l'impact des technologies de l'information et de la communication et de la numérisation sur l'équilibre de pouvoir entre les détenteurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur et les utilisateurs, l'industrie du contenu avait orchestré la négociation du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Comme leurs prédécesseurs, ces deux instruments reconnaissent la « nécessité de préserver un équilibre entre les droits des auteurs¹⁵⁹ et l'intérêt public plus large. »¹⁶⁰ Mais dans le même ordre d'idée, aucun des traités ne va beaucoup plus loin pour développer le concept d'intérêt public ou pour spécifier des limites aux droits reconnus. Toutefois, comme la convention de Berne, les deux traités incorporent le test en trois étapes. Par ailleurs, la Déclaration convenue sur l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur permet explicitement aux membres d'élaborer de nouvelles limitations appropriées pour l'environnement numérique. Ceci

signifie que les pays disposent d'une marge de manœuvre considérable pour élaborer des limitations et exceptions qui permettent l'accès à des œuvres numériques, à un degré antérieurement inconnu dans le cadre de la Convention de Berne. Même pour les limitations et exceptions reconnues par la Convention de Berne, telle que l'utilisation personnelle, l'application de l'exception à l'environnement différent est notablement différente. L'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sous une numérisée pourrait renvoyer à une multiplicité de droits qui n'avaient pas trait à l'exception de l'utilisation personnelle dans le contexte du texte imprimé. Par exemple, le téléchargement d'œuvres protégées par le droit d'auteur pour utilisation à des fins de recherche privé ou autre usage personnel implique le droit de reproduction, d'exposition, d'exécution et/ou de distribution en fonction du moyen technologique utilisé pour accéder à cette œuvre. L'utilisation personnelle dans l'environnement du texte imprimé n'envisageait qu'une seule copie d'une œuvre disponible pour l'utilisateur ; dans un contexte numérique, un utilisateur a facilement un nombre infini de copies à sa disposition, en raison de la capacité d'enregistrer l'œuvre dans des lieux et dans des formats multiples. Et l'envoi d'articles dans le texte des messages d'email ou le lien à des contenus protégés par le droit d'auteur avec une autre œuvre disponible sur le net ? De plus, l'utilisateur peut partager l'œuvre avec d'autres au travers des réseaux peer to peer, ou en accueillant un site Web personnel et en y affichant l'œuvre. Ces utilisations devraient-elles être protégées par le droit d'auteur ?

5.2 Usage personnel et réseaux numériques : Réponses judiciaires préliminaires

Jusqu'ici, les tribunaux, dans certains pays développés, notamment aux États-Unis, qui ont pris en considération plusieurs des usages cités ci-dessus, ont eu tendance à répondre par la négative. Dans l'affaire *A&M Records, Inc. c. Napster, Inc.*,¹⁶¹ par exemple, le tribunal a fait valoir que le « space-shifting », où les utilisateurs téléchargent des enregistrements sonores qui ont déjà leur propre format de CD audio, ne constitue pas un usage loyal.¹⁶² Le Tribunal a établi une distinction entre l'affaire *Napster* et l'affaire *Recording Indus. Ass'n of Am. c. Diamond Multimedia Sys., Inc.*,¹⁶³ dans laquelle la Cour d'appel du 9th Circuit avait préalablement soutenu que la copie vers un lecteur MP3 portable, afin de rendre portables, ou « space-shift », des fichiers déjà enregistrés sur le disque dur d'un utilisateur, est une « utilisation personnelle non commerciale paradigmatique. »¹⁶⁴ Toutefois, le Tribunal saisi de l'affaire *Napster* a établi une distinction entre *Diamond* et *Sony*, en faisant valoir que ces précédents « sont inadéquats parce que les méthodes de shifting dans ces trois cas n'impliquaient pas également simultanément la distribution du matériau protégé par le droit d'auteur au public général ; le time- ou space-shifting des matériels protégés par le droit d'auteur n'exposait le matériau qu'à l'utilisateur initial. »¹⁶⁵ La Cour suprême des États-Unis a récemment abordé la question d'appliquer *Sony* pour déterminer la légalité de l'héritier présomptif du logiciel de partage de fichier (file-sharing) de Napster. Dans *Grokster c. Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.*,¹⁶⁶ La

Cour suprême considérait la question comme de responsabilité des tiers et fait valoir que "celui qui distribue un dispositif dans le but de promouvoir utilisation pour violer un droit d'auteur, comme dé montré par l'expression claire ou autres mesures affirmatives prises pour encourager une violation d'un droit d'auteur, est responsable des actes qui résultent de la violation du droit par des tierces parties. »¹⁶⁷

Au moins un pays développé a pris une orientation différente. Fin 2005, un Tribunal français avait tranché en faveur d'un prévenu accusé d'avoir téléchargé des milliers de fichiers musicaux par l'intermédiaire d'un réseau peer to peer.¹⁶⁸ Le tribunal avait noté que l'activité était pour un usage individuel, non commercial. Toutefois, malgré cette décision, il était simplement trop tôt pour déterminer avec certitude comment les notions d'usage existantes peuvent être utilisées au mieux, ou peuvent tout simplement être traduites dans l'environnement numérique. Ce qui semble clair, c'est qu'il ne peut y avoir d'adaptation de ces intérêts traditionnels à l'environnement numérique sans un calibrage supplémentaire des intérêts et des alternatives.

5.3 Un nouveau rôle pour les bibliothèques ?

De même, les exceptions pour les bibliothèques qui reposent sur les œuvres imprimées ou l'analogie ne couvrent pas les différentes manières dont les bibliothèques sont susceptibles de servir le public dans l'ère du numérique. Tout comme les utilisateurs, les bibliothèques, les institutions et les archives auront la capacité de reproduire des copies, tout en prêtant des œuvres à de vastes groupes de personnes et de stocker ces œuvres pour une période de temps indéfinie. Il y a également la question de savoir comment les bibliothèques « exposeront » les œuvres numériques au public, ce qui pourrait impliquer un droit d'exposition au public, la reproduction d'extraits et même peut-être le droit de distribution. Essentiellement, du fait que la numérisation permet un niveau sans précédent de flexibilité dans l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur, les bibliothèques auront la possibilité de servir le public de manière nouvelle et différente. Les limitations et exceptions actuelles ni ne prendront en compte, ni même ne prévoient les types de limitations et exceptions qui seront appropriées pour repenser le rôle de ces institutions dans un environnement numérisé. Un autre effet important de l'environnement numérisé est que les mots associés à l'ère du texte imprimé, tels que « publier », « stocker » ou « distribuer » ont une portée et un sens radicalement différent dans l'environnement numérique. Ainsi, même le langage des limitations et exceptions qui existe actuellement doit être attentivement examiné et adapté aux caractéristiques singulières de l'ère numérique et à la manière dont les nouvelles technologies offrent une vaste gamme de moyens d'accès, d'exploitation et d'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur.

5.4 Prise en considération de nouvelles limitations et exceptions

La marge de manœuvre en vue d'élaborer de nouvelles limitations et exceptions appropriées pour l'environnement numérique dans le cadre du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur est toutefois affectée par la mise en œuvre du test en trois étapes. L'approche nationale des limitations et exceptions jouera un rôle important dans l'interprétation des limitations et exceptions en tant que « droits » publics ou exemples de la faillite du marché. Une décision française récente faisait valoir l'exception française de la légitimité de l'utilisation personnelle, en dépit du test en trois étapes incorporé par la Directive européenne relative au droit d'auteur.¹⁶⁹ Un Tribunal belge a toutefois statué différemment, en statuant que l'exception à la copie pour utilisation personnelle était « une immunité accordée contre les poursuites » et non un droit affirmatif pour les utilisateurs.¹⁷⁰ Ce qui semble évident, jusqu'ici, c'est que les approches doctrinales du but de la législation relative au droit d'auteur joueront un rôle important dans l'élaboration de nouvelles limitations et exceptions pour l'environnement numérique. Pour les pays en développement, il y a une certaine marge de manœuvre pour percevoir les limitations et exceptions comme des aspects essentiels de l'intérêt public dans le droit d'auteur, tant que l'on peut soutenir que les limitations et exceptions relèvent du cadre établi par la Convention de Berne. Dans le contexte numérique, donc, ce qui est important, c'est d'élargir ces limitations et exceptions spécifiquement aux œuvres, indépendamment du fait qu'elles soient protégées ou non par des mesures de protection technologiques. En d'autres termes, ni le Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, ni le Traité de l'OMPI pour les exécutions et les phonogrammes n'exigent la protection des mesures de protection technologique (MPT) d'une manière qui ne soit pas compatible avec les buts fondamentaux du droit d'auteur. Ainsi, la protection des MPT peut, et devrait être, circonscrite par des limitations et exceptions élaborées de manière appropriée, qui comprennent l'accès à des fins d'éducation, pour l'instruction systématique dans le contexte de l'enseignement à distance, pour la critique et pour d'autres utilisations reconnues dans l'ère du document imprimé. Il peut également être nécessaire d'ajouter à la liste de limitations et exceptions découlant de l'ère numérique des limitations et exceptions supplémentaires telles que la reconnaissance du fait que la copie d'une œuvre en mémoire-cache ne constitue pas une atteinte au droit de reproduction. En d'autres termes, là où la plateforme technologique facilite certaines formes d'utilisation – telles que le peer-to-peer sharing, par exemple, ou là où la technologie génère des éléments automatisés qui reproduisent, affichent, exécutent ou portent atteinte à un droit d'auteur énuméré – des limitations et exceptions soigneusement élaborées devraient prendre en compte de telles utilisations et garantir la préservation d'éléments communs numériques comme ressources pour l'utilisation à des fins de consommation et de production. Comme le notent la plupart des commentateurs, à cet égard, la mise en œuvre du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur par les États-Unis, est un modèle qui ne prend pas en compte de telles considérations autant que le Traité le permettrait.¹⁷¹ Les pays en développement devraient maximiser l'opportunité de mettre en œuvre des

limites importantes sur l'application et l'utilisation des MPT pour restreindre l'accès aux œuvres protégées. Plus spécifiquement, les limitations et exceptions pour l'environnement numérique devraient mettre l'accent non sur les utilisations énumérées comme telles, mais sur les catégories d'utilisation qui servent une diversité de buts publics. Ces catégories pourraient comprendre, par exemple :

1. Des limitations et exceptions ayant trait à la promotion de la concurrence dans la technologie en question, par exemple pour permettre l'interopérabilité [limitations en matière de concurrence] ;

2. Des limitations et exceptions ayant trait à la promotion de la recherche relative à la technologie, par exemple le chiffrement [limitations en matière de recherche technologique] ;

3. Des limitations et exceptions ayant trait à l'utilisation ou à l'exploitation d'une copie légitime d'une œuvre protégée [limitations subordonnées aux utilisations légitimes] ;

4. Des limitations et exceptions ayant trait à aux efforts supplémentaires fournis par les institutions d'enseignement afin de recourir aux moyens technologiques les plus efficaces pour communiquer avec les étudiants et pour enseigner. Ceci comprendrait l'enseignement à distance [limitations concernant les institutions d'enseignement] ;

5. Des limitations et exceptions ayant trait aux bibliothèques [Exceptions pour les bibliothèques]. Dans l'environnement numérique, les bibliothèques devraient continuer de bénéficier des privilèges les plus larges possibles pour renforcer leur rôle et leur capacité à servir en tant que gardiens du savoir et principaux points d'accès aux connaissances pour la grande majorité du public. Les exceptions pour les bibliothèques devraient, au moins, refléter les privilèges existants, notamment le droit de faire des reproductions numériques pour les lecteurs des bibliothèques à des fins d'étude privée, de travail d'érudition ou de recherche ; la reproduction et la distribution à des fins de conservation, de sécurité ou d'utilisation pour la recherche par une autre bibliothèque ; la reproduction pour remplacer des copies endommagées, en voie de détérioration ou perdues ; la reproduction et la distribution pour les lecteurs d'autres bibliothèques au sein d'un système de prêts entre bibliothèques ; et le droit de transformer des œuvres dans des formats accessibles aux personnes handicapées.

Une exception pour les bibliothèques devrait également comprendre le droit de contourner les contrôles technologiques pour faciliter les fins ci-dessus. S'il y a lieu de prendre en considération des restrictions appropriées pour garantir que les exceptions pour les bibliothèques ne compromettent pas de manière inutile la capacité des auteurs à exploiter d'autres marchés pour l'usage de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, là où les intérêts légitimes des bibliothèques et des propriétaires sont en conflit, il devrait être clair que les exceptions au titre des bibliothèques devraient prévaloir. Une telle

exception pourrait être structurée en tant qu'utilisation publique non compensée, similaire au droit d'utilisation personnelle, ou pourrait faire l'objet de compensation au titre d'un modèle « droit de prêt public » tel qu'il existe aujourd'hui dans certains pays, notamment l'Australie, la Finlande, la Grande-Bretagne, l'Islande et la Danemark (où le droit a été développé en premier lieu).¹⁷² La Directive européenne en matière de droit de location prend en compte le droit de location publique, sous réserve d'une certaine rémunération.¹⁷³ Enfin, il est intéressant de noter que dans le cadre du droit de prêt public, les paiements ne sont fait qu'aux auteurs, et non aux ayant droit consécutifs des intérêts de l'auteur en matière de droit d'auteur. Toutefois certains pays prévoient également une compensation pour les éditeurs. Le principe important de ce modèle, et de fait de la politique qui sous-tend une exception pour les bibliothèques, est que le titulaire du droit d'auteur ne peut interdire le prêt d'une œuvre.

Les cinq formes de limitations et exceptions ci-dessus pour l'environnement numérique laissent entrevoir au moins un changement subtil dans la manière dont les normes d'intérêt public pourraient être conçues et structurées dans une ère d'innovation technologique rapide. Spécifiquement, au lieu de se concentrer sur *l'utilisation* des œuvres, il pourrait être nécessaire d'évaluer les fonctions importantes des nouvelles technologies et de définir les normes d'accès autour de ces fonctions. En d'autres termes, les limitations et exceptions ne devraient pas être neutres par rapport à la technologie, et les droits des auteurs ne devraient pas être axés sur la technologie. L'ère technologique devrait plutôt permettre une malléabilité qui peut servir à encourager simultanément l'expression de nouvelles formes de créativité et l'utilisation de cette créativité de manière nouvelle. Des règles juridiques doivent être élaborées pour arriver à faire davantage que simplement se saisir des gains additionnels découlant de nouvelles formes d'exploitation des œuvres protégées par le droit d'auteur. Ces règles devraient stimuler le développement de nouveaux modèles d'entreprises et assurer la rémunération de l'effort créatif, sans écarter les gains sociaux, même diffus, générés par l'élargissement de l'accès par l'intermédiaire des nouvelles technologies.

6. PRESERVER LE DROIT D'AUTEUR INTERNATIONAL POUR LE BIEN PUBLIC

En plus de la mise en place d'un ensemble minimal de limitations et exceptions, l'existence d'une norme internationale de limitations et exceptions est importante. Cette norme pourrait consister en une disposition de portée générale, telle que l'utilisation loyale, qui pourrait préserver pour les pays la flexibilité de continuer à élaborer des limitations et exceptions selon leurs besoins, dans leur propre contexte local.¹⁷⁴ Cette norme aiderait à re-calibrer l'équilibre du système international de droit d'auteur et à montrer de manière explicite que la protection et l'accès sont des aspects d'importance égale de la politique du droit d'auteur. Toutefois, plus spécifiquement, d'autres leviers importants doivent être pris en considération pour préserver le système international de droit d'auteur pour le bien public.

En premier lieu, comme cela a été dit plus haut, une disposition internationale relative à l'usage loyal qui pourrait opérer conjointement avec la liste de limitations et exceptions minimales donnerait au système une certaine force normative. En second lieu, il est essentiel de reconnaître qu'en dépit de l'importance stratégique et fondamentale des limitations et exceptions, le besoin primordial pour les pays en développement, c'est l'accès à des copies en vrac d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Dans le contexte international, seule l'annexe de la Convention de Berne prévoit un mécanisme pour un tel accès en vrac. Comme on l'a dit plus haut, l'annexe a été un échec lamentable en raison des prescriptions complexes et pesantes associées à son utilisation. Il y a lieu de réformer l'annexe¹⁷⁵ afin de refléter l'évolution des conditions dans les pays en développement, et aussi afin de faciliter l'accélération du processus d'utilisation de la licence obligatoire, pour l'accès en vrac. Cette réforme devrait inclure, au moins : 1) la suppression de la période d'attente et de la période de grâce ; 2) la suppression de la notification au propriétaire *préalablement* à la délivrance de licence ; 3) la suppression du problème des économies d'échelle en autorisant la demande simultanée de licences de reproduction et de traduction, dans les mêmes conditions ; 4) l'élargissement du champ d'application pour lequel la licence est délivrée pour aller au-delà de l'enseignement, de l'éducation et de la recherche.

L'importance croissante attachée au test en trois étapes exige un examen attentif pour déterminer si le test, initialement conçu pour traiter des limitations et exceptions au droit de reproduction, peut effectivement servir l'intérêt public, eu égard à tous les droits reconnus par le droit d'auteur international. La plupart des commentateurs conviennent du fait que le test en trois étapes a un effet restrictif sur les limitations et exceptions et qu'il devrait donc être considéré essentiellement comme un principe directeur, plutôt que comme une norme juridique.¹⁷⁶ Les États-Unis et le Royaume-Uni semblent avoir adopté le point de vue selon lequel le test est un simple guide, en partant du principe que toute limitation ou exception qui existe

dans leurs lois est compatible avec le test en trois étapes.¹⁷⁷ Toutefois, ce point de vue n'existe pas à l'échelle mondiale et certainement pas dans les pays en développement qui font l'expérience de la législation relative au droit d'auteur depuis relativement peu de temps. En conséquence, il vaut la peine de voir comment le test pourrait être révisé pour prendre en compte l'équilibre entre l'intérêt public et la question des droits des titulaires.¹⁷⁸

Enfin, il est important pour tous les pays, en particulier les pays en développement, de prendre en considération des formes alternatives d'activité créative, telle que représentée par le mouvement Open source (source libre). De plus, les économistes ont toutefois suggéré une diversité de modèles d'entreprise qui pourraient rétribuer les créateurs, sans compromettre l'accès, la dissémination ou la concurrence.¹⁷⁹ Le fait est que dans l'environnement numérisé, le modèle de droit d'auteur historique comme moyen de promouvoir la créativité est peu susceptible de résister aux diverses évolutions technologiques qui rendent son principe de base – l'interdiction de la copie – peu viable pour l'avenir prévisible.

6.1 Considérations en ce qui concerne les limitations et exceptions pour les pays en développement

6.1.1 Reconnaître l'importance des limitations et exceptions dans la promotion de la créativité nationale

La Convention de Berne reconnaît la possibilité et le rôle des limitations et exceptions aux droits exclusifs conférés aux auteurs d'œuvres créatives. Toutefois, ces limitations et exceptions sont facultatives. En d'autres termes, alors que les droits reconnus par la Convention sont obligatoires et doivent être mis en œuvre par tous les pays membres, les limitations et exceptions sont simplement facultatives et il les pays ne sont pas tenus de les mettre en œuvre. Ceci a incité les pays en développement, de manière perverse, à se concentrer sur les droits plutôt que sur les limitations. Pour la plupart des pays en développement, un accent approprié sur les limitations et exceptions dans la législation nationale est un aspect important de la promotion de la créativité locale. Les pays en développement devraient voir quels types de limitations et exceptions encourageraient de la manière la plus fructueuse l'innovation intérieure, sans compromettre de manière injustifiée l'incitation à la création.

6.1.2 Plein exercice des limitations et exceptions non compensées

Aux fins de la Convention de Berne, certaines limitations et exceptions doivent être accompagnées d'une compensation. Celles-ci comprennent l'article 11*bis*(1), qui traite des limitations du droit exclusif d'autoriser la radiodiffusion et la communication publique, et l'article 13, qui autorise les pays à réserver des sur les droits conférés aux auteurs d'œuvres musicales d'autoriser des enregistrements sonores. Toutes les autres limitations et exceptions aux fins de la Convention de Berne peuvent être mises en œuvre

au niveau interne sans prescription de compensation. Il est toutefois intéressant de noter que certains pays développés (essentiellement d'Europe continentale) exigent dans leurs lois nationales, le paiement de compensations pour toute limitation imposée sur les droits des auteurs, même dans des cas (tels que la reproduction pour usage personnel) où ceci n'est pas requis au titre de la Convention de Berne.¹⁸⁰ Pour les pays en développement, ceci constituerait un obstacle inutile à l'accès aux œuvres créatives et à l'utilisation de ces œuvres, et découragerait, à ce stade, la croissance économique. A moins que ceci ne soit requis par les termes explicites de la Convention de Berne, l'exercice des limitations et exceptions devrait être libre. En ce qui concerne les limitations et exceptions compensées, les taux de rémunération devraient correspondre aux réalités économiques et sociales de chaque pays. La détermination de la rémunération raisonnable comme question locale plutôt qu'internationale est totalement compatible avec la Convention de Berne.

6.1.3 Elaborer des limitations et exceptions compatibles avec les besoins locaux et appropriées pour le contexte et les réalités politiques, sociaux et culturels

La plupart des pays en développement et certains pays développés ont inclus dans leur législation nationale toutes les limitations et exceptions reconnues dans la Convention de Berne. Il est clair, toutefois, que ces limitations et exceptions formellement reconnues ont été insuffisantes ou peu efficaces pour permettre l'utilisation et la dissémination de telles œuvres. Sur la base de l'enquête menée dans ce projet, l'uniformité des limitations et exceptions, manifeste dans la législation de nombre de pays en développement suggère que la plupart de ces lois ont été élaborées sur le modèle de la Convention de Berne, sans qu'une attention particulière soit prêtée aux intérêts sociaux, aux contraintes institutionnelles et/ou aux réalités politiques singulières de chaque pays. Ces lois relatives au droit d'auteur utilisent le langage exact de la Convention de Berne, qui est nécessairement général et vague. En l'absence d'institutions fortes pour interpréter ce langage de traité vague et pour lui donner un sens pratique, les limitations et exceptions incorporées sont essentiellement inefficaces au niveau national. Par ailleurs, il peut être difficile d'étendre le langage de la convention de Berne au contexte local, du fait que la capacité institutionnelle pour administrer les droits de propriété intellectuelle est faible ou totalement absente dans ces pays. De fait, dans la plupart des pays en développement, la mise en œuvre des accords internationaux est une entreprise centrée sur les droits, les bureaux de la propriété intellectuelle nationaux se concentrant presque exclusivement sur la mise en application des droits, sans efforts ou sensibilité correspondants pour les limitations et exceptions. Ceci est un domaine où des réformes sont nécessaires.

Quelques limitations et exceptions intéressantes ont été reconnues par certains pays en développement.¹⁸¹ Il faudrait toutefois encourager tous les pays en développement à utiliser dans la plus large mesure possible toutes les opportunités de mettre à exécution les limitations et exceptions

significatives reconnues au titre des différents traités. A cet égard, il est important de noter que les pays développés bénéficient d'une vaste gamme de limitations et exceptions¹⁸² énoncées dans leurs textes législatifs nationaux en matière de droit d'auteur. Dans certains pays développés, la portée des limitations et exceptions est moins transparente, parce qu'elles sont tirées au cas par cas d'une exception large telle que la doctrine de l'usage loyal appliquée au cas par cas par les tribunaux. Il faudrait également noter que dans nombre de pays développés, les lois relatives à la concurrence, celles relatives à la liberté d'expression et d'autres lois réglementaires constituent souvent une limite au fonctionnement des droits exclusifs ou une source indirecte à partir de laquelle les institutions imposent des limites aux droits des auteurs et des inventeurs. Les limitations fixées par les institutions judiciaires dans de nombreux pays en développement rendent peu probable le développement d'approches novatrices de l'équilibre des droits et des limitations, au niveau national, dans un avenir proche. Ainsi, il est encore plus important que les pays en développement mettent en place une gamme solide de limitations et exceptions dans leur législation nationale.

6.1.4 Renforcer la capacité des institutions nationales à reconnaître et à appliquer les limitations et exceptions

Les pays en développement doivent redoubler d'effort afin de former les décideurs et les personnels nationaux des institutions qui traitent du droit d'auteur sur l'importance que revêtent les limitations et exceptions pour garantir que le système de droit d'auteur bénéficie à l'économie locale et encourage la protection, l'utilisation et la dissémination. De telles institutions comprennent les bibliothèques locales, les écoles, les bureaux des douanes, les tribunaux, les agences administratives et les sociétés de collecte. Au niveau international, des programmes d'assistance technique tels que l'OMPI devraient incorporer la formation et l'éducation en ce qui concerne la valeur et l'importance des limitations et exceptions.

6.1.5 Appliquer des efforts coercitifs à la fois sur les atteintes au droit d'auteur et sur les violations des limitations et exceptions.

Alors que les pénalités pour les atteintes au droit de propriété intellectuelle sont imposées de manière impérative aux fins de l'Accord sur les ADPIC, et que la plupart des pays en développement ont mis en œuvre de telles pénalités dans leurs lois nationales, notamment des pénalités criminelles, il n'a jamais été question, dans la plupart des pays en développement, de pénaliser un détenteur de droit d'auteur qui revendique un droit d'auteur qui excède la portée du droit, ou qui porte clairement atteinte à une limitation ou exception. Dans certains pays développés, les tribunaux ont reconnu un principe « d'usage abusif de droit d'auteur », lorsqu'un titulaire de droit d'auteur qui utilise de manière abusive un privilège conféré par le droit d'auteur est empêché d'appliquer ce droit tant que le comportement abusif n'a pas cessé.¹⁸³ Les pays en développement peuvent manquer de systèmes

judiciaires forts pour créer et appliquer de telles limites non statutaires sur un titulaire de droit d'auteur, mais ils ont effectivement des agences administratives qui pourraient concevoir des règles simples afin de garantir que les efforts de mise à exécution s'appliquent tant aux droits qu'aux limitations en matière de droit d'auteur.

6.1.6 Les limitations et exceptions figurant dans la Convention de Berne sont insuffisantes pour prendre en compte les besoins d'accès en vrac des pays en développement et des PMA

Il est d'une extrême importance de reconnaître que les limitations et exceptions existantes reconnues par la Convention de Berne et mises en œuvre dans les lois nationales relatives au droit d'auteur sont insuffisantes pour traiter de manière effective des besoins de développement impliqués par les œuvres protégées par le droit d'auteur. Pour tous les pays en développement, l'éducation est une priorité de développement fondamentale. L'accès aux œuvres éducatives, en particulier aux revues et aux ouvrages scientifiques, est un besoin crucial dans les pays en développement. Alors que les limitations et exceptions figurant dans la Convention de Berne s'étendent effectivement aux utilisations éducatives, un examen attentif de ces exceptions montre qu'elles s'appliquent essentiellement à l'utilisation, par les *instructeurs* et les *enseignants*, d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Ainsi, cette limitation et exception est donc d'une valeur très limitée pour l'approvisionnement du marché local en quantités suffisantes de copies à des prix abordables, pour les étudiants et le public général.

6.1.7 L'annexe de la Convention de Berne pourrait prendre en compte l'accès en vrac à des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais doit être révisée

L'annexe de la Convention de Berne prend en considération la possibilité de l'accès en vrac à des œuvres protégées par le droit d'auteur au travers d'un système d'octroi de licences obligatoires qui exige une compensation. Cette annexe a été insuffisamment utilisée par les pays en développement, en raison de son régime compliqué et de ses prescriptions pesantes.¹⁸⁴ Elle reste toutefois le seul mécanisme d'accès en vrac dans la législation internationale sur le droit d'auteur. En dépit d'appels récents à sa réforme, peu d'attention a été prêtée à l'annexe de la Convention de Berne comme outil d'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur pour les pays en développement.¹⁸⁵ Il est intéressant de noter que le Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur¹⁸⁶ incorpore l'annexe.¹⁸⁷ Toutefois, elle n'a pas été négociée avec les œuvres numériques comme contexte possible. Il est important de réviser l'annexe pour en simplifier les conditions d'utilisation et pour supprimer les obstacles existants qui rehaussent les coûts de transaction pour les pays en développement.¹⁸⁸ Par ailleurs, il y a lieu de procéder à une analyse attentive pour déterminer comment l'annexe pourrait être utilisée de manière effective dans le contexte de l'environnement numérique.

6.1.8 Les contrôles technologiques et les mesures de contournement sont très prématurés pour la plupart des pays en développement

Le Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les exécutions et phonogrammes¹⁸⁹ sont entrés en vigueur en 2002. Ces deux traités prennent en compte les intérêts en matière de droit d'auteur eu égard à l'ère du numérique. Aux fins des principales dispositions du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, les États sont tenus de promulguer des dispositions qui protègent les mesures technologiques utilisées par les auteurs en relation avec l'exercice de leurs droits,¹⁹⁰ et de prendre des mesures juridiques correctrices adéquates et efficaces contre les personnes qui suppriment ou modifient l'information en matière de gestion des droits, ou qui distribuent, importent pour la distribution, radiodiffusent ou transmettent au public des œuvres dans lesquelles l'information sur la gestion des droits a été modifiée.¹⁹¹ A ce jour, cinquante deux (52) pays sont membres du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, sur lesquels quarante six pour cent (46%) sont des pays en développement, dix pour cent (10%) des pays moins avancés (PMA) et trente huit pour cent (38%) des pays en transition.¹⁹² Seulement 6% des membres sont des pays développés. Il ne s'agit pas simplement d'une question de nombre relatif de pays en développement ; le Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur n'est pas en vigueur dans plusieurs pays notables tels que le Canada, l'Autriche et l'Allemagne. De nombreux pays en développement ont déjà ratifié ou pris l'engagement de ratifier les traités soit à la suite d'accords commerciaux bilatéraux/régionaux,¹⁹³ soit en raison d'autres pressions économiques qu'ils subissent. Il est toutefois paradoxal qu'un traité qui traite des préoccupations relatives au droit d'auteur numérique ait comme membres essentiellement des pays en développement ayant des taux de pénétration de l'Internet limités et des niveaux significatifs d'analphabétisme et de pauvreté.¹⁹⁴ La « fracture numérique », associée aux taux d'analphabétisme et de pauvreté élevés, dresse déjà des obstacles significatifs à l'accès aux biens de connaissance. Les pays en développement qui ont adhéré au Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur doivent examiner attentivement les voies et moyens de mettre en œuvre des dispositions anti-contournement pour garantir que le potentiel considérable qu'ont les technologies de l'information de faciliter l'utilisation, l'accès et la distribution des biens de connaissances ne sera pas entravé de manière injustifiée. Des commentateurs et des chercheurs ont noté que la mise en œuvre du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur aux États-Unis¹⁹⁵ n'entre pas dans le cadre d'une approche équilibrée de la réglementation du droit d'auteur et a le potentiel de saper de manière significative les limitations et exceptions existantes dans la loi américaine relative au droit d'auteur.¹⁹⁶ Les pays en développement devraient certainement prendre note des faiblesses de cette approche et rechercher d'autres stratégies plus équilibrées de mise en œuvre du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur.

6.1.9 Limitations et exceptions au WCT/WPPT

Conformément à la Déclaration convenue,¹⁹⁷ le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur reconnaît le droit des États membres d'étendre à l'environnement numérique les limitations qui existent dans l'environnement de l'imprimé. Ceci signifie que les limitations et exceptions reconnues par la Convention de Berne, ainsi que les limitations et exceptions figurant dans les lois nationales des États membres devraient être adaptées de manière appropriées et étendues aux œuvres digitales. Qui plus est, la Déclaration convenue spécifie également que les États membres peuvent « élaborer de nouvelles limitations et exceptions appropriées à l'environnement du réseau numérique. » en conséquence, les pays en développement devraient examiner attentivement de nouvelles limitations et exceptions nécessaires pour encourager l'accès aux œuvres numériques, en conformité avec les buts de développement identifiés et l'intérêt général du public.¹⁹⁸ Il faudrait noter que, dans ce contexte, les limitations et exceptions ne devraient pas être limitées aux œuvres protégées par le droit d'auteur, mais devraient également englober les technologies qui entravent l'accès. Ainsi, par exemple, le contournement des contrôles technologiques dans le but d'accéder à une œuvre légalement acquise à des fins éducatives ou d'utilisation personnelle devrait être une limitation/exception aux fins du WCT et du WPPT.

6.1.10 Renforcer la politique de la concurrence nationale

Plusieurs commentateurs ont suggéré que l'article 40 de l'Accord sur les ADPIC pouvait servir de base à la prise en compte des questions d'offre de marché en ce qui concerne la facilitation de l'accès en vrac aux œuvres protégées par le droit d'auteur dans les pays en développement. L'article 40 prévoit que les États membres peuvent spécifier dans leur législation nationale les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui constituent des usages abusifs des droits de propriété intellectuelle ayant des effets préjudiciables sur la concurrence dans le marché pertinent. L'article 40 traite directement de la concurrence et apporte un complément au principe de base énoncé dans l'article 8(2) de l'Accord sur les ADPIC, selon lequel les pays peuvent adopter des mesures afin de freiner l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle.¹⁹⁹ Dans la mesure où l'autorité légitime dont disposent les États pour prendre de telles mesures est liée à des effets compétitifs préjudiciables, cet article est d'une valeur limitée pour les pays en développement : 1) en l'absence de politique de la concurrence nationale dans laquelle une telle mesure peut être ancrée ; et 2) si les pratiques interdites n'ont pas d'effets négatifs sur le commerce, la concurrence et le transfert de technologie. Une considération importante pour les pays en développement est donc le renforcement de la législation et de la politique internes en matière de concurrence, afin de mettre à profit la flexibilité offerte par les ADPIC pour le recours à des réglementations extra-droit d'auteur afin de prendre en compte les effets de pratiques abusives ou anticoncurrentielles. Un pas dans cette direction est de déterminer des pratiques spécifiques, telles que le recours à des contrôles technologiques

pour empêcher l'accès que la législation en matière de droit d'auteur autorise par ailleurs, qui constituent une utilisation abusive du pouvoir de marché et/ou une utilisation abusive du droit d'auteur.

6.1.11 Article 40, les opportunités qu'il offre et ses limites

Dans le contexte du droit d'auteur, les conditions énoncées dans l'article 40 seront difficiles à remplir pour nombre de pays en développement et PMA. Dans un marché idéal, les biens de substitution devraient être aisément disponibles pour les œuvres protégées par le droit d'auteur dont les prix déraisonnablement élevés par rapport à cd marché.²⁰⁰ Toutefois, les produits de substitution pour les œuvres protégées par le droit d'auteur dont les prix sont déraisonnablement élevés dans les pays en développement ne sont pas disponibles dans les pays en développement, pour un certain nombre de raisons structurelles et autres liées au phénomène même du sous-développement – c'est-à-dire la faiblesse de la demande, la faiblesse du pouvoir d'achat, les obstacles logistiques, etc. Plus simplement, la question clé pour les pays en développement est l'accès à des copies multiples d'œuvres, à un prix abordable, et secondairement, aux droits de traduction. Le refus d'un détenteur de droit d'auteur d'accorder une licence pour les droits de traduction ou de baisser les prix pour le marché des pays en développement peut aisément être considéré comme une « pratique » anticoncurrentielle ou une « utilisation abusive », aux fins de l'article 40, car ceci entre dans le champ de la concession de droits exclusifs.²⁰¹ Même dans le cadre des normes les plus libérales, le seuil pour les pratiques abusives et restrictives doit être *plus élevé* que l'exercice légitime de droits exclusifs par un titulaire, du fait, en particulier, que l'article 40(2) exige que toute mesure prise soit compatible avec les droits conférés par les ADPIC.²⁰² Là encore, en dehors de l'environnement numérique/informatique, il y a peu de raison de supposer un pouvoir de monopole sur la plupart des œuvres protégées par le droit d'auteur, car la législation relative au droit d'auteur ne protège pas les idées sous-jacentes ou autres objets essentiellement utilitaires. Néanmoins, des propositions visant la mise en place de normes minimales pour la politique de la concurrence liée aux brevets peuvent également être utiles pour le contexte du droit d'auteur.²⁰³ Au titre d'une telle proposition, les agences administratives ou autres institutions appropriées dans les pays en développement pourraient adopter une liste de normes devant régir la concession de licences appropriées pour les droits dans le contexte de logiciels d'accès, où les effets de la concurrence sont beaucoup plus susceptibles de survenir, ou en ce qui concerne l'utilisation de contrôles technologiques.²⁰⁴

Le rôle important des limitations et exceptions au but fondamental du droit d'auteur devrait constituer une partie plus centrale de la structure et du fonctionnement du système international de droit d'auteur. Plusieurs propositions importantes ont été faite en vue de la facilitation d'un équilibre plus explicite entre les droits et l'accès dans le contexte international.

En premier lieu, les membres de l'OMPI devraient envisager de réformer le test en trois étapes afin de garantir que les valeurs en matière d'intérêt public sont prises en compte dans l'application du test.²⁰⁵ Une proposition de réforme connexe vise à inclure une disposition de portée générale, similaire à la disposition singulière en matière d'usage loyal qui figure dans la législation américaine relative au droit d'auteur, dans le corpus du droit international relatif au droit d'auteur.²⁰⁶ Une telle disposition, incorporée de manière explicite dans un traité international, exercerait une force doctrinale et interprétative considérable lorsqu'il s'agira d'examiner la légitimité des limitations et exceptions nationales. Qui plus est, pour les pays qui traitent les accords internationaux comme auto-exécutoires, une disposition internationale en matière d'usage loyal offrirait aux citoyens nationaux l'opportunité d'utiliser des produits de connaissance sans qu'il soit nécessaire de prendre des actes législatifs affirmatifs au niveau national. Et dans une période post-ADPIC, une disposition internationale en matière d'usage loyal influera également sur la doctrine juridique naissante, mais fortement mécaniste, du système de règlement des différends de l'OMC, qui reflète un esprit mercantiliste fort qui, pour certains, compromet l'importance des principes d'intérêt public pour le processus créatif.²⁰⁷

Une troisième proposition vise à établir un principe de limitations et exceptions minimales. Ceci nécessite l'identification des limitations et exceptions les plus courantes, reconnues par les États et l'intégration de ces pratiques dans un traité international ou dans un Protocole à la Convention de Berne. Le traité pourrait exiger la reconnaissance de ces limitations et exceptions minimales comme exemples d'actes représentant un ensemble central de pratiques devant être reconnues par les États comme des expressions légitimes de l'intérêt public. L'établissement d'une telle liste a été facilité par ce projet, qui identifie un ensemble substantiel de limitations et exceptions pratiquées ou reconnues par de nombreux pays. Cette liste pourrait servir de point de départ à un effort plus complexe et plus général visant à établir un ensemble minimal de limitations et exceptions comme question de droit international.

CONCLUSION

Les progrès technologique et la croissance économique ont été liés de manière indiscutable dans l'histoire du développement. Les progrès technologiques exigent à la fois un système d'encouragement de l'innovation et un cadre réglementaire où les idées et les concepts novateurs peuvent raisonnablement être promus. Le système de propriété intellectuelle a longtemps servi cette fin, et continuera probablement de le faire dans l'avenir prévisible. L'on peut toutefois se poser la question de savoir si l'avenir du droit d'auteur produira la même abondance d'expression créative manifeste dans son passé, en l'absence de moyens positifs d'encourager l'utilisation et la dissémination d'œuvres créatives. Le système international de droit d'auteur joue à présent un rôle central dans la détermination de la législation intérieure et dans la préservation d'un système en mesure de générer les biens publics associés à la liberté de la presse, la liberté d'information et l'accès à des outils éducatifs de base. Le rôle des limitations et exceptions est d'une extrême importance dans cet effort. Pour les pays en développement, les limitations et exceptions sont des outils stratégiques et doctrinaux importants qui facilitent le développement économique en fournissant aux citoyens les moyens de base pour s'engager dans des entreprises intellectuelles et pour participer à l'économie globale des connaissances. Ce système international doit réussir à s'attaquer aux défis du développement et à les relever dans cette ère du numérique, en garantissant que les créateurs et les utilisateurs disposent du cadre réglementaire nécessaire afin de réaliser les buts en matière de bien-être pour lesquels le système a été conçu.

ENDNOTES

¹ Voir Convention de Berne pour la protection des œuvres artistiques et littéraires, 9 sept. 1886, dernière révision le 24 juillet 1971, 25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221 [*Ci-après* Convention de Berne] ; Traité des droits d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), 20 déc. 1996, S. Treaty Document. N° 105-17, 36 I.L.M. 65 [*ci-après* WCT] ; Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 déc. 1996, 36 I.L.M. 76 [*ci-après* WPPT].

² Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce, 15 avril 1994, Marrakech, Accord établissant l'organisation mondiale du commerce, annexe 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 81 (1994) [*ci-après* Accord sur les ADPIC].

³ *Id.*, art. 7.

⁴ Un vaste corps de littérature a examiné les relations entre les pays en développement et les pays développés dans le système international de propriété intellectuelle. Toutefois, même parmi les pays actuellement développés, les différences de niveaux de développement économique ont entraîné des compromis dans les négociations sur la portée des droits accordés au titre de Berne. Voir généralement SAM RICKETSON, *THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986* (1987). En outre, même au titre de l'Accord sur les ADPIC, les différences de priorités sociales, juridiques et culturelles ont affecté les négociations sur la portée de certains droits. Voir, DANIEL GERVAIS, *THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* (1998).

⁵ Voir par exemple, Accord sur les ADPIC, *ci-dessus*, note 2, arts. 7, 8(1) (notant que les droits de propriété intellectuelle devraient être protégés et appliqués « d'une manière propice au bien-être économique et social » et que les membres peuvent adopter des mesures « pour promouvoir l'intérêt public ») ; Convention de Berne, note 1 *ci-dessus*, art. 9 (prévoyant une exception au droit exclusif de reproduction de l'auteur dans des « cas spéciaux », communément interprétés comme la protection de l'intérêt public dans la dissémination de l'information). Voir également also Paul Abel, *Copyright in International Perspective*, 1 J. WORLD TRADE L. 399 (1967) (décrivant le droit d'auteur comme un droit "socialement lié").

⁶ Voir Ruth L. Okediji, *Development in the Information Age: Issues in the Regulation of Intellectual Property Rights, Computer Software and Electronic Commerce*, ICTSD/UNCTAD Issue Paper 9 (2004).

⁷ Voir Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 YALE L.J. 1575, 1581 (2002) ("Intellectual property rights, if made too strong, may impede innovation and conflict with other economic and policy objectives – S'ils deviennent trop forts, les droits de propriété intellectuelle peuvent entraver l'innovation et entrer en conflit avec d'autres objectifs économiques et de politique.")

⁸ Voir Pierre Desrochers, *Excludability, Creativity and the Case against the Patent System*, ECON. AFF., sept. 2000, à 14 ; Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, J. ECON. PERSP., hiver 1991, à 29.

⁹ Voir Ronald J. Gilson, *The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants not to Compete*, 74 N.Y.U. L. REV. 575 (1999).

¹⁰ Voir Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L. J. 965, 965-68, 1007-12 (1990) (caractérisant le travail de l'auteur comme similaire à la « traduction et à la recombinaison »).

¹¹ Les romans de fan et les films de fan ont recours aux images, aux personnages et aux thèmes d'émissions de télévisions, de films et de littérature. Les œuvres créées par des fans ne sont souvent disponibles que sur l'Internet et peuvent elles-mêmes être transformées par d'autres écrivains et créateurs. Voir généralement Rebecca Tushnet, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law*, 17 LOY. L.A. ENT. L.J. 651 (1997).

¹² Un « blog » « weblog » est un site Web ou un ensemble de pages Web régulièrement actualisés, dans lesquels les auteurs reproduisent souvent le contenu d'autres sites. Voir Dan Hunter and F. Gregory Lastowka, *Amateur-to-Amateur*, 46 WM. & MARY L. REV. 951, 956-57, 984-87 (2004) ("Bloggers often link to, quote from, and comment upon other written works posted online by newspapers and other bloggers. Sometimes the extent of such blog 'sampling' triggers lawsuits.")

¹³ Voir Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, CRI (2005).

¹⁴ Voir Ruth L. Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75 (2000).

¹⁵ Voir Ruth L. Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement*, 17 Emory Int'l L. Rev. 819 (2003); Graeme B. Dinwoodie, *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, 149 U. Pa. L. Rev. 469 (2000).

¹⁶ Le Statute of Anne est communément reconnu comme le premier texte juridique formel sur le droit d'auteur. Il fut promulgué en 1710 par le Parlement britannique. Au préalable, un type de droit d'auteur privé existait sous forme de charte royale accordée en 1557 à la Compagnie des papetiers, réservant aux membres de la Compagnie le droit exclusif d'imprimer des œuvres. Préalablement au droit d'auteur des papetiers, les imprimeurs et les libraires anglais s'étaient organisés en corporations, les membres usant de la force d'accord privé (force of private agreement) pour ne pas publier les œuvres les uns des autres. Pour des renseignements complémentaires sur l'historique du droit d'auteur, voir Lyman Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective* (1968).

¹⁷ Pour une brève discussion sur le contexte de la protection de la propriété intellectuelle dans les traités commerciaux, voir Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 UN. OF OTTAWA L. AND TECH. J. 125 (2003-2004) (se concentrant spécifiquement sur les politiques commerciales américaines) [*ci-après Okediji, Back to Bilateralism?*].

¹⁸ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce, 15 avril 1994, Accord de Marrakech établissant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 1C : 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 81 (1994) [*ci-après Accord sur les ADPIC*].

¹⁹ L'article 7 de l'Accord sur les ADPIC qui pourrait être considéré comme l'énoncé de la mission du nouveau système international de propriété intellectuelle, stipule : « 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'existence d'un mécanisme de mise en application pour les violations des règles de droit d'auteur, établi par l'Accord sur les ADPIC est essentielle en vue de la réalisation d'une législation internationale sur les droits d'auteurs. Voir par exemple Graeme Dinwoodie, *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 OH. ST. L. J. 733, 734 (2001) (describing international copyright law as suddenly "very real" after the issuance of a WTO Panel Report finding the U.S. in violation of the TRIPS Agreement); Jane C. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?, The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Exceptions*, 187 REVUE INT'L. DU DROIT D'AUTEUR 3 (January 2001). Mais voir Ruth Okediji, *TRIPS Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law*, 49 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 585 (2001) [*ci-après Okediji, TRIPS Dispute Settlement*] (qui suggère des raisons pour lesquelles le système de règlement des différends de l'OMC n'est peut-être pas une source significative de législation supranationale sur les droits d'auteur).

²⁰ L'article 68 de l'Accord sur les ADPIC prévoit un Conseil des ADPIC chargé, entre autres, de surveiller « le fonctionnement [de l'Accord] et en particulier contrôlera si les Membres s'acquitteront des obligations qui en résultent, et il ménagera aux Membres la possibilité de procéder à des consultations sur les questions concernant les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Il exercera toute autre attribution que les Membres lui auront confiée ... » *Id.*

²¹ Voir Accord établissant l'Organisation mondiale du commerce, annexe 2 : Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, 15 avril, 1994, 33 I.L.M. à 1226 (1994) [*ci-après ORD*].

²² Voir Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 9 sept. 1886, dernière révision le 24 juillet 1971, 25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221 [*ci-après Convention de Berne*]. Bien que la Convention de Berne ait coexisté avec une autre traité de droit d'auteur important (mais à présent essentiellement non pertinent), la Convention universelle sur les droits d'auteur, la structure du système international moderne de droits d'auteurs, est sans nul doute axée sur la Convention de Berne.

²³ Les faiblesses du régime antérieur aux ADPIC sont bien documentées dans la littérature. Voir par exemple, Marshall Leaffer, *Protecting U.S. Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism*, 76 IOWA L. REV. 273 (1991).

²⁴ Voir Ruth L. Okediji, *Sustainable Access to Copyrighted Digital Information Works in Developing Countries*, in *INTERNATIONAL PUBLIC GOODS & TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME* (Jerome Reichman & Keith Maskus, eds., Cambridge University Press, 2005) [*ci-après* Okediji, *Sustainable Access*] (qui discute des étapes du multilatéralisme du droit d'auteur et de la structure de la Convention de Berne).

²⁵ L'article 68 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que le Conseil des ADPIC doit établir des arrangements de coopération avec divers organes de l'OMPI. Voir Conseil des ADPIC, note 3 *ci-dessus*

²⁶ Traité relatif aux droits d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), 20 déc. 1996, 36 I.L.M. 65. [*ci-après* WCT].

²⁷ Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 déc. 1996, 36 I.L.M. 76 [*ci-après* WPPT].

²⁸ Voir généralement Ruth L. Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement*, 17 *EMORY INT. L. REV.* 819 (2003) [hereinafter Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO*].

²⁹ Certaines de ces limitations comprennent la liberté des idées, exprimées dans la dichotomie idée/expression ; la protection limitée des œuvres utiles ; et la doctrine de la fusion. De celles-ci, la dichotomie idée/expression a été incorporée dans l'Accord sur les ADPIC. Voir Accord sur les ADPIC, note 3, *ci-dessus*, art. 9(2).

³⁰ Voir ALAI Study Days—The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions (1999) (rapport basé sur une Conférence d'ALAI sur ce sujet, présentant des résumés et des aperçus des exemptions spécifiques, des lois nationales et des approches générales des limitations et des exceptions) ; WIPO STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, WIPO STUDY ON LIMITATIONS AND EXCEPTIONS OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS IN THE DIGITAL ENVIRONNEMENT, 9^{ème} Session, 23-27 juil. 2003, WIPO Doc. SCCR/9/7 (avril 5, 2003) [*ci-après* Etude de l'OMPI] (portant sur le champ d'application et l'interprétation des exceptions de la Convention de Berne). Voir également GILLIAN DAVIES, *COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST* (2^{ème} éd., 2002) (qui présente le contexte théorique et historique, avec des exemples de diverses approches nationales) ; ROBERT BURRELL & ALLISON COLEMAN, *COPYRIGHT EXCEPTIONS: THE DIGITAL IMPACT* (2005) (portant sur la Directive de l'UE relative au droit d'auteur et sur l'environnement numérique).

³¹ Voir généralement Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO*, note 13 *ci-dessus*.

³² Comme je l'ai noté ailleurs, le contexte du libre-échange au sein duquel mener l'analyse de cet équilibre est problématique. En conformité avec les théories du libre-échange, l'action étatique est généralement perçue de manière défavorable comme une forme de protectionnisme qui compromet le bien-être public. Toutefois, ce principe n'est pas applicable à la réglementation de la propriété intellectuelle, où l'action de l'État en vue de restreindre la portée des privilèges exclusifs n'est pas une forme de « protectionnisme » qui entrave la concurrence. Les limitations et exceptions sont des mécanismes importants pour promouvoir la concurrence dans l'innovation en encourageant l'accès aux œuvres protégées. Comme on peut le lire :

Dans le domaine de la propriété intellectuelle ... la notion de « protectionnisme » devrait être perçue différemment du protectionnisme dans le contexte des échanges. Le principe sous-jacent de l'Accord sur les ADPIC est que des niveaux élevés de protection de la propriété intellectuelle rehausseront le bien-être national et global. En conséquence, les règles, les pratiques ou politiques perçues comme affaiblissant les droits de propriété intellectuelle ou diluant la force de l'intérêt de la propriété accordé par les lois de propriété intellectuelle, sont considérées ... avec désapprobation dans le régime des ADPIC comme « protectionnistes », avec toutes les connotations négatives qui y sont associées dans le contexte des échanges. En conséquence, une politique utilitaire sur la propriété intellectuelle telle que celle des États-Unis (ou des aspects utilitaires des politiques dans d'autres pays) est susceptible d'être suspecte ... en dépit du fait que cette politique a contribué à la promotion d'un effort créatif considérable. En ce qui concerne la propriété intellectuelle, donc, les efforts « protectionnistes » visant à équilibrer les droits de propriété intellectuelle en imposant des contraintes sur la mise en application des obligations, auront pour effet, dans certaines conditions, de maximiser le bien-être.

Id.) 835-836 (c'est nous qui soulignons). Voir également en général Ruth Gana Okediji, *Copyright and Public Welfare in Global Perspective*, 7 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 117 (1999).

³³ Okediji, *Sustainable Access*, note 9 *ci-dessus*.

³⁴ Voir également Accord établissant une Association (Accord d'association) entre l'Union européenne et le Chili, 18 nov. 2002, tit.VI, 2002 O.J. (L 352) 3, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2002/l_352/l_35220021230en00031439.pdf, dernière visite le 26 mai 2005, qui spécifie dans son article 170 :

Conformément aux objectifs énoncés dans l'article 168, les parties devront :

(a) continuer de garantir la mise en oeuvre adéquate et effective des obligations découlant des conventions suivantes : (i) Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce, annexe 1C à l'Accord établissant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur les ADPIC) ; (ii) Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Acte de Stockholm, 1967) ; (iii) la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris, 1971) ; (iv) la Convention de Rome pour la protection des interprètes et exécutants, des producteurs phonogrammes et des organisation de diffusion (Rome, 1961) ; et (v) la Convention internationale relative à la protection des nouvelles variétés végétales, 1978 (« Convention UPOV de 1978 »), ou la Convention internationale relative à la protection des nouvelles variétés végétales 1991 (« Convention UPOV de 1991 ») ;

(b) d'ici le 1^{er} janvier 2007, adhérer et garantir une mise en œuvre adéquate et effective des obligations découlant des conventions multilatérales suivantes : (i) Accord de Nice concernant la classification internationale des biens et services aux fins de l'enregistrement des marques (Acte de Genève, 1977, amendé en 1979) ; (ii) Traité sur le droit d'auteur de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1996) ; (iii) Traité relatif aux interprétations et exécutions et aux phonogrammes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (Genève, 1996) ; (iv) Traité de coopération sur les brevets (Washington, 1970, amendé en 1979 et modifié en 1984) ; et (v) Accord de Strasbourg de 1971 concernant la classification internationale des brevets (Strasbourg 1971, amendé en 1979) ;

(c) d'ici le 1^{er} janvier 2009, adhérer et garantir une mise en œuvre adéquate et effective des obligations découlant des conventions multilatérales suivantes : (i) Convention relative à la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisées de leurs phonogrammes (Genève, 1971) ; (ii) Accord de Locarno établissant une classification internationale des dessins industriels (Union de Locarno, 1968, amendé en 1979) ; (iii) Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt de microorganismes à des fins de procédure de délivrance de brevet (1971, amendé en 1980) ; et (iv) Traité sur le droit des marques (Genève, 1994) ;

(d) déployer tous les efforts pour ratifier et garantir la mise en œuvre adéquate et effective des obligations découlant des conventions multilatérales suivantes, dans les meilleurs délais possibles : (i) Protocole à l'Accord de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (1989) ; (ii) Accord de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (Acte de Stockholm 1967, amendé en 1979) ; et (iii) Accord de Vienne établissant une classification internationale des éléments figuratifs des marques (Vienne 1973, amendé en 1985).

De plus, l'article 171 prévoit que d'autres accords relatifs à la propriété intellectuelle peuvent, dans l'avenir, être ajoutés à cette liste. *Id.* Voir également also Decision No 2/2001 of the E.U.-Mexico Joint Council, tit. IV, 2001 O.J. (L 70) 7, 17, disponible à : http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2001/l_070/l_07020010312en00070050.pdf, dernière visite le 26 mai 2005, exigeant l'adhésion du Mexique à divers accords internationaux relatifs à la propriété intellectuelle, notamment WCT et WPPT.

³⁵ Voir Convention de Vienne relative au droit des traités 23 mai 1969, art. 31(3), U.N. Doc. A/Conf. 39/27 à 289 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 [*ci-après* Convention de Vienne], qui prévoit que la pratique étatique ultérieure dans l'application d'un traité devrait être prise en compte dans l'interprétation du traité.

³⁶ Voir généralement Okediji, *TRIPS Dispute Settlement*, note 4 *ci-dessus*.

³⁷ Pour une théorie générale sur les institutions internationales en tant qu'organes normatifs, voir JOSE ALVAREZ, *INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS* (à paraître 2005).

³⁸ Voir généralement Laurence Helfer, [Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking](#), 29 YALE J. INT'L L. 1, 6 (2004) (notant que les pays en développement ont commencé à "passer à des régimes dont les institutions, les acteurs et les procédures de prise de décision sont plus propices à la réalisation des résultats souhaités, à alléger la pression exercée par les groupes d'intérêt nationaux pour l'élaboration de lois dans d'autres régimes, à générer des normes de propriété intellectuelle contre régime en conflit avec les ADPIC, et à développer des propositions concrètes à intégrer dans l'OMC et dans l'OMPI ... Les questions de propriété intellectuelle sont à présent au premier plan ou presque au premier plan de l'ordre du jour d'organisations intergouvernementales telles que l'Organisation mondiale de la santé et l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, dans des instances de négociation internationales telles que la Conférence des parties à la Convention relative à la diversité biologique et la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, ainsi que dans des organes d'experts ou politiques tels que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et sa Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme »).

³⁹ Okediji, *Sustainable Access*, note 9 ci-dessus.

⁴⁰ Pour un examen général du bilatéralisme américain dans les accords commerciaux dans la manière dont ils affectent la propriété intellectuelle, voir Okediji, *Back to Bilateralism?*, note 2 ci-dessus.

⁴¹ Il y a de la littérature abondante sur le transfert de technologie et sur l'échec de l'accord international. Pour une discussion sur la façon dont cette histoire a affecté les négociations sur les ADPIC, voir Pedro Roffe, *Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licenses under the TRIPS Agreement*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE: THE TRIPS AGREEMENT 280* (Carlos M. Correa & Abdulqawi A. Yusuf eds. 1998).

⁴² Voir Accord sur les ADPIC, note 3 ci-dessus, arts. 8(2) et 40.

⁴³ Etude de l'OMPI, note 15 ci-dessus, à 3.

⁴⁴ Voir SAM RICKETSON, *THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986* (1987).

⁴⁵ Etude de l'OMPI, note 15 ci-dessus, à 4.

⁴⁶ Voir Convention de Berne, note 7 ci-dessus, art. 9(2), qui prévoit : « 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. » Avant de pouvoir justifier une exception au droit de reproduction, au titre du droit national, les prescriptions du test en trois étapes doivent être remplies. ETUDE DE L'OMPI, note 15 ci-dessus, à 21.

⁴⁷ Voir Convention de Berne, note 7 ci-dessus, art. 9(2), qui prévoit : « 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. » Avant de pouvoir justifier une exception au droit de reproduction, au titre du droit national, les prescriptions du test en trois étapes doivent être remplies. ETUDE DE L'OMPI, note 15 ci-dessus, à 21.

⁴⁸ Pour des commentaires sur cette question, voir Ginsburg, note 4 ci-dessus ; Dinwoodie, note 4 ci-dessus ; Okediji, *TRIPS Dispute Settlement*, note 4 ci-dessus.

⁴⁹ Voir Rapport du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC, États-Unis – Section 110(5) de la U.S. Copyright Act, 15 juin 2000, WTO Doc. WT/DS160/R (2000) [ci-après Rapport du Groupe spécial-110(5)]. Ceci a été le cas dans les différends commerciaux "purs" et est à présent étendu aux différends sur les ADPIC. Voir également Rapport du Groupe spécial de l'OMC, Canada-Certaines mesures concernant les périodiques, 14 mars 1997, WTO Doc. No. WT/DS31/R (1997) ; Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, Canada-Certaines mesures concernant les périodiques, 30 juin 1997, WTO Doc. No. WT/DS31/AB/R (1997). Voir également Rapport de l'Organe d'appel de l'OMC sur la plainte des États-Unis relative à la protection par des brevets appliquée par l'Inde pour les produits pharmaceutiques et agrochimiques,

WT/DS50/AB/R (19 déc. 1997) [*ci-après* U.S.A. v. Inde]. L'Organe d'appel a statué que les « instructions administratives » par lesquelles l'Inde avait mis en œuvre l'article 70.8(a) de l'Accord sur les ADPIC étaient incompatibles avec les obligations de cette disposition, en dépit du fait que l'article 1.1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que « les membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques. » L'Inde avait soutenu que les instructions administratives étaient juridiquement contraignantes au titre du droit indien, mais ni le Groupe spécial, ni l'Organe d'appel n'avaient été persuadés par un tel argument. L'Organe d'appel a statué que les organes de règlement des différends de l'OMC peuvent légitimement interpréter les lois d'un Membre pour voir si elles remplissent les obligations de l'Accord sur les ADPIC. *Id.* à 25, ¶¶ 65-67.

⁵⁰ Voir Helfer, note 23 *ci-dessus* (discussion sur les alliances).

⁵¹ RICKETSON, note 29 *ci-dessus*, à 78 (qui note que l'avant-dernière version de la Convention, conclue en 1885, ne satisfaisait pas certains pays tels que la France, qui estimait que la Convention n'allait pas assez loin en ce qui concerne des questions telles que l'incorporation des droits de traduction. La France avait néanmoins appuyé le projet de texte, afin de garantir que le Royaume Uni adhérerait à la Convention).

⁵² *Id.* A 46-49 (discutant du rôle de l'Association littéraire internationale dans l'élaboration de la Convention de Berne).

⁵³ *Id.* à 59-60 (notant l'initiative allemande, qui appelait à une codification complète des règles internationales qui affectent le droit d'auteur. Ceci avait été rejeté par d'autres gouvernements qui estimaient que l'harmonisation profonde serait politiquement coûteuse et juridiquement peu plausible, étant donné les larges divergences entre les pratiques nationales qui existaient).

⁵⁴ Okediji, *Back to Bilateralism?*, note 2 *ci-dessus*.

⁵⁵ Ruth Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L. L. 75, 147 (2000).

⁵⁶ Sam Ricketson, *U.S. Accession to the Berne Convention: An Outsider's Appreciation*, 8 INTELL. PROP. J. 87; Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, note 40 *ci-dessus*, à 147-148.

⁵⁷ Voir ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 38-39 (soutenant que les traductions pourraient être considérées comme un type de reproduction, ce qui permettrait l'application d'exceptions au titre de l'article 9(2) de la Convention de Berne, car l'utilisateur est uniquement en train de reproduire l'œuvre de manière différente). Voir aussi Convention de Berne, note 7, art. 9 *ci-dessus*.

⁵⁸ Voir par exemple Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, art. 2(8) (qui crée une exception pour les nouvelles du jour et les informations de presse) ; *id.* à art. 10 (qui permet de tirer des citations d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public) ; *id.* à art. 10(2) (qui autorise les pays membres à permettre l'utilisation 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).

⁵⁹ Voir Oluwafunmilayo O. Arewa, *From J.S. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context*, 84 N.C. L. REV. 547 (2006).

⁶⁰ Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*.

⁶¹ See Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO*, note 13 *ci-dessus*, à 878, n.182 (2003).

⁶² Voir Ernst-Ulrich Petersmann, *Why Do Governments Need the Uruguay Round Agreements, NAFTA and the EEA?*, 49 SWISS REV. INT'L ECON. REL. (AUSSENWIRTSCHAFT) 31 (1994); Ernst-Ulrich Petersmann, *THE GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM: INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND DISPUTE SETTLEMENT* 10-65 (1996).

⁶³ Okediji, *Sustainable Access*, note 9 *ci-dessus*.

⁶⁴ Voir Accord sur les ADPIC, note 3 *ci-dessus*, art. 13. (« Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à des droits exclusifs à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation anormale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. ») L'article 13 s'applique à tous les droits exclusifs listés au titre de la Convention de Berne, notamment le droit de reproduction, ainsi que tout droit de location au titre de l'Accord sur les ADPIC. Voir ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 47.

⁶⁵ «La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures et méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. » Accord sur les ADPIC, note 3 *ci-dessus*, art. 2.

⁶⁶ Voir *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879); 17 U.S.C. § 102 (b). Voir également *Cuisenaire v. S.W. Imports, Ltd.*, [1969] S.C.R. 208, 211-212 (analyse de la dichotomie idée/expression dans la

législation canadienne relative à la propriété intellectuelle) ; *Designers Guild v. Russell Williams*, [2000] 1 W.L.R. 2416, 2423 (analyse de la dichotomie idée/expression dans la législation britannique relative à la propriété intellectuelle).

⁶⁷ Accord sur les ADPIC, note 3 *ci-dessus*, art. 2.

⁶⁸ Voir *Baker*, 101 U.S. à 103 ("L'objet même de la publication d'un livre sur la science ou sur les arts utiles est de communiquer au monde les connaissances utiles qu'il contient. Mais cet objet serait contrarié si les connaissances ne pouvaient être utilisées sans entraîner la culpabilité du piratage du livre. »).

⁶⁹ Voir *WCT*, note 11 *ci-dessus*, art. 2.

⁷⁰ Voir *WIPO*, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Acte de Paris, 1971) 23 (1978).

⁷¹ Voir *Convention de Berne*, note 7 *ci-dessus*, art. 2(4). « Il est réservé à la législation nationale de déterminer (a) si de tels textes doivent être protégés, et (b) si oui, dans quelle mesure. » *ETUDE DE L'OMPI*, note 15 *ci-dessus*, à 10.

⁷² Voir *Convention de Berne*, note 7 *ci-dessus*, art. 2bis(1).

⁷³ Voir 17 U.S.C. §102(a) (2000).

⁷⁴ Directive du Conseil 98/71/EC relative à la protection juridique des dessins, 1998 O.J. (L 289) 28.

⁷⁵ Voir *Convention de Berne*, note 7 *ci-dessus*, art. 7(1).

⁷⁶ Voir *Accord sur les ADPIC*, note 3 *ci-dessus*, art. 12.

⁷⁷ Voir par exemple, *United States-Australia Free Trade Agreement*, 16 mai 2004, U.S.-Austl., art. 17.4.4, disponible à :

http://www.ustr.gov/trade_agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/Section_Index.html.

⁷⁸ *William Patry, Choice of Law and International Copyright*, 48 AM. J. COMP. L. 383, 390 (2000) (qui note que la convention de Berne a une prescription d'originalité).

⁷⁹ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

⁸⁰ *Id.* Voir également *Key Publ'ns, Inc. v. Chinatown Today Pub. Enterprises, Inc.*, 945 F.2d 509, 514 (2d Cir. 1991) (qui spécifie que la "réflexion de minimis" est suffisante pour répondre au critère d'originalité).

⁸¹ Voir *Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG) (1965)*, tel qu'amendé le 8 mai 1998, art. 2(2) (F.R.G.) ("Les créations intellectuelles personnelles seules constitueront des oeuvres au sens de cette Loi.").

⁸² Voir *Gerhard Schricker, Farewell to the "Level of Creativity" (Schopfungshöhe)*, in *German Copyright Law*, 26 IIC 41 (1995).

⁸³ Voir *Convention de Berne*, note 7 *ci-dessus*, art. 2(2).

⁸⁴ Voir 17 U.S.C. §102(a) (2000).

⁸⁵ Voir généralement *Daniel Gervais, Traditional Knowledge & Intellectual Property : A TRIPS-Compatible Approach*, 2005 MICH. ST. L. REV. 137, 164-65 (2005) ; *Binyomin Kaplan, Determining Ownership of Foreign Copyright : A Three-Tier Proposal*, 21 CARDOZO L. REV. 2045, 2086 (2000).

⁸⁶ *Mais voir MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993), dans lequel le chargement d'un programme dans la mémoire à des fins de maintenance a été jugé être une infraction. La Congrès a réagi en ajoutant une disposition au Copyright Act qui protège les propriétaires d'ordinateurs qui font des copies de programme « en raison de la mise en marche d'une machine ... à des fins uniquement d'entretien ou de réparation de cette machine. » 17 U.S.C. § 117(c) (2000). Voir également *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment, Inc. v. Ball*, [2004] All E.R. 334 (Ch.) (qui note que les puces qui contournent les codes régionaux sur les consoles de PlayStation 2 créent également une copie provisoire dans le RAM et sont donc des « articles de contrefaçon »).

⁸⁷ « Linking » renvoie généralement à des liens hypertexte (également appelés HREF links). Quand un utilisateur clique sur un lien, le nouveau contenu est affiché dans le navigateur. Le nouveau contenu peut provenir d'u même site Web ou d'un nouveau site Web ; dans le second cas, procéder au linking sans autorisation peut aboutir à une action en justice. Voir généralement *Maureen A. O'Rourke, Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World*, 82 MINN. L. REV. 609, 631-36 (1998).

⁸⁸ Voir *id.* à 632-34, 637-39 (" Un site qui utilise le framing a la capacité d'amener la totalité ou des portions des contenus d'un ou plusieurs autres sites qui sont 'framed' dans le site de linking. »).

⁸⁹ Par exemple *Wells Fargo & Co. v. WhenU.com, Inc.*, 293 F. Supp. 2d 734 (E.D. Mich. 2003).

⁹⁰ Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, à art. 2*bis*(1).

⁹¹ *Id.* Art. 2*bis*(3).

⁹² Voir par exemple, *id.*, art. 2(4) (qui réserve « aux législations des pays de l'Union » de déterminer la protection à accorder aux textes officiels et aux traductions officielles de ces textes) ; art. 2*bis*(1) (qui réserve « aux législations des pays de l'Union » la faculté la protection prévue à l'article accordée aux discours prononcés dans les débats judiciaires).

⁹³ Stefan Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 AM. J. COMP. L. 323, 361-62 (2004).

⁹⁴ Voir Helfer, note 23*ci-dessus*, à 24 (discute des pressions exercées par les U.S.A. et la Commission européenne sur les pays en développement pour les amener à signer des accords bilatéraux « ADPIC-plus »).

⁹⁵ Voir généralement *id.*

⁹⁶ De fait, « [i]l est possible donc que l'article 10(1) couvre autant des raisons couvertes par les dispositions relatives à « l'usage loyal » dans des lois nationales telles que celles des États-Unis d'Amérique (usa) » EUTDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 13.

⁹⁷ Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, art. 10(3).

⁹⁸ Voir Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, 9 septembre 1886, telle que révisée à Stockholm, le 14 juillet 1967, 828 U.N.T.S. 222 [*ci-après* Acte de Stockholm].

⁹⁹ Voir ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 17.

¹⁰⁰ Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, 54 STAN. L. REV. 1, 7 (2001)

(la restriction de l'expression par le droit d'auteur a fait beaucoup de ravages, en refroidissant l'expression politique de base telle que les reportages sur l'actualité et le commentaire politique, ainsi que la contestation religieuse, l'érudition historique, la critique culturelle, l'expression artistique et le divertissement quotidien. ») (notes de bas de page omises) ; Neil Weinstock Netanel, *Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena*, 51 VAND. L. REV. 217, 220 & passim (1998) (qui soutient que « la réglementation sur le droit d'auteur sert fondamentalement à garantir une culture démocratique »).

¹⁰¹ Voir Neil Weinstock Netanel, *Locating Copyright within the First Amendment Skein*, note 85 *ci-dessus*, à 47

(« La législation relative au droit d'auteur devrait se conformer aux types de contraintes de procédure et de fond que le Premier Amendement a été tenu d'imposer à d'autres corps de droit... »). Voir également Eric Allen Engle, *When Is Fair Use Fair?: A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law*, 15 TRANSNAT'L LAW. 187, 209 (2002) (décrivant la tension entre le Premier Amendement et la Constitution et la législation sur le droit de brevet des États Unis) ; Melville Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970) (même sujet).

¹⁰² Voir ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 19 (notant que l'utilisation de l'œuvre « doit être justifiée par le but d'information » et ne donne pas carte blanche pour la reproduction d'œuvres entières sous prétexte de comptes rendus d'événements d'actualité »).

¹⁰³ *Id.* A 21.

¹⁰⁴ Ruth Okediji, Bellagio Presentation [2004].

¹⁰⁵ Rapport de Groupe spécial – 110(5), note 34 *ci-dessus*.

¹⁰⁶ Voir Etude de l'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 21. (« L'article 9.2) ne fait aucune référence à des dispositions ... telles que les articles 10, 10*bis* et 2*bis*.2) ... qui ont été modifiées et maintenues en même temps ... 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'application. »)

¹⁰⁷ Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, art. 11*bis*(3).

¹⁰⁸ Le montant de la rémunération équitable relève de la législation nationale. Etude de l'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 30.

¹⁰⁹ Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, Annexe.

¹¹⁰ *Id.* Voir art. II et III.

¹¹¹ *Id.*

-
- ¹¹² *Id.*
- ¹¹³ *Id.*, art. IV.
- ¹¹⁴ Daniel J. Gervais, *The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges From the Very Old and Very New*, 12 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 929, 942 n. 70 (2002); Manon Ress, *Compulsory Licensing under the Appendix to the Berne Convention* (2004), disponible à : <http://www.dtifueyo.cl/Simposio/papers%20presentados/Ress-Berne-v9.pdf>.
- ¹¹⁵ WCT, note 11 *ci-dessus*, art. 1(4).
- ¹¹⁶ Voir Okediji, *Sustainable Access*, *supra* note 9 (étendant l'argument du domaine du brevet à celui du droit d'auteur).
- ¹¹⁷ Nancy T. Gallini & Michael J. Trebilcock, *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues*, in COMPETITION POLICY AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE KNOWLEDGE-BASED ECONOMY 17 (1998).
- ¹¹⁸ Voir *See* DANIEL GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS 68 (1998).
- ¹¹⁹ Voir Eleanor M. Fox, *Can Antitrust Policy Protect the Global Commons from the Excesses of IPRs?*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS & TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME (Jerome Reichman & Keith Maskus, eds., forthcoming 2005) à 762 (qui cite *Berkley Photo, Inc. v Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263 (2d Cir. 1979) [*ci-après* Fox, *Can Antitrust Policy Protect the Global Commons?*]).
- ¹²⁰ Fox, *Can Antitrust Policy Protect the Global Commons?*, *supra* note 104 (citing *Case C-40/70, Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. and others*, 1971 E.C.R. 69.).
- ¹²¹ Voir *par exemple* Convention de Berne, note 7 *ci-dessus*, Annexe, art. II(6), III(2).
- ¹²² Voir Hanns Ullrich, *Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS & TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., forthcoming 2005) à 731.
- ¹²³ *Id.* à n. 17.
- ¹²⁴ Voir *ci-dessus* discussion sur les limitations et exceptions compensées, Section III.2.B.
- ¹²⁵ Voir Okediji, *Sustainable Access*, note 9 *ci-dessus* (discutant du même sujet).
- ¹²⁶ Voir Brett Frischmann & Dan Moylan, *The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software*, 15 BERKELEY TECH. L.J. 865 (2000).
- ¹²⁷ Voir *F.E.L. Publ'ns, Ltd. v. Catholic Bishop*, 214 U.S.P.Q. (BNA) 409, 413 n.9 (7th Cir. 1982).
- ¹²⁸ *De Nederlandse Dagbladders v. Netherlands*, Case No. 192880, paras. 14-23 (La Haye, 2 mars 2005), disponible à : <http://www.clip.nl/download/english%20judgement.pdf> (version anglaise).
- ¹²⁹ Voir RICKETSON, note 29 *ci-dessus*, à 477
- ¹³⁰ Par exemple, la Loi relative au droit d'auteur, du 1er avril 1984, Liste I, Chapitre 51, des Seychelles, prévoit que les actes non contrôlés par le droit d'auteur comprennent "le traitement équitable (a) de l'utilisation privée ; (b) de la recherche. »
- ¹³¹ Par exemple, au Royaume-Uni, la loi sur le droit d'auteur établit une distinction entre l'étude purement privée et la recherche menée à des fins commerciales. Copyright, Designs and Patents Act of 1988, § 178, (qui définit "l'étude privée" en excluant l'étude menée à une fin commerciale direction ou indirecte).
- ¹³² Directive du Conseil 2001/29/EC, art. 5(2) (b), 2001 O.J. (L 167) 10.
- ¹³³ Voir *Sony Corp. of America v. Universal Studios Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).
- ¹³⁴ Voir *par exemple.*, Law Relating to the Protection of Copyright, Law No. 354, art. 11 (Egypte) ("Une fois qu'une œuvre a été publiée, son auteur ne sera pas habilité à interdire son exécution ou récitation dans des cercles familiaux, au sein du cercle d'association ...").
- ¹³⁵ 464 U.S. 417.
- ¹³⁶ *Id.* à 454-55.
- ¹³⁷ Voir Etude OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 12. (qui note qu'en l'absence de limitation sur l'étendue la citation, ceci est à régler au cas pas, sur la base du respect du but à atteindre et de bons usages.)
- ¹³⁸ Doris Estelle Long, First, "Let's Kill All the Intellectual Property Lawyers!": Musings on the Decline and Fall of the Intellectual Property Empire, 34 J. MARSHALL L. REV. 851, 875 (2001) (qui note la protection de la liberté d'expression pour certaines utilisations des oeuvres protégées par le droit d'auteur).
- ¹³⁹ Voir 17 U.S.C. §107 (2000) pour l'élaboration juridique de la doctrine de l'usage loyal aux Etats-Unis. doctrine in the United States.

¹⁴⁰ L'utilisation au titre de l'article 10(2) recouvre les émissions de radiodiffusion et les enregistrements sonores ou visuels, ainsi que le droit de reproduction. En accord avec cette proposition, une étude de l'OMPI note qu'il a été suggéré qu'il n'y avait aucune raison d'exclure l'enseignement en ligne ou par correspondance du champ d'application de « l'enseignement », aux fins de l'article 10(2). ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 5.

¹⁴¹ *Voir par exemple* le Technology, Education, and Copyright Harmonization (TEACH) Act, 17 U.S.C. §110(2) (2000).

¹⁴² *Voir* ETUDE DE L'OMPI note 15 *ci-dessus*, à 75-76.

¹⁴³ *Id.* à 76.

¹⁴⁴ *Voir par exemple* Directive du Conseil 2001/29/EC, art. 5(3) (b).

¹⁴⁵ En Inde, par exemple, la Loi relative au droit d'auteur accorde une protection spécifique pour des copies faites dans le but de créer un programme interopérable. Indian Copyright Act, art. 52(1). La Cour suprême hollandaise a autorisé l'accès des utilisateurs au code source d'un programme informatique, en annulant le droit d'auteur du développeur de logiciel. Supreme Court, 21 juin 1996 (Van Genk/De Wild), RvdW 1996, 145, Computerrecht 1996/5, 186, note Meijboom (cité dans 2 INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE, *Netherlands*, § 8 (Paul Edward Geller ed., 1988)). Un tribunal français a rejeté une plainte d'infraction dans un cas où le programme censé être en cause présentait des similitudes « purement fonctionnelles » nécessaires pour l'interopérabilité. Paris, 14e ch., 12 Dec. 1997, Expertises 1998, 192 (cité dans 2 INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE, *France*, § 8 (Paul Edward Geller ed., 1988)).

¹⁴⁶ En plus du droit d'auteur, cette limitation peut également être reconnue comme autorisée par les règles relatives à la liberté d'expression, dans certains pays.

¹⁴⁷ *Voir par exemple*, Audio Home Recording Act of 1992, Pub. L. 102-563, 28 oct. 1992, 106 Stat. 4237 (codifié à 17 USCA § 1001-1010).

¹⁴⁸ *Voir* Gillian Davies & Michele E. Hung, Music and Video Private Copying: An International Survey of the Problem and the Law 116-214 (1993).

¹⁴⁹ *Voir par exemple*, Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 VA. J. INT'L L. 369 (1997).

¹⁵⁰ *Voir* Helfer, note 23 *ci-dessus*.

¹⁵¹ Free Trade Agreement, 6 juin 2003, U.S.-Chile [*ci-après* Accord de libre-échange U.S.A./Chili], art. 17.7(3), *disponible à* http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/asset_upload_file912_4011.pdf.

¹⁵² Sur Accord de libre-échange U.S.A./Chili, voir Pedro Roffe, Bilateral Agreements and a TRIPS-plus World : The Chile-USA Free Trade Agreement, QUNO (2004).

¹⁵³ Accord de libre-échange U.S.A./Singapour, 6 mai 2003 [*ci-après* Accord de libre-échange U.S.A./Singapour], art. 16.4(10), *disponible à* http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf.

¹⁵⁴ Accord de libre-échange, 24 oct. 2000, U.S.A./Jordanie [*ci-après* Accord de libre-échange U.S.A./Jordanie], art. 4(16), 41 I.L.M. 63, 67 (2002), *disponible à* http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Jordan/asset_upload_file250_5112.pdf.

¹⁵⁵ Free Trade Area of the Americas [FTAA Draft Agreement], ch. XX, art. 1, FTAA Doc. No. FTAA.TNC/w/133/Rev.3 (21 nov. 2003), *disponible à* : http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXX_e.asp.

¹⁵⁶ *Voir* David Nimmer, *A Tale of Two Treaties—Dateline: Geneva-December 1996*, 22 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1, 16 (1997) (qui discute "limitation sur les limitations" similaires dans le Traité du droit d'auteur de l'OMPI). *Voir également* ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 49.

¹⁵⁷ *Voir* U.S.A./Chili FTAs, note 137 *ci-dessus*, § 2 (a) :

Sans préjudice des articles 11(1)(ii), 11 *bis*(1)(i) et (ii), 11 *ter*(1)(ii), 14(1)(ii), et 14 *bis*(1) de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques (1971) ("Convention de Berne"), chaque Partie prévoit pour les auteurs, les exécutants et les producteurs de phonogrammes et leurs ayant droit le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la communication au public de leurs œuvres, leurs exécutions ou phonogrammes, au moyen de la transmission par fil ou sans fil, y compris la mise à disposition au public de leurs œuvres, exécutions ou phonogrammes en faisant en sorte que les

membres du public puissent y avoir accès dans le lieu et au moment de leur choix. Nonobstant le paragraphe 10, une Partie peut prévoir des limitations ou exceptions à ce droit dans le cas d'exécutants et de producteurs de phonogrammes pour la radiodiffusion terrestre analogue ou numérique libre et par ailleurs, une Partie peut prévoir des limitations s'agissant de transmissions non interactives, *dans certains cas spéciaux, à condition que de telles limitations ne portent pas atteinte à une exploitation normale des exécutions ou des phonogrammes et ne cause pas préjudice injustifié aux intérêts des détenteurs de droits y afférents.* »

¹⁵⁸ Voir ETUDE DE L'OMPI, note 15 *ci-dessus*, à 47-49.

¹⁵⁹ Ou, dans le cas du Traité de l'OMPI sur les exécutions et les phonogrammes, note 12 *ci-dessus*, les droits des exécutants et des producteurs de phonogrammes.

¹⁶⁰ Voir Préambule du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, note 11 *ci-dessus*, ¶15 ; Préambule du Traité international de l'OMPI sur les exécutants et les et les producteurs de phonogrammes, note 12 *ci-dessus*, ¶4.

¹⁶¹ 239 F. 3d 1004 (9th Cir., 2001).

¹⁶² *Id.* à 1015.

¹⁶³ 180 F.3d 1072 (9th Cir., 1999).

¹⁶⁴ *Id.* à 1079.

¹⁶⁵ 239 F. 3d at 1019.

¹⁶⁶ 125 S.Ct. 2764 (U.S., 2005).

¹⁶⁷ *Id.* à 2767.

¹⁶⁸ Voir Tribunal de Grande Instance [T.G.I], Paris 8 déc. 2005, Anthony G. c. Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP), *disponible à* <http://www.audionautes.net/pages/PDF/audionautesgiparis.pdf> (version française).

¹⁶⁹ Tribunal de grand instance de Paris 3^{me} chambre, 2^{me} section, Stéphane P., UFC Que Choisir/Société Films Alain Sarde et, Jugement du 30 avril 2004.

¹⁷⁰ L'ASBL Association Belge des Consommateurs TestAchats/SE EMI Recorded Music Belgium, Jugement du 25 mai 2004, No 2004/46/A du rôle des référés.

¹⁷¹ Voir Julie Cohen, WIPO Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?, 21 EUR. INTEL. PROP. REV. 236 (1999) ; Pamela Samuelson, Intellectual Property And The Digital Economy : Why The Anti-Circumvention Regulations Need To Be Revised, 14 BERKELEY TECH. L. J. 519 (1999), disponible à http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/Samuelson_IP_dig_eco_htm.htm.

¹⁷² Voir Daniel Y. Mayer, *Note, Literary Copyright and the Public Lending Right*, 18 CASE W. RES. J. INT'L. L. 483, 485-486 (1986). Pour une proposition appelant à un droit de prêt numérique similaire au droit de prêt public, voir Joshua H. Foley, *Comment, Enter the Library : Creating a Digital Lending Right*, 16 CONN. J. INT'L. L. 369 (2001).

¹⁷³ Voir Directive du Conseil 92/100/EEC du 19 novembre 1992 sur le droit de location et le droit de prêt et sur certains droits liés au droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, 1992 O.J. (L.346) 61.

¹⁷⁴ Cette proposition a été pleinement développée dans un ouvrage antérieur. Voir Okediji, *Back to Bilateralism?*, note 2 *ci-dessus*.

¹⁷⁵ Des suggestions ont été avancées pour la réforme de l'Annexe de la Convention de Berne dans Okediji, *Sustainable access ?*, note 2 *ci-dessus*.

¹⁷⁶ Voir par exemple, BURRELL & COLEMAN, note 15 *ci-dessus*, à 298 ; Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, CRI (2005).

¹⁷⁷ BURRELL & COLEMAN, note 15 *ci-dessus*, à 298 (qui note que le Royaume-UNi a adopté la position selon laquelle ses dispositions existantes répondent aux prescriptions du test en trois étapes).

¹⁷⁸ Geiger, note 162 *ci-dessus*.

¹⁷⁹ Voir par exemple, Hal Varian, *Copying and Copyright*, 19 J. ECON. PERSP. 121, 134-136 (2005).

¹⁸⁰ Voir généralement Directive 2001/29/EC du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et de droits connexes dans la société de l'information, ¶36, ¶38 (reconnaissant le droit des Etats Membres d'exiger une compensation lorsqu'ils appliquent les dispositions facultatives de la Directive, qui comprend des exceptions telles que l'utilisation privée reconnue dans la Convention de Berne). Le Canada

impose une relative sur les bandes vierges (Copyright Act, Canada, Sec. 81(1)), de même que la France (C. PROP. INTELL., art. L.311-4), et les Pays-Bas (Copyright Act of 1912, arts. 16c-16g).

¹⁸¹ 1) notes de cours -par exemple, Equateur, Intellectual Property, Law, 08/05/1998, No. 83, art. 83(k) ; 2) modification d'une oeuvre architecturale -par exemple, Equateur, *id.*, art. 36 ; El Salvador, Intellectual & Industrial Property, Legislative Decree, 15/07/1993, No. 604, art. 34 [*Ci-après* El Salvador, IP Decree] ; 3) enregistrements sonores joués par des clubs et des sociétés d'amateurs et par des organisations caritatives -par exemple, Inde, Copyright Act (1957), art. 52(l), *disponible à* http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/in/in007en.html [*ci-après* Indian Copyright Act] ; Jamaïque, Copyright Act, art. 79, *disponible à* http://docsonline.wto.org/gen_search.asp?searchmode=advanced (WTO Document Symbol : IP/N/1/JAM/C/1) ; 4) lecture ou récitation publique d'extraits d'une oeuvre littéraire ou théâtrale publiée -par exemple., Indian Copyright Act, art. 52(f) ; 5) démonstration d'appareils à des clients -par exemple, El Salvador, IP Decree, art. 44(e).

¹⁸² Voir BURRELL & COLEMAN, note 15 *ci-dessus*, à 4 (2005) (qui note qu'il y a plus de soixante (60) sections dans la U.K. Designs and Patents Act de 1988 qui énoncent avec divers degrés de détail « une large gamme d'actes qui portent atteinte au droit d'auteur »).

¹⁸³ Voir généralement Brett Frischmann & Dan Moylan, note 111 *ci-dessus* ; Neal Hartzog, *Gaining Momentum: A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine and Analysis of the Doctrine in its Current Form*, 10 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 373 (2004).

¹⁸⁴ Voir Gervais, note 99 *ci-dessus*, à 942 ; Alan Story, *Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must Be Repealed*, 40 Hous. L. REV. 763 (2003) ('L'annexe de la Convention de Berne qui en résulte s'est avéré d'une assistance peu significative pour les pays du Sud. 'Il est difficile de pointer du doigt les avantages manifestes qui ont découlé directement de l'adoption de l'annexe pour les pays en développement, écrivait Ricketson en 1987, et il n'y a pas de preuve que la situation se soit améliorée au cours des 15 dernières années. ») (notes de bas de page omises).

¹⁸⁵ Toutefois, voir Salah Basalamah, *Compulsory Licensing for Translation: An Instrument of Development?*, 40 IDEA 503 (2000).

¹⁸⁶ Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, note 11 *ci-dessus*.

¹⁸⁷ Voir *id.* à art. 4.

¹⁸⁸ Voir Okediji, Welfare and Digital Copyright, note 9 *ci-dessus*.

¹⁸⁹ Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, note 11 *ci-dessus* ; Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les exécutions et phonogrammes, note 12 *Ci-dessus*.

¹⁹⁰ Voir Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur, note 11 *ci-dessus*, à art. 11.

¹⁹¹ Voir *id.*, art. 12. "L'information sur la gestion des droits' renvoie à l'information qui identifie l'oeuvre, l'auteur, le titulaire de tout droit dans l'oeuvre, aux chiffres et aux codes qui représentent cette information, lorsqu'elle est attachée à un exemplaire de l'oeuvre ou apparaît en relation avec la transmission d'une oeuvre au public, ou toute information sur les termes et conditions d'utilisation de l'oeuvre." *Id.*, art. 12(2).

¹⁹² Voir OMPI, STATISTIQUE DES TRAITES, *disponible à* http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=16&lang=en.

¹⁹³ Par exemple, ALE U.S.A./Singapour, note 139 *ci-dessus* ; ALE U.S.A./Jordanie, note 140 *ci-dessus*.

¹⁹⁴ Ruth Okediji, *Development in the Information Age: Issues in the Regulation of Intellectual Property Rights, Computer Software and Electronic Commerce*, UNCTAD/ICTSD (2003) (qui fournit un tableau montrant les pays en développement membres du Traité de l'OMPI relatif au droit d'auteur et du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur les exécutions et phonogrammes, avec les taux de pénétration de l'Internet correspondants).

¹⁹⁵ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codifié tel qu'amendé dans des sections éparses de 17 U.S.C. (2000)).

¹⁹⁶ Voir par exemple L. Ray Patterson, *The DMCA: A Modern Version Of The Licensing Act Of 1662*, 10 J. INTELL. PROP. L. 33 (2002) ; Cohen, note 157 *ci-dessus* ; Samuelson, note 157 *ci-dessus*, à 523.

¹⁹⁷ Voir Déclaration convenue sur l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996), *disponible à* http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html.

¹⁹⁸ Voir généralement, BURRELL & COLEMAN, note 15 *ci-dessus*, (qui note que les limitations et exceptions existantes au titre de la U.K Copyright Act sont trop étroites pour prendre en compte les besoins des utilisateurs dans l'environnement numérique).

¹⁹⁹ Les articles 31(c) et (k) de l'Accord sur les ADPIC reconnaissent, dans le contexte des brevets, la liberté qu'ont les États d'imposer des licences obligatoires pour corriger des pratiques anticoncurrentielles. Voir Accord sur les ADPIC, note 3 *ci-dessus*.

Bien que ces dispositions existent dans la section brevets, il n'y a pas, en principe, de raison pour que la même logique ne puisse s'appliquer au domaine du droit d'auteur, c'est à dire la délivrance de licences obligatoires assorties d'une rémunération pour corriger un problème qui affecte les œuvres protégées par le droit d'auteur.

²⁰⁰ Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *Quantum Patent Mechanics*, 9 LEWIS & CLARK L. REV. 29, 34 (2005) ("Le droit d'auteur ne protégé que l'expression initiale dans une œuvre, alors que l'idée qui était l'expression est librement disponible pour la copie. Cette règle repose sur l'hypothèse selon laquelle il y a généralement diverses manières d'exprimer une idée ou un motif créatif particulier. »(note de bas de page omise). Voir également

Josef Drexel, *The Critical Role of Competition Law in Preserving Public Goods in Conflict with Intellectual Property Rights*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS & TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., à paraître en 2005) (qui note qu'aux fins de la loi relative à la concurrence, le marché pertinent doit être défini par des critères locaux qui comprennent la possibilité de remplacement des produits).

²⁰¹ Voir Fox, *Can Antitrust Policy Protect the Global Commons?*, note 104 *ci-dessus* (qui note qu'un droit antitrust en matière de licence n'existe pas dans la plupart des juridictions).

²⁰² C'est également le cas en ce qui concerne l'article 8(2) de l'Accord sur les ADPIC, qui spécifie : " Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent Accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusive des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie." Accord sur les ADPIC, note 3 *ci-dessus*.

²⁰³ Voir Mark D. Janis, "Minimal" Standards for Patent-related Antitrust law under TRIPS, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS & TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME" (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., à paraître 2005).

²⁰⁴ Andrew Chin, *Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach*, 18 HARV. J.L. & TECH. 1 (2004); Michael J. Meurer, *Vertical Restraints and Intellectual Property Law : Beyond Antitrust*, 87 MINN. L. REV. 1871 (2003) ; John G. Mills, *Possible Defenses to Complaints for Copyright Infringement and Reverse Engineering of Computer Software : Implications for Antitrust and I.P. Law*, 80 J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y 101, 109 (1998) ; Daniel J. Gifford, *The Antitrust/Intellectual Property Interface: An Emerging Solution to an Intractable Problem*, 31 HOFSTRA L. REV. 363, 387 (2002) ("Les chercheurs juristes examinent l'interface propriété intellectuelle/antitrust depuis de nombreuses années. Initialement, ces investigations académiques se concentraient sur les conflits entre les politiques de brevets et celles de l'antitrust, mais avec l'extension de la protection du droit d'auteur pour les logiciels, en 1980, les commentateurs juridiques ont également commencé à examiner l'interaction entre les politiques du droit d'auteur et de l'antitrust.")

²⁰⁵ Voir Geiger, note 162 *ci-dessus*

²⁰⁶ Voir Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, note 40 *ci-dessus*.

²⁰⁷ Voir Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO*, note 13 *ci-dessus* ; Graeme B. Dinwoodie, *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, 149 U. PA. L. REV. 469 (2000).

BIBLIOGRAPHIE

- Agreed Statement to World Intellectual Property Organization Copyright Treaty Article 10 (1996), disponible à http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html.
- Agreement Establishing an Association, European Union-Chile, Nov. 18, 2002, tit.VI, 2002 O.J. (L 352) 3, disponible à http://europa.eu.int/eurlex/pri/en/oj/dat/2002/l_352/l_35220021230en00031439.pdf, last visited May 26, 2005.
- Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1994, 33 I.L.M. at 1226 (1994).
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, April 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C: 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 81 (1994).
- ALAI Study Days, *The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions* (1999).
- Alvarez, Jose, *International Organizations as Law-Makers* (forthcoming 2005).
- A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004 (9th Cir., 2001).
- Arewa, Oluwafunmilayo O., *From J.S. Bach to Hip Hop: Musical Borrowing, Copyright and Cultural Context*, ___ N.C. Law Rev. ___ (forthcoming, 2005).
- Audio Home Recording Act of 1992, Pub. L. 102-563, Oct. 28, 1992, 106 Stat. 4237 (codified at 17 USCA § 1001-1010).
- Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).
- Basalamah, Salah, *Compulsory Licensing for Translation: An Instrument of Development?*, 40 IDEA 503 (2000).
- Bechtold, Stefan, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 Am. J. Comp. L. 323 (2004).
- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept. 9, 1886, as last revised July 24, 1971, 25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221.
- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, September 9, 1886, as revised at Stockholm on July 14, 1967, 828 U.N.T.S. 222 (Stockholm Act).
- Burk, Dan L. & Lemley, Mark A., *Quantum Patent Mechanics*, 9 Lewis & Clark L. Rev. 29 (2005).
- Burrell, Robert & Coleman, Allison, *Copyright Exceptions: The Digital Impact* (2005).
- Chin, Andrew, *Antitrust Analysis in Software Product Markets: A First Principles Approach*, 18 Harv. J.L. & Tech. 1 (2004).
- Cohen, Julie E., *WIPO Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, 21 Eur. Intell. Prop. Rev. 236 (1999).
- Copyright Act of Canada, Sec. 81(1).

Copyright Act of India, art. 52(1).

Copyright Law of Germany (Urheberrechtsgesetz, UrhG) (1965), as amended on May 8, 1998, art. 2(2) (F.R.G.).

Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, 1992 O.J. (L.346) 61.

Cuisenaire v. S.W. Imports, Ltd., [1969] S.C.R. 208.

Davies, Gillian, *Copyright and the Public Interest* (2nd ed. 2002).

Davies, Gillian & Hung, Michele E., *Music and Video Private Copying: An International Survey of the Problem and the Law* 116-214 (1993).

De Nederlandse Dagbladpers v. Netherlands, Case No. 192880, paras. 14-23 (The Hague, March 2, 2005), disponible à <http://www.clip.nl/download/english%20judgement.pdf> (English version).

Decision No 2/2001 of the E.U.-Mexico Joint Council, tit. IV, 2001 O.J. (L 70) 7, disponible à http://europa.eu.int/eurlex/pri/en/oj/dat/2001/l_070/l_07020010312en00070050.pdf.

Designers Guild v. Russell Williams, [2000] 1 W.L.R. 2416.

Dinwoodie, Graeme B., *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, 149 U. Pa. L. Rev. 469 (2000).

Dinwoodie, Graeme B., *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 Oh. St. L. J. 733 (2001).

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, ¶136, ¶138, arts. 5(2)(b), 5(3)(b), 2001 O.J. (L 167) 10.

Directive 98/71/EC of the European Council on the legal protection of designs, 1998 O.J. (L 289) 28.

Drexl, Josef, *The Critical Role of Competition Law in Preserving Public Goods in Conflict with Intellectual Property Rights*, in *International Public Goods & Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., forthcoming 2005).

Ecuador, *Intellectual Property Law*, 08/05/1998, No. 83.

Egypt, *Law Relating to the Protection of Copyright*, Law No. 354, art. 11.

El Salvador, *Intellectual & Industrial Property Legislative Decree*, Art. 34, 15/07/1993, No. 604.

Engle, Eric Allen, *When Is Fair Use Fair?: A Comparison of E.U. and U.S. Intellectual Property Law*, 15 *Transnat'l Law*. 187 (2002).

F.E.L. Publ'ns, Ltd. v. Catholic Bishop, 214 U.S.P.Q. (BNA) 409 (7th Cir. 1982).

Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).

Foley, Joshua H., *Comment, Enter the Library: Creating a Digital Lending Right*, 16 *Conn. J. Int'l. L.* 369 (2001).

Fox, Eleanor M., Can Antitrust Policy Protect the Global Commons from the Excesses of IPRs?, in *International Public Goods & Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., forthcoming 2005).

France, C. Prop. Intell., art. L.311-4.

Free Trade Agreement, U.S.-Australia, May 16, 2004, art. 17.4.4, disponible à http://www.ustr.gov/trade_agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/Section_Index.html.

Free Trade Agreement, U.S.-Chile, June 6, 2003, art. 17.7(3), disponible à http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/asset_upload_file912_4011.pdf.

Free Trade Agreement, U.S.-Jordan, Oct. 24, 2000, art. 4(16), 41 I.L.M. 63, 67 (2002), disponible à http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Jordan/asset_upload_file250_5112.pdf.

Free Trade Agreement, U.S.-Singapore, May 6, 2003, art. 16.4(10), disponible à http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file708_4036.pdf.

Free Trade Area of the Americas [FTAA Draft Agreement], ch. XX, art. 1, FTAA Doc. No. FTAA.TNC/w/133/Rev.3 (Nov. 21, 2003), disponible à http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/ChapterXX_e.asp.

Frischman, Brett & Moylan, Dan, The Evolving Common Law Doctrine of Copyright Misuse: A Unified Theory and Its Application to Software, 15 *Berkeley Tech. L.J.* 865 (2000).

Gallini, Nancy T. & Trebilcock, Michael J., Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues, in *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy* 17 (1998).

Geiger, Christophe, Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment, *CRi* (2005).

Gervais, Daniel J., The Internationalization of Intellectual Property: New Challenges From the Very Old and Very New, 12 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 929 (2002).

Gervais, Daniel, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis 68 (1998).

Gervais, Daniel, Traditional Knowledge & Intellectual Property: A TRIPS-Compatible Approach, 2005 *Mich. St. L. Rev.* 137 (2005).

Gifford, Daniel J., The Antitrust/Intellectual Property Interface: An Emerging Solution to an Intractable Problem, 31 *Hofstra L. Rev.* 363 (2002).

Ginsburg, Jane C., Toward Supranational Copyright Law?, The WTO Panel Decision and the "Three Step Test" for Copyright Exceptions, 187 *Revue Int'l du Droit d'Auteur* 3 (January 2001).

Grokster v. Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., 125 S.Ct. 2764 (U.S., 2005).

Hartzog, Neal, Gaining Momentum: A Review of Recent Developments Surrounding the Expansion of the Copyright Misuse Doctrine and Analysis of the Doctrine in its Current Form, 10 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 373 (2004).

Helper, Laurence, Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, 29 Yale J. Int'l L. 1 (2004).

Janis, Mark D., "Minimal" Standards for Patent-related Antitrust law under TRIPS, in International Public Goods & Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime" (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., forthcoming 2005).

Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment, Inc. v. Ball, [2004] All E.R. 334 (Ch.).

Kaplan, Binyomin, Determining Ownership of Foreign Copyright: A Three-Tier Proposal, 21 Cardozo L. Rev. 2045 (2000).

Key Publications, Inc. v. Chinatown Today Pub. Enterprises, Inc., 945 F.2d 509 (2d Cir. 1991).

L'ASBL Association Belge des Consommateurs TestAchats/SE EMI Recorded Music Belgium, Jugement du 25 mai 2004, No 2004/46/A du rôle des réfères.

Leaffer, Marshall, Protecting U.S. Intellectual Property Abroad: Toward a New Multilateralism, 76 Iowa L. Rev. 273 (1991).

Long, Doris Estelle, First, "Let's Kill All the Intellectual Property Lawyers!": Musings on the Decline and Fall of the Intellectual Property Empire, 34 J. Marshall L. Rev. 851 (2001).

MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

Mayer, Daniel Y., Note, Literary Copyright and the Public Lending Right, 18 Case W. Res. J. Int'l. L. 483 (1986).

Meurer, Michael J., Vertical Restraints and Intellectual Property Law: Beyond Antitrust, 87 Minn. L. Rev. 1871 (2003).

Mills, John G., Possible Defenses to Complaints for Copyright Infringement and Reverse Engineering of Computer Software: Implications for Antitrust and I.P. Law, 80 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 101 (1998).

Netanel, Neil Weinstock, Asserting Copyright's Democratic Principles in the Global Arena, 51 Vand. L. Rev. 217 (1998).

Netanel, Neil Weinstock, Locating Copyright within the First Amendment Skein, 54 Stan. L. Rev. 1 (2001).

Nimmer, David, A Tale of Two Treaties -- Dateline: Geneva-December 1996, 22 Colum.-VLA J.L. & Arts 1 (1997).

Nimmer, Melville, Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?, 17 UCLA L. Rev. 1180 (1970).

O'Rourke, Maureen A., Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World, 82 Minn. L. Rev. 609 (1998).

Okediji, Ruth Gana, Copyright and Public Welfare in Global Perspective, 7 Ind. J. Global Legal Stud. 117 (1999).

Okediji, Ruth L., Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection, U. Ottawa Law & Tech. J. 125 (2003-2004).

-
- Okediji, Ruth L., Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement, 17 Emory Int. L. Rev. 819 (2003).
- Okediji, Ruth, Development in the Information Age: Issues in the Regulation of Intellectual Property Rights, Computer Software and Electronic Commerce, UNCTAD/ICTSD (2003).
- Okediji, Ruth, Toward an International Fair Use Doctrine, 39 Colum. J. Transnat'l L. 75 (2000).
- Okediji, Ruth, TRIPS Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law, 49 J. Copyright Soc'y U.S.A. 585 (2001).
- Okediji, Ruth, Welfare and Digital Copyright in International Perspective: From Market Failure to Compulsory Licensing, in International Public Goods & Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime (Jerome Reichman & Keith Maskus eds. forthcoming 2005).
- Paris, 14e ch., 12 Dec. 1997, Expertises 1998, 192 (cited in 2 International Copyright Law and Practice, France, § 8 (Paul Edward Geller ed., 1988).
- Patry, William, Choice of Law and International Copyright, 48 Am. J. Comp. L. 383 (2000).
- Patterson, L. Ray, The DMCA: A Modern Version Of The Licensing Act Of 1662, 10 J. Intell. Prop. L. 33 (2002).
- Patterson, Lyman Ray, Copyright in Historical Perspective (1968).
- Petersmann, Ernst-Ulrich, The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement 10-65 (1996).
- Petersmann, Ernst-Ulrich, Why Do Governments Need the Uruguay Round Agreements, NAFTA and the EEA?, 49 Swiss Rev. Int'l Econ. Rel. (Aussenwirtschaft) 31 (1994).
- Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).
- Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc., 180 F.3d 1072 (9th Cir., 1999).
- Report of the WTO Appellate Body, Canada-Certain Measures Concerning Periodicals, June 30, 1997, WTO Doc. No. WT/DS31/AB/R (1997).
- Report of the WTO Panel, Canada-Certain Measures Concerning Periodicals, March 14, 1997, WTO Doc. No. WT/DS31/R (1997).
- Ress, Manon, Compulsory Licensing under the Appendix to the Berne Convention (2004), disponible à <http://www.dtifueyo.cl/Simposio/papers%20presentados/Ress-Berne-v9.pdf>.
- Ricketson, Sam, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic works: 1886-1986 (1987).
- Ricketson, Sam, U.S. Accession to the Berne Convention: An Outsider's Appreciation, 8 Intell. Prop. J. 87.
- Roffe, Pedro, Bilateral Agreements and a TRIPS-plus World: The Chile-USA Free Trade Agreement, QUNO (2004).
- Roffe, Pedro, Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licenses under the TRIPS Agreement, in Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement 280 (Carlos M. Correa & Abdulqawi A. Yusuf eds. 1998).

Samuelson, Pamela, Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised, 14 Berkeley Tech. L.J. 519 (1999).

Samuelson, Pamela, The U.S. Digital Agenda at WIPO, 37 Va. J. Int'l L. 369 (1997).

Schricker, Gerhard, Farewell to the "Level of Creativity" (Schopfungshöhe), in German Copyright Law, 26 IIC 41 (1995).

Seychelles' Copyright Act of April 1, 1984, Schedule 1, Chapter 51.

Stephen M. Stewart, International Copyright and Neighbouring Rights, 2nd ed., 1989.

Sony Corp. of America v. Universal Studios Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Story, Alan, Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must Be Repealed, 40 Hous. L. Rev. 763 (2003).

Supreme Court of the Netherlands, 21 June 1996 (Van Genk/De Wild), RvdW 1996, 145, Computerrecht 1996/5, 186, note Meijboom (cited in 2 International Copyright Law and Practice, Netherlands, § 8 (Paul Edward Geller ed., 1988)).

The Netherlands' Copyright Act of 1912, arts. 16c-16g.

The Technology, Education, and Copyright Harmonization (TEACH) Act, 17 U.S.C. §110(2) (2000).

Tribunal de Grande Instance [T.G.I], Paris, Dec. 8, 2005, Anthony G. v. Société Civile des Producteurs Phonographiques (SCPP), disponible à <http://www.audionautes.net/pages/PDF/audionautesgiparis.pdf> (French version).

Tribunal de grand instance de Paris 3me chambre, 2me section, Stéphane P., UFC Que Choisir/Société Films Alain Sarde et, Jugement du 30 avril 2004.

United Kingdom Copyright, Designs and Patents Act of 1988, § 178.

Ullrich, Hanns, Expansionist Intellectual Property Protection and Reductionist Competition Rules: A TRIPS Perspective, in International Public Goods & Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime (Jerome Reichman & Keith Maskus eds., forthcoming 2005).

Varian, Hal, Copying and Copyright, 19 J. Econ. Persp. 121, (2005).

Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, art. 31(3), U.N. Doc. A/Conf. 39/27 at 289 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

Wells Fargo & Co. v. WhenU.com, Inc., 293 F. Supp. 2d 734 (E.D. Mich. 2003).

World Intellectual Property Organization, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act 1971) 23 (1978).

World Intellectual Property Organization, Treaty Statistics, disponible à http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=16&lang=en.

World Intellectual Property Organization, Standing Committee on Copyright and Related Rights, WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, 9th Session, June 23-27, 2003, WIPO Doc. SCCR/9/7 (April 5, 2003).

World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, S. Treaty Doc. No. 105-17, 36 I.L.M. 65.

World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 76.

WTO Dispute Panel Report, United States–Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, June 15, 2000, WTO Doc. WT/DS160/R (2000).

WTO Report of the Appellate Body on U.S. Complaint Concerning India’s Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).

17 U.S.C. §§ 102(a), 102 (b), 107, 117(c) (2000).