

Rapport pour le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA)

**La diffusion transfrontalière des œuvres adaptées en formats accessibles
aux personnes empêchées de lire : obstacles et solutions envisageables**

Novembre 2013

Rapport établi par Catherine MEYER LERECULEUR
Administratrice civile hors classe
Chargée de mission à l'Inspection générale des affaires culturelles (IGAC)

SOMMAIRE

SYNTHÈSE ET AXES DES PRÉCONISATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	7
1. LES OBSTACLES À LA DIFFUSION TRANSFRONTALIÈRE DES ŒUVRES ADAPTÉES	9
1.1. LES RÈGLES RELATIVES À « L'EXCEPTION HANDICAP » AU DROIT D'AUTEUR FIXÉES PAR LES LÉGISLATIONS NATIONALES SE CARACTÉRISENT PAR UNE TRÈS GRANDE DIVERSITÉ	9
1.2. LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS DE LA CONVENTION DE BERNE NE FONT PAS L'OBJET D'UNE INTERPRÉTATION UNIFORME ET PARTAGÉE PAR LES PAYS UNIONISTES	44
1.3. L'IMPRÉVISIBILITÉ DE LA LOI APPLICABLE ET L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE EN DÉCOULANT A LIMITÉ JUSQU'ICI LES ÉCHANGES TRANSFRONTALIERS D'ŒUVRES ADAPTÉES.....	62
2. LE NOUVEAU CONTEXTE CRÉÉ PAR L'ADOPTION DU TRAITÉ DE MARRAKECH.....	91
2.1. L'HISTORIQUE DU PROJET DE TRAITÉ.....	91
2.2. LE TEXTE ADOPTÉ LE 28 JUIN 2013 PAR LA CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE	98
2.3. PORTÉE ET LIMITES DU TRAITÉ DE MARRAKECH.....	103
3. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES	111
3.1. LES SOLUTIONS REPOSANT SUR L'HARMONISATION DES LÉGISLATIONS NE POURRONT ÊTRE MISES EN ŒUVRE QU'À MOYEN TERME	111
3.2. DES SOLUTIONS INDÉPENDANTES DE L'HARMONISATION PEUVENT ÊTRE MISES EN ŒUVRE À COURT TERME, DANS UN CADRE BILATÉRAL ET NATIONAL	117
3.3. AUCUNE DES SOLUTIONS À DROIT CONSTANT N'EST SATISFAISANTE.....	126
ANNEXES	131
ANNEXE I - LETTRE DE MISSION	133
ANNEXE II - PERSONNES AUDITIONNÉES.....	137
ANNEXE III - ABRÉVIATIONS ET SIGLES	139
ANNEXE IV - BIBLIOGRAPHIE	141
ANNEXE V – CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, PARTIE LÉGISLATIVE (EXTRAITS).....	147
ANNEXE VI – CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (PARTIE RÉGLEMENTAIRE, EXTRAITS)	151
ANNEXE VII – LES DISPOSITIFS NATIONAUX RELATIFS À L'EXCEPTION HANDICAP	155
ANNEXE VIII – TRAITÉ DE MARRAKECH DU 28 JUIN 2013.....	175
TABLE DES MATIÈRES	191

Synthèse et axes des préconisations

Synthèse

1) La conjugaison de la diversité des règles matérielles des législations nationales en matière d'exception handicap et des incertitudes quant au régime de la diffusion transfrontalière d'œuvres adaptées, conduit à une situation d'insécurité juridique, qui a jusqu'ici fait obstacle au développement de tels échanges.

1) La production d'œuvres adaptées dans des formats accessibles, ainsi que les modalités de leur diffusion aux personnes souffrant de déficience visuelle, sont régies par les législations nationales qui définissent, pour le territoire respectif de chacun des États, l'étendue des droits exclusifs d'auteur, tant positivement que par le périmètre de l'exception éventuellement admise au profit des personnes handicapées. À l'heure actuelle, ces législations, sont très diverses : non seulement le champ de l'exception varie d'un pays à un autre, mais seule une minorité de pays dans le monde prévoient une telle exception.

2) Les échanges transfrontaliers des œuvres adaptées en format accessibles, qui constituent des situations comportant - par définition - un élément d'extranéité, relèvent des règles internationales du droit d'auteur fixées par la Convention de Berne, l'accord ADPIC conclu dans le cadre de l'OMC en 1994 et le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, lesquelles protègent les œuvres hors de leur pays d'origine.

3) La Convention de Berne fixe un niveau minimum de protection, défini par les droits exclusifs qui doivent être reconnus aux auteurs et par les exceptions qui peuvent borner ces droits. L'exception au profit des personnes handicapées est ainsi autorisée par la Convention et les traités dérivés, dans la mesure où elle satisfait les conditions du test en trois étapes. En revanche, la Convention ne fixe aucune règle matérielle relative aux échanges d'œuvres adaptées sur le fondement des différentes législations nationales relatives au droit d'auteur.

4) En l'absence de règles internationales matérielles spécifiques, la diffusion transfrontalière des œuvres en format accessible relève des règles conventionnelles de droit international privé, qui permettent de déterminer, entre deux lois concurrentes, celle qui est applicable. En l'espèce, la règle de conflits de lois fixée par l'article 5(2) de la Convention de Berne et reprise par l'accord ADPIC et le traité de l'OMPI, donne compétence à la loi du pays où la protection est demandée¹.

5) Cette règle de résolution des conflits de lois, expression du principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle, est désormais très largement interprétée comme donnant compétence à la loi du pays pour lequel la protection est demandée, cette interprétation étant en particulier consacrée, au plan européen, par l'article 8 du Règlement du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »)². Elle est également retenue, tant de manière générale que pour la loi applicable aux exceptions, par les « Principes de conflit

¹ « L'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée. »

² « La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée ».

de lois dans le domaine de la propriété intellectuelle », instrument de « droit souple » publié sous l'égide de l'Institut Max Planck.

6) En théorie, la règle de conflit bilatérale de l'article 5(2) de la Convention de Berne, ainsi interprétée, devrait permettre de résoudre une partie des questions posées par la circulation transfrontalière d'œuvres adaptées. Il en résulte en effet que la loi applicable à la diffusion dans un pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A, est la loi du pays B. Ainsi, la loi applicable à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée, dans n'importe quel autre pays, est la loi française. Réciproquement, la loi applicable à la diffusion, par exemple en Belgique, d'une œuvre adaptée en France, est la loi belge. Toutefois, en pratique, ces questions sont loin d'être résolues, la règle de l'article 5(2) faisant l'objet (au plan international, mais également au plan interne) de biens d'autres interprétations pouvant conduire à désigner une autre loi. La question de la loi applicable et ses conséquences sur l'invocabilité d'une exception aux droits exclusifs n'est d'ailleurs pas inédite : elle a fait l'objet de décisions de jurisprudence en France et en Belgique, dans des affaires où la société Google se prévalait de l'application de l'exception de *fair use* prévue par la législation américaine.

7) En l'absence, d'une part, de règles matérielles harmonisées au plan international, et, d'autre part, d'une interprétation uniforme de l'article 5(2) de la Convention de Berne par les juridictions des 167 États parties à la Convention, le régime juridique des échanges transfrontaliers est pour le moins incertain. À l'incertitude pesant sur la loi compétente s'ajoute en effet celle pesant sur l'interprétation du contenu matériel de cette loi, en particulier s'agissant de la portée des exceptions aux droits de distribution et de mise à disposition du public reconnues par la législation nationale applicable, ainsi que celle pesant sur les conditions d'épuisement du droit de distribution.

8) Ces incertitudes et leurs conséquences en termes de risque de qualification de contrefaçon (le cas échéant sur le terrain pénal, pour les États dont la législation n'admet pas de distinction selon que l'usage contrefaisant est ou non commercial) placent ainsi les échanges transfrontaliers dans une situation d'insécurité juridique majeure, qui a constitué jusqu'ici le principal obstacle aux échanges transfrontaliers. En pratique, ces échanges sont très limités, ce qui limite l'offre disponible pour les personnes empêchées de lire, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

9) Eu égard au caractère hautement improbable de l'établissement, au sein de l'OMPI ou de l'OMC, de règles conventionnelles univoques de résolution de conflits des lois en matière de propriété intellectuelle, l'harmonisation des règles de droit matérielles paraît être la solution la plus adéquate du point de vue juridique.

II) Le Traité adopté le 28 juin dernier à Marrakech par les 184 membres de l'OMPI constitue, malgré ses imperfections, une avancée majeure, dans la mesure où il instaure un cadre juridique contraignant.

10) En premier lieu, le Traité ne se borne pas à imposer aux États d'introduire dans leur législation nationale une exception au droit d'auteur au profit des personnes empêchées de lire, mais il en fixe précisément le contenu obligatoire, s'agissant, d'une part, des actes couverts par l'exception (droit de reproduction, droit de distribution et droit de mise à disposition du

public »), et, d'autre part, de la définition des bénéficiaires finaux. Ce faisant, le Traité crée les conditions d'une harmonisation internationale des législations qui ne laisse plus de place aux querelles d'interprétation des règles de conflit de lois. Si la loi du pays A est identique à celle du pays B, peu importe quelle est celle de ces deux lois qui est applicable.

11) En second lieu, en imposant aux États d'introduire dans leur législation une disposition autorisant *expressément* la diffusion, dans un pays « B », des œuvres adaptées en format accessible dans le pays « A » (par distribution d'exemplaires matériels ou mise à disposition), sans autorisation des ayants droit, le Traité permet d'échapper aux incertitudes sur la légalité des échanges transfrontaliers. Il met fin aux débats relatifs aux cas où l'autorisation préalable des ayants-droit est requise, tant pour les « exportations » que les « importations » (termes utilisés par commodité de langage), la question des conditions de l'épuisement du droit de distribution ne se posant plus.

12) Au final, le Traité a pour mérite essentiel de favoriser le développement des échanges, en créant un cadre plus protecteur du droit d'auteur que le flou juridique actuel. Bien que son contenu puisse susciter des réserves des ayants-droits, qui peuvent l'estimer insuffisamment protecteur de leurs intérêts, le Traité fixe des règles dont le respect pourra être vérifié et dont la violation pourra être sanctionnée. Faute de telles règles, les échanges pourraient se développer hors de tout contrôle. Malgré ses imperfections, le Traité constitue ainsi un « filet » sécurisant, tant pour les ayants-droits que les organismes et personnes bénéficiaires.

Axes des préconisations

La 3^{ème} partie du rapport analyse les solutions envisageables et formule des préconisations.

L'adoption du Traité de Marrakech élargit la palette des solutions susceptibles de favoriser la diffusion transfrontalières dans un cadre juridique respectueux du droit d'auteur. Les solutions reposant sur l'harmonisation internationale et communautaire des législations ne pourront être mises en œuvre qu'à moyen terme. Si leur succès ne dépend pas que de la France, elle peut y contribuer. Des solutions indépendantes de l'harmonisation peuvent être mises en œuvre à court terme. Elles reposent, d'une part, sur les accords bilatéraux dont la France pourrait prendre l'initiative, et d'autre part, sur la modification du code de la propriété intellectuelle, les deux démarches complémentaires pouvant être entreprises parallèlement.

- *Proposition 1 : Veiller à ce que le Traité soit signé et ratifié par la France dans les meilleurs délais*
- *Proposition n°2 : Encourager nos partenaires européens à faire de même*
- *Proposition n°3 : Œuvrer, au sein des instances de l'Union européennes, en vue d'une transposition rapide des obligations du Traité dans l'ordre juridique communautaire*
- *Proposition n°4 : Conclure une série d'accords bilatéraux en vue de développer les échanges transfrontaliers, en commençant par les pays francophones et anglophones*
- *Proposition n°5 : Modifier au plus vite l'article L.122-5 (7°) du Code de la propriété intellectuelle en y transposant les dispositions du Traité de Marrakech*

Introduction

Un grand nombre de pays prévoient dans leur législation un régime spécifique d'exception aux droits exclusifs des auteurs en faveur des personnes souffrant d'un handicap de lecture empêchant ou limitant fortement tout accès aux publications « ordinaires » (livres, partitions musicales, presse). Tel est le cas des États membres de l'Union européenne, qui ont tous transposé l'exception facultative prévue par la directive 2001/29 et d'une quarantaine d'autres États hors de l'Union européenne³.

Pour autant, l'offre de publications accessibles aux personnes empêchées de lire demeure indigente. L'Union mondiale des aveugles estime à 5% la proportion des livres disponibles en formats accessibles. Ce pourcentage, qui reflète des situations très variables selon les pays (l'offre est plus abondante dans les pays développés) et les catégories d'ouvrages (elle est plus limitée dans le domaine des ouvrages universitaires que celui de la fiction) paraît toutefois réaliste. En outre, l'offre disponible est limitée à la langue du pays où l'on réside, alors que les études et de nombreuses professions nécessitent la lecture d'ouvrages et revues en langues étrangères.

Si les causes de cette pénurie (« book famine », selon l'expression consacrée) sont multiples, elle s'explique notamment par les modalités de production des ouvrages en formats accessibles, lesquelles demeurent largement artisanales. L'adaptation, même lorsqu'elle est facilitée par l'accès aux fichiers numériques source, comme en France, est coûteuse en ressources humaines. D'où l'idée d'accroître la quantité et la qualité de l'offre disponible par le biais d'échanges entre pays permettant d'éviter les doublons inutiles.

La notion de « diffusion transfrontalière » des œuvres adaptées en formats accessibles recouvre ainsi toute forme d'échange par lequel une œuvre, adaptée en format accessible dans un pays « A » (sur le fondement de la législation du pays A) est diffusée à une personne handicapée résidant dans un pays « B », soit directement, soit par l'intermédiaire d'organismes respectivement autorisés dans le pays A ou/et le pays « B », l'œuvre pouvant être diffusée sous forme matérielle (fixée sur un support physique) ou immatérielle (par les réseaux numériques).

Quand ladite œuvre est protégée, sa diffusion est susceptible de mettre en jeu les droits exclusifs de l'auteur d'autoriser la reproduction de l'œuvre, sa distribution et/ou sa communication au public, ces droits exclusifs, protégés au plan international par la Convention de Berne, étant définis par le périmètre des exceptions consenties ou non dans le cadre des législations nationales.

La diffusion transfrontalière des œuvres de l'écrit, adaptées en formats accessibles aux personnes empêchées de lire, soulève par conséquent un certain nombre de questions juridiques qui constituent autant d'obstacles au développement des échanges.

³ Selon le rapport élaboré en 2006 par Judith SULLIVAN dans le cadre des travaux de l'OMPI.

La première partie du présent rapport analyse ces obstacles, dans le cadre juridique actuel.

La deuxième partie est consacrée au Traité « *visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées* »⁴, dont l'adoption, le 28 juin dernier, au terme de la conférence diplomatique de Marrakech, modifie les données du problème posé dans la lettre de mission du 28 mars.

La troisième partie explore, dans ce contexte nouveau, les solutions susceptibles de lever les obstacles à la diffusion transfrontalière des ouvrages accessibles, que ce soit au plan international et communautaire ou au niveau national. Sur ce point, les propositions formulées visent à permettre, dans les meilleurs délais, la diffusion à l'étranger d'œuvres adaptées en France, mais également la diffusion en France, d'œuvres adaptées dans d'autres pays, francophones ou non, cette seconde question étant très importante pour les personnes handicapées (françaises ou étrangères résidant en France), en premier lieu les étudiants.

Il convient de préciser qu'en égard à son objet, le rapport s'attache exclusivement au droit d'auteur (à l'exclusion des droits voisins), et se limite, au sein du droit d'auteur, à la sphère de l'édition (livres, partitions musicales et presse). En outre, conformément aux termes de la lettre de mission, le rapport se limite, tant dans ses analyses que ses propositions, aux questions des échanges transfrontaliers. Il n'aborde donc pas la question du développement futur de l'offre commerciale de publications accessibles - que cette offre soit alternative ou complémentaire aux dispositifs de l'exception handicap - qui n'entraîne pas dans le champ de la mission.

*

Le présent rapport constitue la version finale du document diffusé aux membres du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique le 7 octobre 2013 qui a fait l'objet d'une présentation orale lors de la réunion plénière du 21 octobre 2013.

Outre les corrections purement formelles, des compléments ont été apportés sur certaines questions juridiques (droit de distribution, articulation entre les règles de compétence législative et de compétence juridictionnelle, procédure de transposition des traités dans l'ordre juridique européen et dans la législation française).

Par ailleurs, certains passages ont été légèrement reformulés ou/et complétés en vue de répondre plus précisément aux questions posées suite à la présentation du 21 octobre et de prendre en compte les contributions écrites transmises au mois de novembre par les membres du CSPLA. Ces contributions⁵ seront remises à la Ministre de la culture et de la communication, simultanément au présent rapport, ainsi qu'indiqué par le Président lors de la réunion plénière.

Enfin, l'annexe II a été complétée, s'agissant de personnes contactées par courriel dont la réponse a été reçue après le 7 octobre, et le traité de Marrakech a été reproduit dans une nouvelle annexe VIII.

⁴ Annexe VIII - VIP/DC/8/REV (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=245323)

⁵ Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes (4 novembre 2013), Société des gens de lettres (7 novembre), Syndicat national de l'édition (8 novembre), et l'Association des Producteurs de Cinéma (18 novembre).

1. Les obstacles à la diffusion transfrontalière des œuvres adaptées

Les obstacles à la circulation transfrontalière des œuvres adaptées dans des formats accessibles, sont essentiellement d'ordre juridique. Ils résultent en effet de la combinaison de deux facteurs. D'une part, les règles relatives à la production, à la distribution et à la mise à disposition de ces œuvres adaptées, élaborées dans le cadre des législations nationales, sont très diverses, y compris au sein de l'Union européenne (1.1). D'autre part, la diffusion transfrontalière de ces œuvres, qui relève de la Convention de Berne, souffre, en l'absence de règles matérielles en la matière, de l'incertitude quant à la loi qui leur est applicable, dont dépend la qualification juridique des actes de diffusion (1.2.). En raison de l'insécurité juridique en résultant, les échanges transfrontaliers demeurent très limités (1.3.).

1.1. Les règles relatives à « l'exception handicap » au droit d'auteur fixées par les législations nationales se caractérisent par une très grande diversité

La législation relative au droit d'auteur de nombreux pays prévoit une exception aux droits exclusifs en faveur des personnes handicapées. Toutefois, ces dispositifs, qui peuvent également s'étendre aux droits voisins et aux bases de données, se caractérisent par une très grande diversité, en l'absence d'harmonisation, tant au plan international que communautaire.

1.1.1. Le cadre juridique international de l'exception handicap (Convention de Berne et autres traités)

S'agissant du droit d'auteur, les trois principales conventions internationales sont la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (ci-après « Convention de Berne »), l'accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (« ADPIC », 1994) et le Traité OMPI sur le droit d'auteur (« OMPI-DA », 1996).

La protection internationale des droits des auteurs sur leurs œuvres, garantie par ces conventions, se traduit notamment par les prérogatives dont jouissent les auteurs, lesquelles sont définies tant positivement (par la définition des droits exclusifs) que négativement, par les exceptions qui peuvent être admises.⁶

On rappellera dans un premier temps les dispositions pertinentes de ces trois textes, en vue de déterminer le cadre juridique conventionnel de l'exception « handicap » au droit d'auteur et de repérer d'éventuels indices susceptibles d'éclairer les questions spécifiques posées à la présente mission.

⁶ Cf. Pierre Sirinelli, *Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins (Atelier sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) - Genève, 6-7 décembre 1999, en ligne sur le site de l'OMPI*). L'auteur note que les deux questions des prérogatives accordées et de leurs exceptions « sont totalement liés et que, par souci de cohérence, il n'est pas indifférent de tenter de déterminer le contenu des droits tant par une approche positive (qu'est ce qui est accordé?) que par une analyse en négatif (qu'est ce qui doit être toléré ?) »

1.1.1.1. La Convention de Berne (1886)

Selon les termes de son court préambule, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (révisée en dernier lieu par l'acte de Paris du 24 juillet 1971, modifié le 28 septembre 1979) vise à « *protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques* ». Son article 2-6 stipule que les œuvres littéraires et artistiques « *jouissent de la protection dans tous les pays de l'Union* » et que « *Cette protection s'exerce au profit de l'auteur et de ses ayants droit* ».

La Convention offre une double protection⁷.

La première - historiquement - repose sur un ensemble de règles de droit international privé spécifiques au droit d'auteur, établies dès 1886, principe du traitement national, d'une part, et règles de résolution des conflits de loi, d'autre part (voir point 1.2.).

La seconde protection - proprement « conventionnelle » - repose sur un ensemble de règles matérielles (« jus conventionis ») dont le nombre s'est accru au fil des révisions successives de la Convention, qui garantissent aux œuvres de l'esprit, qui ont vocation à circuler au-delà de leur pays d'origine, une protection supérieure à celle accordée par la loi désignée par la règle de conflit, lorsque cette protection est insuffisante (principe du « minimum conventionnel »).⁸ Il s'agit, d'une part, de règles générales : absence de formalités (art.5-1), durée minimum (art. 6bis-2, 7 et 7bis), sanctions (art.15 et 16), d'autre part, des règles relatives au droit moral (art. 6 bis) et aux droits patrimoniaux : droits exclusifs et exceptions (art.8 à 14 bis) ainsi que droit de suite (art. 14 ter). On étudiera successivement les droits exclusifs qui *doivent* être reconnus et les limitations et exceptions à ces droits qui *peuvent* être admises.

1.1.1.1.1. Les droits exclusifs conventionnels

Les auteurs des œuvres littéraires et artistiques protégées par la Convention se voient reconnaître la jouissance des droits exclusifs suivants :

- **le droit de reproduction** (article 9.1 : « *droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit* » ; art. 9.3 : *Tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente Convention*)⁹;

⁷ André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (4ème édition, LexisNexis, 2012), n°1420 à 1510 (Convention de Berne).

⁸ Toutefois, cette protection conventionnelle ne s'applique que dans les hypothèses où la protection est revendiquée dans un autre pays que le pays d'origine de l'œuvre (au sens de l'article 5-4 de la Convention). En revanche, quand elle est revendiquée dans le pays d'origine de l'œuvre, la protection est exclusivement réglée, en vertu de l'article 5.3., par la législation nationale de ce pays (la formulation excluant implicitement l'application des règles matérielles conventionnelles). Sur ce point, voir H.J. LUCAS, *JurisClasseur PLA*, fascicule 1931, Convention de Berne (n° 3 à 7 et, plus généralement sur le minimum conventionnel, n°81 à 85). Cf. également A. LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER précité, n°1440 et note 97.

⁹ Rédaction issue de la révision de 1971 (conférence diplomatique de Paris), alors qu'il était jusqu'alors implicite (cf. A. LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER précité, n°1495). Comparer, par exemple, avec la rédaction de l'art. 9-1 de 1928 : « *Les romans feuilletons, les nouvelles et toutes autres œuvres, soit littéraires, soit scientifiques, soit artistiques, quel qu'en soit l'objet, publiés dans les journaux ou recueils périodiques d'un des Pays de l'Union, ne peuvent être reproduits dans les autres pays sans le consentement des auteurs* ».

- **le droit de traduction** (article 8)¹⁰ ;
- **le droit d'adaptation** (articles 12¹¹ et 14.1)
- **le droit de récitation publique** (article 11ter.1)¹² ;
- **le droit de radiodiffusion et de communication publique** (article 11 bis.1)¹³ : « *droit exclusif d'autoriser : 1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication publique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images* ») ; 2° *toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine* ; 3° *la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.* »

Les auteurs des « œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales » jouissent, en outre, du « *droit exclusif d'autoriser* » : la représentation, l'exécution et la transmission publiques de leur œuvres (article 11)¹⁴.

En revanche, la Convention de Berne ne prévoit pas de droit exclusif de **distribution**¹⁵.

1.1.1.1.2. Les limitations et exceptions aux droits exclusifs expressément prévues

Si la Convention ne propose pas de définitions des notions de « limitations » et « d'exceptions », elle semble toutefois opérer une distinction entre les deux catégories, la première se rapportant à la définition du champ des œuvres protégées, la seconde aux règles applicables au sein de ce champ de protection¹⁶.

¹⁰ Le droit exclusif de traduction (« *pendant toute la durée de leurs droits sur l'œuvre originale, (...) droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de leurs œuvres* ») est le seul droit qui figurait dans la version initiale de la Convention de 1886. A. LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER (précité, n°1495 et note 355) observent que ce droit a fait l'objet d'une « réserve » de certains des États signataires, laquelle a été « curieusement » étendue aux nouveaux membres en 1971, « les pays en développement ayant même préféré cette réserve à la formule de la licence obligatoire prévue à leur intention à l'annexe de la Convention. Ce point mérite d'être noté, eu égard au nouveau Traité adopté à Marrakech le 28 juin 2013.

¹¹ « *droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres* » (introduit en 1908 par la révision de Berlin).

¹² « *droit exclusif d'autoriser : 1° la récitation publique de leurs œuvres, y compris la récitation publique par tous moyens ou procédés ; 2° la transmission publique par tous moyens de la récitation de leurs œuvres* » ; cf. également l'article 11ter-2 (pour la récitation de la traduction de ces œuvres).

¹³ Droit introduit en 1928 par la révision de Rome. Voir A. LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER (précité, n°1500 et 15 1et note 355)

¹⁴ 1° *la représentation et l'exécution publiques de leurs œuvres, y compris la représentation et l'exécution publiques par tous moyens ou procédés ; 2° la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.* »

¹⁵ Le droit exclusif de distribution, au sens actuel défini par l'article 6 du Traité OMPI-DA et par l'article 4 de la directive 2001/29 (voir infra), ne semble pas correspondre au droit exclusif de « mise en circulation » prévu à l'article 14.1.de la Convention (introduit en 1948, par la révision de Bruxelles), dans le prolongement du droit exclusif d'adaptation cinématographique des œuvres littéraires « *Les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques ont le droit exclusif d'autoriser : / 1° l'adaptation et la reproduction cinématographiques de ces œuvres et la mise en circulation des œuvres ainsi adaptées ou reproduites ; / 2° la représentation et l'exécution publiques et la transmission par fil au public des œuvres ainsi adaptées ou reproduites.* ». .

¹⁶ Sur cette distinction, voir Pierre Sirinelli (document OMPI précité). Les « limitations » sont des « frontières » (« *Les frontières essayent de fixer les limites entre la "zone de réservation" et celle de libre reprise des éléments. Il s'agit de comprendre ce qui, par nature, rentre dans le champ de la protection. Ainsi, pour le droit d'auteur, elles permettent de savoir que, normalement, seules les créations de forme originales peuvent bénéficier* »).

S'agissant des limitations, la Convention autorise notamment la législation des États unionistes à exclure partiellement ou totalement de la protection les œuvres non encore fixées sur un support matériel (article 2.2)¹⁷, « les textes officiels d'ordre législatif, administratif ou judiciaire » (article 2-6)¹⁸, ainsi que « les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires » (article 2bis-1)¹⁹.

S'agissant des exceptions, on distinguera celles qui sont réservées au droit de reproduction, de celles qui portent à la fois sur le droit de reproduction et le droit de communication publique ou/et représentation (au sens du droit français), cette présentation se prêtant mieux aux besoins de comparaison avec les autres textes (conventions internationales et directives communautaires). Dans les deux cas, on se limitera pour l'essentiel, aux exceptions pertinentes dans le cadre du présent rapport (livres, partitions musicales et presse).

L'exception de citation (art. 10.1 et 10.3), qui porte sur le seul droit de reproduction, est subordonnée au respect des conditions fixées au 10.1²⁰ et au 10.3²¹ et ne concerne que les livres et la presse. L'usage de la formule qui l'introduit (« *Sont licites...* »), qui la distingue de celle employée pour les exceptions et autres stipulations facultatives (« *Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de ...* »), semble permettre de la considérer comme une exception obligatoire.

Les autres exceptions portent à la fois sur le droit de reproduction et le droit de communication publique ou/et de représentation :

- **l'exception pédagogique** (art. 10.2 et 10.3)²², relative à « *la faculté d'utiliser licitement* » des œuvres à titre d'illustration de l'enseignement, semble se rapporter tant

de la protection. Il s'agit donc de marquer le territoire de la réservation. ») alors que « Les restrictions ou exceptions, elles, fixent les limites intérieures de la discipline. Elles concernent plus volontiers les actes relatifs aux éléments protégés. Il s'agit alors de savoir ce qui échappe à la réservation naturelle et doit être toléré par les ayants droit (...) pour l'essentiel, il s'agit bien de déterminer les utilisations d'éléments protégés qui ne sont pas soumises à autorisation ou rémunération ». Distinction reprise par Benoît Galopin, Les exceptions à usage public en droit d'auteur (IRPI-LexisNexis, 2012, n° 8 à 28). L'auteur, après avoir noté qu'elle ne fait pas l'objet d'un accord au sein de la doctrine, propose de réserver le terme de limitation aux « frontières externes » délimitant le champ de la protection : « l'exception soustrait à la règle, alors que la limitation restreint, borne le champ de celle-ci. »

¹⁷ « 2) Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel »

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

¹⁹ « 1) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté d'exclure partiellement ou totalement de la protection prévue à l'article précédent les discours politiques et les discours prononcés dans les débats judiciaires. »

²⁰ « Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse. »

²¹ « Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source »

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

au droit de reproduction qu'au droit de communication publique ou/et de représentation (« émissions de radiodiffusion ») ;

- **l'exception d'information** (article 10 bis.1)²³, au bénéfice de la seule presse (au sens large, écrite et audiovisuelle), permet de reproduire puis de représenter/ communiquer au public certains articles et émissions d'actualité ;

- **la variante de cette exception d'information** (article 10 bis.2)²⁴, toujours au bénéfice de la seule presse, porte spécifiquement sur la communication au public (ou l'acte de « rendre accessible au public ») des œuvres littéraires et artistiques « vues ou entendues à l'occasion de comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie ou de la cinématographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public » ;

- enfin, **l'exception au droit exclusif de radiodiffusion et de communication publique « par tout autre moyen »** (article 11 bis-2)²⁵ est rédigée dans des termes spécifiques, dans la mesure où, d'une part, elle est subordonnée au respect du droit moral de l'auteur et à son droit d'obtenir une rémunération équitable, et d'autre part, est assortie, contrairement aux autres exceptions, d'une clause de limitation territoriale (son effet est « strictement limité » au territoire du pays qui l'admet), ce qui n'est pas sans conséquence sur le terrain des conflits de lois²⁶.

1.1.1.1.3. Les autres exceptions au droit de reproduction (le « test en trois étapes »)

En application de **l'article 9.2.**, les législations nationales peuvent prévoir d'autres exceptions au droit de reproduction que celles explicitement prévues, à condition que soient respectées trois conditions cumulatives :

« Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des 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. »²⁷

²³ « 1) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée. »

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

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

²⁶ Voir A. LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER, ouvrage précité, n°1502 (et note 396) et n°1473.

²⁷ La version anglaise stipule : "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author".

Cette disposition, issue d'une proposition de la délégation britannique, lors de la conférence diplomatique de Stockholm de 1967, a été introduite dans la Convention en 1971 à l'occasion de sa révision par la conférence diplomatique de Paris, parallèlement à l'explicitation du droit exclusif de reproduction. Il est désormais d'usage de la désigner comme « test en trois étapes », « test des trois étapes », ou encore « triple test ».

Cette formulation souple, dont la parenté avec la tradition anglo-saxonne du copyright est manifeste, a été préférée à l'option de la liste limitative d'exceptions, dans la mesure où elle permettait de concilier les différentes traditions juridiques²⁸.

Le « test en trois étapes » a fait l'objet de très abondants commentaires²⁹ depuis sa reprise dans l'accord ADPIC (1994) puis dans la directive 2001/29 du 22 mai 2001³⁰. Ses implications sur l'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées seront examinées plus bas.

1.1.1.1.4. État des adhésions à la Convention de Berne

À ce jour, 167 États ont adhéré à la Convention de Berne, dont l'Union européenne n'est pas membre, ce traité ne prévoyant pas l'adhésion d'organisations régionales³¹.

Les États-Unis ont adhéré le 16 novembre 1988 à la Convention, qui les lie depuis le 1^{er} mars 1989.

1.1.1.2. L'accord ADPIC (1994)

L'Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS en anglais, Trade-related aspects of intellectual property rights) a été adopté le 15 avril 1994 dans le cadre de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Cycle d'Uruguay), dont il constitue l'Annexe 1 C.³²

1.1.1.2.1. Rapport avec la Convention de Berne

L'article 9 (« Rapports avec la Convention de Berne ») stipule en son 1^{er} alinéa que « *Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne et à l'Annexe de ladite Convention. Toutefois, les Membres n'auront pas de droits ni d'obligations au titre du présent accord en ce qui concerne les droits conférés par l'article 6 bis de ladite Convention ou les droits qui en sont dérivés.* ».

²⁸ Voir Bernt HUGENHOLTZ, Martin SENFTLEBEN, Fair use in Europe. In search of flexibilities : “Not surprisingly, the three-step test was perceived as a flexible framework at the Stockholm Conference, within which national legislators would enjoy the freedom of safeguarding national limitations and satisfying domestic social, cultural and economic needs. This international acquis of the provision already indicates that the three-step test must not be misunderstood as a straitjacket of national exceptions. On its merits, the flexible formula is a compromise solution allowing Berne Union Members to tailor national exceptions and limitations to their specific domestic needs.” Voir également la thèse consacrée au sujet par M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Kluwer Law International (2004).

²⁹ Voir B. GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur* (n°68 et à 69 et articles cités en notes). L'auteur note que si l'étude en a été « longtemps dédaignée par la doctrine », elle a conquis une place de choix depuis la décision du 27 juillet 2000 de l'organe de règlements des conflits de l'OMC, condamnant les États-Unis sur le fondement de la disposition analogue de l'article 13 de l'accord ADPIC (cf. infra).

³⁰ La bibliographie en langue anglaise est également très abondante (voir quelques références citées annexe IV).

³¹ Pour l'état des adhésions, voir : http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15

³² Texte disponible sur le site de l'OMPI : http://www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/details.jsp?treaty_id=231

Par cette disposition, l'accord ADPIC reprend l'ensemble des règles de droit international privé de la convention de Berne (règles du traitement national et règles de conflit de lois) ainsi que ses dispositions matérielles (dont les droits exclusifs et les exceptions), les articles suivants (22 à 38) étant consacrés aux aspects institutionnels et aux dispositions transitoires. La seule disposition de la Convention de Berne non reprise par l'accord ADPIC est celle de l'article 6 bis, relative au droit moral. Par ailleurs, l'accord étend la protection de la Convention aux programmes d'ordinateurs, reconnus comme « œuvres littéraires ».

1.1.1.2.2. Les droits exclusifs

Aux droits exclusifs figurant dans la convention de Berne, l'accord ADPIC ajoute le droit d'exclusif de « location commerciale ». Son article 11 stipule que les États parties doivent accorder « au moins » aux auteurs des programmes d'ordinateurs et des œuvres cinématographiques, ainsi qu'à leurs ayants-droit, « *le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs œuvres protégées par le droit d'auteur* ». Ce « nouveau » droit exclusif est toutefois assorti de dérogations³³.

1.1.1.2.3. Les limitations et exceptions

L'article 13 de l'accord stipule que « *Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.* ».

Il ne se borne pas à « reprendre » l'article 9 de la convention de Berne, ce rappel étant inutile, du fait de l'article 9 précité de l'accord ADPIC, qui le rend obligatoire pour ses membres.

D'une part, il en infléchit le sens : la notion de « faculté » des États membres d'autoriser des exceptions laissant place à l'obligation de les restreindre, et la référence à l'auteur à celle du « détenteur du droit ».

D'autre part, il en modifie considérablement la portée, en deux directions opposées :

- alors l'article 9.1. de la Convention de Berne n'impose le test en trois étapes qu'au législateur national souhaitant créer d'autres exceptions au droit de reproduction que celles expressément prévues par la Convention, l'accord étend son application à l'ensemble des exceptions, y compris à celles explicitement prévues par celle-ci ;
- ce faisant, l'accord admet - au moins implicitement - la possibilité d'élargir aux autres droits les exceptions au droit de reproduction, voire de créer des exceptions spécifiques à ces autres droits exclusifs.

Cette extension présente un intérêt pratique manifeste : l'accord ADPIC étant conclu dans le cadre de l'OMC, l'éventuelle contrariété au « triple test » d'une exception introduite par un État peut être contestée par tout autre État devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC

³³ « *Un Membre sera exempté de cette obligation pour ce qui est des œuvres cinématographiques à moins que cette location n'ait conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces œuvres qui compromettent de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans ce Membre aux auteurs et à leurs ayants droit. Pour ce qui est des programmes d'ordinateur, cette obligation ne s'applique pas aux locations dans les cas où le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location.* »

(ORD), dont la décision s'impose³⁴. Eu égard à la similitude de rédaction des deux articles, l'interprétation est nécessairement transposable³⁵.

1.1.1.2.4. État des adhésions à l'accord ADPIC

À ce jour, les 159 parties contractantes de l'OMC (dont l'Union européenne) sont parties de l'accord ADPIC. Pour les États membres actuels de l'Union européenne, il est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995 (y compris pour les États qui ont adhéré à l'UE à partir de 2004, qui l'avaient signé et ratifié), à l'exception de l'Estonie et de la Croatie (pour lesquels l'accord est respectivement entré en vigueur en 1999 et en 2000)³⁶.

1.1.1.3. Le Traité OMPI sur le droit d'auteur (1996)

Le traité OMPI sur le droit d'auteur (en abrégé « OMPI-DA » ou « WCT », pour « WIPO Copyright Treaty ») a été adopté à Genève le 20 décembre 1996, en vue d'adapter les règles internationales existantes en matière de droits d'auteur aux problématiques de l'ère numérique³⁷.

S'agissant des « Rapports avec la Convention de Berne », l'article 1.1 du Traité stipule que « Le présent traité constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques³⁸, en ce qui concerne les Parties contractantes qui sont des pays membres de l'Union instituée par cette convention. ». L'article 1.2 précise qu'« aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de la Convention de Berne ». L'article 1.4 prévoit (comme l'accord ADPIC) que « Les Parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 et à l'annexe de la Convention de Berne. », ce qui inclut les règles de conflit de lois. L'article 3 que les parties « appliquent *mutatis mutandis* » les dispositions des articles 2 à 6 « dans le cadre de la protection prévue par le présent traité ».

1.1.1.3.1. Droits exclusifs

Le traité OMPI-DA complète les droits exclusifs des auteurs d'œuvres littéraires et artistiques prévus par la Convention de Berne et l'accord ADPIC, d'une part, en adaptant les droits existants à l'ère de l'internet (en précisant ou en l'élargissant leur champ d'application), d'autre part en reconnaissant de nouveaux droits.

³⁴ L'article 33.1 de la Convention de Berne prévoit la compétence de la Cour Internationale de Justice pour régler tout différend dans l'interprétation de ses dispositions, mais cette compétence peut faire l'objet d'une réserve par les États, au moment de la signature ou de la ratification (art.33.2).

³⁵ Voir, sur la décision rendue par l'ORD en 2000, sur l'interprétation de l'article 105 du code du copyright des États-Unis, Jane C. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions* (Revue Internationale du Droit d'Auteur, Janvier 2001). Voir également Benoit Galopin (précité, n°68-69), qui estime que cette décision a largement contribué à l'intérêt de la doctrine pour le triple test.

³⁶ Voir site de l'OMPI (http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/parties.jsp?treaty_id=231&group_id=22)

³⁷ Texte disponible sur le site OMPI (<http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/>)

³⁸ Art. 20 : « Les Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conférerait aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables. »

S'agissant du **droit de reproduction**, la déclaration commune concernant l'article 1.4 indique que « *Le droit de reproduction énoncé à l'article 9 de la Convention de Berne et les exceptions dont il peut être assorti s'appliquent pleinement dans l'environnement numérique, en particulier à l'utilisation des œuvres sous forme numérique. Le stockage d'une œuvre protégée sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens de l'article 9 de la Convention de Berne* ».

De même, l'article 8 complète les dispositions précitées de la convention de Berne relatives au **droit de communication au public**³⁹, **en y incluant explicitement au droit de mise à disposition du public** : « *les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ».

Son article 7, relatif au droit exclusif de location, élargit son champ - par rapport à l'accord ADPIC⁴⁰ - aux « œuvres incorporées dans des phonogrammes ».

Enfin, l'article 6 prévoit un **droit de distribution**, qu'il définit (6.1) comme le droit exclusif des auteurs « *d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété* ». L'art.6.2 laisse aux États la liberté de définir les conditions d'épuisement de ce droit⁴¹.

1.1.1.3.2. Limitations et exceptions

S'agissant des limitations et exceptions aux droits exclusifs, l'**article 10** du Traité stipule :

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

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

L'article 10 du Traité OMPI-DA opère ainsi une synthèse de la rédaction de Convention de Berne et celle de l'accord ADPIC, synthèse qu'on pourrait qualifier de « croisée ».

³⁹ « Sans préjudice des dispositions des articles 11.1)2°), 11bis.1)1°) et 2°), 11ter.1)2°), 14.1)2°) et 14bis.1) de la Convention de Berne (...) »

⁴⁰ « 1) Les auteurs /i) de programmes d'ordinateur, / ii) d'œuvres cinématographiques, et / iii) d'œuvres incorporées dans des phonogrammes telles que définies dans la législation nationale des Parties contractantes, jouissent du droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaires de leurs œuvres. »

⁴¹ « 2) Aucune disposition du présent traité ne porte atteinte à la faculté qu'ont les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur. »

Outre la mention des « *intérêts légitimes de l'auteur* », la « possibilité » prévue au paragraphe 1) pour les exceptions prévues par le Traité OMPI-DA fait écho à la notion de « faculté » de la Convention de Berne, alors que l'impératif utilisé au paragraphe 2) pour l'application de la Convention fait écho à la formule de l'accord ADPIC (« *Les Membres restreindront les limitations* »).

La déclaration commune relative à l'article 10 confirme que les dispositions du paragraphe 1) « *permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne* » et qu'elles « doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques ». Elle précise également que le paragraphe 2) « *ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne* »

1.1.1.3.4. État des adhésions et entrée en vigueur

Le Traité OMPI-DA est entré objectivement en vigueur le 6 mars 2002, après le dépôt du 30^{ème} instrument de ratification ou d'adhésion. À ce jour, seuls 90 États ont ratifié le Traité⁴², qui ne lie l'Union européenne et ses États membres que depuis le 14 mars 2010.

Pour autant, les dispositions du Traité ont été intégrées à l'ordre juridique communautaire bien avant cette date, du fait de l'adoption de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. En effet, l'Union européenne, qui bénéficiait pour la première fois du statut de partie contractante à part entière, alors qu'elle n'avait eu jusque-là que le statut d'observateur au sein de l'OMPI, a adopté le Traité le 20 décembre 1996. Par décision du Conseil du 16 mars 2000⁴³, le Conseil a formellement approuvé le Traité⁴⁴ « *au nom de la Communauté, pour ce qui est des questions relevant de sa compétence* » (article 1^{er}) et autorisé le président du Conseil « *à déposer les instruments de conclusion auprès du directeur général de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à partir de la date à laquelle les États membres devront faire entrer en vigueur les mesures, adoptées par le Parlement européen et le Conseil, qui sont nécessaires pour adapter la législation communautaire existante aux obligations découlant du Traité* ». Le délai de transposition de la directive 2001/29/CE étant le 22 décembre 2002, la conclusion du Traité pour l'Union aurait pu intervenir dès cette date, ce qui aurait eu pour effet de lier l'Union et les États membres, par application de l'article 216 (2) du TFUE. En conséquence, conformément au 7^{ème} considérant de la décision, qui précise qu'il convient que « *le dépôt des instruments de conclusion de la Communauté intervienne, autant que possible, simultanément à celui des instruments de ratification des États membres* », la ratification par l'Union n'est intervenue que le 14 décembre 2009.

⁴² Au total, avec l'UE, 91 parties contractantes. Pour l'état des ratifications et adhésions et l'entrée en vigueur dans les pays signataires, voir le site de l'OMPI : (http://www.wipo.int/treaties/fr/ShowResults.jsp?treaty_id=16)

⁴³ Décision du Conseil du 16 mars 2000 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes.

⁴⁴ Ainsi que le Traité sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (WPPT en anglais).

1.1.1.4. Le cadre juridique international de l'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées

Ce rappel des principales dispositions pertinentes - pour le présent rapport - de la Convention de Berne et des traités qui en sont les « dérivés » conduit à trois remarques.

1°) L'exception au droit exclusif de reproduction au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap, notamment visuel, non prévue par la Convention de Berne, était admise par certaines législations nationales (implicitement ou explicitement), antérieurement à la révision de 1971 ;

2) L'article 9.2., introduit en 1971, a ainsi conforté la légalité des exceptions existantes au regard du droit international d'auteur, dans la mesure où il ne semble jamais avoir été contesté que cette exception au bénéfice des personnes handicapées, qui constitue manifestement un cas spécial, franchisse les deux autres étapes du test, y compris au regard de l'interprétation qui en a été donnée par l'organe de règlement des différends de l'OMC en juin 2000.⁴⁵

3°) L'extension du test en trois étapes, du fait de l'article 13 de l'accord ADPIC et de l'article 10 du Traité OMPI-DA, a eu notamment pour effet de permettre aux États d'étendre l'exception handicap, initialement limitée au seul droit de reproduction⁴⁶, aux autres droits exclusifs, en particulier aux droits d'adaptation et de traduction⁴⁷, aux droits de représentation et de « communication publique » ainsi qu'au droit de distribution⁴⁸.

4°) En revanche, aucun des trois textes internationaux ne contient de disposition matérielle spécifique relative aux échanges transfrontaliers d'œuvres adaptées sur le fondement des législations nationales relatives au droit d'auteur. Cela n'implique pas que ces échanges soient prohibés, mais conduit à se placer, pour déterminer les règles qui leurs sont applicables, sur le terrain des règles conventionnelles de conflits de loi (voir 1.2. et 1.3.).

1.1.2. Le cadre juridique communautaire : la directive du 22 mai 2001

1.1.2.1. Rappel des objectifs de la directive

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 *sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*⁴⁹ a été initialement conçue, comme l'indique son libellé, dans une optique d'harmonisation au sein de l'Union Européenne.

⁴⁵ Sur ce point, voir en particulier Benoit Galopin, ouvrage précité, n°70 à 74 ainsi que n° 252 (et note 1)

⁴⁶ Certains auteurs estiment que les exceptions au droit de reproduction « stricto sensu » auraient vocation à s'appliquer aux droits exclusifs « liés » (droit de traduction et d'adaptation), qui, bien que plus anciens, en sont devenus les corollaires. Voir A.LUCAS, H.J. LUCAS, A.LUCAS-SCHLOETTER préc. n°1496 et note 357 citant H. Desbois, A. Françon, A. Kerever, *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins* (n°376).

⁴⁷ Voir B. Galopin précité (n°260), qui indique que la question de l'extension des exceptions au droit de reproduction à ces deux droits a été longuement examinée lors de la conférence de Stockholm en 1967 sur la base d'un rapport spécifique, mais n'a pas pu être tranchée. L'auteur note que la question ne se pose pas en droit français, caractérisé par sa conception synthétique, ces deux droits étant rattachés au droit de reproduction.

⁴⁸ Ce qui est confirmé par la directive 2001/29 (voir infra, 1.1.2.2.3. et 1.1.3.1.1.).

⁴⁹ JOCE n° L 167 du 22/06/2001 p.10

Ses considérants 1 à 9 précisent la finalité et les modalités de l'harmonisation, en particulier dans le contexte numérique⁵⁰. Le considérant 7 indique qu'il convient « *d'adapter les dispositions nationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui varient sensiblement d'un État membre à l'autre ou qui entraînent une insécurité juridique entravant le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement de la société de l'information en Europe et il importe d'éviter que les États membres réagissent en ordre dispersé aux évolutions technologiques* », cet objectif fixant les limites de l'harmonisation (« *En revanche, il n'est pas nécessaire de supprimer les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur* »). Le considérant 9 affirme que toute harmonisation des droits « *doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle* ».

C'est d'ailleurs à ce double objectif que le considérant 15 rattache la mise en œuvre des nouvelles obligations internationales nées des deux traités OMPI de 1996 (Traité sur le droit d'auteur et traité sur les interprétations et les exécutions et sur les phonogrammes), qui « *constituent une mise à jour importante de la protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en ce qui concerne ce que l'on appelle «l'agenda numérique», et améliorent les moyens de lutte contre la piraterie à l'échelle planétaire* ».

Ces deux traités n'étant pas, en 2001, ratifiés par l'ensemble des États-membres⁵¹, on peut penser que leur intégration - par anticipation - dans l'ordre juridique communautaire a pu également servir de moyen au service de l'harmonisation souhaitée par la Commission européenne.

Valérie BENABOU estime ainsi qu'en inversant le « déroulement logique », l'Union européenne « *ne se conforme pas aux traités OMPI ; elle les adapte et en impose ainsi aux différents États membres une lecture uniforme avant de procéder à leur ratification.* »⁵². L'ensemble des commentaires relatifs à la directive constatent que cet objectif d'harmonisation est loin d'être atteint, en premier lieu en raison de l'échec patent de l'harmonisation des exceptions aux droits exclusifs⁵³.

⁵⁰ Cons.6 : « *En l'absence d'harmonisation à l'échelle communautaire, les processus législatifs au niveau national, dans lesquels plusieurs États membres se sont déjà engagés pour répondre aux défis technologiques, pourraient entraîner des disparités sensibles en matière de protection et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises qui comportent des éléments relevant de la propriété intellectuelle ou se fondent sur de tels éléments, ce qui provoquerait une nouvelle fragmentation du marché intérieur et des incohérences d'ordre législatif. L'incidence de ces disparités législatives et de cette insécurité juridique se fera plus sensible avec le développement de la société de l'information, qui a déjà considérablement renforcé l'exploitation transfrontalière de la propriété intellectuelle.* »

⁵¹ « *La Communauté et une majorité d'États membres ont déjà signé lesdits traités et les procédures de ratification sont en cours dans la Communauté et les États membres.* »

⁵² Voir Valérie Laure Benabou, *La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire* » (Comm. comm. électr. 2001, étude n°23), qui s'interroge également sur les éventuelles « arrières pensées » du législateur communautaire qui pouvait espérer ainsi conquérir à l'avenir la compétence exclusive que la CJCE lui avait refusée pour la négociation de l'accord ADPIC dans son avis 1/94.

⁵³ Valérie Laure Benabou (article précité) ; C. CARON, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen* (Comm. comm. électronique 2001, étude n°13) Pierre SIRINELLI, « *La directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur ?* », in *Commerce électronique et propriété intellectuelle*, Litec-IRPI, 2001.

1.1.2.2. L'harmonisation de la définition des droits exclusifs

En revanche, nul ne conteste l'importance de l'harmonisation réalisée par la directive du 22 mai 2001, s'agissant de la définition des trois droits exclusifs que les États membres doivent « prévoir » dans leur législation⁵⁴ : droit de reproduction (article 2), droit de communication au public (article 3) et droit de distribution (article 4).

1.1.2.2.1. Le droit de reproduction

S'agissant du droit de reproduction, l'article 2 de la directive dispose que « *Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie : / a) pour les auteurs, de leurs œuvres (...)* ». Cette définition est plus large que celle de l'article 9 (1) de la Convention de Berne, dans la mesure où elle couvre également les reproductions indirectes et les reproductions provisoires.

1.1.2.2.1. Le droit de communication au public et de mise à disposition du public

L'article 3.1 définit le droit de communication des œuvres au public comme « *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Si cette définition ne s'éloigne guère de la rédaction de l'article 8 du Traité OMPI-DA⁵⁵, l'article 3.3 de la directive apporte une précision non négligeable, absente du Traité, en écartant tout épuisement desdits droits par un premier acte de communication au public ou de mise à la disposition du public⁵⁶.

1.1.2.2.3. Le droit de distribution

Ainsi que l'ont noté les commentateurs, l'article 4, relatif au droit exclusif de distribution, innove davantage par rapport aux conventions internationales⁵⁷. Le champ *rationae materiae* du **droit de distribution** défini à l'article 4.1 (« *Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci* ») est plus large que celui de l'article 6.1. du Traité OMPI sur le droit d'auteur⁵⁸.

⁵⁴ Valérie Laure Benabou (article précité) ; C. CARON, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen* (Comm. comm. électronique 2001, étude n°13) Pierre SIRINELLI, « La directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », in *Commerce électronique et propriété intellectuelle*, Litec-IRPI, 2001.

⁵⁵ L'article 8 du Traité OMPI-DA évoque la mise à disposition du public des œuvres « *de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* »

⁵⁶ « 3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article. »

⁵⁷ V.BENABOU (art. précité) estime notamment que « c'est sans doute sur le droit de distribution, et son corollaire l'épuisement, que l'apport de la directive est le plus décisif. ». Voir également, A.LUCAS, *Le droit de distribution et son épuisement* (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2006, étude 25).

⁵⁸ Art. 6.1. : droit exclusif des auteurs « *d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété* ». Rappelons que ce droit n'est pas prévu par la Convention de Berne et qu'il est limité à certaines œuvres par l'accord ADPIC (voir supra). Par suite, les États qui, comme le Canada, n'ont ratifié que ces deux traités, et non le traité OMPI-DA, ne sont pas tenus de garantir aux auteurs d'œuvres « étrangères », le droit exclusif de distribution, sauf si leur législation nationale reconnaît ce droit (auquel cas ce droit doit leur être reconnu, en vertu du principe du traitement national)

Contrairement à l'article 6.1. du Traité OMPI, qui ne vise que les transferts de propriété, le droit distribution couvre toute forme de distribution (par exemple la location ou le prêt). Les considérants 28 et 29 de la directive précisent que le droit de distribution ne concerne « que les œuvres incorporées dans un support matériel »⁵⁹, ce qui le distingue du droit de communication au public.

S'agissant de l'épuisement du droit de distribution, dont l'art.6.2 du traité OMPI-DA laisse aux États la liberté de définir les conditions, l'article 4.2 de la directive en limite l'effet au territoire de l'Union européenne : « *Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.* ».

⁶⁰

Il résulte toutefois de la différence de formulation au sein de l'article 4 de la directive une certaine asymétrie, le champ rationae materiae du droit de distribution (« *le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement* ») étant plus large que celui de son épuisement (« *première vente ou premier autre transfert de propriété* »).

1.1.2.2. Les limitations et exceptions aux droits exclusifs

Les critiques formulées à l'encontre de la directive portent essentiellement sur le dispositif qu'elle retient pour les exceptions, rendu responsable de sa faible portée harmonisatrice⁶¹.

Ce constat général est confirmé, s'agissant de l'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées, dont l'absence d'harmonisation emporte des conséquences certaines, s'agissant des échanges transfrontaliers sur le territoire de l'Union.

1.1.2.2.1. La liste des exceptions aux droits exclusifs

L'article 5 de directive retient une liste limitative de 21 exceptions et limitations aux droits exclusifs, parmi lesquelles une seule est obligatoire (actes de reproduction provisoires transitoires ou accessoires, article 5.1)⁶².

⁵⁹ Cons. 28 : « *La protection du droit d'auteur en application de la présente directive inclut le droit exclusif de contrôler la distribution d'une œuvre incorporée à un bien matériel (...)* ».

⁶⁰ Cons. 28 : « *La première vente dans la Communauté de l'original d'une œuvre ou des copies de celle-ci par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de contrôler la revente de cet objet dans la Communauté. Ce droit ne doit pas être épuisé par la vente de l'original ou de copies de celui-ci hors de la Communauté par le titulaire du droit ou avec son consentement.* Cons. 29 : « *La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. (...) tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi* ».

⁶¹ Selon la formule de Valérie Laure BENABOU « Le périmètre du droit ne se définit pas seulement de façon positive, il se définit en creux dans la limite des exceptions qui sont déterminées » (*La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur (Le droit de la communication à l'épreuve de l'Europe : construction et résistance*, Actes du colloque Légipresse du 2 octobre 2003, Legicon n°30, 2004/1, p.25). Voir également la formule déjà citée de P.SIRINELLI, dans le document de l'OMPI.

⁶² Article 5.1. : « *Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre: a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, ou b) une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit de reproduction prévu à l'article 2.*

S'agissant des 20 autres exceptions - facultatives - la directive opère une distinction entre celles qui ne peuvent porter que sur le droit de reproduction (art. 5.2, au nombre de cinq) et celles qui peuvent porter à la fois sur le droit de reproduction et le droit de communication au public (art. 5.3, au nombre de quinze). Enfin, l'article 5.4 autorisent les États membres qui prévoient une exception au droit de reproduction (que ce soit sur le fondement de l'art.5.2 ou de l'article 5.3), de l'assortir d'une exception au droit de distribution « dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction autorisée ». Le caractère disparate de cette liste d'exceptions facultatives, résultat probable de la reprise des exceptions existantes dans l'ensemble des États membres, a fait l'objet des plus vives critiques de la doctrine, qui y pu la qualifier d'inventaire à la Prévert. La formule de Valérie BENABOU les résume parfaitement : « *on peut se demander à quoi sert ce désolant catalogue - à l'opposé d'une harmonisation - si ce n'est à mettre en lumière les divergences majeures entre les systèmes juridiques sur la question des exceptions* ».

Tel est également le sens de la conclusion de la très volumineuse étude conduite en 2007, à la demande de la Commission européenne, sur la mise en œuvre de la directive, par l'IViR (Institute for Information Law of the University of Amsterdam) en collaboration avec le Queen Mary Intellectual Property Research Centre of the University of London⁶³, qui estime que la raison de l'inachèvement de l'harmonisation réside, en premier lieu, dans la définition des exceptions en termes trop génériques, laissant aux États une large marge d'appréciation, et surtout, dans l'échec de la directive à retenir une liste d'exceptions obligatoires : « *Le résultat est une mosaïque d'exceptions et de limitations qui varient d'un État membre à un autre, ce qui pourrait sérieusement entraver la mise en place de services transfrontaliers de contenus en ligne.* »⁶⁴

1.1.2.2.2. La reprise du test en trois étapes

Le paragraphe 5 de l'article 5 de la directive dispose que « *Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Bien que la formule puisse apparaître comme la simple reproduction du test en trois étapes de l'article 9-2 de la Convention de Berne, dont la portée avait déjà était étendue, ainsi qu'il a été dit, par sa reprise à l'article 13 de l'accord ADPIC et à l'article 10 du Traité OMPI-DA, son intégration au sein de la directive emporte des conséquences juridiques d'une toute autre nature, ainsi résumées par Tristan AZZI :

⁶³ *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2011/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.* -Institute for Information Law of the University of Amsterdam (IViR) & Queen Mary Intellectual Property Research Centre of the University of London (February 2007).

⁶⁴ Etude IViR précitée, Executive Summary of final report, p.5. « *Here, actual harmonisation has hardly been achieved, for a number of reasons. In the first place, the provisions of the Directive are mostly phrased in broad and categorical terms, leaving wide discretion to the Member States. Even worse, from a perspective of approximation, is the Directive's failure to come up with a set of mandatory limitations. Member States are left with near-total freedom to pick and choose from the Directive list of optional limitations those that they see fit. The result is a mosaic of exceptions and limitations that vary from Member State to Member State, which might seriously impede the establishment of cross-border online content services.* »

« Le triple test (...) figure dans la plupart des instruments internationaux relatifs à la propriété intellectuelle (...). Sa raison d'être réside dans les profondes divergences qui opposent les droits nationaux sur la question des exceptions aux monopoles. À l'origine, il a ainsi été conçu comme un moyen souple permettant d'encadrer ces exceptions tout en maintenant leur diversité. Il était donc initialement destiné au législateur. La directive de 2001 opère toutefois un glissement. Le test n'y est plus envisagé comme une consigne relative à la création des exceptions, mais comme une consigne relative à l'application de celles-ci. Dès lors, son destinataire ne semble plus être le législateur, mais bien le juge. »⁶⁵

Il ressort d'ailleurs de l'étude précitée de l'IViR (Institute for Information Law of the University of Amsterdam)⁶⁶, que seuls neuf États membres ont transposé le test en trois étapes dans leur législation, qui l'admet comme règle substantielle (France, Italie, Portugal, Luxembourg, Grèce, Pologne, Hongrie, République tchèque, et Malte). Les autres États n'ont pas jugé opportun de le transposer, au motif que la règle s'adresse au juge et non au législateur. Ainsi, la Belgique a fait valoir, lors des débats parlementaires, que « le triple test avait pour finalité de servir de guide au législateur pour le législateur lors de l'adoption de nouvelles exceptions au droit d'auteur ou d'adapter les anciens » et que, par suite, une fois les exceptions accordées, elles étaient « réputées compatibles avec le test »⁶⁷. Le rapport note que certaines décisions de jurisprudence l'ont admis comme principe général du droit d'auteur (Autriche, Belgique, Pays-Bas et Finlande). Il observe qu'en Allemagne, la doctrine l'interprète comme une question de conformité aux conventions internationale plutôt qu'une règle d'interprétation du droit interne.⁶⁸

Il convient également de mentionner que le test en trois étapes a fait l'objet d'une contribution collective, élaborée sous l'égide de l'Institut Max Planck, qui préconise une interprétation équilibrée et globale du test et estime que son application « *par certaines juridictions et législations nationales a été à tort influencée par une interprétation restrictive de ce test* »⁶⁹.

1.1.2.3. L'exception au bénéfice des personnes handicapées

Parmi la liste des exceptions facultative aux droits exclusifs des auteurs d'autoriser la reproduction et la communication publique de leurs œuvres que l'article 5.3 de la directive 2001/29/CE autorise les États-membres à prévoir⁷⁰, figure (au b), l'exception en faveur des personnes handicapées « *lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap* ».

⁶⁵ T. Azzi, *La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé* (Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2007, étude 16, point 14). Voir également le point 15 sur la transposition du test en droit interne, et les interprétations qui peuvent en être données.

⁶⁶ Étude IViR précitée, Tome II, p.48-49, ainsi que les chapitres spécifiques par pays et par exception.

⁶⁷ Les deux conditions du test sont toutefois insérées dans la rédaction de l'exception handicap.

⁶⁸ Voir également Benoît GALOPIN, ouvrage précité (n°525 à 557) et la comparaison avec cinq pays (Allemagne, Belgique, Royaume Uni, États Unis et Italie (tableau p.461).

⁶⁹ *Declaration on a balanced interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law* (version française établie par Christophe Geiger et Sylvie Nérissou). Texte original faisant foi et traductions disponibles en ligne sur le site de l'Institut Max Planck (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf)

⁷⁰ Cette exception au droit d'auteur est également prévue pour les droits voisins et les bases de données

L'exception « *au bénéfice de personnes affectées d'un handicap* », expressément réservée aux utilisations « *de nature non commerciale* »), est définie en termes très larges, en fonction des deux critères qualitatifs, de nécessité (« *qui sont directement liées au handicap* ») d'une part, et de proportionnalité (« *dans la mesure requise par ledit handicap* »), d'autre part.

Cette exception figurant à l'article 5.3, il en résulte que les États-membres qui l'introduisent en droit interne ont le choix entre cinq options, quant aux actes autorisés :

- exception au droit de reproduction et au droit de communication au public (ou au seul droit de mise à disposition du public, sous-catégorie plus étroite);
- exception au droit de reproduction et au droit de distribution ;
- exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de communication au public (ou au seul droit de mise à disposition du public).

Les 28 États membres de l'Union européenne ont transposé cette exception facultative⁷¹. Toutefois, les régimes juridiques étant très divers, l'exception handicap n'est pas plus harmonisée au plan communautaire qu'au plan mondial.

1.1.3. La diversité des régimes juridiques nationaux de l'exception handicap

1.1.3.1. Si tous les États membres de l'Union européenne ont transposé l'exception handicap, ils ont adopté des solutions très différentes.

1.1.3.1.1. Un facteur général de divergence : la transposition des droits exclusifs

Si la définition claire des concepts est la condition nécessaire de l'harmonisation des droits exclusifs, elle ne suffit pas pour autant à la garantir. C'est du moins ce qui ressort de l'étude précitée de l'IViR (Institute for Information Law of the University of Amsterdam)⁷².

Le rapport constate que les États membres ont transposé les trois droits exclusifs en fonction de la législation préexistante, dont la catégorisation ne correspond pas nécessairement à la « trilogie » reproduction/communication au public/distribution. Les différences (entre les pays de tradition de Common Law⁷³ et de droit d'auteur, d'une part, et entre ces derniers, d'autre part) conduisent parfois à des divergences qui peuvent avoir des effets « disharmonising ». Un des problèmes majeurs réside dans le chevauchement du champ d'application des trois droits, avec les conséquences que cela emporte sur le terrain des exceptions.

Le plus haut degré d'harmonisation concerne le **droit de reproduction**, antérieurement reconnu par tous les États-membres, pour lequel le rapport n'observe que des « déviations mineures ».

S'agissant du **droit de communication au public**, le rapport observe quelques divergences relatives tant aux modalités techniques de transposition qu'au champ exact de ce droit. Sur le plan technique, le rapport note qu'il a été souvent transposé en tant que sous-catégorie d'un droit préexistant (communication ou représentation, comme en France et en Belgique).

⁷¹ La Croatie l'avait intégrée dans sa législation avant son adhésion.

⁷² *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2011/29/EC*. Voir tome II, première partie, chapitre A (Exclusive rights, p. 1 à 10) ainsi que les chapitres A de l'analyse pays par pays.

⁷³ Le concept de droits exclusifs est absent des législations britannique et irlandaise, la notion correspondante est définie négativement, par les atteintes à ces droits (« infringement »).

La forme spécifique du droit de communication au public que constitue le droit de mise à disposition du public est transposée soit comme une sous-catégorie du droit de communication au public (reprise de la formule de la directive), soit comme un droit spécifique. Ces divergences peuvent révéler une incertitude quant à l'extension du champ de ce droit.

Le rapport note ainsi que pour certains États membres, la question se pose de savoir si la « mise à disposition du public » constitue un acte distinct de la « communication au public » (la communication au public ne couvrant que les seuls actes simultanés, et la mise à disposition les seuls actes non simultanés) ou une des formes spécifiques de la communication au public (catégorie large couvrant l'ensemble des actes, simultanés ou non, conformément à la lettre de la directive)⁷⁴.

Le droit de distribution est celui pour lequel le rapport juge la situation « particulièrement difficile ».

La première difficulté tient aux différences de catégorisation relatives au droit de distribution défini par l'article 4.1 de la directive. Le rapport observe que dans les législations nationales antérieures à la transposition, le droit de distribution était reconnu soit en tant que droit autonome, soit dans le cadre d'un droit plus large de « mise à disposition du public » (Pays-Bas) ou encore dans le cadre d'un « vaste droit ombrelle » tel que le droit de destination (France et Belgique, cette dernière ayant modifié la loi pour y insérer un droit spécifique⁷⁵).

Parmi les États n'ayant pas introduit de droit spécifique de distribution, du moins sous ce terme, à l'occasion de la transposition, de larges différences de dénomination subsistent : « diffusion des copies au public » (« to issue copies to the public » - Royaume-Uni et Irlande), « mise à disposition des œuvres dans une forme tangible » (République tchèque) ; « offre de copies au public » (Autriche et Finlande) ou encore « mise en circulation ».

Des différences subsistent également, y compris pour les États membres reconnaissant un droit spécifique de distribution. Certains ont repris la définition de la directive (« par la vente ou autrement » (Autriche, République tchèque, Chypre, Danemark, Estonie, Finlande, Grèce, Lettonie, Norvège, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovaquie, Slovaquie et Suède). En revanche, si la loi allemande sur le droit d'auteur ne mentionne que la vente, le droit de distribution couvre toute offre individuelle à tout membre du public, la notion de « public » étant plus large que pour les actes de communication immatérielle.

Enfin, des divergences se manifestent s'agissant de la définition du champ couvert par le droit de distribution (art.4.1), certains États semblant estimer qu'il peut s'étendre à des copies non incorporés à un bien matériel, alors, que selon le rapport, la directive « exclut *expressément* du droit de distribution toute délivrance de copies par voie de transmission ».

⁷⁴ Le rapport observe que l'Autriche a transposé le seul droit de mise à disposition du public, sans se référer au droit général de communication au public, ce qui pourrait impliquer que ne sont couverts que les actes de communication non simultanés, et que les actes subséquents (comme le téléchargement) n'entrent pas dans le champs du droit de communication publique, mais dans celui du droit de reproduction.

⁷⁵ Sur le choix du législateur français de ne pas transposer ce droit au Code de la propriété intellectuelle, voir l'analyse très critique d'André LUCAS dans « *Le droit de distribution et son épuisement* » (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2006, étude 25).

Le rapport observe que ces disparités ne sont pas sans conséquences sur l'interprétation et la mise en œuvre de la règle de l'épuisement du droit de distribution (article 4.2).

Il constate que si tous les États membres ont transposé cette règle, seuls un petit nombre d'entre eux ont expressément précisé qu'elle ne s'applique qu'aux copies sous une forme tangible (Belgique, Pays-Bas, France et Italie). Il en déduit que subsiste une incertitude sur son éventuelle application, par analogie, au droit de communication publique, incertitude qui semble avoir été confirmée par les divergences de jurisprudence.

1.1.3.1.2. Les facteurs spécifiques de diversité dans la transposition de l'exception handicap

Ainsi qu'il a été dit, l'article 5.3 (b) de la directive 2001/29/CE donne une définition large de l'exception handicap, que les États membres peuvent introduire pour les droits de reproduction, de distribution et de communication publique⁷⁶, « *lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap* ».

L'extrême souplesse de cette définition a laissé aux États membres une grande liberté, dont l'usage s'est traduit – sans surprise, puisque telle était sa finalité – par des dispositifs nationaux très variables tant dans leur forme que leur contenu.

Sur le plan légistique, un premier groupe d'États se sont bornés à recopier fidèlement la disposition de la directive dans leur législation, sans renvoyer à un texte réglementaire les modalités de son application⁷⁷ (Espagne, Portugal, Hongrie, Pologne, Slovaquie). Un deuxième groupe d'États membres ont précisé le dispositif de la directive dans la loi, tout en renvoyant certaines précisions à des textes réglementaires (Belgique, France, Italie et Grèce). Enfin, un troisième groupe d'État (les plus nombreux) ont fixé dans la loi l'ensemble des dispositions relatives à l'exception.

Les différences entre les dispositifs nationaux relatifs à l'exception handicap pouvant être observées hors de l'Union européenne, elles seront étudiées au niveau international, sous forme de typologie des dispositifs (voir 1.1.1.3. et annexe VII).

1.1.3.2. Au plan mondial, la situation des exceptions en faveur des personnes handicapées est sensiblement plus hétérogène

Au plan mondial, l'absence d'harmonisation outrepassa largement la question du régime juridique des exceptions en faveur des personnes handicapées, dans la mesure où seule une minorité d'États reconnaissent de telles exceptions.

Cette diversité constitue le point de départ des discussions sur l'accès des personnes aveugles et malvoyantes aux publications menées depuis 2002⁷⁸ au sein de l'Organisation mondiale de

⁷⁶ Cette exception au droit d'auteur est également prévue pour les droits voisins et les bases de données

⁷⁷ Bien que cela n'exclut pas, en pratique, que de tels textes réglementaires aient été pris sur le fondement de la loi, cela rend très difficile le repérage de tels textes, ce qui limite l'exercice de droit comparé.

⁷⁸ Les premières discussions sur ce thème ont été conduites dès 1981, dans le cadre d'un groupe de travail commun de l'OMPI et de l'UNESCO (sur ce point, voir point 2.1. du présent rapport).

la propriété intellectuelle (ci-après OMPI), lesquelles ont conduit l'OMPI à diligenter plusieurs études.

L'*Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels*, confiée à Judith SULLIVAN, a été présentée à la 15^{ème} session du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, en septembre 2006 (SCCR/15/7)⁷⁹.

Cette étude très complète (ci-après « Rapport Sullivan »), qui demeure la référence en la matière, a alimenté les discussions ultérieures sur la nécessité d'un « instrument international » (recommandation ou traité contraignant) visant à harmoniser les dispositifs nationaux d'exception en faveur des personnes handicapées et permettre les échanges transfrontaliers des œuvres adaptées en format accessible.

On se bornera à en résumer les principaux constats.

1.1.3.2.1. Premier constat : seule une minorité des États membres de l'OMPI reconnaissent une exception au droit d'auteur en faveur des personnes « empêchées de lire »

Il ressort en premier lieu du rapport Sullivan qu'en 2006, moins d'un tiers des pays membres de l'OMPI (57 sur 192) avaient introduit dans leur législation un dispositif spécifique de limitation ou exception aux droits exclusifs au profit des déficients visuels « ou, plus généralement, aux personnes se trouvant dans l'incapacité de lire », pour les activités « *consistant à mettre à leur disposition, dans une version adaptée, une œuvre protégée par le droit d'auteur* ».

Le rapport précise n'avoir pas étudié dans quelle mesure d'autres exceptions (telles que l'exception de copie privée, l'exception pédagogique ou encore l'exception au profit des bibliothèques) autoriseraient de telles activités en faveur des déficients visuels⁸⁰. Il indique également de ne pas avoir examiné « de façon approfondie » dans quelle mesure les exceptions au droit d'auteur s'appliquent également aux droits connexes entrant « en ligne de compte » pour les audio-descriptions de films et d'émissions.

On constate, à la lecture de la liste des 57 pays dont la législation est étudiée, qu'ils se situent pour l'essentiel en Europe (au sens large), aux États-Unis et dans les pays du Commonwealth (Canada, Australie et Nouvelle-Zélande), ainsi que, dans une moindre mesure, en Asie⁸¹ et en Amérique du Sud⁸². En revanche, seuls trois pays africains étaient recensés en 2006⁸³.

⁷⁹ Judith SULLIVAN, *Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels*, 2007, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ; Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, 15^{ème} session, Genève, 11 – 13 septembre 2006 (SCCR/15/7) – En ligne sur le site de l'OMPI (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=75696)

⁸⁰ Judith Sullivan observe qu'il « *semble peu probable que ces exceptions puissent apporter une solution globale à la question des besoins légitimes des déficients visuels que des problèmes de droit d'auteur empêchent d'accéder aux écrits* ».

⁸¹ Japon, Chine, Indonésie, Corée du Sud, Macao, Malaisie, Singapour et Mongolie.

⁸² Belize, Brésil, République dominicaine, El Salvador, Nicaragua, Panama, Paraguay et Pérou.

⁸³ Cameroun, Gabon et Nigéria. L'indisponibilité des versions consolidées des textes en vigueur ne permet pas de savoir si d'autres pays africains ont introduit une exception dans leur législation depuis 2006.

1.1.3.2.2. Deuxième constat : les dispositifs d'exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées sont très divers

S'agissant des 57 pays dont la législation prévoit une exception aux droits exclusifs spécifique au profit des personnes handicapées, le rapport Sullivan décrit les différences entre les dispositifs nationaux.

On retiendra, parmi les dix différences analysées par Judith Sullivan en 2006, les quatre qui paraissent structurantes du point de vue du présent rapport, à savoir celles qui sont susceptibles de créer les obstacles les plus importants à la circulation transfrontalière. Ces différences seront analysées en détail à partir de l'étude de la législation actuelle de quinze pays (voir 1.1.4.).

La première différence concerne les bénéficiaires finaux de l'exception⁸⁴, qui peuvent être les seuls aveugles et déficients visuels (plus rarement les seuls aveugles, certaines législations n'autorisant que les adaptations en braille), ou plus largement les personnes souffrant de déficiences « sensorielles » empêchant la lecture, ou encore de déficiences intellectuelles, voire à l'ensemble des déficiences pouvant avoir pour effet une incapacité de lire des ouvrages « standard ». Le rapport note que le champ des bénéficiaires est parfois défini par renvoi à la définition du handicap figurant dans une autre législation.

La deuxième différence concerne les personnes pouvant exercer l'activité de production des ouvrages en formats accessibles⁸⁵. Le rapport observe que dans la moitié des pays, il n'existe aucune restriction en la matière (notamment Canada, Danemark et Royaume-Uni, où les adaptations peuvent être réalisées également par les déficients visuels)⁸⁶. Dans certains pays, l'activité est libre pour l'adaptation en formats spécifiques mais réservée à certains organismes autorisés pour les enregistrements sonores (Japon, Suède, Finlande, par exemple). Dans les autres, toute activité d'adaptation est réservée, soit à des catégories générales d'organismes tels que les établissements d'enseignement, les bibliothèques et les organismes dédiés aux personnes handicapées (États-Unis, Norvège, Malaisie et à Singapour) soit à des organismes titulaires d'une autorisation ou d'un agrément spécifique (France, Irlande, Nouvelle-Zélande).

Une autre différence⁸⁷, qui peut être rattachée à la précédente, concerne l'existence éventuelle d'une condition relative au caractère non lucratif de l'activité de production des ouvrages en format adapté. Le rapport observe que dans la très grande majorité des cas, « l'activité commerciale est exclue du champ d'application des exceptions par une disposition prescrivant expressément une activité à but non lucratif ». Quelques pays écartent cette règle, pour les seuls établissements d'enseignement (Royaume-Uni et Singapour), ou pour les éditeurs contraints par la législation de produire des ouvrages scolaires en gros caractères (Japon) ou à fournir les fichiers en format accessible aux agences ou établissements d'enseignement (États-Unis).

⁸⁴ Rapport Sullivan, chapitre 2.2 (p.32 s.)

⁸⁵ Rapport Sullivan, chapitre 2.6 (p.38).

⁸⁶ J. Sullivan précise toutefois que dans certains cas, « ces modalités apparemment généreuses ne laissent pas d'être assorties d'autres conditions ».

⁸⁷ Rapport Sullivan, chapitre 2.5. (p.34-35)

La troisième différence est relative aux actes relevant du champ de l'exception⁸⁸. Le rapport constate que toutes les législations autorisent la reproduction, notion qui, outre l'adaptation, peut également recouvrir la traduction, dans certains pays. La ligne de partage établie entre les pays qui n'autorisent que la distribution et ceux qui autorisent également la communication au public est obscurcie, du fait de l'emploi très fréquent du terme de « fourniture » (qui peut recouvrir les deux modes de diffusion, matérielle et immatérielle) ainsi que par la signification variable du terme de « distribution ». L'incertitude qui découle de ces différences terminologiques, amplement confirmée par l'analyse de la transposition de la directive 2001/29 (voir supra point 1.1.3.1.), constitue de toute évidence un point clé de la problématique de la circulation transfrontalière.

La quatrième différence concerne le caractère compensé ou non, de l'exception⁸⁹. Le rapport note que la très grande majorité des pays n'ont pas assorti l'exception d'une compensation obligatoire. Dans les cas où une compensation est instaurée, elle est soit systématique (à partir d'un certain nombre d'exemplaires), soit limitée aux reproductions sonores ou/et aux œuvres cinématographiques. Au Japon, la compensation est limitée aux ouvrages scolaires en gros caractères obligatoirement fournis par les éditeurs⁹⁰.

Le rapport Sullivan fait également état d'autres différences, relatives à la définition des œuvres pouvant être adaptées⁹¹, à l'existence de dispositions spécifiques aux livres scolaires (États-Unis et Japon), aux conditions complémentaires éventuelles (publication antérieure licite, absence de disponibilité commerciale dans un format accessible⁹²), aux limitations éventuelles quant aux formats autorisés (spécifiques ou non)⁹³, aux possibilités éventuelles de substituer un

⁸⁸ Rapport Sullivan, chapitre 2.5. (p.34) « *Près de la moitié des exceptions qui ont été relevées ne spécifient que la reproduction d'une œuvre, encore qu'il semble peu probable qu'il ne soit pas possible également de fournir à un déficient visuel une œuvre ainsi reproduite dans une version adaptée, mais des incertitudes subsistent quant aux méthodes pouvant être mises en œuvre à cette fin.* »

⁸⁹ Rapport Sullivan, chapitre 2.8. (p.43). Judith Sullivan emploie l'expression de « licence obligatoire » dans le 1^{er} cas, et celle « d'exception pure » dans le second.

⁹⁰ Les autres pays en question étant tous européens, les mécanismes de compensation seront étudiés en détail et actualisés, au point suivant du présent rapport (1.1.4.).

⁹¹ S'agissant du champ des œuvres protégées, J. Sullivan note que « *Plusieurs pays, dont l'Australie et la Bulgarie, excluent l'application de leurs exceptions aux programmes d'ordinateur, le Royaume-Uni exclut les bases de données et les USA excluent les œuvres dramatiques du champ d'application de la disposition autorisant la production de versions adaptées. De même, le Canada exclut les œuvres cinématographiques du champ d'application de son exception, contrairement à la Norvège, dont l'exception s'applique aux films.* »

⁹² Rapport Sullivan, chapitre 2.3. (p.35)

⁹³ Rapport Sullivan, chapitre 2.7. (p.39 s.) : « *Les besoins des déficients visuels sont très variables. Certaines personnes apprennent à lire des versions spécialisées utilisant des caractères en relief, tels que le braille, mais celles qui ne le font pas sont beaucoup plus nombreuses. Cela peut dépendre du degré de gravité de leur handicap ou de l'âge auquel elles ont cessé d'être capables de lire avec facilité ou non les publications disponibles dans le commerce (...). Les versions adaptées pour déficients visuels pourraient donc englober les publications en gros caractères, les enregistrements audio et les agrandissements photographiques. Les progrès techniques signifient que les nouveaux types de versions ont également leur importance ; c'est le cas du braille électronique et des copies numériques qui sont compatibles avec les logiciels de lecture d'écran qui lisent à haute voix les messages textuels apparaissant sur un écran d'ordinateur ou avec les logiciels qui agrandissent la taille du texte affiché à l'écran. Les solutions techniques améliorées qui existent dans le monde numérique ont également suscité l'apparition du livre sonore numérique, tel que celui répondant à la norme DAISY, qui est spécifiquement adapté aux besoins des déficients visuels (mais offrant un produit qui pourrait sans doute intéresser des personnes non handicapées).* ». Les développements en cours du standard Epub 3 confirment cette analyse.

contrat à l'exception⁹⁴ ainsi qu'aux « interactions » des exceptions avec les mesures techniques de protection⁹⁵.

1.1.4. Typologie des régimes nationaux de l'exception handicap au plan mondial

1.1.4.1. Objectifs et méthode

Il est apparu nécessaire d'actualiser les données précitées, la situation juridique ayant évolué depuis 2006 du fait des modifications intervenues dans la législation relative à l'exception handicap de certains pays, tant hors de l'Union Européenne (États-Unis, Canada, et Australie, par exemple), qu'au sein de l'Union, où elle a pu être modifiée sur ce point postérieurement à la transposition de la directive 2001/09⁹⁶.

Il n'a toutefois pas été matériellement possible, dans le cadre de la présente mission, d'étudier la législation des 57 pays analysés dans le rapport Sullivan de 2006, ni celle de l'ensemble des États-membres de l'Union européenne étudiés dans le rapport de l'IViR de 2007, en particulier pour des raisons linguistiques.

Les résultats présentés ci-dessous reposent, plus modestement, sur l'étude de la législation en vigueur en juin 2013 dans une quinzaine de pays, membres : Allemagne, Autriche, Australie, Belgique, Canada, Espagne, France, États-Unis, Italie, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède et Suisse. La législation de la Suisse (pays non étudié dans le rapport Sullivan de 2006, l'exception handicap ayant été introduite dans la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins par une loi du 5 octobre 2007) a été incluse en raison de son intérêt particulier pour la comparaison de la question des échanges transfrontaliers entre pays francophones et entre pays germanophones.

Les données relatives aux législations nationales sont rassemblées dans un tableau figurant en annexe VII du présent rapport⁹⁷. Eu égard à l'objet de la mission, seules ont été étudiées les exceptions au droit d'auteur, et, au sein de celles-ci, les exceptions au bénéfice des personnes empêchées de lire.

Outre sa faible extension géographique, cette étude est limitée, d'une part, en raison de la difficulté d'accès aux textes autres que législatifs⁹⁸ (rares étant les pays disposant de l'équivalent de Légifrance⁹⁹), et d'autre part, du fait de l'absence d'étude de la jurisprudence, indispensable à toute véritable étude de droit comparatif.¹⁰⁰

⁹⁴ Rapport Sullivan, chapitre 2.11. (p.49)

⁹⁵ Rapport Sullivan, chapitre 2.12. (p.50)

⁹⁶ Tel a notamment été le cas en France, le 7° de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle ayant été modifié par l'article 22 de la loi n° 2011-901 du 28 juillet 2011 tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap.

⁹⁷ Le tableau ne présente que les 15 législations étudiées « dans le texte » ou dans une traduction anglaise (pour les Pays-Bas et la Suède). On peut se référer, pour les autres pays de l'U.E., aux monographies de l'étude de l'IViR.

⁹⁸ La source la plus complète, mais limitée aux textes législatifs, est celle du site de l'OMPI (<http://www.wipo.int/wipolex/fr/>) ; si elle propose rarement les textes consolidés, elle permet, à partir de la référence des textes, de rechercher leur version en vigueur sur les sites gouvernementaux, quand elle existe.

⁹⁹ On notera, en revanche, que Légifrance n'est pas accessible aux personnes handicapées, contrairement aux sites gouvernementaux des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Allemagne, qui proposent systématiquement, outre la synthèse vocale, des versions en formats structurés accessibles (Word structuré docx, E-Pub ou XML).

¹⁰⁰ L'étude Sullivan ayant la même limite.

Une autre limite tient aux difficultés d'interprétation (autres que linguistiques) liées aux différences conceptuelles (selon que la définition des droits exclusifs et des exceptions est synthétique ou analytique) et aux différences terminologiques (un même mot ne désignant pas nécessairement la même chose, et réciproquement).

Toutefois, en dépit de ces multiples limites, la présente étude permet de constater que le constat établi en 2006 par le rapport Sullivan demeure d'actualité. La diversité des régimes juridiques au plan international ne s'est pas réduite, ce qui n'est guère surprenant : la directive 2001/29 se fonde largement sur la Convention de Berne, l'accord ADPIC et le Traité OMPI-DA, les différences au sein de l'Union européenne se retrouvent naturellement au plan mondial, sous réserves de quelques nuances tenant - notamment - à l'influence de la tradition du copyright dans les pays du Commonwealth.

Sur le fond, les solutions adoptées par les États-membres diffèrent sur quatre principaux critères (figurant parmi ceux identifiés par l'étude Sullivan) : les actes permis au titre de l'exception (reproduction et distribution et/ou communication au public), les personnes autorisées à accomplir ces actes permis (personnes morales et/ou physiques, agrément ou non des personnes morales) ; la compensation ou non de l'exception ; et enfin, la définition des bénéficiaires finaux. Chacun de ces quatre critères admettant entre deux et cinq options, le nombre de combinaisons possibles est donc mathématiquement assez élevé.

1.1.4.2. Le champ des actes autorisés

Il convient de préciser que les législations nationales ont été étudiées à partir des trois droits exclusifs dont la directive 2001/29 impose la reconnaissance aux États membres (droit de reproduction, droit de communication au public et droit de distribution) et des définitions qu'elle en donne, comparées, le cas échéant, par celles figurant dans les Traités.

Afin d'étudier précisément le champ des actes autorisés au titre de l'exception handicap, par chaque législation, il convient en effet de procéder en trois temps :

- ✓ Dans un premier temps, identifier ces droits exclusifs, qui peuvent être, selon les législations, définis de manière analytique (Allemagne, Australie, Canada, États Unis, Italie, Portugal, Royaume Uni, Suisse) ou très synthétique, par deux droits exclusifs « ombrelles » (France, Pays Bas), ou encore, de façon intermédiaire par trois ou quatre droits (Belgique, Irlande, Luxembourg, Espagne)
- ✓ Dans un deuxième temps, rattacher les droits exclusifs énumérés dans chaque législation nationale, aux trois droits tels que définis par la directive 2001/29 (reproduction, distribution et communication au public) ; l'exercice est aisé pour le droit de reproduction, identifié en tant que tel dans toutes les législations ; il est plus difficile pour le droit de communication au public et le droit de distribution, qui peuvent être « fusionnés » en un droit unique de distribution (États Unis), de communication au public (Pays-Bas), de diffusion ou fourniture (Royaume Unis, Irlande), ou encore, être rattachés à un droit « ombrelle » de reproduction pour le premier et de représentation pour le second (France) ¹⁰¹ ;

¹⁰¹ Ainsi que cela a été noté, pour l'Union européenne, par l'étude IViR de 2007 (voir 1.1.3.1.1).

- ✓ Dans un troisième temps, identifier l'étendue de l'exception handicap, par comparaison avec les droits exclusifs ; l'exercice est aisé quand les droits exclusifs et les exceptions sont définis de manière analytique ou de manière synthétique ; il l'est beaucoup moins quand les droits exclusifs sont définis analytiquement et l'exception handicap synthétiquement (Luxembourg, par exemple).

Il ressort de l'étude des législations, ainsi conduite, que les 15 pays de « l'échantillon » peuvent être répartis en deux groupes, s'agissant des actes admis au titre de l'exception handicap¹⁰².

1.1.4.2.1. Reproduction et distribution, à l'exclusion de la communication au public

Dans les pays du premier groupe (minoritaire dans « l'échantillon »), sont autorisés les seuls actes de reproduction et de distribution. Dans ces cas, la notion de distribution est mentionnée explicitement et elle est clairement distinguée de celle de « communication au public » (cette dernière apparaissant dans la liste des droits exclusifs, mais pas dans celle des actes autorisés dans le cadre de l'exception).

Parmi ces pays figurent, avec certitude, l'Allemagne¹⁰³ et l'Autriche¹⁰⁴, et probablement l'Irlande¹⁰⁵. Le cas du Luxembourg est plus incertain, le seul droit mentionné étant celui de reproduction, cette rédaction semblant toutefois sous-entendre que la reproduction est opérée aux fins de diffusion, sans que soit précisé les modalités de diffusion autorisées¹⁰⁶.

L'article 32 de la loi canadienne sur le droit d'auteur, dont le §1 évoque la « production » d'exemplaires de l'œuvre « sur un support »¹⁰⁷, semble exclure la mise à disposition sous forme dématérialisée. Son §2 exclut également les adaptations en gros caractères.

¹⁰² Au sein de l'Union européenne, si les États-membres disposaient en théorie de trois options pour l'exception handicap (reproduction et communication au public ; reproduction et distribution ; reproduction, distribution et communication au public), aucun n'a choisi la première, ce qui paraît logique.

¹⁰³ La loi sur le droit d'auteur (Urheberrechtsgesetz) distingue en deux sous chapitres les droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre sous forme matérielle et sous forme immatérielle. Pour l'exception handicap, l'article 45a al.1 autorise la reproduction (Vervielfältigung) et la distribution (Verbreitung) de l'œuvre sous forme matérielle.

¹⁰⁴ L'article 42d de la loi fédérale relative droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques et aux droits voisins dispose qu'est autorisée, pour une « utilisation non commerciale » la reproduction et la distribution de l'œuvre dans une forme adaptée aux personnes handicapées.

¹⁰⁵ L'article 104 §1 du Copyright Act maintient la rédaction de l'exception existante : (« 1) A designated body may : (a) make a copy of a work for the purpose of modifying that copy to meet the special needs of a person who has a physical or mental disability, and /(b) supply that modified copy to that person3 »

¹⁰⁶ Article 10 de la loi n°1012 du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, modifiée par loi du 18 avril 2004.

¹⁰⁷ Article 32 - §1: « Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour une personne ayant une déficience perceptuelle, une personne agissant à sa demande ou un organisme sans but lucratif agissant dans son intérêt, de se livrer à l'une des activités suivantes :

a) la production d'un exemplaire ou d'un enregistrement sonore d'une œuvre littéraire, dramatique -sauf cinématographique-, musicale ou artistique sur un support destiné aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

b) la traduction, l'adaptation ou la reproduction en langage gestuel d'une œuvre littéraire ou dramatique -sauf cinématographique - fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle;

1.1.4.2.2. Reproduction, distribution et communication au public

Les autres pays autorisent les actes de reproduction, de distribution et de communication au public (ou du moins, de mise à disposition du public)¹⁰⁸. Dans certains cas, l'exception couvre la distribution qui est englobée dans la catégorie plus large de « communication au public sous toutes les formes ».

Quand l'exception porte sur les deux droits distincts, la communication au public des œuvres adaptées (sous forme immatérielle) peut être assortie de conditions plus restrictives que la distribution d'exemplaires sur supports matériels.

Parmi les pays autorisant les actes de reproduction, de distribution et de communication au public, on compte notamment :

- l'Australie : la notion de « communication des œuvres » couvre les deux formes de diffusion, matérielle et dématérialisée¹⁰⁹ ;
- la Belgique : le concept de « communication au public par un procédé quelconque » couvre également la distribution sur supports matériels¹¹⁰ ;
- l'Espagne : le périmètre de l'exception (reproduction, distribution et communication publique)¹¹¹ coïncide entièrement avec celui des droits exclusifs ;
- Les États-Unis : l'exception permet la reproduction et la « distribution », ce terme recouvrant la diffusion matérielle et immatérielle¹¹² ;
- la France : le périmètre de l'exception (reproduction et représentation)¹¹³ coïncide entièrement avec celui des droits exclusifs définis synthétiquement (le droit de distribution étant rattaché implicitement au droit de reproduction et le droit de communication au public étant rattaché explicitement au droit de représentation) ;
- l'Italie : le périmètre de l'exception (reproduction et utilisation en vue de la communication au public)¹¹⁴ coïncide avec celui des droits exclusifs (à l'exception de la « représentation », qui vise les seules « performances » en public) ;

c) l'exécution en public en langage gestuel d'une œuvre littéraire, dramatique — sauf cinématographique — ou l'exécution en public d'une telle œuvre fixée sur un support pouvant servir aux personnes ayant une déficience perceptuelle »

¹⁰⁸ En pratique, les pays autorisant la communication au public autorisent nécessairement la distribution

¹⁰⁹ Articles 10 (définitions) et 135-ZP (handicap) de la Copyright Law de 1968 (modifiée en dernier lieu en avril 2013) : « Multiple reproduction and communication of works by institutions assisting persons with a print disability ».

¹¹⁰ Article 2, §1, 11° de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins du 30 juin 1994

¹¹¹ Décret législatif royal n°1/1996 du 12 avril 1996 modifié en dernier lieu par décret royal n°20 /2011 du 30 décembre 2011.

¹¹² La section 121 du chapitre 1^{er} du titre 17 du code des États-Unis (titre relatif au copyright), issue de l'amendement Chafee adopté en 1997, est consacrée aux « limitations aux droits exclusifs de propriété intellectuelle pour la reproduction au profit des aveugles et autres personnes handicapées ».

¹¹³ Premier alinéa du 7° de l'article L122-5 du CPI.

¹¹⁴ Article 71 bis, §1, de la loi 22 avril 1941 : Legge 22 aprile 1941 n°633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio

- le Portugal : le périmètre de l'exception (reproduction, distribution et communication publique)¹¹⁵ coïncide entièrement avec celui des droits exclusifs
- les Pays Bas : le périmètre de l'exception¹¹⁶ coïncide avec les trois droits exclusifs pertinents (reproduction, distribution et communication au public), la notion de « openbaarmaking » couvrant les deux formes de diffusion, matérielle et immatérielle ;
- le Royaume- Uni : en dépit du décalage entre les termes employés s'agissant des droits exclusifs (distribuer des copies de l'œuvre et communiquer l'œuvre au public) et de l'exception (diffuser des copies), il ressort de plusieurs dispositions pertinentes du Copyright, Designs and Patents Act de 1988 que l'exception couvre également les actes de diffusion immatérielle, en particulier s'agissant de la notion de « copies intermédiaires » que les organismes agréés peuvent se « transférer » entre eux en vue de produire des « formats accessibles »¹¹⁷ ;
- la Suède : le périmètre de l'exception couvre les trois droits¹¹⁸, le droit de « mise à disposition du public » recouvrant toute forme de diffusion (matérielle et immatérielle) ;
- tel est également le cas pour la Suisse¹¹⁹, la notion de « mise en circulation des exemplaires » visant également la diffusion de copies dématérialisées¹²⁰.

1.1.4.3. La compensation ou non de l'exception

Dans la très grande majorité des pays, l'exception handicap ne fait l'objet d'aucune compensation : il s'agit d'une exception « pure ».

¹¹⁵ Articles 75 - 2- i et 80 du Code du droit d'auteur et des droits voisins modifié par loi du 1^{er} avril 2008 (Codigo do direito de autor e dos direitos conexos).

¹¹⁶ Article 15i de la loi de 1912 sur le droit d'auteur (DCA Copyright Act 1912), disponible en traduction anglaise sur le site précité de l'OMPI (<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=9859>) dans sa version modifiée en 2006 (pour le texte de 2008, seulement en néerlandais, mais l'article 15i n'a pas été modifié). Voir également l'article 15c (exonération du droit de prêt en bibliothèque pour les bibliothèques dédiées aux aveugles et malvoyants et l'article 29a sur les mesures techniques de protection).

¹¹⁷ Articles 31B, 31C et 31F du Copyright, Designs and Patents Act de 1988 (modifié en dernier lieu en 2008) : « to make », « to supply » accessible copies » ; « to transfer » « intermediate copies and records ».

¹¹⁸ Article 17 de la loi sur le droit d'auteur dans le domaine des œuvres littéraires et artistiques du 30 décembre 1960 modifiée en 2005.

¹¹⁹ Article 24c de la LDA, loi sur le droit d'auteur et les droits voisins (créé par la loi du 5 oct. 2007, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2008) : § 1 « reproduction » et §2 « confection et mise en circulation des exemplaires » ;

¹²⁰ Ce que confirme l'article 1.1 du « Tarif commun 10 » de ProLitteris (la SPRD suisse) pour 2012/2014 : « la loi suisse autorise la reproduction et la mise en circulation d'œuvres et de prestations protégées sur supports sonores, audiovisuels et braille ainsi que sous forme numérique (ci-après « exemplaires de l'œuvre »).

1.1.4.3.1. Les dispositifs législatifs de compensation de l'exception handicap

Parmi les pays dont la législation a été étudiée, seuls les Pays-Bas, l'Allemagne¹²¹, l'Autriche¹²², la Suisse¹²³ ont assorti l'exception d'une « compensation équitable » couvrant l'ensemble du champ de l'exception¹²⁴, dont la gestion est obligatoirement confiée à une société de gestion collective¹²⁵. Le montant de cette rémunération est fixé selon les règles nationales applicables à la gestion collective obligatoire. Bien que variable d'un pays à l'autre modeste, ce montant est toujours modeste.

Au Pays-Bas, la compensation équitable est l'héritière de la période antérieure à la transposition de la directive 2001/29, les accords conclus par les bibliothèques dédiées aux aveugles avec les éditeurs, pour la fourniture de fichiers numériques des œuvres publiées, prévoyant parfois une redevance. Depuis la loi de septembre 2004 transposant la directive 2001/29 et créant l'exception handicap, cette redevance - modeste - n'est versée que pour les seuls livres de « divertissement » et les copies vendues aux bibliothèques publiques, à l'exclusion des autres livres, notamment scolaires¹²⁶.

En Suisse¹²⁷, le montant varie (en fonction du type d'adaptation) de 1,20 € à 1,60 € par exemplaire reproduit et distribué sur un support matériel, et de 0,03 € à 0,06 € par téléchargement (l'exception handicap autorisant « la communication au public »).

En Allemagne, le montant forfaitaire s'élève à 20 euros par titre reproduit¹²⁸ en vue de la distribution d'exemplaires sous forme matérielle. Les actes de diffusion sous forme immatérielle (« communication publique », dont la « mise à disposition du public »), n'entrant pas dans le champ de l'exception handicap, ils demeurent soumis à l'autorisation des ayants droit. Ils ont toutefois fait l'objet, en décembre 2009, d'un accord de licence conclu entre la

¹²¹ §.45a, al.2 UrhG « Cette reproduction et cette distribution donnent lieu à une rémunération équitable de l'auteur, sauf pour les copies en exemplaire unique ». §.45a, al.3 : « La demande ne peut être présentée que par l'intermédiaire d'une société de gestion collective des droits » (traduction de la rapporteure, ci-après « tdr »).

¹²² §.44d, al.2 UrhG « Pour la reproduction et la distribution mentionnées à l'alinéa 1, l'auteur a le droit à une rémunération équitable. Ce droit ne peut être exercé que par une société de gestion collective des droits. » (Tdr).

¹²³ Article 24c de la LDA, § 3 : « L'auteur a droit à une rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de son œuvre sous une forme accessible aux personnes atteintes de déficiences sensorielles, à l'exception des cas où seuls des exemplaires isolés sont confectionnés » ; §4 : « Le droit à rémunération ne peut être exercé que par une société de gestion agréée. »

¹²⁴ C'est également le cas en Slovénie (article 47a de la loi sur le droit d'auteur. Voir également les chapitres consacrés à la Slovénie dans les rapports précités de Judith Sullivan (annexe 2, p.40) et de l'IViR (tome 2 p.411).

¹²⁵ Dans la législation de ces pays, les trois premiers exemplaires matériels sont exemptés de la redevance.

¹²⁶ Bien avant la transposition de la directive communautaire 2001/29, un accord tripartite avait conclu entre la FNB, Fédération des bibliothèques hollandaises pour les aveugles (devenue DEDICON), la fédération néerlandaise des éditeurs (NUV) et l'office national des bibliothèques publiques (SIOB), qui permettait à la FNB de demander aux éditeurs les fichiers numériques des œuvres publiées, parfois en contrepartie d'une redevance modeste. Sur les Pays-Bas, voir Catherine Meyer Lereculeur, rapport IGAC n°2012/13, *Exception au droit d'auteur et développement de l'offre accessible à l'ère numérique*, mai 2013 (en particulier n°2.2.2.2. et N°2.3.3.2.2., sur le dispositif de production et de distribution des ouvrages en format accessibles).

¹²⁷ Voir l'article 4 du « Tarif commun 10 » (précité) de ProLitteris : §4.3 (redevance de droit d'auteur pour les reproductions en braille et en gros caractères) ; §4.1 et §4.2 (redevances pour supports sonores et audiovisuels : droit d'auteur et droits voisins).

¹²⁸ Il s'agit d'un montant forfaitaire par titre, et non par exemplaire reproduit ou distribué. Ainsi, une bibliothèque pour aveugle qui adapte 1000 livres par an verse 20.000 euros par an à WG Wort.

société de gestion collective VG WORT (Verwertungsgesellschaft WORT) et les organismes du réseau de bibliothèques pour aveugles MEDIBUS¹²⁹. La licence, dont les termes et les tarifs ont été négociés avec les bibliothèques, permet à ces dernières de mettre à disposition des personnes aveugles et malvoyantes, par internet (téléchargement ou streaming), des ouvrages adaptés, notamment en braille numérique¹³⁰.

1.1.4.3.2. Les dispositifs « mixtes » d'exception partiellement compensée

En Suède, l'exception, largement définie, couvre les actes de reproduction, de distribution et de communication au public, et permet notamment la diffusion de livres et de titres de presse en formats numériques accessibles (braille éphémère, synthèse vocale, et versions sonores en voix humaine pour les livres audio). La Suède est, avec les Pays-Bas, un des pays européens les plus avancés en matière de formats numériques accessibles, le consortium Daisy étant né dans ce pays¹³¹. Le régime est mixte, en ce sens que les actes précités ne donnent pas lieu à compensation, sauf si les personnes bénéficiaires peuvent conserver un exemplaire de l'œuvre adaptée, que ce soit sous forme matérielle ou immatérielle¹³². En revanche, le prêt d'un exemplaire matériel d'un ouvrage ou d'un magazine, ou la consultation éphémère d'un ouvrage en format (par exemple, en streaming) ne donne pas lieu à compensation¹³³.

En Australie, où le champ de l'exception est également très large¹³⁴, seule la réalisation d'enregistrements sonores des émissions radiodiffusées est soumise à une licence assortie de rémunération¹³⁵.

1.1.4.3.3. Les dispositifs contractuels de rémunération facultative prévus par la loi

Enfin, dans certains pays où l'exception n'est compensée pour aucun des droits et modes de diffusion, elle peut toutefois donner lieu à une rémunération librement négociée avec les titulaires de droit, en particulier pour la fourniture des fichiers numériques source permettant aux organismes dédiés de procéder plus aisément à l'adaptation des œuvres protégées en formats accessibles.

¹²⁹ MEDIBUS, acronyme de Mediengemeinschaft für blinde und sehbehinderte Menschen (Médias communautaires pour les personnes aveugles et malvoyantes).

¹³⁰ L'accord de licence prévoit, outre un montant forfaitaire par titre adapté, un montant de 0,12 € par mise à disposition (email, téléchargement ou streaming).

¹³¹ Voir rapport IGAC précité (2.2.2.1. pour la Suède et 2.2.2.2. pour les Pays-Bas).

¹³² §4 de l'article 17 précité de la loi sur le droit d'auteur : *"When libraries and organisations distribute or communicate copies of works to persons with a disability in such a way that those persons may keep a copy of the work, the author has a right to remuneration. The same applies if anyone, pursuant to the first Paragraph, second sentence, transmits more than a few copies to persons with a disability."*

¹³³ Tel est également le cas au Danemark (art. 17 de la loi sur le droit d'auteur) où les seuls enregistrements sonores (voix humaine) donnent lieu à rémunération négociée, et en Norvège, pour les seules œuvres cinématographiques.

¹³⁴ Copyright Law de 1968 (modifiée en dernier lieu par la loi du 15 avril 2012 entrée en vigueur le 15 avril 2013). Voir Article 10 (« Interpretations »); article 135ZP (« Multiple reproduction and communication of works by institutions assisting persons with a print disability ») et articles Art 115 à 117 (« actions by owners of copyright »).

¹³⁵ Article 47A de la Copyright Law de 1968 (radiodiffusion) relatif à la « print disability radio licence » (renvoi à la loi sur les services de radiocommunication de 1992).

Tel est le cas de l'Italie, l'article 71 quinquies de la loi précitée relative au droit d'auteur prévoyant que les ayants droit doivent conclure des accords avec les organismes de personnes handicapées, en vue d'assurer l'effectivité des exceptions dans la mise en œuvre des mesures techniques de protection, accords assortis « si nécessaire » d'une indemnisation. L'article 2-2 du décret du 14 novembre 2007 pris pour l'application de cet article¹³⁶ précise que de tels accords concernent la fourniture des fichiers numériques.

La législation britannique prévoit, parallèlement au régime légal de droit commun, non assorti de compensation, un régime subsidiaire contractuel qui ne peut être moins favorable que le régime légal et peut ouvrir droit à compensation¹³⁷. Les licences allègent les contraintes administratives des organismes autorisés, elles permettent d'élargir le champ des bénéficiaires et elles couvrent en outre un répertoire élargi sur le plan international (voir infra, 1.3.3.3.).

1.1.4.4. Les personnes autorisées à adapter des œuvres et/ou à les diffuser

Les législations sont également très diverses, s'agissant des personnes autorisées à accomplir les catégories d'actes entrant dans le champ de l'exception. On peut distinguer trois cas de figure, du plus restrictif au plus souple.

1.1.4.4.1. Actes réservés à des organismes autorisés ou agréés

Dans certains pays, la production et la diffusion des œuvres adaptées en formats accessible est réservée à certains organismes, titulaires d'une autorisation ou d'un agrément délivrés par une autorité administrative. Tel est le cas en France¹³⁸ et en Irlande¹³⁹.

1.1.4.4.2. Actes réservés à certaines catégories d'organismes, sans condition d'agrément

Dans de nombreux pays, la production et la diffusion des œuvres adaptées en formats accessible sont réservée à certaines catégories d'organismes, définies par des textes législatifs ou réglementaires :

- soit de manière générique (« organisme agréé », « authorized body », « authorized entity », « approved body ») ;
- soit plus spécifiquement, comme les associations dédiées aux personnes handicapées, les établissements d'enseignement, ou les bibliothèques ;

Pour autant, ces organismes ne sont pas soumis à une procédure spécifique d'autorisation administrative nominative.

¹³⁶ Decreto 14 novembre 2007, n°.239 regolamento attuativo dell'articolo 71-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore).

¹³⁷ Article 31D du Copyright, Designs and Patents Act (« licensing schemes »).

¹³⁸ Premier paragraphe du 7° de l'article L.122-5 du code de la propriété littéraire et artistique.

¹³⁹ Article 104, §3, du Copyright Act de 2000 (désignation par le ministre) : « Dans le présent article, on entend par «organisme désigné» un organisme désigné aux fins du présent article par ordonnance du ministre, qui ne peut désigner un organisme qu'après avoir acquis la conviction que celui-ci n'est pas constitué ni géré dans un but lucratif ».

Tel est notamment le cas au Royaume-Uni¹⁴⁰ aux États-Unis¹⁴¹ et en Australie¹⁴².

1.1.4.4.3. Actes également ouverts aux personnes physiques

Certaines législations ne donnent aucune indication sur les personnes autorisées. Tel est en particulier le cas pour les pays de l'Union européenne qui se sont bornés à reprendre la formule de la directive 2001/29 sur ce point, notamment la Belgique, l'Espagne, le Luxembourg et le Portugal¹⁴³, ou qui s'en sont inspirés, comme l'Allemagne, l'Autriche, les Pays-Bas.

Dans ces pays, les personnes physiques sont donc autorisées, en principe, à adapter des œuvres au profit des personnes bénéficiaires éligibles, voire à les diffuser à ces personnes, même si, en pratique, ce sont plutôt des organismes et associations qui s'en chargent.

Certains pays permettent expressément aux personnes physiques d'accomplir certains des actes entrant dans le champ de l'exception.

Tel est le cas du Royaume-Uni, qui réserve la production et la diffusion de copies multiples aux organismes « approuvés »¹⁴⁴, mais permet à toute personne bénéficiaire, en possession licite d'un exemplaire de l'œuvre publiée dans un format ordinaire, ainsi qu'à toute autre personne agissant pour le compte de ce bénéficiaire, de réaliser un exemplaire unique d'une version accessible de cette œuvre¹⁴⁵ et de la transférer à une autre personne éligible.¹⁴⁶

Tel est également le cas de la Suède, dont la législation permet aux personnes physiques de produire et distribuer des œuvres adaptées sur support matériel¹⁴⁷, mais réserve aux seuls

¹⁴⁰ Articles 31B et 31C de la CDPA, en particulier article 31C (12) : « “Approved body” means an educational establishment or a body that is not conducted for profit »

¹⁴¹ Article 121 précité du US Code, d) (1) : « ‘authorized entity’ means a nonprofit organization or a governmental agency that has a primary mission to provide specialized services relating to training, education, or adaptive reading or information access needs of blind or other persons with disabilities, ». Sur les organismes producteurs et diffuseurs, et plus largement, l'historique du dispositif américain et ses développements plus récents dans le domaine des livres scolaires, voir rapport IGAC N°2013-12 précité (Point 2.2.2.3 et 2.3.3.2.)

¹⁴² Article 10 de la Copyright Law: “an institution assisting persons with a print disability » ; articles 135ZP et ZQ : “a body administering an institution assisting persons with a print disability”.

¹⁴³ Ainsi que la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, l'Estonie et Malte (selon le rapport de l'IViR précité, qui résume les dispositions des lois transposant la directive)

¹⁴⁴ Article 31B et 31C de la CDPA précitée.

¹⁴⁵ §1 de l'article 31A de la CDPA (Making a single accessible copy for personal use) : « If a visually impaired person has lawful possession or lawful use of a copy (“the master copy”) of the whole or part of –

(a) a literary, dramatic, musical or artistic work; or

(b) a published edition,

which is not accessible to him because of the impairment, it is not an infringement of copyright in the work, or in the typographical arrangement of the published edition, for an accessible copy of the master copy to be made for his personal use.”

¹⁴⁶ §7 de l'article 31A : “A person who holds an accessible copy made under subsection (1) may transfer it to—

(a) a visually impaired person entitled to have the accessible copy made under subsection (1); or

(b) a person who has lawful possession of the master copy and intends to transfer the accessible copy to a person falling within paragraph (a).”

¹⁴⁷ Premier alinéa de l'article 17 de la loi sur le droit d'auteur dans le domaine des œuvres littéraires et artistiques du 30 décembre 1960 : “Anyone is entitled to make, by means other than recording of sounds, such copies of literary and musical works which have been made public and of works of visual art which have been made public, which persons with a disability need in order to be able to enjoy the works. The copies may also be distributed to those persons”

organismes autorisés la mise à disposition sous forme intangible ainsi que la production d'enregistrements sonores¹⁴⁸.

En revanche, la loi canadienne sur le droit d'auteur n'opère aucune distinction, son article 32 (alinéa 1^{er}) permettant à toute personne bénéficiaire, comme à toute personne « agissant à sa demande », au même titre qu'à tout « organisme sans but lucratif agissant dans son intérêt », de reproduire une œuvre protégée dans un format adapté¹⁴⁹.

1.1.4.5. Les bénéficiaires finaux

S'agissant des formes de handicap ouvrant droit au bénéfice de l'exception, à savoir de la définition de ses bénéficiaires finaux, les approches nationales sont également très disparates.

Sur la forme, la loi peut se référer aux « personnes handicapées » (par exemple, pour les pays de l'Union européenne, en reprenant la formule de la directive), ou au contraire préciser les types de handicap ouvrant droit au bénéfice de l'exception, ou encore en renvoyer la détermination à une autre norme (soit un décret d'application, soit une loi spécifique au handicap).

En pratique, on peut distinguer quatre grandes approches, de la plus restrictive à la plus large¹⁵⁰.

Le premier groupe de pays limitent le bénéfice de l'exception aux personnes aveugles, le plus souvent indirectement, en limitant les adaptations autorisées au braille ou encore en réservant l'exception aux seuls organismes dédiés aux aveugles¹⁵¹.

Le deuxième groupe de pays l'élargit aux aveugles et malvoyants, selon des modalités variables. En France, malgré le caractère apparemment très large des handicaps mentionnés au premier alinéa du 7^o de l'article L.122-5 du CPI, les critères quantitatifs fixés par voie réglementaires ont pour effet, en pratique, de restreindre le bénéfice de l'exception aux seuls aveugles et déficients visuels profonds¹⁵². En Allemagne, Autriche et Italie¹⁵³, l'approche est moins restrictive, en raison de la référence aux déficiences « perceptives » ou « sensorielles » empêchant la lecture des imprimés ordinaires, ou la rendant « difficile », d'une part, et de l'absence de critères quantitatifs ou/et de mode de preuve particulier.

La législation du troisième groupe de pays couvre également les personnes dont l'incapacité de lire repose sur des déficiences autres que « perceptives ». Ces personnes sont incapables de lire - au sens plein du terme - des publications « ordinaires », ou éprouvent de telles difficultés à le

¹⁴⁸ Deuxième alinéa de l'art. 17 précité : *“libraries and organizations as decided by the Government”*

¹⁴⁹ Article 32 précité de la loi sur le droit d'auteur

¹⁵⁰ Quelques législations mentionnent spécifiquement les adaptations au bénéfice des personnes sourdes et malentendantes. Elles ne seront pas étudiées dans le cadre du présent rapport.

¹⁵¹ Si aucun exemple n'en a été trouvé dans l'échantillon des 16 législations étudiées, le rapport de l'IViR précité mentionne l'Estonie, et la Bulgarie, et le rapport de J. Sullivan en cite plusieurs : Arménie, Chine, Fédération de Russie, Islande et Malaisie.

¹⁵² Voir sur la législation française, rapport IGAC précité (point 2.4., spécialement 2.4.1 et 2.4.2.)

¹⁵³ Article 1^{er} du décret du 14 novembre 2007, alinéa 1^{er} (« alle persone con disabilita sensoriale ») au sens de la loi du 5 février 1992 sur le handicap et de la loi du 9 janvier 1994.

faire qu'en pratique, elles ne lisent pas ou plus. Dans les pays anglophones, elles sont désignées comme « print disabled »¹⁵⁴, expression forgée à la fin des années 80 par George Kerscher, un des fondateurs du consortium DAISY¹⁵⁵.

Une nuance peut être observée, au sein de ce groupe, certains pays exigeant que la déficience ait une cause « physique ». Tel est le cas notamment le cas du Royaume Uni et, bien que de manière plus souple, des États-Unis.

Au Royaume Uni, l'article 31 F¹⁵⁶ de la loi précitée dispose que par « personne malvoyante », il faut entendre une personne :

- « (a) qui est aveugle ;
- (b) qui a une déficience de la fonction visuelle qui ne peut être améliorée par l'utilisation de verres correcteurs à un niveau normalement acceptable pour pouvoir lire sans un éclairage d'une intensité ou d'un type particulier ;
- (c) qui n'est pas en mesure, en raison d'un handicap physique, de tenir ou de manipuler un livre ; ou
- (d) qui n'est pas en mesure, en raison d'un handicap physique, de faire la mise au point ou de déplacer son regard de la manière normalement suffisante à la lecture ».

Si le d) couvre la dyspraxie, il ne couvre pas la dyslexie¹⁵⁷. En revanche, les licences facultatives prévues par l'article 31 E permettent de diffuser les ouvrages adaptés aux dyslexiques. En effet, l'accord de licence CLA se réfère à la définition plus large du handicap figurant dans la loi sur l'égalité de 2010 (Equality Act), dont l'article 6 dispose qu'une personne est handicapée si la déficience dont elle souffre a un effet défavorable substantiel et à long terme sur sa capacité à mener des activités quotidiennes normales.

Aux États Unis, la situation est plus complexe.

En effet, la section 121 précitée du code du copyright dispose, en son a) que ne constitue pas une violation du copyright, le fait, pour une entité autorisée, de reproduire ou de distribuer des copies ou des phonogrammes d'une œuvre littéraire non dramatique publiée précédemment, si de telles copies ou phonogrammes sont reproduits ou distribués dans des formats spécialisés pour l'usage exclusif des personnes aveugles et des autres personnes handicapées¹⁵⁸.

¹⁵⁴ « Print disabled » est le substantif, « print-disabled » est l'adjectif correspondant.

¹⁵⁵ Sur le site du consortium DAISY, on peut notamment lire : “Although the manners in which the disability occurs are very different, they all share one characteristic: individuals diagnosed with a print disability cannot access print in the standard way.”

¹⁵⁶ (tdr) 31F : “Visually impaired person” means a person – a) who is blind; b) who has an impairment of visual function which cannot be improved, by the use of corrective lenses, to a level that would normally be acceptable for reading without a special level or kind of light; c) who is unable, through physical disability, to hold or manipulate a book; or d) who is unable, through physical disability, to focus or move his eyes to the extent that would normally be acceptable for reading.”

¹⁵⁷ Voir rapport IGAC précité, 2.4.3.3. (sur la dyslexie) et 2.4.3.4. (sur la dyspraxie).

¹⁵⁸ La formule “sans prejudice” (notwithstanding) réserve le rôle de l'exception de fair use prévue par la section 106 : “(a) Notwithstanding the provisions of sections 106 and 710, it is not an infringement of copyright for an authorized entity to reproduce or to distribute copies or phonorecords of a previously published, nondramatic literary work if such copies or phonorecords are reproduced or distributed in specialized formats exclusively for use by blind or other persons with disabilities”.

Son c), introduit en 2003 par la loi sur l'accessibilité des matériels didactiques (IMAA), contient une exception analogue spécifique pour les matériels didactiques (catégorie plus large que les livres scolaires).

Il précise, au point d-2) que « L'expression *“personnes aveugles et des autres personnes handicapées”* désigne les personnes qui sont éligibles ou sont susceptibles d'être éligibles à recevoir des livres et autres publications produites en formats spécialisés, en application de la loi du 3 mars 1931 relative à la fourniture de livres aux aveugles ».¹⁵⁹

Or, la loi dite Pratt-Smoot du 31 mars 1931 (« An Act to provide books for the adult blind »), qui a créé le National Library Service for the Blind and Physically Handicapped (NLS) au sein de la bibliothèque du Congrès, telle que codifiée à au chapitre 701.6 du titre 36 du Code of federal Regulation¹⁶⁰ précise au point b) que sont éligibles :

(i) *Blind persons whose visual acuity, as determined by competent authority, is 20/200 or less in the better eye with correcting glasses, or whose wide diameter of visual field subtends an angular distance no greater than 20 degrees.*

(ii) *Persons whose visual disability, with correction and regardless of optical measurement, is certified by competent authority as preventing the reading of standard printed material.*

(iii) *Persons certified by competent authority as unable to read or unable to use standard printed material as a result of physical limitations.*

(iv) *Persons certified by competent authority as having a reading disability resulting from organic dysfunction and of sufficient severity to prevent their reading printed material in a normal manner »*

La législation américaine ne couvre donc la dyslexie que s'il est établi, au cas par cas, par l'autorité compétente, que sa cause est organique, ce qui est désormais aisé, la communauté scientifique rattachant la dyslexie à un dysfonctionnement de certaines zones du cerveau¹⁶¹. De manière générale, la législation des pays du 3^{ème} groupe, dans la mesure où elle réserve le bénéfice de l'exception aux déficiences d'origine « organique » ou « physique », ne couvre pas nécessairement tous les troubles de la lecture et de l'apprentissage, dont l'admission est fonction de l'interprétation des critères légaux, laquelle peut être plus ou moins souple.

Le quatrième groupe de pays ouvrent le bénéfice de l'exception à toutes les personnes ayant un besoin objectif de formats spécifiques, indépendamment de la nature des causes - organique ou psychique - de ce besoin, et prennent notamment en compte les troubles du langage et de l'apprentissage.

¹⁵⁹ (ndr) (2) *“blind or other persons with disabilities” means individuals who are eligible or who may qualify in accordance with the Act entitled “An Act to provide books for the adult blind”, approved March 3, 1931 (2 U.S.C. 135a; 46 Stat.1487) to receive books and other publications produced in specialized formats”*

¹⁶⁰ Titre 36 - chapitre 701.6 - Loans of library materials for blind and other physically handicapped persons. <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/CFR-2012-title36-vol3/CFR-2012-title36-vol3-sec701-6/content-detail.html>.

¹⁶¹ Aux États-Unis (voir rapport IGAC précité, 2.4.2), cela dépend du règlement particulier des bibliothèques, l'accès des étudiants dyslexiques étant largement admis, sauf par la NLS.

Tel est le cas de la Suède¹⁶², des Pays-Bas¹⁶³, du Canada¹⁶⁴, qui ne fixent pas de critères stricts et laissent aux professionnels compétents le soin d'apprécier les besoins effectifs des personnes concernées¹⁶⁵.

*

La production et la diffusion au niveau national d'œuvres adaptées dans des formats accessibles aux personnes souffrant de déficience visuelle demeurent donc régies par les législations nationales, caractérisées par leur très grande diversité, dont le champ d'application géographique est limité au territoire national.

La diffusion transfrontalière de ces œuvres relève, quant à elle, des règles de droit international.

En effet, la diffusion dans un pays « B », d'une œuvre adaptée en format accessible dans un pays « A » constitue par définition une situation qui comporte un élément d'extranéité justifiant son rattachement à la Convention de Berne et aux autres traités qui en sont « dérivés ».

En l'absence, dans lesdits traités, de règles substantielles en la matière, la diffusion transfrontalière relève donc des règles internationales de droit privé de la Convention de Berne, plus précisément, de ses règles de résolution des conflits de lois¹⁶⁶.

Les droits exclusifs reconnus - et les exceptions admises - par chacun des États n'ayant d'effet juridique que sur le territoire respectif de ces États, seules les règles conventionnelles de conflits de lois permettent de déterminer la loi applicable aux échanges transfrontaliers. Tels sont les deux principes de la « territorialité des droits de propriété intellectuelle »¹⁶⁷.

¹⁶² Article 17 de la loi sur le droit d'auteur.

¹⁶³ Article 15i (1) de la loi de 1912.

¹⁶⁴ Article 2 de la loi sur le droit d'auteur, définition de la déficience perceptuelle : « *Déficience qui empêche la lecture ou l'écoute d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique sur le support original ou la rend difficile, en raison notamment : a) de la privation en tout ou en grande partie du sens de l'ouïe ou de la vue ou de l'incapacité d'orienter le regard; b) de l'incapacité de tenir ou de manipuler un livre; c) d'une insuffisance relative à la compréhension.* »

¹⁶⁵ Les dyslexiques bénéficient également de l'exception handicap au Danemark (art.11 de la loi du 2 mars 2003), en Norvège (section 17 de la loi sur le droit d'auteur du 12 mai 1961, en Nouvelle Zélande (art.69 et 89 de la loi de 1994) et au Brésil (art.46 de la loi 19/98).

¹⁶⁶ De manière générale, les règles de résolution des conflits de lois permettent de « sélectionner et/ou d'identifier, parmi les règles de droit substantiel posées par les différents ordres juridiques ayant des liens avec une situation internationale donnée, celle qui sera en définitive appelée à régler cette situation » (Sandrine CLAVEL, Droit international privé, Dalloz, 3ème édition, 2012). Pour l'histoire des méthodes de conflit, et une approche générale, hors des questions spécifiques au droit de la propriété intellectuelle (auquel l'ouvrage ne consacre que 8 lignes), voir Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, Droit international privé (10ème édition, Montchrestien, 2010).

¹⁶⁷ Voir, sur la distinction de ces deux principes, la thèse de Nicolas BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle* (L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2002.)

1.2. Les règles de conflit de lois de la Convention de Berne ne font pas l'objet d'une interprétation uniforme et partagée par les pays unionistes

Ainsi qu'il a été dit plus haut, la protection internationale des droits des auteurs sur leurs œuvres est assurée d'une part, par les règles matérielles (ou substantielles) de la Convention de Berne, fondées sur le principe du minimum conventionnel et d'autre part, sur ses règles de droit international privé - qui ont longtemps constitué l'essentiel de la Convention - règles du traitement national (relatives au statut des auteurs), et règles de résolution de conflits de lois (relatives aux œuvres), parfois confondues¹⁶⁸. Ces règles, auxquelles renvoient l'article 9 de l'accord ADPIC et l'article 1.4. du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, font l'objet d'interprétations contradictoires au sein des pays membres de l'Union de Berne, y compris parmi les États membres de l'Union européenne, voire au sein des juridictions d'un même État.

1.2.1. Les règles de droit international privé de l'article 5 de la Convention de Berne

Les règles conventionnelles de conflits de lois¹⁶⁹ de la Convention de Berne s'organisent à partir de la distinction entre le pays d'origine¹⁷⁰ et le pays de protection.

Les règles de conflit générales sont fixées par l'article 5 de la Convention¹⁷¹. Les dispositions de cet article faisant l'objet d'interprétations qui demeurent largement divergentes, il paraît utile de le reproduire dans son intégralité.

5(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

5(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

¹⁶⁸ Sur ce point et l'ensemble des règles conventionnelles de conflit de lois, voir A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité (en particulier n° 1465 à 1482).

¹⁶⁹ Voir H.J. Lucas, Jcl. PLA, fasc. 1930 et 1931.

¹⁷⁰ La définition des critères de rattachement au pays d'origine, figurant à l'article 5-4, est particulièrement complexe : « (4) Est considéré comme pays d'origine :

(a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

(b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

(c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois, / (i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et; / (ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays. »

¹⁷¹ La Convention comporte en outre quelques règles de conflit particulières ou spéciales, qu'il n'est pas nécessaire de présenter dans le cadre du présent rapport. On mentionnera toutefois la compétence de la loi du pays d'origine, s'agissant de la détermination de la durée de protection des droits d'auteur (art.7-8), qui peut avoir une incidence pour les œuvres adaptées en format accessible.

5(3) La protection dans le pays d'origine est régie par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

L'article 5(2), relatif à la protection de l'œuvre dans les pays autres que le pays d'origine de l'œuvre, donne une compétence générale et exclusive à la loi du pays de protection (« *exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée* »). Toutefois, cette interprétation ne fait pas l'unanimité, comme on va le voir.

Il en va de même pour l'article 5(3), qui peut être interprété comme règle de conflit de loi donnant compétence à la loi nationale pour la protection de l'œuvre dans son pays d'origine¹⁷². En effet, cette hypothèse (où le pays de protection coïncide avec le pays d'origine de l'œuvre) n'exclut pas nécessairement tout élément d'extranéité¹⁷³ (par exemple, si le contrefacteur présumé est de nationalité étrangère)¹⁷⁴.

L'article 5(3) n'est toutefois mentionné pour mémoire, dans la mesure où il n'a, en tout état de cause, pas vocation à s'appliquer dans le cas de la diffusion, dans un pays « B », d'une œuvre adaptée dans un pays « A ». Dans cette hypothèse, le pays d'origine de l'œuvre (au sens de l'article 5(4) de la Convention) est le pays « A », et le pays de protection est le pays « B ». Les dispositions de l'article 5-2 sont donc les seules applicables.

1.2.2. L'article 5(2) : la compétence générale de la loi du pays de protection

L'article 5(2) de la Convention fait l'objet d'interprétations divergentes au plan international.

¹⁷² Certains auteurs en font la règle de conflit principale, donnant compétence à la loi du pays d'origine (voir références citées par N. BOUCHE, *Le principe de territorialité en droit de la propriété intellectuelle*, N° 871 et 872, en particulier G. Koumantos). D'autres interprètent l'article 5-3 comme prescrivant l'incompétence de la convention dans des situations purement internes : voir F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur* (Economica, 2005, n° 1462 Sur l'ensemble des règles conventionnelles de conflit de lois, voir A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité, n°1465 à 1486).

¹⁷³ Voir N. BOUCHE, ouvrage précité : « Dans cet article, la Convention de Berne détermine la compétence de la loi matérielle du pays d'origine. Dès lors, l'article 5(3) est une règle de conflit conventionnelle, non unilatérale, car l'unilatéralisme n'a aucun sens dans un traité multilatéral » (N°871). Cette interprétation s'appuie sur la complémentarité entre les alinéas (1) et (3) de l'article 5 : « À l'alinéa premier, la Convention de Berne n'exclut pas totalement n'exclut pas totalement de son champ d'application la protection des œuvres dans leur pays d'origine ». Pour preuve, l'alinéa 3 (...) édicte ensuite une règle de conflit de lois, l'application de la législation du pays d'origine pour la protection des œuvres au pays d'origine, et la deuxième phrase de cet alinéa 3 définit le cas où, par exception, le principe conventionnel du traitement national sera également appliqué à la protection dans le pays d'origine de l'œuvre » (N°872). Voir également Henri-Jacques LUCAS, *Jcl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1931 (N°5).

¹⁷⁴ Cette interprétation semble avoir été retenue par la cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 5 mai 2011 confirmant la décision du président du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Google contre les sociétés de gestion Copiepresse, SAJ et Assucopi*. Dans cette affaire, concernant la diffusion, en Belgique, d'œuvres dont le pays d'origine (au sens de l'article 5-4 de la Convention de Berne) était la Belgique, la Cour s'est fondée sur l'article 5-3 de la Convention pour écarter le moyen d'appel, soulevé par Google, de ce que la loi applicable serait la loi américaine. Voir Amélie de Francquen, *L'arrêt Google contre Copiepresse et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet*. (Revue du droit et des technologies de l'information, N°44/2001), comparant la solution avec celle retenue par la Cour de Cassation française.

Son rôle central, en qualité de règle de résolution de conflit de lois donnant compétence générale à la loi du pays de protection, semble désormais largement reconnu¹⁷⁵, ainsi que sa portée contraignante pour le juge national, qui est tenu de la mettre en œuvre pour désigner la loi applicable et doit donc écarter la règle de conflit nationale si celle-ci désigne la loi du pays d'origine.¹⁷⁶

En revanche, le sens exact et la portée de cette disposition font l'objet d'interprétations divergentes tant en doctrine et qu'en jurisprudence. Le présent rapport ne saurait prétendre à restituer dans toutes leurs subtilités ces interprétations, qui sont amplement commentées dans de nombreux ouvrages et articles, dont la bibliographie figurant en annexe IV du présent rapport ne mentionne qu'une part infime.

D'aucuns observent que « *l'étude de la jurisprudence comme de la doctrine comparée de quelques pays unionistes (Allemagne, Autriche, Belgique, États-Unis, France, Royaume-Uni, Suisse) fait rapidement apparaître des interprétations radicalement opposées qui ne peuvent qu'inciter l'interprète à se prononcer dans ce domaine qu'avec la plus grande circonspection* »¹⁷⁷.

Afin d'établir l'absence de consensus international sur les critères de rattachement permettant de désigner la loi compétente, on tentera, plus modestement, de présenter les principales divergences¹⁷⁸, qui peuvent être résumées sous forme de questions alternatives, portant sur le sens et la portée de la règle formulée à l'article 5-2 de la Convention de Berne :

¹⁷⁵ Bien que largement majoritaire, cette analyse n'est pas consensuelle, y compris en France. Dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 juillet 2012 (*Note sous Cass. 1re civ. - 12 juill. 2012. - n° 11-15.165 et 11-15.188, FS-P+B+I. - La société Aufeminin.com c/ La société Google France et a.* (Journal du droit international - Clunet - n° 1, Janvier 2013, 2), Tristan Azzi rappelle que « Cette interprétation est toutefois réfutée par certains spécialistes, lesquels estiment que l'article 5.2° n'a pas vocation à déterminer directement la loi applicable », l'auteur mentionnant notamment J.-C. Ginsburg (note ss. TGI Paris, 20 mai 2008, SAIF c/ Google : *Revue du droit des technologies de l'information*, 2008, n° 33, p. 501, et les références citées dans la note) ainsi que Y. Gaubiac (*La Convention de Berne, encore méconnue : Comm. com. électr. 2008, étude 22, n° 3 et s.*). « Simple règle de condition des étrangers, l'article 5.2° prolongerait d'après ces auteurs le principe du traitement national inscrit à l'article 5.1°, en vertu duquel « les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention ». L'article 5.2° aurait ainsi pour seule finalité de permettre à tout auteur auquel la Convention est applicable d'être assimilé aux nationaux dans les différents États contractants, quel que soit le pays d'origine de son œuvre. À suivre cette interprétation, le texte se contenterait de désigner globalement le droit du pays où la protection est revendiquée, ce qui inclurait au premier chef ses règles de droit international privé. Afin de déterminer la loi applicable, il conviendrait donc d'interroger les règles de conflit de lois du pays en question ».

¹⁷⁶ Sur ce point, H.J. Lucas, *Jcl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1931 : « les règles conventionnelles de conflit de lois sont en tout cas d'une grande importance, du point de vue français, puisqu'elles peuvent faire échec aux règles internes de conflit de lois qui leur seraient contraires, notamment celles qui donneraient plus de place à la loi du pays d'origine que dans la Convention de Berne » ; voir également, sur la règle et ses « correctifs », A. Lucas, H.J. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité, n° 1475 et 1476.

¹⁷⁷ Selon la formule de H.J. Lucas (*Jcl. PLA fasc. 1931 précité*), qui se réfère en particulier à la somme de J.-J. Fawcett et P. Torremans, J.J. FAWCETT et P. TORREMANS (*Intellectual Property and Private International Law*, n° 12.26-12.27). Voir aussi l'ouvrage précité de N. Bouche (n° 866 et suiv. et références de doctrine et de décisions de jurisprudence citées en notes).

¹⁷⁸ On se limitera aux interprétations admettant que l'article 5-2 formule une règle de conflit de lois. En doctrine, ce point n'est pas unanimement admis, certains auteurs soutenant que la Convention de Berne ne renfermerait que des règles de condition des étrangers (relatives aux auteurs) et non des règles de conflit (relatives aux œuvres).

- La loi du pays « où » la protection est réclamée (lex loci protectionis) se confond-elle avec la loi du pays du juge saisi (lex fori) ou s'en distingue-t-elle, comme la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée ?
- La lex loci protectionis régit-elle l'ensemble de la matière, ou se borne-t-elle au champ de la protection, les questions de la titularité des droits (voire de leur existence) devant être régies par la loi du pays d'origine de l'œuvre ?
- La lex loci protectionis (loi du pays « pour lequel » la protection est réclamée ») peut-elle être identifiée à la lex loci delicti (loi du pays de commission du délit) ?

1.2.2.1. La loi du pays « où la protection est réclamée » est parfois interprétée comme désignant la loi du pays du juge saisi (lex fori)

La loi du pays « où la protection est réclamée » a été longtemps interprétée comme la loi du pays du juge saisi (lex fori).

Bien que cette interprétation puisse trouver un appui partiel dans la rédaction imparfaite de l'article 5(2), qui lui reconnaît un rôle particulier pour les questions de procédure, elle repose, selon ses adversaires, sur une confusion créée par la fréquente corrélation factuelle des deux pays (l'auteur saisissant souvent le juge du pays où son droit a été méconnu)¹⁷⁹.

André LUCAS y décèle une « tendance à ériger en principe que le juge saisi ne peut appliquer d'autre loi que la sienne », en invoquant un « soi-disant principe de territorialité »¹⁸⁰, alors que **« le juge saisi peut parfaitement avoir, nonobstant la souveraineté de l'État, à appliquer une autre loi que la sienne, autre loi qui, par hypothèse, sera dotée d'une extra-territorialité. »**¹⁸¹ L'auteur estime que cette « approche revient à nier purement et simplement le conflit de lois, ce qui permet de faire l'économie de toute réflexion sur ce terrain, mais procède d'une conception nationaliste étreinte qui nous ramène, à l'aube du nouveau millénaire, à l'époque féodale ».

Si cette interprétation est devenue minoritaire, elle s'exprime encore en doctrine et en jurisprudence, notamment aux États-Unis¹⁸², le caractère fédéral de l'État constituant probablement un terrain particulièrement propice.

¹⁷⁹ Voir les références de doctrine citées par H.J. Lucas (Jcl. PLA fasc. 1931 précité, n°52 à 55) ; également A. Lucas, H.J. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité (n° 1473 et 1474).

¹⁸⁰ A. LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, OMPI, 16-18 décembre 1998 (texte disponible sur le site de l'OMPI). L'auteur cite à cet égard H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, 1993, n.13) : « L'époque féodale a connu, sur le terrain du conflit des lois, un système tout opposé à celui de la personnalité et généralement dénommé de la territorialité. Sur chaque territoire une loi et une seule est appliquée quels que soient les personnes en cause, les biens en jeu, les actes en litige »).

¹⁸¹ Sur l'ambiguïté fondamentale de cette notion, voir l'ouvrage précité de Nicolas BOUCHE, où l'auteur, après s'être attaché à montrer que la référence à un « principe de territorialité » est souvent une formule creuse, utilisée comme un argument d'autorité (voir l'introduction), en distingue deux principaux sens : « le principe de territorialité de limitation », dont l'article 5(1) de la Convention de Berne « peut être une expression », et le « principe de territorialité de conflit de loi », qui n'est autre que « la règle de résolution de conflit de loi désignant la lex loci protectionis » de l'article 5(2). »

¹⁸² Sur la jurisprudence américaine en faveur de la lex fori, voir Jane C. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques*,

1.2.2.2. La loi du pays « où la protection est réclamée » est majoritairement interprétée comme désignant la loi du pays « pour lequel la protection est réclamée »

L'expression de « loi du pays où la protection réclamée » (*lex loci protectionis*) est désormais majoritairement interprétée comme donnant compétence à la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée ».

La formule a pour mérite essentiel de distinguer la « *lex loci protectionis* » de la « *lex fori* » (loi du pays du juge saisi), alors que la lettre de l'article 5(2) laisse subsister cette ambiguïté.

Cette interprétation est désormais consacrée, du moins au plan communautaire, par le règlement du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »)¹⁸³. En effet, l'article 8 de ce règlement, spécifique à la détermination de la loi applicable en matière de propriété intellectuelle, dispose en son premier alinéa que « *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* ».

Le considérant 26 du règlement, en affirmant : « *En ce qui concerne les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, il convient de préserver le principe « *lex loci protectionis* », qui est universellement reconnu* », rattache implicitement cette règle à celle de l'article 5(2) de la Convention de Berne,¹⁸⁴ à laquelle il confère une portée universelle.

On notera en outre que l'alinéa 3 du même article 8 exclut toute possibilité de dérogation contractuelle à cette règle de conflit¹⁸⁵. Il semble en résulter que le premier alinéa de l'article 28, qui dispose que le Règlement s'écarte au profit de la Convention de Berne¹⁸⁶, comme des autres conventions internationales auxquelles sont parties les États membres », n'a en réalité qu'une maigre portée pratique, les solutions retenues étant identiques. Il convient en outre de noter que le Règlement prévaut entre les États membres sur les conventions bilatérales.¹⁸⁷

La règle de conflit, telle qu'interprétée par l'article 8-2 du Règlement Rome II, est reprise par un certain nombre de pays d'Europe, soit dans la loi relative à la propriété intellectuelle, soit dans une loi relative au droit international privé :

- la Suisse : l'article 110.1 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé dispose que « les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée » ;

OMPI, 16-18 décembre 1998, pp. 37 à 41, ainsi que l'actualisation de cette contribution en 2001 (textes disponibles sur le site de l'OMPI : (http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=925)).

¹⁸³ Règlement (CE) N° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007

¹⁸⁴ La proposition initiale (COM(2003)427 final du 22 juillet 2003) l'établissait encore plus explicitement, en notant qu'il existe dans le domaine de la propriété intellectuelle « *un principe universellement reconnu qui est celui de la *lex loci protectionis*, c'est-à-dire l'application de la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée* ».

¹⁸⁵ Art. 8(3) : « *Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14.* »

¹⁸⁶ « *1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.* »

¹⁸⁷ Art. 28 « *2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement.* »

- la Belgique : l'article 93 de la loi du 16 juillet 2004 portant code du droit international privé dispose que « *Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'État pour lequel la protection est demandée* ».
- l'Autriche : l'article 34 de la loi du 15 juin 1978 relative au droit international privé (IPR-Gesetz) dispose en son alinéa premier qu'est applicable la loi de l'État dans lequel a lieu un acte d'exploitation de l'œuvre ou de violation des droits de l'auteur ¹⁸⁸;
- l'Allemagne : la loi du 26 février 2007 sur les médias (Telemediengesetz) dispose en son article 3 (6° du paragraphe 4) que le principe de la loi du pays d'origine ne s'applique pas aux droits de propriété intellectuelle ;
- L'Italie : en vertu de l'article 54 la loi n°218 du 31 mai 1995 « réformant le système italien de droit international privé », est applicable la loi de l'État sur le territoire duquel l'œuvre est utilisée¹⁸⁹.

Cette interprétation est également consacrée dans le document de « droit souple » élaboré par le CLIP (European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property) et publié en décembre 2011 sous le titre de « Principes relatifs aux conflits de lois dans le domaine de la propriété intellectuelle »¹⁹⁰, qui couvre l'ensemble des questions de droit international privé (la compétence juridictionnelle, les conflits de loi ainsi que la reconnaissance et l'exécution des jugements).

La 3^{ème} partie (Applicable law) relative au titre des principes généraux ne retient la compétence de la lex fori que pour les seules questions de procédure (« *Article 3:101: Lex fori - The law applicable to procedural matters, including procurement of evidence, is the law of the State where the court seised with the proceedings is situated.* »).

Pour l'ensemble des autres questions, l'article 3.102 consacre la compétence de la loi du pays pour lequel la protection est demandée : « *Article 3:102: Lex protectionis - The law applicable to existence, validity, registration, scope and duration of an intellectual property right and all other matters concerning the right as such is the law of the State for which protection is sought* »).¹⁹¹

¹⁸⁸ “Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützung- oder Verletzungshandlung gesetzt wird”.

¹⁸⁹ L'article 54, relatif aux “droits des biens immatériels”, est ainsi rédigé : « I diritti su beni immateriali sono regolati dalla legge dello Stato di utilizzazione. »

¹⁹⁰ The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property* (décembre 2011) en ligne sur le site du CLIP (<http://www.cl-ip.eu/en/pub/home.cfm>). Une version commentée a été publiée en février 2013 (The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *The CLIP Principles and commentary*, February 2013, Oxford University Press), également disponible en version numérique.

¹⁹¹ On notera avec intérêt que JJ. FAWCETT et P. TORREMANS, dans la récente édition de leur ouvrage *Intellectual Property and Private International Law* (2^{ème} édition, Oxford University Press, 2011) estiment que le document du CLIP est plus approprié aux pays européens que le document analogue de l'ALI -American Law Association - *Intellectual Property, Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (ALI Publishers, 2008).

On notera avec intérêt que la Cour suprême britannique s'est référée aux principes du CLIP (exposés dans une version provisoire du document), tant en matière de compétence juridictionnelle que de loi applicable, dans une décision rendue le 27 juillet 2011 dans l'affaire *Lucasfilm v Ainsworth*¹⁹². Dans cette affaire, mettant en jeu la qualification d'œuvre artistique ou de modèle et la durée respective de protection des droits, la Cour écarte la loi américaine, et fait application de la loi britannique.

1.2.2.3. La controverse sur la portée de la *lex loci protectionis* persiste au plan international

Si un large consensus peut-être constaté sur le sens de l'article 5-2 en tant que règle de conflit de lois désignant la *lex loci protectionis*, la controverse sur la portée de cette règle n'est pas éteinte.

La doctrine et la jurisprudence estiment très majoritairement que l'article 5-2 de la Convention de Berne désigne la loi compétente pour l'ensemble des questions relatives au droit d'auteur, mais ce point n'est pas consensuel.

1.2.2.3.1. La thèse selon laquelle l'article 5 (2) ne régit pas la titularité initiale du droit, renvoyée à la loi du pays d'origine, conserve des partisans

La thèse selon laquelle l'article 5(2) donne compétence à la loi du pays de protection que pour les seules conséquences de la violation du droit d'auteur, mais est muet sur la titularité initiale du droit, voire l'existence de ce droit, ce qui redonne compétence à la loi du pays d'origine, (grâce aux règles de conflits nationales plus favorables à cette loi), demeure répandue¹⁹³ et l'interprétation restrictive de l'article 5-2 de la Convention de Berne reçoit le soutien d'une partie de la doctrine¹⁹⁴.

Certaines législations européennes - tout en réservant l'application des conventions internationales - reconnaissent expressément la compétence de la loi du pays d'origine, s'agissant de la titularité des droits

Tel est le cas de la Grèce, l'article 67 de la loi n°2121 du 9 mars 1993 sur le droit d'auteur disposant en son paragraphe 1^{er} que « le droit d'auteur sur les œuvres publiées est régi par le droit de l'État où l'œuvre a été licitement rendue accessible au public pour la première fois », et précisant que cette loi régit « la définition du sujet de droit, de son objet, de son contenu, de sa durée et les restrictions qui s'y rapportent ». Toutefois, le paragraphe 4 du même article précise que les paragraphes 1 à 3 « *s'appliquent, sauf indication contraire des conventions internationales ratifiées par la Grèce* ».

¹⁹² Supreme Court of the United Kingdom, *Lucasfilm Limited and others (Appellants) v Ainsworth and another (Respondents)*; 27 July 2011 ; [2011] UKSC 39, [2012] 1 AC 208.

¹⁹³ Pour une présentation générale des arguments et de l'état de la jurisprudence, notamment française, en 2005, voir A. LUCAS, *La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique* (e.bulletin du droit d'auteur, octobre-décembre 2005).

¹⁹⁴ Parmi les nombreux auteurs mentionnés dans les ouvrages de référence précités, on retiendra notamment G. Koumantos (*Il Diritto di Autore*, 1979) ; H. Batiffol et P. Lagarde (*Droit international privé*) ; Josselin-Gall (*Les contrats d'exploitation du droit de propriété littéraire et artistique*, 1995) ; A. Kéréver (*Propriété intellectuelle, La détermination de la loi applicable aux transmissions numérisées*, in *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*) ; F. Pollaud-Dulian (*J. -Cl. Droit international*, Fasc. 563-60).

La législation belge, qui consacre la *lex loci protectionis*, au §1 précité de l'article 93 de la loi du 16 juillet 2004 portant code du droit international privé, n'exclut pas l'application de la loi du pays d'origine à la question de la titularité initiale, si cette loi présente des liens plus étroits. Le §2 du même article dispose en effet que « *Toutefois, la détermination des titulaires originaires d'un droit de propriété intellectuelle est régie par le droit de l'État avec lequel l'activité intellectuelle présente des liens de proximité* ». On notera que l'article 2 de la même loi prévoit que ses dispositions s'appliquent sans préjudice des conventions internationales et du droit de l'Union européenne.

La loi du pays d'origine est également reconnue par les États-Unis, bien que de manière plus ambiguë, la section 104 du code du copyright (« Origine nationale ») disposant en son paragraphe a (« œuvres non publiées ») que relèvent de la protection dudit code les œuvres mentionnées aux sections 102 et 103, « indépendamment de la nationalité ou du domicile de l'auteur »¹⁹⁵. Certaines décisions de la jurisprudence américaine vont en ce sens¹⁹⁶.

En France, de nombreuses décisions des juges du fond renvoient à la loi du pays d'origine la titularité du droit¹⁹⁷, sur le fondement de l'interprétation donnée à l'arrêt fondateur de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 22 décembre 1959, arrêt dit du « Rideau de fer »¹⁹⁸ appliquant la loi française aux atteintes portées en France à des œuvres musicales composées par des auteurs russes, dès lors que la loi du pays d'origine leur reconnaissait la titularité de ces œuvres. Toutefois, les arrêts de la Cour de Cassation du 10 avril 2013 semblent avoir sonné le glas de la théorie du pays d'origine, comme on va le voir.

1.2.2.3.2. La thèse selon laquelle la loi du pays de protection a vocation à régir l'ensemble des questions du droit d'auteur semble majoritaire

La thèse selon laquelle l'article 5-2 de la Convention de Berne formule une règle de conflit de lois générale, valant pour tous les aspects de la protection du droit d'auteur, qui repose sur une interprétation large du terme de « protection » (« l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours ») est consacrée par certaines législations¹⁹⁹ et elle est largement majoritaire en doctrine, du moins en Europe²⁰⁰.

¹⁹⁵ S'agissant des œuvres publiées, le paragraphe (b) prévoit qu'elles sont soumises à la protection du titre XVII dudit Code notamment : « *a) on the date of first publication, one or more of the authors is a national or domiciliary of the United States, or is a national, domiciliary, or sovereign authority of a treaty party, or is a stateless person, wherever that person may be domiciled; or b) the work is first published in the United States or in a foreign nation that, on the date of first publication, is a treaty party (...)* ».

¹⁹⁶ Voir l'arrêt de la US Court of Appeals (Second Circuit) du 27 août 1998, *Itar Tass v. Russian Kurier Inc.*

¹⁹⁷ Voir notamment : CA Paris, 14 mars 1991 ; CA Paris, 4e ch., sect. B, 9 févr. 1995 ; TGI Paris, 16 mai 1997 ; CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 31 oct. 2002, n° 00/04455 ; CA Paris, 4e ch., sect. B, 16 févr. 2007, n° 05/14890 ; CA Paris, pôle 6, 9e ch., 15 déc. 2010, n° 08/11516 ; CA Paris, pôle 6, 9e ch., 15 déc. 2010, n° 08/11517, n° 08/11514.

¹⁹⁸ Cass. 1re civ., 22 décembre 1959 (D. 1960, p.93, note G. Holleaux) ; voir notamment, sur l'interprétation de cet arrêt, A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité (en particulier n° 1289, 1308 à 1314, 1341, 1346 à 1351, et 1356).

¹⁹⁹ Voir les pays cités au point précédent (Suisse, Italie, Allemagne et Autriche).

²⁰⁰ Voir en particulier : A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité, sur « la tentation » et « le rejet » du « dépeçage » (n° 1356 à 1358 et les références citées en notes de bas de page) ; voir également les

Elle est également retenue dans le document précité du CLIP (« Principes relatifs aux conflits de lois dans le domaine de la propriété intellectuelle »), dont l'article 3-102 consacre la portée générale de la Lex loci protectionis, et sa vocation à régir notamment l'existence des droits (« *The law applicable to existence, validity, registration, scope and duration of an intellectual property right and all other matters concerning the right as such is the law of the State for which protection is sought* »).

La vocation de l'article 5-2 à régir l'ensemble des questions relatives au droit d'auteur est en outre largement consacrée par la jurisprudence. Depuis longtemps dans certains pays²⁰¹, plus récemment dans d'autres. En France, cette interprétation, adoptée dans le passé par certains juges du fond²⁰², a été clairement affirmée par la Cour de Cassation, dans trois arrêts rendus le 10 avril 2013 par la 1^{ère} chambre civile, au visa de l'article 5-2, qui jugent, contrairement à la Cour d'appel de Paris, que cet article régit « la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit ». ²⁰³

Le premier arrêt censure la Cour d'appel pour avoir méconnu l'article 5-2 de la Convention en jugeant qu'il ne régissait pas la titularité des droits et en déduisant l'application de la règle de conflit française :

« Attendu que pour débouter M. M. de ses demandes au titre du droit d'auteur, l'arrêt retient que l'article 5-2 de la Convention de Berne régit le contenu de la protection de l'auteur et de l'œuvre, mais qu'il ne fournit pas d'indication relative à la titularité des droits, à leur acquisition, non plus qu'à leur cession, de sorte que, dans le silence de ce texte, il y a lieu de faire application de la règle française de conflit de lois ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la détermination du titulaire initial des droits d'auteur sur une œuvre de l'esprit est soumise à la règle de conflit de lois édictée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, qui désigne la loi du pays où la protection est réclamée, la cour d'appel a violé cette disposition par fausse application »

références citées par A. Lucas dans le document précité (*Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*), notamment : E. Ulmer (La propriété intellectuelle et le droit international privé) ; K. Spoendlin (La protection internationale de l'auteur) ; Th. Dreier (Rapport national allemand, in *Copyright in Cyberspace*) ; A. Strowel et J.-P. Triaille (Le droit d'auteur, Du logiciel au multimédia) ; F. Dessemontet (Internet, le droit d'auteur et le droit international privé) ; P. Katzenberger (Urheberrecht Kommentar).

²⁰¹ En particulier en Allemagne : BGH 2 octobre 1997, *Spielbankaffaire*, cité par N. Bouche, dans sa note sous l'arrêt Sisro (D. 2002, p. 2999).

²⁰² Par exemple : CA Paris, 13 juin 1985 ; TGI Paris, 3^e ch., 23 mai 1990.

²⁰³ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-12.508 FS P+B+R+I (JurisData n° 2013-006758) ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-12.509, FS D (JurisData n° 2013-007032) ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-12.510, FS D (JurisData n° 2013-011185). Cette jurisprudence a été plus récemment étendue aux droits voisins, dans un arrêt du 19 juin.

La doctrine française demeure manifestement partagée sur cette question, certains auteurs se réjouissant de la fin du « dépeçage » du droit d'auteur²⁰⁴, d'autres déplorant dans ce « revirement de jurisprudence » un « *repli territorialiste* »²⁰⁵.

1.2.3. Les divergences sur l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti* et l'application subséquente de la théorie des délits complexes

En outre, le consensus sur l'article 5-2 de la Convention de Berne ne semble pas à l'ordre du jour, en l'absence d'accord sur le sens exact de la règle de conflit de loi et le critère de rattachement de la « *lex loci protectionis* ».

1.2.3.1. L'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti*

Selon certains auteurs français, la *lex loci protectionis* désignée par la règle de conflit de l'article 5-2 de la Convention de Berne est assimilable à la *lex loci delicti*²⁰⁶ « au sens large », dont elle ne serait en réalité qu'une forme particulière. L'opposition à cette assimilation reposerait ainsi sur une conception trop restrictive de la *lex loci delicti*²⁰⁷.

La *lex loci protectionis* aurait triomphé de ses concurrentes (loi du pays d'origine et loi du for) « parce qu'elle seule permet de donner à la loi du pays de protection son véritable sens, en tant que loi applicable au fond : cette loi ne peut être que la loi du pays de l'exploitation litigieuse, parce que c'est là que le monopole de l'auteur doit précisément être protégé de l'atteinte pouvant en résulter »²⁰⁸. La loi du pays pour lequel la protection est demandée serait ainsi synonyme de la loi du pays de l'exploitation *contrefaisante*.

Si cette thèse peut trouver un appui dans la jurisprudence française²⁰⁹, elle n'est pas pour autant consensuelle, plusieurs objections pouvant être formulées à son encontre.

1.2.3.2. Première objection : l'irréductibilité de la *lex loci protectionis* à *lex loci delicti*

La première objection est fondée sur l'idée selon laquelle la protection visée par la « *lex loci protectionis* » ne se réduit pas au sens négatif de sanction, mais couvre également la protection positive de l'exploitation de l'œuvre, ce en quoi elle se distingue justement de la « *lex loci delicti* ».

²⁰⁴ Agnès Lucas-Schloetter, *Loi applicable en matière de droit d'auteur : la fin du dépeçage* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 18, 29 Avril 2013, 49.

²⁰⁵ Édouard Treppoz, *Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur, Note sous arrêt* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 17 Juin 2013, 701)

²⁰⁶ Sur la *lex loci delicti*, comme loi du pays où le dommage a été commis, voir : Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* (« Attendu qu'en droit international privé la loi territoriale compétente pour régir la responsabilité extracontractuelle de la personne qui a l'usage, le contrôle et la direction d'une chose, est la loi du lieu où le dommage a été commis »)

²⁰⁷ Voir A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité, n° 1369 à 1373.

²⁰⁸ H.J. Lucas (Jcl. PLA fasc. 1931 précité, N°57 et suivants).

²⁰⁹ Le principe en aurait été posé dans un arrêt de la Cour de cassation (ch. crim.) du 15 juin 1899.

Elle doit être entendue, selon l'expression de Nicolas BOUCHE, comme « la loi du pays pour le territoire duquel sont revendiqués l'existence et l'effet (notamment l'effet de protection) d'un droit subjectif de propriété intellectuelle ».²¹⁰

Selon cette conception, la *lex loci protectionis* a vocation à s'appliquer à la résolution de conflits de lois relatifs à « l'ensemble de la question de la protection des droits d'auteur », dans le but d'assurer l'exercice normal de ces droits et de favoriser ainsi les utilisations licites de l'œuvre »²¹¹. Ses partisans font valoir que les questions de protection peuvent se poser hors de tout contexte contentieux délictuel, par exemple, s'agissant par exemple de la question de la qualité pour exercer les différentes prérogatives du droit moral dans le contexte du règlement de la succession d'un auteur (question renvoyée expressément à la *lex loci protectionis* par l'article 6 bis de la Convention de Berne)²¹². On ajoutera que la question des échanges transfrontaliers d'œuvres accessibles en constitue un autre exemple.

1.2.3.3. Deuxième objection : imprévisibilité de la loi applicable résultant de l'incertitude jurisprudentielle en matière de délits complexes

La deuxième objection est tirée du risque, induit par l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti*, d'une « dérive » du conflit de lois en matière de propriété intellectuelle vers la théorie du délit complexe en matière de responsabilité délictuelle, en vertu de laquelle, en cas de localisation dans deux pays distincts du fait générateur du dommage et du lieu de réalisation du préjudice, les lois respectives de ces deux pays ont une égale vocation à s'appliquer. Selon la jurisprudence classique (hors contrefaçon), pour choisir entre ces deux lois, le juge doit déterminer quel est le pays avec lequel le litige entretient « les liens les plus étroits », selon le principe dit de proximité.²¹³

²¹⁰ Nicolas BOUCHE, ouvrage précité, notamment n° 704 et 880-902.

²¹¹ Voir M. Vivant et J.M. Bruguière, *Droit d'auteur* (Précis Dalloz, n° 1048) ; M. Vivant (Propriété intellectuelle, *lex protectionis* et loi réelle : D. 2011, p. 2351) ; Jacques Raynard, *Droit d'auteur et conflits de lois, essai juridique sur la nature du droit d'auteur* (Lexis-Nexis/Litec, 1991) ; S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur* (LGDJ, 1996, N°311).

²¹² Voir H.J. Lucas (Jcl. PLA fasc. 1931 précité, actualisé par N. Bouche, N°59, la critique très argumentée, reposant sur les conséquences logiques à tirer du refus du « dépeçage », « Si l'on estime que l'article 5.2 est, dans la Convention de Berne, le siège d'une règle de conflit de lois générale, touchant à l'ensemble du droit d'auteur, y compris les questions relevant de l'existence des droits, la titularité de la protection, les œuvres protégées, les droits protégés (...), "la législation du pays où la protection est réclamée" ne peut logiquement pas se confondre avec la seule *lex loci delicti*, qui met l'accent et se fonde uniquement sur un délit. »

²¹³ Voir l'arrêt *Gordon & Breach* rendu dans une affaire de droit de la concurrence par la Cour de Cassation (Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 1997), au visa de l'article 3 du Code Civil, par lequel la Cour juge que « la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ». La Cour censure l'erreur de droit commise par la Cour d'appel en jugeant que la loi américaine était applicable, alors que tant le fait générateur (la diffusion des revues) que le lieu de réalisation du dommage se situaient en France. (« Attendu que pour décider que la loi américaine était applicable à l'action en concurrence déloyale exercée par les sociétés par les sociétés du groupe Gordon pour obtenir réparation du préjudice subi en France du fait de la diffusion de revues scientifiques contenant des articles jugés dommageables, l'arrêt attaqué énonce que les obligations extracontractuelles sont régies par la loi du lieu où est survenu le fait qui leur a donné naissance, et qu'en l'espèce ce fait se situe aux États-Unis d'Amérique, où les écrits litigieux ont été publiés ; — Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'en l'espèce, tant le fait générateur constitué par la diffusion des revues que le lieu de

Si la *lex loci protectionis* est une « forme » de la *lex loci delicti*, la question se pose donc, en cas de délit complexe, du choix entre les deux rattachements. Alors que la règle de conflit de l'article 5-2 de la Convention de Berne repose sur un critère de rattachement unique (le pays pour lequel la protection est demandée, à savoir le lieu de l'exploitation - pas nécessairement contrefaisante - de l'œuvre), la mise en œuvre de la règle de conflit spécifique aux délits complexes ouvre l'alternative entre deux critères de rattachement : loi du pays du fait générateur (« pays d'émission ») ou à la loi du pays du dommage (« pays de réception »)²¹⁴.

La jurisprudence française relative à l'article 5-2 de la Convention de Berne s'est engagée dans la voie des délits complexes en matière de propriété intellectuelle par un arrêt SISRO rendu le 5 mars 2002²¹⁵ par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation. En jugeant que la « loi du pays où la protection est réclamée » « *désigne non pas celle du pays d'origine ou celle du juge saisi mais celle du ou des États sur le territoire desquels se sont produits les agissements délictueux* »²¹⁶, l'arrêt Sisro consacre l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti*, et introduit ainsi, dans l'interprétation de l'article 5-2, le principe d'un rattachement alternatif au lieu du fait générateur ou au lieu du dommage, tranché en fonction du lien de rattachement le plus étroit.

Les réactions de la doctrine ont été d'emblée partagées, les unes étant enthousiastes²¹⁷, les autres plus critiques. Certains commentateurs ont pu ainsi formuler la crainte, que du fait de l'absence de préférence entre les deux rattachements, et du rôle purement négatif conféré à la proximité, cantonné à un rôle d'arbitrage, la *détermination de la loi applicable ne dépende « des hasards du débat procédural »*²¹⁸.

réalisation du dommage se situaient en France, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé »). Voir également l'arrêt Mobil North Sea du 11 mai 1999.

²¹⁴ Le problème désigné comme « éclatement de la *lex loci delicti* », à savoir de la multiplicité potentielle des lois applicables, en cas de diffusion à distance, apparu avec la question de la diffusion par satellite, a fait naître une opposition entre les tenants de l'émission et les tenants de la réception. Il a été renouvelé dans le contexte de la diffusion par Internet.

²¹⁵ 5 mars 2002, 1^{ère} chambre civile (*Sté Informatique Service Réalisation Organisation (SISRO) c/ Sté Ampersand Software Bv*). La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 13 Février 2003, 278, note A. Lucas ; JCP G 2002, II, 10082, note H. MUIR WATT ; D. 2002, jurispr. p. 2999, note N. BOUCHE ; D. 2003, p. 58, note M. JOSSELINE-GALL ; Juris-Data n° 2002-013316 ; JCP E 2002, 651.

²¹⁶ « *Mais attendu qu'aux termes de l'article 5.2° de la convention d'Union de Berne, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée ; que la cour d'appel a exactement considéré que cette loi désigne non pas celle du pays d'origine ou celle du juge saisi mais celle du ou des États sur le territoire desquels se sont produits les agissements délictueux ; qu'il en résulte qu'en présence de la pluralité des lieux de commission de ceux-ci, la loi française, en tant que loi du «lieu du préjudice», n'a pas vocation exclusive à régir l'ensemble du litige en l'absence d'un rattachement plus étroit, non démontré, avec la France ; qu'ainsi, la cour d'appel, loin de violer le texte précité, a légalement justifié sa décision au regard des règles de conflit de lois en matière de responsabilité extracontractuelle* ».

²¹⁷ Dans son commentaire (*Note sous Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002 ; La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 13 Février 2003, 278*), André LUCAS juge que « *Cet arrêt est aussi important pour le choix de la loi applicable au droit d'auteur que pour celui de la loi applicable aux délits dits complexes, problème beaucoup plus général né de la localisation différente du fait générateur et du préjudice (...) la Cour de cassation n'avait pas rappelé aussi nettement que, selon la Convention de Berne (art. 5.2), la loi applicable au droit d'auteur est la *lex loci delicti* (V. Cass. crim., 15 juin 1899 : DP 1900, 1, p. 81)* »

²¹⁸ H. Muir Watt, Contrefaçon, délit complexe et fonction négative de la proximité (*La Semaine Juridique Edition Générale n° 22, 29 Mai 2002, II 10082*) : « *on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de conférer à la*

L'arrêt Lamore, rendu le 30 janvier 2007 par la Cour de Cassation²¹⁹, supprime cette alternative, en jugeant que la législation du pays où la protection est réclamée désignée par l'article 5-2 de la Convention de Berne « *n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'État sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, l'obligation à réparation n'étant que la conséquence éventuelle de ceux-ci* »²²⁰.

Cet arrêt a été jugé sévèrement par la doctrine²²¹, majoritairement favorable à une règle de conflit désignant la loi du pays de réception des œuvres mises en ligne²²².

Certains ont contesté sa conformité à l'article 5.2 de la Convention, estimant que la loi "*du pays où la protection est réclamée*", qui met l'accent sur le contenu des revendications de l'auteur, pouvait difficilement être, en l'espèce, la loi américaine alors qu'était contestée la contrefaçon commise en France, par des sociétés françaises, à raison des faits de diffusion intervenus en France²²³.

Marie-Elodie ANCEL²²⁴ note ainsi qu'il est « piquant de constater que la « loi du pays où la protection est réclamée » est définie, en réalité, comme la loi du pays d'origine de l'œuvre prétendument contrefaisante ». Elle estime que si l'interprétation « innovante » de la Cour, selon laquelle « la loi applicable à la contrefaçon d'un droit d'auteur est celle du pays où s'est produit le fait *princeps*, à l'origine de la contrefaçon invoquée, même si ce fait a été commis par un tiers et à l'étranger », devait être généralisée, cette éviction de la loi du pays où le dommage est subi « ferait peser de lourdes menaces sur la protection internationale du droit d'auteur »,

proximité un rôle positif de désignation de celle de deux lois qui doit régir le délit et de faire dépendre ainsi la détermination de la loi applicable de la recherche préalable de celle qui comporte les liens les plus étroits avec ce dernier »

²¹⁹ Cass. 1re civ., 30 janv. 2007, M. Lamore, N° de pourvoi: 03-12354 - Publié au bulletin F-P+B. - Jean L. c/ Sté Universal City Studios Inc. et a. - M. Ancel, président. - M. Gridel, conseiller rapporteur. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocats. - Juris-Data n° 2007-037152. Dans cette affaire, un auteur américain soutenait que la diffusion en France du film *Waterworld* et d'un livre extrait du film était une contrefaçon de son roman, non publié, intitulé "*Tideworks*". Le TGI de Paris avait interprété l'article 5.2 de la Convention de Berne comme donnant compétence à la loi française (le film et son adaptation ayant été diffusés en France), la cour d'appel de Paris à la loi américaine (le film ayant été conçu, réalisé et représenté aux États-Unis, comme son adaptation). La Cour de Cassation approuve la Cour d'Appel et rejette le pourvoi (« *que la cour d'appel a retenu que le film avait été conçu, réalisé et représenté aux États-Unis et que le roman tiré de celui-ci avait été édité dans le même pays ; qu'elle en a exactement déduit que le droit américain était applicable* »).

²²⁰ Marie-Élodie ANCEL (Note sous Cass. 1re civ. - 30 janv. 2007 (Journal du droit international - Clunet- n° 1, Janvier 2008) observe que l'apport de l'arrêt par rapport à l'arrêt Sisro, qui affirmait déjà la compétence de la loi du pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, « *est de deux ordres : d'une part, la 1^{ère} chambre civile justifie ce rattachement, et réproouve celui opéré par le pays où le dommage est subi ; d'autre part, elle donne au rattachement qu'elle retient un caractère définitif, ce que l'arrêt Sisro ne garantissait pas* ».

²²¹ Voir, pour un « best of », A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, précité, n° 1337 et nombreuses notes, les auteurs ne partageant pas les critiques dont ils font état.

²²² Voir les auteurs cités par Jane C. Ginsburg et Pierre Sirinelli dans l'article *Google Book Search*. - *Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, 26 Avril 2010, doct. 486).

²²³ Voir N. Bouche, note sous Cass. 1re civ., 5 mars 2002, n° 99-20.755 (JurisData n° 2002-013316 ; D. 2002, p. 2999) ; T. AZZI (note sous arrêt, Rev. crit. DIP 2007) ; pour une appréciation divergente, voir obs. A. Lucas (Prop. intell. 2007, p. 337), qui, favorable au principe du rattachement au fait générateur, estime qu'il est ici « conçu de manière très extensive » ; obs. H.-J. Lucas (JCP E 2008, 1144, n° 11) ; voir également Voir A. Lucas, HJ. Lucas, et A. Lucas Schloetter, ouvrage précité, n° 1336-1337 (ainsi que 1370 à 1374, 1437, 1446, et 1474)

²²⁴ Note précitée (Journal du droit international - Clunet- n° 1, Janvier 2008)

s'agissant de la diffusion d'une œuvre, sans l'autorisation de son auteur, par-delà les frontières, notamment par Internet²²⁵.

Plus radicalement, il peut être objecté que la logique des délits complexes n'a pas lieu d'être dans le champ de la propriété intellectuelle : les droits de propriété intellectuelle ayant une assise strictement territoriale, le droit d'auteur qui vaut en France ne peut être contrefait que par des actes réalisés en France, et non par un acte réalisé à l'étranger²²⁶.

Les craintes d'une extension de la jurisprudence Lamore à la diffusion sur Internet ont été confortées, dans un premier temps.

Un jugement du TGI de Paris du 20 mai 2008²²⁷, se référant expressément à cet arrêt, a en effet estimé, dans une affaire opposant une société de gestion collective française à Google, que la loi du pays de protection de l'article 5-2 de la Convention de Berne n'était pas « celle du lieu où le dommage est subi » mais celle du « pays sur le territoire duquel se sont produits les agissements incriminés » à savoir celle du pays « où le fait générateur de la contrefaçon a été réalisé »²²⁸. Le TGI en a déduit que la loi applicable était la loi américaine, loi du lieu du siège social de la société Google, et que les faits allégués de contrefaçon relevaient de l'exception de *fair use* prévue par la section 107 du titre XVII du code des États-Unis²²⁹. Dans un arrêt du 26 janvier 2001²³⁰, la Cour d'appel a au contraire jugé que la loi française était compétente mais a débouté la SAIF, sans se prononcer clairement sur la qualification de contrefaçon²³¹.

Dans une autre affaire Google, le TGI de Paris²³², éludant l'article 5-2 de la Convention de Berne, pourtant invoqué par les parties (au soutien de l'application de la loi américaine par Google, et de l'application de la loi française par le Syndicat national de l'édition), a estimé que

²²⁵ « L'éviction par la Cour de cassation de la loi du pays où le dommage est subi prend une tout autre résonance quand un acte accompli dans un pays produit directement ses effets dans d'autres pays, ce qui sera le cas quand des produits contrefaisants sont expédiés à l'étranger, quand une œuvre est, sans l'autorisation de son auteur, radiodiffusée par-delà les frontières, ou bien diffusée par satellite ou par Internet. Ce n'est pas un cas de ce genre qui a été soumis à la Cour et l'on ose espérer que la position de cette dernière sera différente lorsqu'elle sera interrogée sur la loi à appliquer ».

²²⁶ Voir N. Bouche, *Quelle loi en matière de contrefaçon ?* (in *Droit international privé et propriété intellectuelle - Nouveau cadre, Nouvelles stratégies*, dir. C. Nourissat et E. Treppoz : Lamy, 2010, coll. Axe Droit, p. 93 s.).

²²⁷ TGI Paris, 3e ch., sect. 1, 20 mai 2008, SAIF (JurisData n° 2008-362899 ; Rev. Lamy dr. immat. 2008, n° 1291 ; JCP E 2009, 1108, n° 11, obs. H.-J. Lucas ; RTD com. 2008, p. 557, obs. F. Pollaud-Dulian).

²²⁸ Voir également, Cass. crim., 29 nov. 2011, n° 09-88.250 : JurisData n° 2011-026675 ; Note sous arrêt par Emmanuel Drey (La Semaine Juridique Edition Générale - 27 Février 2012 - n° 9).

²²⁹ Certains commentateurs ont noté que dans cette affaire, la protection étant demandée dans le pays d'origine des œuvres, c'est l'article 5-3 de la Convention (qui donne compétence à la loi de ce pays) qui aurait dû être invoqué, entraînant l'application de la loi française. Voir notamment Jane C. Ginsburg et Pierre Sirinelli, *Google Book Search, Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, 26 Avril 2010, doct. 486), qui soulignent l'incohérence des solutions retenues, y compris par une même juridiction.

²³⁰ CA Paris, SAIF c. Google, RG n° 08/13423, <http://www.juriscom.net/documents/caparis20110126.pdf>

²³¹ A. Lucas-Schloetter observe que le rejet de l'action intentée par la SAIF « semble donc reposer seulement sur l'absence de notification dans les formes prescrites par la LCEN, ce qui n'impliquerait aucunement que le service Google Images soit en tant que tel licite » mais que la Cour semble avoir exclu la contrefaçon (Google face à la justice française et belge (2 (2011) JIPITEC 144, para. 1.).

²³² TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 18 déc. 2009, SAS Éditions du Seuil et a. c/ Sté Google Inc., Sté Google France

la loi française était applicable en raison de ses liens plus étroits avec le litige, opérant, après l'arrêt Lamore, un retour à la jurisprudence originelle des délits complexes.²³³

Un arrêt « La société Aufeminin.com c/ La société Google France et a. » du 12 juillet 2012²³⁴ a toutefois donné l'occasion à la première chambre civile de la Cour de Cassation de revenir sur sa jurisprudence Lamore. Dans cette affaire où Google soutenait qu'était applicable la loi américaine (et son exception de fair use), la Cour retient, comme les juges du fond, que l'article 5-2 de la Convention de Berne désigne la loi française. Pour ce faire, elle se fonde sur la circonstance que « le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France »²³⁵.

Cet arrêt a été salué par certains commentateurs²³⁶, qui y voient une victoire de la théorie du pays de la « réception » (pays du dommage) sur la théorie de l'émission (pays du fait générateur), le défaut de cette dernière étant d'être insuffisamment protectrice des titulaires de droits, dans la mesure où elle incite les diffuseurs à s'installer dans les « paradis numériques »²³⁷.

²³³ Dans son commentaire, André LUCAS estime que « La solution doit être approuvée, même si elle présente l'inconvénient de ne pas dissiper une incertitude préjudiciable à l'exploitation sécurisée des œuvres sur les réseaux numériques ». L'auteur interprète ce jugement comme un retour à la jurisprudence stricte des délits complexes des arrêts Gordon et Breach 14 janv. 1997 et Mobil North Sea du 11 mai 1999: « C'est à une autre séquence jurisprudentielle qu'entend se rattacher le tribunal, celle qui, sur le terrain plus général des délits complexes, se refuse à choisir clairement entre loi du fait générateur et loi du lieu de réalisation du dommage, préférant s'en remettre à la loi du pays ayant un lien plus étroit avec la situation litigieuse ». (La loi applicable à la mise en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur, La Semaine Juridique Edition Générale n° 9, 1er Mars 2010, 247). Voir également Asim SINGH « Google Books » : morceaux choisis (note sous TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 18 déc. 2009, RLDI 2010/56, n° 1848).

²³⁴ Cass. 1re civ. - 12 juill. 2012. - n° 11-15.165 et 11-15.188, FS-P+B+I. - La société Aufeminin.com c/ La société Google France et a. - JurisData n° 2012-015812- ; D. 2012, p. 1879, obs. C. Manara ; D. 2012, p. 2075, note C. Castets-Renard ; D. 2012, p. 2071, concl. C. Petit, p. 3339, obs. L. d'Avout).

²³⁵ « Mais attendu que l'arrêt retient que le litige porte sur le fonctionnement des services Google Images, en des textes rédigés en français, destinés au public français et accessibles sur le territoire national par les adresses URL en “.fr” et que le lieu de destination et de réception des services Google Images et de connexion à ceux-ci caractérisent un lien de rattachement substantiel avec la France ; qu'il en déduit exactement, conformément à l'article 5.2 de la Convention de Berne qui postule l'application de la loi de l'État où la protection est réclamée, que l'action introduite par M. X..., qui réclamait, en tant qu'auteur de la photographie, la protection de ses droits en France à la suite de la constatation en France de la diffusion en France, par un hébergeur français, la société Aufeminin.com, d'une photographie contrefaisante, mise en ligne pour le public français sur le site de Google Images par le service des sociétés Google Inc. et Google France, relevait de la loi française ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »

²³⁶ Marie-Élodie ANCEL, *Un an de droit international privé du commerce électronique* (Communication Commerce électronique n° 1, Janvier 2009, chronique 1), note que « En conséquence, la Cour fait du critère de destination le facteur de détermination de la loi applicable en cas de cyber-contrefaçon : elle laisse de côté sa propre jurisprudence *Waterworld*, qui faisait remonter au fait *princeps* de contrefaçon, mais, ce faisant, elle rejette aussi l'idée de s'en remettre à la loi du pays où les pages litigieuses sont simplement accessibles. ». Voir également T. Azzi, note sous Cass. 1re civ. - 12 juill. 2012. (Journal du droit international - Clunet - n° 1, Janvier 2013, 2)

²³⁷ Voir Jane C. Ginsburg et Pierre Sirinelli, *Google Book Search* (précité) : « Privilégier l'application de la première, dans les délits complexes accomplis via l'internet, serait absurde en matière de droit d'auteur car le résultat serait trop souvent contraire (existence de paradis numériques) au but poursuivi par la Convention de Berne qui a justement pour objectif de promouvoir une efficace protection internationale des œuvres de l'esprit. Il est donc considéré, par la majorité de la doctrine française dans ce domaine, qu'il convient d'éviter la désignation systématique de la loi du pays du lieu du fait générateur et qu'il est préférable de désigner, par application distributive, les lois des pays dans lesquels le marché de l'œuvre est perturbé par la mise en ligne non autorisée de l'œuvre, id est, la loi des pays où le dommage est subi. Mais ce débat est loin d'être clos. »

La question se pose toutefois de la portée de l'arrêt *Auféminin.com* : simple refus de l'extension de la jurisprudence *Lamore* à la « cybercontrefaçon », ou annonce d'un revirement de jurisprudence plus général, manifestement attendu d'une partie de la doctrine ?²³⁸

En outre, dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence de portée générale, l'arrêt *Auféminin.com* laisse subsister la possibilité d'interprétations divergentes, en particulier quand à ses spécificités par rapport aux arrêts rendus par la Cour de Cassation en matière de délits complexes, hors du domaine de la contrefaçon. Certains auteurs valorisent la forte parenté entre le « principe de proximité » retenu dans l'arrêt *Gordon et Breach* du 14 janvier 1997 et la « méthode de focalisation », utilisée pour définir la compétence juridictionnelle et dont fait usage l'arrêt *Auféminin.com*, pour déterminer la loi applicable. D'autres, au contraire, mettent au jour la différence fondamentale entre les deux approches, la première méthode (« localisation ») visant à choisir entre la loi du fait générateur et la loi du dommage, la seconde (« focalisation ») faisant prévaloir la loi du pays dommage²³⁹.

1.2.3.4. Troisième objection : l'articulation problématique avec les règles de conflit du Règlement européen « Rome II »

Comme la Convention de Berne, le Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ci-après « Rome II ») ne prévoit aucune règle particulière en matière de délits complexes :

- que ce soit au titre de la règle spéciale de l'article 8 précité²⁴⁰ relatif aux droits de propriété intellectuelle, dont l'alinéa 1 dispose que « *La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée* »
- ou au titre de l'article 4 fixant la règle générale, dont l'alinéa 1 dispose que « *Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non*

²³⁸ Marie-Élodie ANCEL (Chron. précitée) y décèle « un refoulement » de l'arrêt *Lamore* « hors du domaine de l'Internet, et peut-être même hors du domaine de la contrefaçon » *off line* pour une analyse de la portée de l'arrêt, et une comparaison des solutions. T. Azzi (précité, n°17) estime « qu'il serait incohérent qu'à partir d'un même texte, l'article 5-2 de la Convention de Berne, deux interprétations diamétralement opposées coexistent, fut-ce en ayant des domaines d'application très différents.

²³⁹ T. Azzi (note précitée, n°17) estime que l'application de la méthode de focalisation aux délits complexes implique de « faire prévaloir la loi du pays du lieu du dommage sur la loi du fait générateur ». Il en déduit (n°19) que « *La véritable différence entre la séquence jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt Gordon and Breach et la décision commentée est ailleurs. En l'espèce, la Cour n'a pas cherché pas à départager la loi du fait générateur et la loi du dommage comme dans ses arrêts antérieurs. La méthode de la focalisation n'a en effet de sens que si l'on fait a priori prévaloir la seconde sur la première. Elle ne vise donc pas à déterminer, entre les deux critères de rattachement, celui qui est le plus pertinent, mais uniquement à affiner, à partir du critère fondé sur le dommage, la solution du conflit de lois, en sélectionnant, parmi tous les pays dans lesquels les internautes sont susceptibles d'avoir accès à l'information litigieuse, celui ou ceux que vise plus particulièrement le diffuseur. La doctrine souligne ainsi que la focalisation n'est pas une méthode de « localisation », mais simplement une méthode d'« interprétation* »

²⁴⁰ Rome II « Article 8 - Atteinte aux droits de propriété intellectuelle /1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée. / 2. En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle communautaire à caractère unitaire, la loi applicable à toute question qui n'est pas régie par l'instrument communautaire pertinent est la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte à ce droit /3. Il ne peut être dérogé à la loi applicable en vertu du présent article par un accord tel que mentionné à l'article 14. »

contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

Ce silence, loin d'être un oubli, est délibéré, l'exposé des motifs de la proposition initiale de Règlement précisant que « *la règle implique que, en cas de survenance d'un dommage dans plusieurs pays, il y a lieu d'appliquer de manière distributive les lois de tous les pays concernés, conformément à la théorie de la Mosaikbetrachtung connue en droit allemand* »²⁴¹.

Force est de constater que la compatibilité du rattachement alternatif en fonction du principe de proximité avec l'article 8-1 du Règlement Rome II précité est loin d'être évidente. Le règlement devant être écarté au profit des dispositions pertinentes des Traités internationaux, de deux choses l'une : soit on estime que l'article 5-2 ne règle pas la question, et alors c'est l'article 8-1 du règlement qui est applicable, soit on estime que l'article 5-2 fixe la règle de conflit de lois. Dans les deux cas, c'est bien la loi du pays pour lequel la protection est réclamée qui est applicable. Toutefois, ce raisonnement ne fait pas l'unanimité²⁴².

Il est vrai que le « droit souple » admet la possibilité de recourir au « principe de proximité », comme rattachement dérogatoire, pour les seules infractions sur internet.

Ainsi, l'American Law Institute, globalement plus favorable aux rattachements en cascade, retient, dans le titre III relatif à la loi applicable du document publié en 2008 sous le titre de « Intellectual Property, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational disputes »²⁴³, une disposition spécifique à cet égard au titre des « principes subsidiaires » (§ 321)²⁴⁴.

²⁴¹ Cité par A.LUCAS, note précitée sous le jugement du TGI Paris, ch. 3, sect. 2, 18 déc. 2009, n° 09/00540, SAS Éditions du Seuil et a. c/ Sté Google Inc., Sté Google France.

²⁴² L'article 3 du règlement prévoit en son paragraphe 3 que « *S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.* ». Selon certains auteurs, ces dispositions dérogatoires de l'alinéa 3 laisseraient une place pour les règles de conflit de lois françaises fondées sur le principe de proximité (voir J. GINSBURG et P. SIRINELLI, article précité, Google Search). Toutefois, cela supposerait que la règle générale de l'article 3 soit applicable aux droits de propriété intellectuelle, par dérogation à la règle spéciale, contrairement au principe « *Specialia generalibus derogant, non generalia specialibus* », en vertu duquel les clauses spéciales dérogent aux générales, et non l'inverse.

²⁴³ Disponible sur le site de l'OMPI (<http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=7687>) ; voir les fascicules 8 à 10 (pour la loi applicable). L'introduction précise : « These Principles thus retain the basic rule of territoriality, but allow the parties to simplify the choice of applicable laws by agreement (§ 302), and when an infringement is instantaneous and worldwide (§ 321). In the latter case, however, the parties may also demonstrate that particular States' laws depart from the chosen norm". (...) "The Principles envision the possibility that in cases where infringement is ubiquitous, circumstances may most closely connect a case to a particular State, or to a small set of specific States, despite its apparently multinational character (§ 321)".

²⁴⁴ Chapter 3 - Residual Principles Regarding Choice of Law - § 321. Law or Laws to Be Applied in Cases of Ubiquitous Infringement :

(1) *When the alleged infringing activity is ubiquitous and the laws of multiple States are pleaded, the court may choose to apply to the issues of existence, validity, duration, attributes, and infringement of intellectual property rights and remedies for their infringement, the law or laws of the State or States with close connections to the dispute, as evidenced, for example, by:*

(a) *where the parties reside;*

Les « Principes » précité du CLIP de l'Institut Max Planck prévoient également une disposition analogue, s'agissant de la loi applicable aux infractions sur Internet²⁴⁵.

*

Au final, l'objection majeure que soulève l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti* est qu'elle conduit en pratique à renoncer à l'univocité de la règle de conflit de l'article 5-2, et par suite, à sa prévisibilité.

Selon les spécialistes du droit international privé, une règle de conflit de lois « savignienne » (objective, neutre et bilatérale) se reconnaît au fait qu'elle est partagée et prévisible, « la sécurité » étant « l'objectif du droit international privé »²⁴⁶.

À l'aune de ces deux critères, force est de constater que les règles de résolution des conflits de lois reposant sur l'application de la théorie des délits complexes et le maniement délicat des critères de rattachement ne plaident guère en la faveur de l'assimilation de la *lex loci protectionis* à la *lex loci delicti*.

Marie-Elodie ANCEL juge ainsi que le « raccordement » de l'interprétation de l'article 5.2 aux solutions françaises en matière délictuelle et de délits complexes « *ne serait, de toute façon, pas un service à rendre au droit d'auteur* », compte tenu de ce qui est qualifié d'état de « flottement » de la jurisprudence française en la matière²⁴⁷.

-
- (b) *where the parties' relationship, if any, is centered;*
 - (c) *the extent of the activities and the investment of the parties; and*
 - (d) *the principal markets toward which the parties directed their activities.*

(2) *Notwithstanding the State or States designated pursuant to subsection (1), a party may prove that, with respect to particular States covered by the action, the solution provided by any of those States' laws differs from that obtained under the law(s) chosen to apply to the case as a whole. The court shall take into account such differences in determining the scope of liability and remedies"*

²⁴⁵ Article 3:603: Ubiquitous infringement

(1) *In disputes concerned with infringement carried out through ubiquitous media such as the Internet, the court may apply the law of the State having the closest connection with the infringement if the infringement arguably takes place in every State in which the signals can be received. This rule also applies to existence, duration, limitations and scope to the extent that these questions arise as incidental questions in infringement proceedings.*

(2) *In determining which State has the closest connection with the infringement, the court shall take all the relevant factors into account, in particular the following:*

- (a) *the infringer's habitual residence;*
- (b) *the infringer's principal place of business;*
- (c) *the place where substantial activities in furtherance of the infringement in its entirety have been carried out;*
- (d) *the place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety.*

(3) *Notwithstanding the law applicable pursuant to paragraphs 1 and 2, any party may prove that the rules applying in a State or States covered by the dispute differ from the law applicable to the dispute in aspects which are essential for the decision. The court shall apply the different national laws unless this leads to inconsistent results, in which case the differences shall be taken into account in fashioning the remedy*

²⁴⁶ Voir Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé* (10ème édition, Montchrestien, 2010), notamment n°32 : à propos des conséquences de la primauté des sources nationales en matière de nationalité : « *Aucune prévision sérieuse ne peut être formée sur la base de ces données contradictoires, alors que la sécurité est précisément l'objectif du droit international privé* ».

²⁴⁷ La Cour fédérale d'Allemagne a expressément exclu cette confusion, en jugeant que « *le rattachement valant en matière délictuelle au droit du lieu du délit, c'est-à-dire au lieu du fait générateur ou du lieu de réalisation du dommage, n'est pas applicable s'agissant des violations du droit d'auteur* » (BGH 2 octobre 1997, *Spielbankaffaire*, arrêt cité par N. Bouche, dans sa note sous l'arrêt Sistro (D. 2002, p. 2999).

En tout état de cause, eu égard aux différences d'approches entre les États-Unis et l'Europe, entre pays d'Europe, et entre juridictions au sein d'un même État (notamment en ce qui concerne les États fédéraux), d'une part, et aux évolutions jurisprudentielles non stabilisées, d'autre part, force est de constater que l'harmonisation mondiale en matière de règles de conflit de lois en matière de propriété intellectuelle n'est pas une perspective réaliste à court terme, voire même à moyen terme.

« **La règle uniforme de conflit ne verra le jour que si les États prennent conscience de sa nécessité** », a observé André LUCAS²⁴⁸. Ce jour n'est manifestement pas venu, certains préférant, à une règle uniforme, la souplesse des rattachements alternatifs, éventuellement en cascade²⁴⁹, tels que ceux admis pour les règles de compétence juridictionnelle, dont la finalité (notamment en termes d'accès à la justice) est toute autre que celle des règles de compétence législative²⁵⁰.

1.3. L'imprévisibilité de la loi applicable et l'insécurité juridique en découlant a limité jusqu'ici les échanges transfrontaliers d'œuvres adaptées

Les interprétations divergentes dont fait l'objet l'article 5-2 de la Convention de Berne, au plan international, sont susceptibles, selon le juge saisi, de désigner des lois nationales concurrentes dont le contenu matériel conduirait à des solutions potentiellement contraires. L'incertitude quant à la règle applicable, en particulier s'agissant des conséquences du champ matériel de l'exception sur la qualification de contrefaçon, le cas échéant sur le terrain pénal, a constitué jusqu'ici un obstacle majeur aux échanges transfrontaliers.

1.3.1. Finalité, modalités et qualification juridique des actes de diffusion transfrontalière des œuvres adaptées en formats accessibles

Il paraît utile, avant de procéder à l'examen des conséquences de la mise en œuvre de l'article 5-2 de la Convention de Berne pour déterminer la loi applicable aux actes de diffusion transfrontalière des œuvres en formats accessibles, d'en rappeler la finalité (1.3.1.1.) d'en décrire les différentes formes possibles (1.3.1.2.) et d'examiner les droits exclusifs susceptibles d'être mis en jeu (1.3.1.3.),

²⁴⁸ *La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique* (2005, précité) ; Voir également GellerPaul Edward Geller, *International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies* (Journal of Intellectual Property Rights, vol. 10 (2005), p. 133) : "Courts will increasingly encounter difficult conflicts of laws in the field of intellectual property. Many difficulties may be resolved by localizing infringing acts with an eye to satisfying the remedial desiderata of the international regime. Accordingly, the laws of the countries whose markets are respectively targeted or prejudiced by the transactions at issue in a case will most often best provide bases for relief. Other difficulties, however, arise out of basic disharmonies, some substantive and some procedural, and courts will have to exercise their ingenuity to resolve them as equitably as they can from case to case. Progress toward a systematic international code of intellectual property, or toward globalized dispute-resolution regimes in the field, would eventually help us transcend such difficulties"

²⁴⁹ Voir notamment : Graeme AUSTIN *Private International Law and Intellectual Property Rights, A Common Law Overview*, n°37-40 (Wipo forum on private international law and intellectual property, Geneva, January 30 and 31, 2001) ; disponible sur le site de l'OMPI.

²⁵⁰ Les questions de compétence juridictionnelle ne feront pas l'objet d'une analyse distincte. Il n'y sera renvoyé que pour les cas d'interaction avec les règles de compétence législative (en matière pénale) et l'articulation entre les critères de rattachement des Règlements Rome II et Bruxelles I.

1.3.1.1. La diffusion transfrontalière d'œuvres adaptées en formats accessibles vise à remédier à la pénurie de l'offre

Dans l'ensemble des pays du globe, les organismes et associations s'occupant des personnes souffrant de déficience visuelle s'efforcent de produire, à l'intention de ces personnes, des versions en formats accessibles des œuvres publiées sous forme imprimée (livres et revues, partitions musicales ainsi que, bien que plus rarement, journaux et magazines).

Quand ces œuvres relèvent du domaine public (qu'elles ne soient pas protégées par le droit d'auteur ou aient cessé de l'être), les versions en formats accessibles sont réalisées et diffusées librement aux personnes handicapées.

Quand elles sont protégées par le droit d'auteur, les adaptations sont réalisées et diffusées aux personnes handicapées selon des modalités variables en fonction de la législation nationale :

- dans les pays dont la législation prévoit une exception aux droits exclusifs²⁵¹ au profit des personnes handicapées, dans le cadre des règles spécifiques prévues par la législation nationale ;
- dans les pays dont la législation ne prévoit pas une telle exception, dans le cadre de licences volontaires dont les termes sont négociés avec les ayants droit²⁵² ;
- enfin, dans les pays où l'exception ne couvre qu'une partie des droits exclusifs, les actes n'entrant pas dans le champ de l'exception sont soumis à l'autorisation des ayants droit, qui peut être accordée dans le cadre de licences volontaires²⁵³.

Dans tous les cas de figure, la production d'œuvres en formats accessibles suppose la mise en œuvre de moyens considérables, en ressources humaines et en fonctionnement (matériel d'enregistrement, de reprographie et de scannérisation, ordinateurs, logiciels, imprimantes spécialisées pour le braille embossé etc.)

Cette production comporte une dimension technique (conversion d'un format « ordinaire » en format accessible aux déficients visuels) et une dimension intellectuelle (adaptation proprement dite : commentaires des images, cartes et schémas etc.).

Si le temps consacré à l'adaptation stricto sensu est incompressible, le temps de « conversion » technique varie en fonction des techniques utilisées. L'opération « classique » se décompose en plusieurs phases : scanner l'ouvrage, « océriser »²⁵⁴ le fichier numérique obtenu, corriger manuellement les erreurs subsistantes, réintégrer à leur place les notes de bas de pages, puis à procéder aux adaptations éventuelles de contenu, puis convertir le fichier en format accessible (XML Daisy). Enfin, créer, à partir de ce dernier, cette fois-ci automatiquement, différents formats accessibles : Daisy audio (pour les versions à écouter), Daisy texte (pour les versions à lire en braille numérique, ou en très gros caractères, ou en synthèse vocale), ou encore « Full Daisy » pour une synchronisation lecture du texte/synthèse vocale). Si l'ouvrage est complexe

²⁵¹ Exception au sens large : exception « pure » non compensée, ou licence non volontaire (assortie le plus souvent d'une gestion collective obligatoire des droits à rémunération).

²⁵² La gestion des droits afférents pouvant être individuelle ou collective.

²⁵³ Si les droits afférents peuvent faire l'objet d'une gestion collective, celle-ci ne relève pas nécessairement des règles de la gestion collective obligatoire (exemple : Allemagne, Suisse).

²⁵⁴ Transformer un fichier contenant l'image d'un document en fichier texte, par un logiciel de reconnaissance de caractères (OCR, pour « Optical Character Recognition »).

(notes de bas de page nombreuses, tableaux, schémas, formules mathématiques, chimiques, notation musicales, etc.) l'opération peut prendre plusieurs jours, voire plusieurs mois. En revanche, si l'on dispose du fichier numérique source en format structuré (XML ou Word docx, par exemple), le temps de production peut être réduit dans une proportion variant, selon la complexité de l'ouvrage, dans un rapport de 1 à 20 à 1 à 100, ce qui permet de concentrer le travail sur les tâches intellectuelles d'adaptation²⁵⁵.

En tout état de cause, le travail de production des ouvrages accessibles est hautement consommateur de ressources humaines, ce qui limite le volume de production.

L'Union mondiale des aveugles évalue les ouvrages accessibles à 5% des références disponibles. La situation, variable d'un pays à un autre, est plus favorable dans les pays développés, qui sont également ceux qui ont le plus souvent instauré des exceptions en faveur des déficients visuels. Elle demeure toutefois globalement très insatisfaisante.

En France, par exemple²⁵⁶, le volume de production annuelle représente environ 3,5% des nouveautés, et le nombre des titres disponibles en format réellement accessible ne représente tout au plus que 8% des œuvres disponibles. En outre, cette proportion est encore plus faible, s'agissant des essais et des livres universitaires. Enfin, les seules publications adaptées disponibles en France sont en langue française, ce qui pénalise non seulement les étudiants, qui ont besoin d'ouvrages en langues étrangères, mais également les déficients visuels dont la langue maternelle n'est pas le français et qui séjournent ou résident en France.

Dans ce contexte de pénurie (« book famine », selon l'expression consacrée), les échanges transfrontaliers d'œuvres adaptées en formats accessibles aux déficients visuels présentent un intérêt majeur :

- pour les organismes opérant dans le cadre de la législation du pays où ils sont implantés, la mutualisation permet de concentrer les efforts sur les œuvres qui n'ont jamais été adaptées, au lieu de procéder à des adaptations redondantes²⁵⁷ ;
- pour les bénéficiaires finaux, ils permettent de développer l'offre accessible, tant du point de vue quantitatif (nombre de références) que qualitatif (accès aux œuvres en langues étrangères).

En France, de tels échanges permettraient aux déficients visuels d'accéder aux œuvres adaptées dans les autres pays francophones, tels que le Canada (dont l'offre est considérable), ainsi qu'aux œuvres en langues étrangères, tant en littérature qu'en philosophie, droit, économie, et sciences, ce qui particulièrement nécessaire pour les étudiants, dans la mesure où la liste des ouvrages inscrits au programme des examens et concours comporte presque systématiquement des publications en d'autres langues que le français.

Ces échanges transfrontaliers sont susceptibles de prendre différentes formes.

²⁵⁵ Sur les questions de formats, voir le rapport IGAC précité (2.2.1.)

²⁵⁶ Sur l'offre disponible en France voir le rapport IGAC précité (2.1.2.) et les comparaisons avec les États-Unis, la Suède et les Pays-Bas

²⁵⁷ L'Union mondiale des aveugles illustre ce point en prenant l'exemple de « Harry Potter et la Chambre des secrets » de J.K Rowling, qui a été adapté 8 fois en format Daisy audio et 5 fois en braille, par les organisations nationales de déficients visuels de huit pays anglophones.

1.3.1.2. Les modalités de diffusion transfrontalière sont très diverses

L'objet des échanges transfrontaliers étant connu - une œuvre adaptée en format (s) accessible(s) – deux facteurs sont à prendre en considération pour l'analyse d'un échange entre un pays « A » et un pays « B » : les « sujets » (qui échange ?) et les modalités (comment l'objet est-il échangé ?).

S'agissant des « sujets », l'échange peut avoir lieu :

- entre un organisme producteur d'ouvrages adaptés du pays « A » et un organisme analogue du pays « B » ;
- entre un organisme producteur d'ouvrages adaptés du pays « A » et une personne handicapée résidant dans le pays « B » ;
- entre une personne handicapée résidant dans le pays « A » et une personne handicapée résidant dans le pays « B » ;

S'agissant des modalités, l'échange peut se dérouler :

- dans le monde matériel, par la transmission d'exemplaires de l'œuvre adaptée, fixée sur un support physique (Livre imprimé en braille embossé ou en gros caractères, CD, DVD, clé USB, disque dur externe contenant des versions textes ou/et audio, à lire ou/et écouter) ;
- dans l'espace dématérialisé des réseaux numériques : envoi du fichier numérique en pièce jointe d'un courriel, ou « chargement » (uploading) du fichier sur un serveur d'accès restreint sur lequel le destinataire pourra soit le consulter (en streaming), soit le télécharger sur son ordinateur

Si l'on se limite aux échanges du pays A vers le pays B, neuf situations sont donc envisageables : trois pour les échanges matériels, et cinq pour les échanges dématérialisés :

- Pour les échanges matériels : envoi par voie postale de l'œuvre adaptée fixée sur un support physique, soit de l'organisme du pays « A » à l'organisme du pays « B », soit de l'organisme du pays « A » à une personne handicapée résidant dans le pays « B », soit d'une personne handicapée résidant dans le pays « A » à une personne handicapée résidant dans le pays « B » ;
- Pour les échanges dématérialisés par courriel : envoi du fichier numérique en pièce jointe d'un courriel, soit de l'organisme du pays « A » à l'organisme du pays « B », soit de l'organisme du pays « A » à une personne handicapée résidant dans le pays « B », soit d'une personne handicapée résidant dans le pays « A » à une personne handicapée résidant dans le pays « B » ;
- Pour les échanges dématérialisés par serveur internet : chargement du fichier, par l'organisme du pays « A »²⁵⁸, sur un serveur internet dont l'accès est soit réservé à

²⁵⁸ L'hypothèse d'une alimentation du serveur par les bénéficiaires finaux, bien que possible techniquement, ne paraît pas cohérente.

l'organisme du pays « B », soit accessible, via un code d'identification, à la personne handicapée résidant dans le pays « B »²⁵⁹.

Les actes nécessaires à ces différentes formes de diffusion sont donc variables selon les situations d'échanges.

1.3.1.3. Les actes de diffusion transfrontalière des œuvres adaptées mettent potentiellement en jeu des droits exclusifs tels que définis par les législations nationales

La Convention ne fixant aucune règle matérielle, s'agissant de la diffusion transfrontalière d'œuvres adaptées sur le fondement des exceptions nationales, la qualification juridique des différents actes d'échange soulève de délicates questions, auxquelles le droit communautaire n'apporte pas davantage de réponses, la directive 2001/29 étant muette sur ce point.

En outre, ces questions ne semblent pas avoir fait l'objet de décisions de jurisprudence, ni de la Cour de justice de l'Union européenne, ni des juridictions des États membres.

Or, les actes de diffusion transfrontalière sont susceptibles de mettre en jeu certains droits exclusifs des auteurs qui ne sont pas tous nécessairement paralysés par les exceptions au profit des personnes handicapées reconnues par la législation nationale applicable.

1.3.1.3.1. Droits exclusifs mis en jeu par la diffusion transfrontalière sous forme matérielle

Les échanges sous forme matérielle sont susceptibles de mettre en jeu le droit de distribution.

Pour autant, cette qualification juridique est loin d'aller de soi. Elle soulève au moins quatre questions.

Première question : la transmission par voie postale, par un organisme du pays A, d'un exemplaire matériel de l'œuvre adaptée en format accessible, sur le fondement de l'exception handicap du pays A, à un organisme du pays B relève-elle du droit exclusif de distribution²⁶⁰ ?

La réponse à cette première question dépend du texte de référence.

Elle est positive en droit communautaire, l'article 4 de la directive 2001/29 mentionnant « le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci ».

Elle semble en revanche négative en droit conventionnel, l'article 6 du Traité OMPI- DA mentionnant le « droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété ».

Deuxième question : la réponse à la première question est-elle transposable à la transmission par voie postale, par une personne handicapée résidant dans le A, d'un exemplaire matériel d'une œuvre adaptée en format accessible, sur le fondement de l'exception handicap du pays A, à une personne handicapée résidant dans le B ? ²⁶¹

²⁵⁹ Il ne paraît pas nécessaire, du moins à ce stade, d'introduire une division supplémentaire, entre les modalités d'accès au fichier dans le pays B, streaming ou téléchargement.

²⁶⁰ Couvert, ainsi qu'il a été dit, par le droit de reproduction en droit français.

²⁶¹ Couvert, ainsi qu'il a été dit, par le droit de reproduction en droit français.

Troisième question, encore plus délicate : si, retenant la définition communautaire du droit exclusif de distribution (« toute forme de distribution, par la vente ou autrement »), on estime qu'elle inclut les actes de transmission précités, ne doit-on pas admettre que ce droit est paralysé par l'exception, dès lors que le champ de l'exception au profit des personnes handicapées couvre le droit exclusif de distribution à la fois dans le pays A et le pays B ?

Il semble qu'il ne puisse en aller autrement que dans deux hypothèses : celle où serait reconnu, dans le pays A, un « droit exclusif d'exportation », distinct du droit de distribution et non couvert par l'exception handicap et celle où serait reconnue, dans le pays B, un droit exclusif d'importation distinct du droit de distribution et non couvert par l'exception handicap²⁶².

Enfin, quatrième question (quelle que soit la réponse à la précédente) : le droit exclusif de distribution n'est-il pas nécessairement épuisé, sur le territoire de l'Union européenne, dès lors que l'œuvre (en format « ordinaire ») a fait l'objet d'une « *première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement* », en application de l'article 4-2 de la directive 2001/29 ?

1.3.1.3.2. Droits exclusifs mis en jeu par la diffusion transfrontalière sous forme dématérialisée

Des questions analogues se posent, s'agissant des échanges transfrontaliers dématérialisés sur des réseaux numériques d'un pays A vers un pays B, qui sont susceptibles de mettre en jeu le droit exclusif de reproduction ainsi que le droit exclusif de communication au public, tel que défini par l'article 8 du Traité OMPI sur les droits d'auteur comme « *droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée* ». Cette définition a été reprise très fidèlement, ainsi qu'il a été dit plus haut, par l'article 3-1 de la directive 2001/29²⁶³.

Ainsi que l'a noté à juste titre Jane GINSBURG dans un article intitulé The (new ?) right of making available to the public²⁶⁴, la Convention de Berne et les Traités OMPI de 1996 ne définissent pas la notion de « public », et les seconds n'opèrent pas de distinction entre le « public » du droit exclusif de « communication au public » au sens large et celui de la forme particulière que constitue le droit de « mise à disposition du public ». Le sens de cette notion est donc précisé par les jurisprudences nationales, qui ne sont pas nécessairement convergentes. Il ne va pas de soi, notamment, que la mise à disposition d'une œuvre par courrier électronique adressé à une seule personne puisse être assimilée à une « mise à disposition du public ».

Cette difficulté d'interprétation se manifeste avec une acuité particulière, s'agissant des échanges transfrontaliers d'œuvres en formats accessibles.

²⁶² Sur ces deux droits d'exportation et d'importation, voir Silke Von LEWINSKI, *Travaux de l'OMPI sur les exceptions et limitations notamment en faveur des déficients visuels* (RIDA 2010, n°225, p. 52.). On observera que si certaines législations reconnaissent un droit d'importation (Voir les sections 602 et 603 du chapitre 6 du titre 17 du US Code), il n'est pas certain que ce droit soit invocable dans les situations particulières d'échanges d'œuvres adaptées

²⁶³ « Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »

²⁶⁴ Jane GINSBURG, *The (new ?) right of making available to the public* (1996)

Si, de manière générale, le « chargement » (uploading) d'un contenu sur un serveur public est reconnu, comme un acte comportant à la fois une reproduction et une mise à disposition du public²⁶⁵, qu'en est-il, s'agissant du cas particulier de la transmission d'œuvres en formats accessibles ?

Prenons l'exemple d'un organisme d'un pays A qui, après avoir converti une œuvre protégée en braille numérique, « charge » (upload) le fichier correspondant sur un serveur d'accès restreint (non accessible aux internautes lambda), mais auquel les personnes handicapées résidant dans le pays B peuvent s'abonner (si elles établissent leur déficience visuelle par un moyen approprié) et peuvent par la suite se connecter, par un code d'accès sécurisé, afin d'accéder au fichier (par streaming ou téléchargement)²⁶⁶.

Le chargement (« uploading »), constitue un acte de reproduction, et, bien que l'accès au serveur soit limité à un petit nombre de personnes, il semble toutefois probable que ce mode de diffusion puisse être qualifié de « mise à disposition du public ».

En revanche, cette qualification ne va pas de soi, si l'accès au serveur de l'organisme du pays A n'est pas ouvert aux déficients visuels résidant dans le pays B, mais est réservé à l'organisme du pays B, qui peut se connecter par un code d'accès sécurisé, afin de télécharger le fichier de l'œuvre.

Qu'en est-il dans la seconde hypothèse d'échange dématérialisé, où le fichier numérique est transféré du pays A au pays B sous forme de pièce attachée à un courriel ?

La qualification de « communication au public » est loin d'être évidente, en particulier si le courriel auquel le fichier est attaché est adressé à une personne handicapée résidant dans le pays « B », par un organisme du pays « A » ou par une personne handicapée résidant dans ce même pays « A ».

On notera à cet égard que dans l'article précité, Jane GINSBURG, commentant l'apport spécifique du Traité OMPI par rapport à la Convention de Berne à partir d'un scénario fictif concernant la diffusion en chaîne d'un volume de la série *Harry Potter*, de sa mise en ligne sur serveur pirate, jusqu'à sa communication par courriels entre amis, conclut ainsi, s'agissant de cette dernière étape : « *Si de nombreuses personnes peuvent finalement recevoir les fichiers de Harry Potter, chaque communication est personnelle, point-à-point et seriatim. Malgré*

²⁶⁵ Voir, pour une analyse des droits de reproduction et de mise à disposition du public, du point de vue de la loi suisse sur le droit d'auteur, Vincent SALVADÉ, *Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ? Aspects juridiques concernant le « cloud computing »* (Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, 2012, p.161 s.)

²⁶⁶ La partie « aval » de cette opération (modalités de diffusion aux personnes handicapées du contenu de ce fichiers, soit matérielles, soit dématérialisées) relève de la diffusion au sein du pays B : elle n'entre donc pas dans le champ de la « diffusion transfrontalière ». Pour mémoire, on précisera que l'organisme du pays B peut « diffuser » le fichier aux personnes handicapées éligibles dans ce pays B (nationaux ou résidents voire y séjournant comme étudiants ou touristes), selon la ou les modalités autorisées par la législation nationale. En cas de diffusion matérielle (« distribution ») : l'organisme confectionne des copies sur des supports matériels tels que CD, clés USB (acte de « reproduction »), qu'il envoie par la poste aux personnes handicapées éligibles dans le format accessible de leur choix. Soit ces personnes doivent renvoyer le support (acte de prêt), soit elles peuvent le conserver (acte qualifié de distribution dans certaines législations). En cas de diffusion dématérialisée (« communication au public »), l'organisme permet aux personnes handicapées éligibles de télécharger le fichier de l'œuvre adaptée, toujours dans le format accessible de leur choix (ce qui peut relever de la « mise à disposition »).

l'absence d'une définition conventionnelle de «public», il est peu probable qu'un État membre puisse trouver dans la Convention de Berne ou les traités de l'OMPI, un fondement pour étendre à ces transmissions individualisées les droits de communication au public »²⁶⁷.

Les États parties aux Traités étant libres, en l'absence de dispositions conventionnelles contraignantes, d'instaurer une protection supérieure au « minimum conventionnel », un État « A » peut bien entendu introduire dans sa législation une disposition étendant le droit exclusif de communication à de tels échanges. Toutefois, aucun exemple n'en a été trouvé dans les quinze législations étudiées dans le cadre du présent rapport.

En outre, si l'acte d'échange relève du droit de mise à disposition, du point de vue du pays « A », il semble en revanche relever, du point de vue du pays « B », du droit de reproduction, lequel, contrairement au droit de mise à disposition, est couvert par toutes les législations nationales admettant une exception au bénéfice des personnes handicapées.

*

En tout état de cause, la qualification juridique des échanges transfrontaliers serait soumise à l'appréciation des juridictions nationales qui en seraient compétemment saisies, et il paraît peu probable qu'elle fasse l'objet d'une interprétation unanime. En outre, dans l'hypothèse d'un contentieux, le juge devrait déterminer en premier lieu quelle est la loi nationale applicable.

1.3.2. La loi applicable à la diffusion transfrontalière des œuvres en formats accessibles en vertu de l'article 5-2 de la Convention de Berne

En l'absence, dans les traités internationaux, de règles substantielles en la matière, la diffusion transfrontalière des œuvres en formats accessibles soulève la question de la loi applicable : la diffusion dans un pays « B », d'une œuvre adaptée en format accessible dans un pays « A » est-elle soumise à la loi du pays A ou à celle du pays B ?

1.3.2.1. Position du problème

La question de la loi applicable, une des trois questions du droit international privé, qui trouve sa réponse dans les règles de résolution de conflits de lois, n'est ni nouvelle, ni originale.

Selon la formule d'André Lucas²⁶⁸ : « *C'est le grand mérite d'Internet, après les satellites, d'obliger à redécouvrir les aspects internationaux du droit d'auteur, trop longtemps occultés, en dépassant le territorialisme frileux hérité de la tradition régaliennne des privilèges. Mais il ne faut pas perdre de vue que les réseaux numériques reposent, pour l'essentiel, des questions anciennes pas ou mal résolues, en sorte qu'il ne faut pas céder trop vite à la tentation de croire qu'ils obligent à repenser totalement le système.* »

²⁶⁷ (tdr) Texte original: "While many individuals may ultimately receive the Harry Potter files, each communication is personal, point-to-point and seriatim. Despite the absence of a treaty definition of "public," it is unlikely that any Member State would find support in either the Berne Convention or the WIPO Treaties for extension of the making available or communication rights to these individualized transmissions".

²⁶⁸ André LUCAS, *La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique* (e.bulletin du droit d'auteur, octobre-décembre 2005, n°32)

La question de la loi applicable et ses conséquences sur l'invocabilité d'une exception aux droits exclusifs n'est pas non plus inédite.

Elle a été posée, s'agissant de l'éventuelle application l'exception de fair use prévue par la législation américaine et a fait l'objet de plusieurs décisions de jurisprudence, dans plusieurs affaires relatives à Google, notamment en France et en Belgique, ainsi qu'on l'a vu plus haut²⁶⁹. Elle se pose toutefois ici sous l'angle de l'exception handicap aux droits exclusifs, une des exceptions au droit d'auteur qui été peu commentée en doctrine et n'a pas, à la connaissance de la rapporteure, fait l'objet de décisions de jurisprudence.

Si une juridiction nationale était saisie d'un litige en ce domaine, elle devrait, après avoir établi sa compétence²⁷⁰, déterminer, par application des règles de l'article 5(2) précité, quelle est la loi applicable en l'espèce, celle du pays A ou celle du pays B²⁷¹, puis, déterminer, par interprétation de la loi compétente, si les actes de diffusion transfrontalière ont ou non porté atteinte aux droits exclusifs de reproduction, de distribution et de communication au public, tels que définis, négativement, par le périmètre de l'exception handicap admise (ou non) par cette loi. En fonction de l'interprétation retenue par la juridiction compétemment saisie, le juge désignera un des deux lois nationales potentiellement applicables, dont le contenu matériel peut être contradictoire. Bien que l'œuvre ait été légalement adaptée, dans le pays « A », sur le fondement d'une exception au droit d'auteur, il est possible que sa diffusion, dans le pays B, soit constitutive d'une contrefaçon, si la législation du pays B n'admet pas une telle exception, ou si elle l'admet dans des conditions plus restrictives que le pays A.

La question de la loi applicable se pose en outre hors de tout contentieux (comme pour d'autres sujets), en particulier pour tout organisme produisant des publications adaptées en format accessible sur le fondement de l'exception handicap prévue par la législation du pays où il intervient, et qui souhaite les « exporter » dans un autre pays dont la législation n'est pas nécessairement identique (ou/et « importer » de telles adaptations à partir d'un autre pays).

Eu égard à l'application distributive de l'ensemble des lois de protection, les organismes qui procèdent à des adaptations d'œuvres protégées, sur le fondement des dispositifs nationaux, devraient donc en principe connaître la loi applicable à chacune des situations de diffusion transfrontalière, et anticiper l'interprétation que pourrait en donner le juge compétent.

Or, contrairement aux grandes sociétés commerciales, les organismes à but non lucratif dédiés aux personnes handicapées ne disposent pas des moyens humains et financiers pour se doter de telles compétences juridiques, en interne ou en externe.

²⁶⁹ Voir décisions citées supra (point 1.2.).

²⁷⁰ Pour les États membres de l'Union européenne, ces règles sont fixées par le règlement dit « Bruxelles I », le Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*. En revanche, pour les autres États, les règles de compétence juridictionnelle sont fixées par chaque législation nationale, les conventions internationales relatives aux droits de propriété intellectuelle ne contenant pas de règles en la matière. Voir infra, pour une illustration (1.3.3.2.2.).

²⁷¹ En France, le juge n'est tenu de soulever d'office cette question qu'en matière de droits indisponibles ; en matière de droits disponibles (notamment de droits de propriété intellectuelle), où il s'agit d'une simple faculté, le juge n'est tenu de l'examiner que si elle est soulevée par les parties (1ère chambre civile de la Cour de cassation, 26 mai 1999, Mutuelles du Mans et Belaïd).

1.3.2.2. En vertu de l'article 5(2) de la Convention de Berne, la loi applicable à la diffusion dans un pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A, est la loi du pays B

La loi applicable à la diffusion transfrontalière des œuvres adaptées en format accessible ne peut être déterminée sur le fondement des règles conflits de lois du droit international privé national dit « commun » (bien qu'il soit tout sauf commun), mais par application des règles conventionnelles de résolutions de conflits de loi.

La règle générale de résolution de conflit de lois de l'article 5-2 de la Convention de Berne, désignant la législation du pays où la protection est demandée est pertinente, dans la mesure où, par construction, il s'agit de situations où la protection serait demandée hors du pays d'origine de l'œuvre adaptée.

La loi du pays où la protection est demandée pouvant être définie, ainsi qu'il a été dit, comme « la loi du pays pour le territoire duquel sont revendiqués l'existence et l'effet (notamment l'effet de protection) d'un droit subjectif de propriété intellectuelle », la « protection » ne se réduit pas au sens négatif (sanction de l'atteinte portée aux droits de l'auteur sur l'œuvre), mais couvre également la protection positive de l'exploitation licite de cette œuvre²⁷², notamment dans le cadre des exceptions aux droits exclusifs prévues par la loi compétente.

On notera d'ailleurs avec intérêt que le groupe CLIP de l'institut Max Planck retient expressément, au titre III des Principes précités consacré à la loi applicable, que la *lex loci protectionis* est également applicable aux exceptions aux droits exclusifs. La section 7 du titre III, consacrée aux limitations et exceptions, est en effet composée d'un article unique 3-701, lequel dispose en son alinéa premier que « *Les limitations et exceptions sont régies par la loi de l'État pour lequel la protection est recherchée* »²⁷³.

Quelques exemples de mise en œuvre de cette règle peuvent mettre en lumière ses conséquences pratiques, s'agissant en particulier des échanges entre la France et d'autres pays, le raisonnement étant bien entendu transposable aux échanges entre deux pays autres que la France.

1.3.2.2.1. La loi applicable à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée dans n'importe quel autre pays est la loi française.

La loi applicable à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée dans n'importe quel autre pays (sur le fondement de la législation de ce pays) est la loi française.

S'agissant des pays francophones, par exemple, sont applicables à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée en Belgique, au Luxembourg, en Suisse ou au Canada, les dispositions des

²⁷² Nicolas BOUCHE, ouvrage précité, notamment n° 704 et 893. Il s'agit de la seconde acception donnée par l'auteur à l'expression de « principe de territorialité », la première étant le « principe de territorialité de limitation », selon lequel « un droit subjectif n'a d'existence et d'effet géographique que sur le territoire couvert par l'ordre juridique qui l'a créé » (voir l'introduction, spec. n° 9).

²⁷³(*tdr*) *Limitations and exceptions are governed by the law of the State for which protection is sought.* L'alinéa 2 prévoit que cette même loi gouverne également la renonciation (*waivability*) aux exceptions (*"The waivability of limitations of, and exceptions to, an intellectual property right shall be determined by the law of the State for which protection is sought"*)

articles L.122-5 (7°)²⁷⁴, R.122-13 à R.122-21 et D.122-22²⁷⁵ du code de la propriété intellectuelle

Il en résulte, en l'état du droit que la diffusion en France de cette œuvre ne pourrait être assurée que par les organismes agréés par arrêté conjoint du ministre chargé de la culture et du ministre chargé des personnes handicapées, lesquels ne pourraient en proposer la consultation qu'aux personnes handicapées satisfaisant les critères d'éligibilité fixés la loi et précisés par voie réglementaire, à savoir aux personnes dont le taux d'incapacité au moins égal à 80% est reconnu par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées et aux personnes reconnues comme empêchées de lire après correction par un certificat médical délivré par un médecin ophtalmologiste.

1.3.2.2.2. La loi applicable à la diffusion, dans un autre pays que la France, d'une œuvre adaptée en France est la loi de ce pays

En vertu de cette même règle bilatérale, la loi applicable à la diffusion, dans un autre pays que la France, d'une œuvre adaptée en France est la loi de ce pays²⁷⁶. La situation est plus complexe, du fait de l'application distributive des lois ces différents pays.

* Ainsi, la loi applicable à la diffusion, en Belgique, d'une œuvre publiée en France, et adaptée en France en format accessible (sur le fondement de l'exception handicap prévue par la loi française ») est la loi belge, à savoir l'article 22, §1 (11°) de la loi du 30 juin relative au droit d'auteur et au droits voisins.

L'exception belge couvrant la reproduction et la communication au public par un procédé quelconque (dont la distribution d'exemplaires matériels), cette œuvre peut être licitement diffusée en Belgique²⁷⁷, par tout organisme belge, à toute personne handicapée reconnue comme empêchée de lire. La loi belge n'imposant pas un mode de preuve particulier, les bénéficiaires produisent, en pratique, un certificat médical.

* De même, la loi applicable à la diffusion, au Luxembourg, d'une œuvre adaptée en France, est la loi luxembourgeoise, à savoir l'article 10 (14°) de la loi du 18 avril 2001 sur le droit d'auteur, les droits voisins et les bases de données.

L'œuvre adaptée en France peut être diffusée au Luxembourg aux personnes « affectées d'un handicap visuel »²⁷⁸, la loi ne fixant pas non plus de modalités précises de reconnaissance du handicap.

²⁷⁴ Texte reproduit en annexe V.

²⁷⁵ Texte reproduit en annexe VI.

²⁷⁶ Le raisonnement est bien entendu transposable aux échanges entre deux pays autres que la France (la loi applicable à la diffusion, en Belgique, d'une œuvre adaptée en Suisse, est la loi belge etc.).

²⁷⁷ À supposer que la loi belge reconnaisse aux auteurs des œuvres publiées en Belgique, un droit exclusif d'importation des exemplaires de ces œuvres, ce qui ne semble pas le cas, ce droit ne serait pas applicable aux œuvres publiées en France. En tout état de cause, ce problème, propre à la distribution sous forme matérielle, ne se pose pas pour la mise à disposition.

²⁷⁸ En revanche, la loi luxembourgeoise étant muette sur les modalités de diffusion, il n'est pas certain que la mise à disposition soit autorisée. Les personnes souffrant d'un « handicap auditif » bénéficient de l'exception, pour d'autres œuvres que celles de l'écrit.

* De manière analogue, la loi applicable à la diffusion, en Suisse, d'une œuvre adaptée en France (sur le fondement de l'exception handicap prévue par la loi française ») est la loi suisse, à savoir l'article 24c de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, ce qui emporte deux conséquences :

- l'œuvre adaptée en France peut être diffusée en Suisse par tout organisme suisse, non seulement à des aveugles et déficients visuels profonds (comme en France), mais également à toute personne reconnue comme empêchée de lire, quelle qu'en soit la raison (notamment aux dyslexiques)²⁷⁹, sous forme matérielle ou par mise à disposition sur un réseau numérique,
- l'exception suisse au bénéfice des personnes handicapées étant compensée, la diffusion en Suisse d'une œuvre adaptée en France ouvre droit à rémunération²⁸⁰, pour les titulaires des droits sur cette œuvre en France ; cette rémunération ne peut être perçue que par une société de gestion collective de droit Suisse ayant son siège en Suisse, son montant²⁸¹ et les modalités de répartition entre les ayants-droit sont fixés en conformité avec les dispositions spécifiques de la loi sur les sociétés de gestion collective²⁸².

* La loi applicable à la diffusion, au Canada, d'une œuvre adaptée en France, est la loi canadienne, à savoir l'article 32 du Règlement codifié C/42, ce qui emporte deux conséquences :

- l'œuvre adaptée en France peut être diffusée au Canada par tout organisme à but non lucratif, à toute personne souffrant d'une « déficience perceptuelle qui empêche la lecture (...) d'une œuvre littéraire (...) »²⁸³ sur le support original ou la rend difficile », selon les critères larges fixés par l'article 2 du Règlement, qui couvrent notamment, outre les déficients visuels, les handicaps cognitifs²⁸⁴;
- toutefois, elle ne peut être diffusée au Canada s'il s'agit d'une adaptation en gros caractères ou si l'œuvre est disponible sur le marché canadien dans un format accessible, ces deux cas étant exclus du champ de l'exception²⁸⁵ (paragraphe 1^{er} de l'article 32), par référence aux définitions de l'article premier²⁸⁶ ; dans ces hypothèses, la diffusion serait

²⁷⁹ Par application de la définition du handicap fixée par l'article 2 de la loi fédérale sur l'élimination des inégalités.

²⁸⁰ Au-delà de trois exemplaires.

²⁸¹ Les tarifs de ProLitteris sont de 1,20 CHF par exemplaire pour les exemplaires à diffusion multiple successive (prêt de versions sonores et de livres imprimés), de 0,0045 CHF pour les utilisations uniques de versions sonores, et 0,03 CHF pour celles de versions braille numérique.

²⁸² Articles 40 à 60 de la loi LDA dont : 42 (siège en Suisse), 46 (tarifs), 48 (répartition) et 52-60 (surveillance).

²⁸³ Les personnes souffrant de déficience auditive bénéficient de l'exception, pour l'écoute d'autres œuvres que celles de l'écrit (dramatiques et musicales).

²⁸⁴ « En raison notamment a) de la privation en tout ou en grande partie du sens de l'ouïe ou de la vue ou de l'incapacité d'orienter le regard ; b) de l'incapacité de tenir ou de manipuler un livre ; c) d'une insuffisance relative à la compréhension »

²⁸⁵ (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre la production d'un livre imprimé en gros caractères. / (3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si l'œuvre ou l'enregistrement sonore de l'œuvre est accessible sur le marché sur un tel support, selon l'alinéa a) de la définition « accessible sur le marché ».

²⁸⁶ Article 1^{er} : « accessible sur le marché » : S'entend, en ce qui concerne une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur : /a) qu'il est possible de se procurer, au Canada, à un prix et dans un délai raisonnables, et de trouver moyennant des efforts raisonnables; /b) pour lequel il est possible d'obtenir, à un prix et dans un délai

constitutive d'une violation du droit d'auteur justifiable de sanctions civiles (article 34), mais non de sanctions pénales (article 42), du fait de son caractère non commercial.

1.3.2.3. L'article 5(2) n'étant pas interprété unanimement comme donnant compétence à la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée, une incertitude demeure

Les Principes de « droit souple » du CLIP de l'Institut Max Planck n'ayant pas valeur de règle impérative, il n'y a aucune raison que la mise en œuvre de l'article 5-2 dans le cas des exceptions (par les autorités, administratives ou/et les juridictions) soit épargnée par les divergences d'interprétation sur le sens et la portée de la règle de l'article 5(2) de la convention de Berne, telles qu'exposées plus haut (point 1.2).

En outre, si le Règlement Rome II a un caractère universel, en vertu de son article 3 (« La loi désignée par le présent règlement s'applique, même si cette loi n'est pas celle d'un État membre), il ne s'impose qu'aux pays membres de l'Union européenne (à l'exception, au demeurant, du Danemark, en application de l'article 1er, paragraphe 4).

Il convient donc d'envisager les deux autres principales hypothèses.

1.3.2.3.1. Hypothèse de l'interprétation de l'article 5(2) comme donnant compétence à la lex fori

Cette hypothèse est fictive, s'agissant des pays comme la Belgique, la Suisse, l'Allemagne et la Suisse, qui admettent, dans leur législation nationale de droit international privé, la compétence de la lex loci protectionis, ainsi que des autres pays membres de l'Union européenne qui, bien que ne disposant pas d'une telle codification, semblent avoir abandonné, en jurisprudence, toute référence à la lex fori, en particulier du fait du Règlement Rome II.

Toutefois, elle n'est pas théorique, la jurisprudence de certains pays autres qu'européens pouvant lui reconnaître à la lex fori un rôle au-delà des questions de procédure.

Si la compétence de la lex fori était retenue, la loi applicable à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée en format accessible (aux États-Unis) serait :

- soit la loi française, si le juge français était saisi : le résultat serait dans ce cas identique à celui résultant de la lex loci protectionis (la diffusion en France de l'œuvre adaptée ne pourrait être assurée que par les organismes agréés par arrêté interministériel, au profit des bénéficiaires définis par le CPI, voir 1.3.2.2.1.) ;
- soit la loi américaine, si une juridiction des États-Unis était saisie et s'estimait compétente : dans ce cas, la diffusion pourrait être jugée licite, soit sur le fondement de l'exception handicap, la section 121 du code du copyright, soit sur le fondement de l'exception du fair use prévu par la section 106.

De manière analogue, la loi applicable à la diffusion, au Canada, d'une œuvre adaptée aux États-Unis (sur le fondement de l'exception handicap américaine) serait :

- soit la loi canadienne, si le juge canadien était saisi ; dans ce cas, la diffusion d'une œuvre en gros caractères serait jugée contrefaisante, l'exception canadienne excluant

raisonnables et moyennant des efforts raisonnables, une licence octroyée par une société de gestion pour la reproduction, l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, selon le cas. »

les adaptations en gros caractères (résultat identique à celui résultant de la loi du pays de protection, application de sanctions civiles et non pénales, voir 1.3.2.2.2) ;

- soit la loi américaine, si une juridiction des États-Unis était saisie et s'estimait compétente ; dans ce cas, la diffusion pourrait être jugée licite, soit sur le fondement de l'exception handicap, la section 121 autorisant les adaptations en gros caractères, soit sur le fondement de l'exception du fair use prévu par la section 106 (résultat contraire à celui résultant de la loi du pays de protection).

13.2.3.2. Hypothèse de l'interprétation de l'article 5(2) comme donnant compétence à la *lex loci delicti*

Cette hypothèse de la *lex loci delicti* et de la théorie des délits complexes n'est pas purement théorique, s'agissant de la diffusion transfrontalière entre la France et d'autres pays.

Il convient en outre de prendre en compte l'interférence entre les règles de compétence législative et les règles de compétence juridictionnelle. Pour les États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark), ces règles, fixées par le Règlement précité du Conseil du 22 décembre 2000 (Bruxelles I »), opèrent une distinction selon que le défendeur est ou non domicilié sur le territoire d'un des États membres.

Dans l'hypothèse où le défendeur est domicilié sur le territoire d'un des États membres, les règles de compétence sont fixées par les articles 5 et 6 du règlement²⁸⁷

L'article 5 dispose que : « *Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre : (...)*

3) en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire;

4) s'il s'agit d'une action en réparation de dommage ou d'une action en restitution fondées sur une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique, dans la mesure où, selon sa loi, ce tribunal peut connaître de l'action civile ».

Il en résulte que si une juridiction française était saisie de la diffusion, en Belgique, d'une œuvre adaptée en France, et que le défendeur soit domicilié dans un des États membres, les règles de compétences définies à l'article 5 seraient applicables²⁸⁸.

La juridiction française ne serait donc pas compétente sur le fondement de l'article 5.3), le fait dommageable s'étant produit en Belgique²⁸⁹.

²⁸⁷ Les règles des articles 5 et 6 sont reprises à l'identique aux articles 7 et 8 du nouveau *Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, qui entrera en vigueur pour l'essentiel le 10 janvier 2015, à l'exception des articles 75 et 76, qui sont applicables à partir du 10 janvier 2014.

²⁸⁸ L'article 6 du règlement prévoit toutefois que « *Cette même personne peut aussi être atraite: /1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément (...)* ».

²⁸⁹ Dans un arrêt rendu le 3 octobre 2013 dans l'affaire C-170/12, *Peter Pinckney contre KDG Mediatech AG*, sur une demande de décision préjudicielle introduite par la Cour de cassation française, la CJUE s'est prononcée sur l'article 5 (3) excluant que le « lieu où le fait dommageable s'est produit » puisse être interprété comme lieu du fait générateur. La Cour juge, en l'espèce, que la juridiction française est compétente mais ne peut connaître que du seul dommage causé sur le territoire français. L'interprétation de la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit » est opposée à celle retenue par la CJCE dans l'arrêt *Mine de Potasse d'Alsace* du 30 novembre 1976

Sa compétence ne pourrait pas être retenue sur le fondement de l'article 5.4), en raison de la solidarité de la compétence législative et juridictionnelle en matière pénale²⁹⁰.

Dans l'hypothèse où le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un des États membres, l'article 4 du règlement prévoit que « la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23 ».

Si une juridiction française était saisie de la diffusion, au Canada, d'une œuvre adaptée en braille imprimé (en France), et que le défendeur soit domicilié au Canada, les règles de compétence juridictionnelles françaises seraient donc applicables. Or, l'article 46 du code de procédure civile prévoit que « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : / en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi (...).* ». Il n'est donc pas exclu que le juge français, compétent, détermine la loi applicable selon la théorie des délits complexes, et choisisse, en fonction de l'analyse du « faisceau d'indices », entre le pays du fait générateur et le pays de réalisation du dommage, celui entretenant les liens les plus étroits avec le litige. Le juge pourrait ainsi estimer qu'est applicable :

- soit la loi canadienne, qui autorise notamment la production et la distribution d'œuvres adaptées en braille imprimé, tant par les personnes physiques bénéficiaires que par les organismes sans but lucratif, sans condition d'agrément (résultat identique à celui de l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée) ;
- soit la loi française, qui autorise la production et la distribution des œuvres adaptées, mais seulement par des organismes agréés en France, au profit de leurs seuls usagers (résultat opposé à celui de l'application de la loi du pays de protection).

*

De ces quelques exemples, qu'on pourrait multiplier à l'infini, au vu de la diversité des législations nationales, on peut retenir deux conclusions :

- la règle de conflit désignant la *lex loci protectionis* paraît la meilleure, en ce qu'elle apporte une solution univoque et prévisible (critère essentiel pour les règles de conflit)
- cette règle n'étant pas universellement admise, la loi applicable ne peut être déterminée avec certitude a priori, ce qui crée une situation d'insécurité juridique, en particulier en termes de qualification possible de contrefaçon, la nature de la sanction (seulement civile ou également pénale, pour les usages non commerciaux) variant selon les législations.

(C-21/76 - Handelskewerij G. J. Bier BV contre Mines de potasse d'Alsace SA). Dans cet arrêt, rendu sous l'empire de l'article 5-3 de Convention du 27 septembre 1968, la Cour avait jugé que « *dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d'entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l'expression « lieu ou le fait dommageable s'est produit » dans l'article 5-3 de la Convention du 27 septembre 1968 (...), doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attiré au choix du demandeur, devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage* ».

²⁹⁰ Sur l'incidence de la territorialité de la protection sur la compétence des tribunaux répressifs, voir PASSA, Propriété intellectuelle et droit pénal international : incompétence de la loi et du juge français à l'égard d'actes accomplis à l'étranger. (JCP E 2007, 2504).

1.3.3. La limitation des échanges transfrontaliers, effet de l'insécurité juridique

L'impossibilité de déterminer a priori, avec certitude, la loi applicable, dont dépendent la qualification des actes de diffusion transfrontalière et le risque de contrefaçon en découlant, conduit à une situation d'insécurité juridique qui est la cause principale du très faible développement des échanges internationaux, tant sur le plan quantitatif que qualitatif.

Cette insécurité dissuade les États de prévoir et organiser de tels échanges, au sein de leur législation (alors que dans le cadre de l'OMPI, les propositions des États-Unis et de l'Union européenne entendaient les y encourager), et complexifie ceux qui sont organisés dans le cadre des expérimentations au niveau de l'OMPI et de l'Union européenne.

1.3.3.1. Le degré d'insécurité juridique est fonction de l'écart entre les législations

Le degré d'incertitude juridique varie en fonction de l'écart entre les législations respectives des deux pays.

1.3.3.1.1. Les échanges entre pays dont la législation est identique ou très proche

Les échanges entre deux pays dont l'exception handicap est identique sur les quatre principaux critères ne sont pas exposés à un véritable risque juridique, ce qui est le cas dans trois hypothèses :

- L'exception couvre les mêmes usages, elle n'est pas compensée, les organismes ne sont pas soumis à une procédure d'agrément et le champ des bénéficiaires est défini à l'identique

(Exemples : Belgique, Espagne, Portugal)

- L'exception couvre les mêmes usages, elle est compensée, les organismes ne sont pas soumis à une procédure d'agrément et le champ des bénéficiaires est défini à l'identique

(Exemples : Allemagne, Autriche, Suisse)

- L'exception couvre les mêmes usages, elle n'est pas compensée, les actes sont réservés à certaines catégories d'organismes et le champ des bénéficiaires est défini à l'identique

(Exemples : USA, Australie, Nouvelle Zélande)

Les échanges entre deux pays dont l'exception handicap est identique sur les trois des quatre principaux critères, mais varie sur le 4^{ème}, peuvent éviter le risque par des mécanismes d'ajustement :

- Hypothèse 1 : L'exception couvre les mêmes usages, elle n'est pas compensée, les organismes ne sont pas soumis à une procédure d'agrément mais le champ des bénéficiaires est plus réduit dans le pays B que dans le pays A ; par exemple, il couvre les dyslexiques dans le pays A mais pas dans le pays B (*ex : Portugal/Luxembourg*)).

Dans cette hypothèse l'œuvre adaptée dans le pays A ne peut être diffusée aux dyslexiques dans le pays B.

- L'exception couvre les mêmes usages, les organismes ne sont pas soumis à une procédure d'agrément, le champ des bénéficiaires est identique, mais l'exception n'est pas compensée dans le pays A alors qu'elle l'est dans le pays B (*ex. Espagne/Suisse*)

Dans cette hypothèse, la diffusion dans le pays B de l'œuvre adaptée dans le pays A ouvre droit à compensation équitable, selon les règles du pays B, ce qui ne pose pas de difficulté majeure.

1.3.3.1.2. Les échanges entre pays dont la législation est très différente

Les échanges entre deux pays dont l'exception handicap est différente sur les trois ou quatre critères principaux sont exposés à un risque juridique sensible, surtout si le pays « importateur » B est doté d'une législation est plus restrictive que celle du pays A. C'est notamment le cas dans les hypothèses suivantes :

- L'exception couvre les mêmes usages et elle n'est pas compensée, mais le champ des bénéficiaires est plus restreint dans le pays B que dans le pays A, et les organismes y sont soumis à une procédure d'agrément ;
- L'exception couvre les mêmes usages et le champ des bénéficiaires est identique, mais dans le pays B, l'exception est compensée et les organismes sont soumis à une procédure d'agrément.

1.3.3.1.3. La diffusion dans un pays B ne prévoyant pas d'exception aux droits exclusifs.

Si l'on retient, selon l'orientation dominante (retenue dans le présent rapport) l'applicabilité du pays de protection, la loi applicable à la diffusion d'une œuvre (adaptée dans un pays A) dans un pays B qui ne prévoit pas d'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées, est la loi du pays B. La mise à disposition dans le pays B est donc constitutive de contrefaçon, sauf à être autorisée par les ayants-droit. La distribution l'est aussi, sauf dans le cas où le droit exclusif de distribution est épuisé.

On notera que l'application de la loi du pays du fait générateur (à savoir celle du pays admettant l'exception) conduirait à la conclusion inverse.

1.3.3.2. La diffusion transfrontalière, embryonnaire, est cantonnée dans les limites de communautés linguistiques ou/et juridiques.

L'absence de cadre juridique clair et prévisible, sans interdire toute forme de diffusion transfrontalière, a manifestement dissuadé les États de l'organiser au sein de leur législation. Le Canada, qui a introduit dans son code de la propriété intellectuelle une disposition spécifique sur l'exportation, fait figure d'exception. Ailleurs, les échanges fonctionnent sans textes réglementaires, soit sur la base de contrats de licence, soit d'accords entre sociétés de gestion collective.

En tout état de cause, l'insécurité juridique a eu pour effet de cantonner les échanges dans les limites de communautés linguistiques ou/et de tradition juridique commune.

1.3.3.2.1. Les pratiques de diffusion transfrontalière entre pays anglophones

Certains pays anglophones - les États-Unis, l'Australie, la Nouvelle Zélande²⁹¹ et le Canada - admettent d'ores et déjà certaines formes de diffusion transfrontalières, entre institutions et bibliothèques pour aveugles, le cas échéant à destination des personnes physiques bénéficiaires.

²⁹¹ Article 69 du Copyright Act N°143 du 15 décembre 1994 (article modifié en 2008) ; disponible sur le site du gouvernement (<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM346211.html>)

Ainsi qu'il a été dit plus haut (1.1.3.), la législation de ces pays est identique sur les principaux critères (en particulier sur la définition large des bénéficiaires), à quelques nuances près. Dans la mesure où elle est muette sur la diffusion transfrontalière, les institutions semblent l'interpréter de manière plus ou moins souple.

Ainsi, aux États-Unis, le règlement intérieur du NLS (National Library Service for the Blind and Physically Handicapped) rattaché à la bibliothèque du Congrès prévoit-il que pour bénéficier du service de prêt, les lecteurs handicapés éligibles²⁹² doivent être résidents des États-Unis, ou citoyens américains domiciliés à l'étranger²⁹³. On pourrait déceler dans cette règle, un effet extraterritorial de l'article 121 du titre 17 du US Code, par application de la loi du pays d'origine²⁹⁴.

Si le règlement du NLS est très strict, il ne paraît pas totalement exclu que les autres « entités autorisées » qui s'en inspirent pour diffuser des ouvrages adaptés en dehors du territoire des États-Unis aux personnes physiques puissent en faire une lecture plus « souple » permettant, en pratique, de ne pas limiter la diffusion aux seuls citoyens américains, mais également aux bénéficiaires anglophones des autres pays, le cas échéant sur le fondement des pratiques traditionnelles de prêt entre bibliothèques.

1.3.3.2.2. Les régimes de licences volontaires au Royaume Uni

Le Royaume-Uni s'est engagé dans une voie alternative, reposant sur un régime de licences volontaires. Ainsi qu'il a été dit (1.1.4.3.3.), le Copyright, Designs and Patents Act instaure, en complément du régime légal de droit commun de l'exception handicap prévu par l'article 31 (A à C), un régime subsidiaire contractuel.

L'article 31D, relatif aux « licensing schemes, dont la rédaction est assez complexe (en ce qu'elle introduit des exceptions aux exceptions en cascade), permet, si certaines conditions sont remplies, d'écarter le régime légal de l'exception handicap au profit d'un dispositif contractuel qui ne peut être plus défavorable que le régime légal²⁹⁵.

²⁹² Le NLS propose également ses services aux autres organismes autorisés, dont les bibliothèques.

²⁹³ Voir la page du site du NLS (<http://www.loc.gov/nls/eligible.html>) : « *Eligible readers must be residents of the United States, including the several states, territories, insular possessions, and the District of Columbia; or, American citizens domiciled abroad* ». Voir également les pages relatives au mode d'emploi et au formulaire d'inscription (<http://www.loc.gov/nls/overseas/index.html>).

²⁹⁴ Ou de la théorie de la « root copy ». Effet extraterritorial toutefois partiel, puisque limité aux citoyens américains.

²⁹⁵ “(1) Section 31B does not apply to the making of an accessible copy in a particular form if—

(a) a licensing scheme operated by a licensing body is in force under which licences may be granted by the licensing body permitting the making and supply of copies of the copyright work in that form;

(b) the scheme is not unreasonably restrictive; and

(c) the scheme and any modification made to it have been notified to the Secretary of State by the licensing body.

(2) A scheme is unreasonably restrictive if it includes a term or condition which—

(a) purports to prevent or limit the steps that may be taken under section 31B or 31C; or (b) has that effect.

(3) But subsection (2) does not apply if—

(a) the copyright work is no longer published by or with the authority of the copyright owner; and

(b) there are reasonable grounds for preventing or restricting the making of accessible copies of the work.

(4) If section 31B or 31C is displaced by a licensing scheme, sections 119 to 122 apply in relation to the scheme as if it were one to which those sections applied as a result of section 117.”

Ce régime de licence, dont l'application peut donner lieu à paiement d'une redevance (contrairement au régime légal, non compensé), est soumis aux dispositions relatives aux sociétés de gestion collective (« licencing societies »)²⁹⁶.

En pratique, les licences sont gérées par l'agence LCA (Licencing Copyright Agency), qui intervient comme « agent » des sociétés de gestion collective.

Si on en juge d'après la licence-type²⁹⁷, ces licences présentent plusieurs avantages : d'une part, elles simplifient les démarches des organismes approuvés, et allègent leurs obligations (un seul rapport d'activité annuel) ; d'une part, le champ des bénéficiaires finaux, défini par référence à la loi sur la discrimination du handicap²⁹⁸, est plus large que le champ légal et permet la diffusion d'ouvrages adaptés aux dyslexiques ;

Leur intérêt majeur est toutefois de donner accès à un « répertoire international »²⁹⁹, dans certaines limites précisément fixées³⁰⁰.

Le titulaire d'une licence peut ainsi : a) produire des copies, en formats accessibles, les œuvres du répertoire britannique, et les distribuer aux bénéficiaires résidant au Royaume-Uni ou sur le territoire de l'Union Européenne ; b) diffuser aux seuls bénéficiaires résidant au Royaume-Uni, les œuvres du répertoire international. En revanche, le licencié ne peut ni distribuer en dehors du Royaume-Uni les œuvres du répertoire international, ni distribuer en dehors de l'Union Européenne les œuvres du répertoire britannique.

On notera, enfin que la licence-type stipule en son article 9.4., que la licence est soumise à la loi anglaise et que les parties admettent la compétence exclusive des juridictions anglaises³⁰¹.

Le dispositif, apparemment simple et favorable aux personnes empêchées de lire résidant au Royaume-Uni (qui peuvent accéder à un répertoire international), est en revanche limité aux pays de l'Union européenne, s'agissant de la diffusion à l'extérieur du Royaume Uni. Cette limite géographique interdit la diffusion dans les autres pays anglophones qui sont les plus « demandeurs » (États-Unis, Canada, Australie et Nouvelle Zélande).

²⁹⁶ Articles 119 à 123 du Copyright, Designs and Patents Act.

²⁹⁷ Voir le site de la LCA : http://www.cla.co.uk/data/pdfs/print_disability/print_disability_licence.pdf

²⁹⁸ A person is to be regarded as visually impaired or disabled for the purposes of this Licence if he or she would be regarded as a “visually impaired person” in accordance with s. 31F (a) of the Act or, as appropriate, as a “disabled person” in accordance with s. 1 of the Disability Discrimination Act 1995

²⁹⁹ Licence-type, Définition du répertoire international : “original published editions of books, journals, magazines and other periodicals in which copyright subsists published in Argentina, Australia, Austria, Barbados, Belgium, Canada (including Quebec), Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Hong Kong, Iceland, Ireland, Italy, Jamaica, Japan, Luxembourg, Mexico, The Netherlands, New Zealand, Norway, Singapore, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Taiwan, Trinidad & Tobago and the United States of America. This list may be amended periodically by CLA.”

³⁰⁰ Article 2.1. CLA hereby grants to the Licensee the non-exclusive right on the terms and conditions herein contained to: /2.1.1. make Licensed Copies; /2.12. distribute Licensed Copies to Authorised Persons within the United Kingdom ; 2.1.3. distribute to Authorised Persons outside of the United Kingdom but within the European Union, Licensed Copies of that part of Licensed Material which is within the UK Repertoire; /For the avoidance of doubt, this Licence does not grant any right to distribute outside of the United Kingdom any material comprised within the International Repertoire or to distribute any Licensed Copies outside of the European Union.

³⁰¹ « 9.4. - The Licence shall be governed by English law and the parties agree to submit to the exclusive jurisdiction of the English courts as regards any claim or matter arising in relation to the Licence »

1.3.3.2.3. La singularité canadienne : une loi autorisant la diffusion dans le monde entier

Parmi les pays étudiés dans le cadre de cette étude, le Canada fait figure d'exception. L'article 32.01 de la loi sur le droit d'auteur, introduit en 2012, prévoit la possibilité, pour les organismes sans but lucratif ayant adapté l'œuvre d'un auteur canadien ou résident permanent, d'envoyer un exemplaire matériel de cette œuvre à une personne physique, dans un autre pays que le Canada. L'alinéa 1^{er} dispose en effet que :

« (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour un organisme sans but lucratif agissant dans l'intérêt des personnes ayant une déficience de lecture des imprimés, de reproduire une œuvre sur un support destiné à ces personnes et d'envoyer la reproduction à un autre organisme sans but lucratif dans un autre pays à l'intention des personnes ayant une telle déficience dans ce pays si l'auteur de l'œuvre mise sur ce support est soit un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, soit un citoyen ou un résident permanent du pays de destination. »

On notera qu'en limitant « l'exportation » aux œuvres des auteurs canadiens ou résidant au Canada, la loi canadienne semble faire application de deux des critères de l'article 5(4) de la Convention de Berne relatifs au « pays d'origine » de l'œuvre. Toutefois, on peut s'interroger sur le point de savoir si cette disposition est également applicable aux œuvres des auteurs canadiens ou résidents canadiens publiées ailleurs qu'au Canada, ce que la lettre du texte n'exclut pas.

Par ailleurs, si certaines règles sont reprises du dispositif de droit commun (notamment l'exclusion des ouvrages adaptés en gros caractères, alinéa 2³⁰²), d'autres sont spécifiques :

- obligation de vérifier l'indisponibilité dans le pays de destination (alinéa 3)³⁰³ ;
- recours à l'injonction en cas d'erreur de bonne foi sur la citoyenneté ou le statut de résident de l'auteur (alinéa 3-1)³⁰⁴ ;
- obligation de verser une redevance, soit à l'ayant droit, soit à une société de gestion collective (alinéa 5 et 6) ;
- modalités de contrôle par le gouverneur, qui peut prendre un règlement exigeant la conclusion préalable d'un contrat et fixant la redevance (alinéa 7).

1.3.3.2.4. Les échanges entre les bibliothèques pour aveugles des pays germanophones (Medibus)

Ainsi qu'il a été dit plus haut (1.1.4.), l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse ont introduit dans leur législation une exception au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées.

³⁰² « (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre l'envoi à l'étranger d'une œuvre cinématographique ou d'un livre imprimé en gros caractères »

³⁰³ « (3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si l'organisme sans but lucratif sait ou a des motifs de croire qu'il est possible de se procurer l'œuvre — sur un support destiné aux personnes ayant une déficience de lecture des imprimés — dans le pays de destination, à un prix et dans un délai raisonnables, et de la trouver moyennant des efforts raisonnables. »

³⁰⁴ « 3.1) Dans le cas où l'organisme sans but lucratif, se fondant sur le paragraphe (1), commet une violation du droit d'auteur du seul fait d'une erreur commise de bonne foi sur la citoyenneté ou le statut de résident permanent de l'auteur de l'œuvre, l'injonction constitue le seul recours que le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre peut exercer contre l'organisme ».

Les bibliothèques germanophones pour aveugles agissant dans ces trois pays, sur le fondement des législations nationales, ont souhaité, afin d'accroître le volume de l'offre d'œuvres en allemand en formats accessibles, grâce à un dispositif destiné à permettre aux organismes des trois pays de répartir le travail d'adaptation (évitant ainsi les doublons) et d'échanger les œuvres ainsi adaptées.

Les différences entre les trois législations faisaient obstacle à la mise en œuvre de ce projet.

En premier lieu, si l'exception au bénéfice des personnes handicapées est compensée dans les trois pays, la perception des redevances et la répartition de leur produit entre les ayants-droit est réservée aux sociétés de gestion collective opérant dans chacun des pays. En outre, les modalités de calcul de la redevance, négociées avec les bibliothèques pour aveugles, varient d'un pays à l'autre, ainsi que leurs montants.

En deuxième lieu, le champ des actes couverts par l'exception est plus étroit en Allemagne et en Autriche (où il ne couvre que la reproduction et la distribution de copies fixées sur des supports matériels) qu'en Suisse (où il couvre également la communication au public et la mise à disposition sur des réseaux numériques).

En troisième lieu, le champ des bénéficiaires finaux de l'exception est plus étroit en Allemagne et en Autriche (où il ne couvre que les déficiences sensorielles, en pratique les aveugles et les malvoyants) qu'en Suisse (où il est également ouvert aux autres « print disabled » comme les dyslexiques).

Ces obstacles ont pourtant été surmontés, et le dispositif de diffusion transfrontalière a pu voir le jour, grâce à un accord conclu, en décembre 2011, entre les trois sociétés de gestion collective opérant dans chacun des pays (VG WORT pour l'Allemagne, Literar-Mechana pour l'Autriche et ProLitteris pour la Suisse). Ces trois sociétés étant mandatées par les auteurs et les éditeurs, elles agissent, en vertu de ce mandat, en leur nom et pour leur compte.

L'accord, qui a fait l'objet d'un communiqué de presse commun des trois sociétés³⁰⁵, organise « la transmission généralisée à travers les frontières nationales » de toutes les œuvres en langue allemande adaptées pour les aveugles :

Le champ matériel est large : il couvre les livres et les magazines en langue allemande, adaptés en formats accessibles pour les aveugles et malvoyants (enregistrements sonores, livres imprimées en braille ou en gros caractères, formats numériques Daisy pour synthèse vocale ou/et braille éphémère).

En pratique, les organismes du réseau de bibliothèques pour aveugles MEDIBUS³⁰⁶ se répartissent les ouvrages à adapter et les échangent entre eux. Il n'y a donc pas de distribution directe aux bénéficiaires finaux. Les œuvres adaptées ne sont distribuées que sous forme

³⁰⁵ Selon le communiqué de presse, Verwertungsgesellschaft WORT gère les droits pour plus de 400.000 auteurs et plus de 10.000 éditeurs en Allemagne (www.vgwort.de) ; Literar-Mechana représente environ 14.000 bénéficiaires. (www.literar.aut) et ProLitteris, organisée sous forme de coopérative, qui compte plus de 10.000 membres (www.prolitteris.ch).

³⁰⁶ MEDIBUS, acronyme de Mediengemeinschaft für blinde und sehbehinderte Menschen (Médias communautaires pour les personnes aveugles et malvoyantes).

matérielle (par voie postale sur disque dur ou clés USB, les organismes bénéficiant de la franchise postale).

On notera que si les trois sociétés de gestion collective agissent sur le fondement du mandat dont chacune dispose, aucune n'a octroyé de licence spécifique autorisant ses propres utilisateurs (bibliothèques pour aveugles) à distribuer les œuvres en format accessible dans les deux autres pays. Le dispositif de distribution transfrontalière repose donc sur les trois dispositifs légaux, **l'exception au profit des personnes handicapées couvrant, dans les trois pays, le droit exclusif de distribution**³⁰⁷.

Bien que l'accord contractuel entre les sociétés de gestion collective ne soit pas public, il ressort des règles de fonctionnement mises en œuvre que l'accord repose sur l'application de la « lex loci protectionis » entendue comme loi du pays pour lequel la protection est demandée, ce qui se traduit par l'application distributive de la loi de chaque pays de « destination »

L'œuvre publiée en Allemagne qui est distribuée en Autriche passe de l'empire de la loi allemande à celui de la loi autrichienne. Toutefois, cette dernière autorisant, comme la loi allemande, la reproduction et la distribution d'œuvres en format accessible, la reproduction et la distribution de l'œuvre sont licites en Autriche, en application de la loi autrichienne.

Symétriquement, l'œuvre publiée en Suisse qui est distribuée en Allemagne passe de l'empire de la loi suisse (dont l'exception handicap couvre le droit de mise à disposition) celui de la loi allemande (qui ne l'admet pas³⁰⁸). Elle ne peut donc pas être mise à disposition des aveugles résidant en Allemagne, mais elle peut être reproduite et distribuée sous forme « tangible ».

Une fois les œuvres « échangées » entre les bibliothèques, chacune d'elle diffuse les ouvrages « importés » selon les règles nationales : les bibliothèques suisses peuvent diffuser les exemplaires « importés » aux bénéficiaires de la loi suisse (dont les dyslexiques) y compris par mise à disposition.

On notera qu'afin de simplifier les échanges, les trois sociétés ont renoncé à mettre en place un système de reversement des redevances, qui aurait impliqué une comptabilisation des titres échangés et des redevances à verser et à percevoir. Cette comptabilisation, aussi chronophage pour les bénéficiaires que pour les sociétés de gestion collective, aurait manifestement représenté une charge excessivement lourde, eu égard aux faibles montants en cause. En pratique, les bibliothèques pour aveugles des trois pays, qui se sont regroupées au sein du réseau, enregistrent, pour les titres que chacune adapte en format accessible, le nombre d'exemplaires qu'elles diffusent, sans avoir à opérer un décompte spécifique des ouvrages diffusés dans les deux autres pays. Ainsi, chaque bibliothèque allemande pour aveugles verse à

³⁰⁷ Par courriel du 10 octobre (postérieurement à la remise de la version initiale du présent rapport), les représentants de WGWort ont indiqué à la rapporteure que l'accord entre les 3 sociétés visait essentiellement à simplifier la circulation par un dispositif de guichet unique, tout en réduisant les coûts de transaction. Il lui a été précisé que les termes de l'accord reposaient sur les exceptions légales de chacun des 3 pays, et ne constituait pas une nouvelle licence pour la gestion internationale des droits (« *The contract between the collecting societies (...) does not substitute or does not construe a new licence for international transfer of rights* »). En revanche, pour les échanges européens dans le cadre du projet ETIN, WGWort a adressé aux représentants de Medibus un projet de licence conforme au modèle ETIN, qui n'avait pas été retourné à cette date.

³⁰⁸ La mise à disposition fait l'objet d'une licence volontaire en Allemagne, mais pas en Autriche.

VG Wort le montant total des redevances dues, sur la base du barème allemand, au titre des ouvrages qu'elle a distribué à des aveugles en Allemagne, en Autriche et en Suisse. Les bibliothèques autrichiennes et suisses font de même.

Ce dispositif judicieux, qui concilie les préoccupations des ayants-droit et des associations de malvoyants, constitue un exemple intéressant de ce qu'il est possible de faire à droit constant, et sans dispositif complexe de licences, y compris dans un contexte où les législations nationales ne sont pas totalement identiques.

1.3.3.3. Les dispositifs expérimentaux de diffusion transfrontalières dans le cadre de l'OMPI et de l'Union européenne (TIGAR et ETIN)

Deux dispositifs expérimentaux ont été conçus à partir de 2009 en vue d'apporter une réponse opérationnelle aux besoins exprimés par les représentants des associations d'aveugles, le premier dans le cadre de l'OMPI (TIGAR), le second dans le cadre de l'Union européenne (ETIN). Si les deux dispositifs ont pour finalité de développer la diffusion transfrontalière des œuvres en format accessible, à droit constant, ils reposent sur des mécanismes différents.

1.3.3.3.1. Le protocole TIGAR

Le projet TIGAR (acronyme de "Trusted Intermediary Global Accessible Resources") est le fruit d'une initiative apparue en 2009, lors des travaux organisés au sein du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR en anglais³⁰⁹) de l'OMPI.

Dans le contexte créé, en 2008, par les propositions de traité international contraignant visant à développer l'accès des aveugles et autres personnes empêchées de lire, aux œuvres de l'écrit, les pays opposés à ces projets ont en effet proposé de mettre en place un dispositif alternatif à tout traité normatif, qui pourrait être opérationnel dans des délais beaucoup plus réduits (voir infra, 2.1.3.) .

L'idée directrice du projet est que les échanges transfrontaliers ne peuvent se développer que sur le fondement d'une relation de confiance entre les ayants-droit et les organismes représentant les personnes bénéficiaires, établie grâce à une expérimentation à petite échelle. En pratique, cette « relation de confiance » repose sur un dispositif d'autorisations, accordées, titre par titre, par les titulaires des droits ou leurs représentants, à des « tiers de confiance » qu'ils accréditent.

Le dispositif initial (« Global Accessible Library-Trusted Intermediary », GAL-TI) a été conçu en 2010 par une équipe restreinte composée d'un gestionnaire de projet au sein de l'OMPI, d'un représentant du Consortium DAISY et d'un consultant externe³¹⁰, sous le contrôle d'un comité directeur rassemblant les représentants des ayants-droit et des organismes producteurs de publications en formats accessibles.

³⁰⁹ Standing Committee on Copyright and Related Rights

³¹⁰ <http://www.visionip.org/tigar/en/>

Après quelques mois de gestation, le protocole final d'accord sur le projet pilote a été approuvé par les parties en novembre 2010, pour une période de 3 ans s'achevant en novembre 2013 et pouvant être prolongée de six mois « pour tenir compte d'éventuels imprévus ». Il a été également rebaptisé à cette occasion en « Trusted Intermediary Global Accessible Resources » (TIGAR).

Le projet TIGAR n'est toutefois entré en phase opérationnelle qu'un juin 2011, par la mise en place d'un « Protocole d'accord sur la procédure de mise en œuvre accélérée » (Tigar Fast Track - Memorandum of Understanding »).

Le protocole dit « accéléré » repose sur la collaboration entre les trois parties prenantes :

- les ayants-droit : les organismes nationaux de gestion collective (« RRO », pour « Reproduction Right Organisation ») disposant des mandats adéquats, ou, dans la négative, les éditeurs ou/et les syndicats d'auteurs ;
- des organismes producteurs d'ouvrages en formats accessibles, désignés comme « intermédiaires de confiance » (« TI » pour « trusted intermediary ») ;
- une équipe dédiée au sein de l'OMPI, assurant la gestion centralisée des échanges tant sur le plan administratif (gestion des autorisations) que technique (gestion de la une plate-forme sécurisée de chargement et téléchargement des fichiers Daisy audio et braille).

Selon les règles du protocole, le TI (intermédiaire de confiance) du pays A souhaitant diffuser une publication adaptée dans un pays B en informe parallèlement l'OMPI et le titulaire des droits dans le pays A, trois semaines avant la date de distribution envisagée, et procède au chargement du fichier Daisy sur le serveur de l'OMPI. Dès réception de l'autorisation de l'ayant-droit par le service de l'OMPI, celui-ci informe le TI du pays B qu'il peut télécharger le fichier sur le serveur.

Symétriquement, l'intermédiaire de confiance du pays B souhaitant diffuser, auprès des bénéficiaires dans son pays, une publication adaptée dans un pays A peut télécharger le fichier correspondant, si les 10 conditions fixées par le protocole sont remplies dans le pays B, en particulier s'agissant des titulaires des droits³¹¹, de l'absence d'exemplaire accessible dans le pays B, de l'existence d'un exemplaire « standard » disponible dans le commerce sur le territoire du pays B³¹² et de la sécurisation du dispositif³¹³.

Le TI du pays B ne peut distribuer les titres qu'aux personnes bénéficiaires tels que définies par la législation du pays B. Toutefois, si cette législation ne fixe pas de critères précis, les

³¹¹ « a) l'intermédiaire de confiance a confirmé à l'OMPI que l'entité titulaire des droits sur l'ouvrage sur son territoire a accepté le présent protocole d'accord TIGAR, / ou, il a obtenu une autorisation au titre d'un accord distinct de la part de l'entité titulaire des droits, /ou, l'intermédiaire de confiance possède une licence ou des avantages découlant d'une exception au droit d'auteur prévue dans la législation lui permettant de reproduire et de distribuer des ouvrages accessibles »

³¹² « b) aucun exemplaire équivalent accessible de l'ouvrage n'est à disposition légalement ou dans le commerce sur ledit territoire, dans un délai et à un prix raisonnables; / c) il existe une VERSION STANDARD DU TITRE à disposition légalement dans le commerce sur ledit territoire;

³¹³ « d) l'intermédiaire de confiance a mis en place des mécanismes de sécurité adéquats visant à empêcher tout accès non autorisé aux fichiers qu'il a reçus; »

publications peuvent être diffusées à l'ensemble des personnes empêchées de lire au sens de la définition - large – du protocole, qui inclut notamment les dyslexiques ne pouvant lire les publications « standard ».

Le projet rassemble à ce jour :

- 22 intermédiaires de confiance (TIs) dans 20 pays : France (Braillet), Suisse (ABA)³¹⁴, Canada (CNIB), Suède, Norvège, Danemark, Pays-Bas, Portugal, Islande, États-Unis, Australie, Nouvelle Zélande, Brésil, Bangladesh, Sri Lanka, Namibie et Mali ;
- 7 sociétés de gestion collective - « RRO » - (dont ProLitteris pour la Suisse, Kopinor pour la Norvège), CLL pour la Nouvelle Zélande et DALRO pour l'Afrique du Sud), des sociétés d'auteurs (comme le Writers' Union de Suède), et des éditeurs, notamment français³¹⁵.

La bibliothèque *potentielle* se compose ainsi de 160.000 titres, publiés par une cinquantaine d'éditeurs, en 70 langues³¹⁶. Le résultat *effectif* est toutefois sans rapport : en deux ans, 1000 titres ont fait l'objet d'une demande d'autorisation, qui a été obtenue pour trois quarts d'entre eux (soit 750 titres).

Ces chiffres³¹⁷ appellent trois observations :

- le pourcentage d'autorisation, bien que très honorable, paraît relativement faible, les organismes membres étant a priori favorables au projet ;
- le nombre d'ouvrages ayant fait l'objet de demandes est peu élevé : il est inférieur à celui des demandes annuelles transmises (en France) à la BnF (6800 en 2012)³¹⁸ ;
- ces chiffres trouvent probablement leur explication dans la procédure d'autorisation, titre par titre, qui imposant parfois une recherche des ayants-droits, entraîne des délais longs qui peuvent décourager les « trusted intermediaries ».

Conscients de ces limites, les partenaires de TIGAR ont décidé en 2013 de mettre en place, dès 2014, pour la 2^{ème} phase du projet, un dispositif à la fois plus simple (reposant sur des autorisations globales, et non titre par titre, ainsi que sur l'accentuation des processus automatiques), plus large (en élargissant le réseau des RROs et des TIs, en particulier aux pays en développement), et plus riche (en favorisant le multilinguisme). Il était également envisagé, d'expérimenter la diffusion directe aux personnes physiques bénéficiaires, et de transformer le projet en service permanent. Le comité de pilotage du projet TIGAR devrait se prononcer sur ces nouvelles orientations d'ici la fin de l'année 2013.

³¹⁴ ABA, Association pour le Bien être des Aveugles, organisme francophone.

³¹⁵ S'agissant des ayants-droit en France, l'accord a été signé par de nombreux éditeurs (dont Eutis, Hachette Livre, Gallimard, La Martinière, Albin Michel, Les éditions de Minuit, Quae et Liana Levi) et il engage leurs filiales françaises.

³¹⁶ Pour les titres en anglais : Harper Collins, Pearson, Bloomsbury, Elsevier, Random House, et Cambridge University Press.

³¹⁷ Chiffres fournis par B. Heinser (chargé de la coordination des TIs du projet TIGAR et membre du consortium Daisy), lors du séminaire organisé par BrailleNet le 25 juin 2013 sur l'exception handicap.

³¹⁸ Voir les rapports annuels du Centre Handicap de la BnF (en ligne).

1.3.3.3.2. Le protocole ETIN (Union européenne)

Une démarche parallèle au protocole TIGAR a été entreprise au plan communautaire, en 2009, dans le contexte précité des débats au sein de l'OMPI. Dans sa Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance du 19 octobre 2009³¹⁹, la Commission européenne note que « *Le débat concernant les exceptions au droit d'auteur dont devraient bénéficier les personnes handicapées se focalise sur leur droit fondamental, consacré par la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, de jouir d'une égalité d'accès aux produits d'information, publications et produits culturels dans des formats accessibles.* ».

Face aux divergences d'approches entre les organismes représentant les personnes handicapées (souhaitant une exception handicap obligatoire et uniforme) et les éditeurs (privilegiant les régimes de licences de caractère non contraignant existants), la Commission européenne décide, « *En guise de première étape* », d'organiser « *un forum des parties prenantes sur les besoins des personnes handicapées, et en particulier des personnes malvoyantes* », pour étudier notamment les « *moyens d'encourager l'exportation sans entraves d'une œuvre convertie vers un autre État membre, tout en garantissant une rémunération adéquate des titulaires de droits pour l'utilisation de leur œuvre* » ainsi que « *la question de la reconnaissance mutuelle et de la libre circulation des informations, des publications et des matériels éducatifs et culturels accessibles aux personnes handicapées* » et « *réfléchir aux problèmes d'accessibilité des contenus en ligne.* » La communication conclut sur ce point que « *La Commission appréciera si de nouvelles initiatives sont justifiées sur la base des résultats du forum.* »

Le protocole ETIN (European Trusted Intermediaries Network, (Réseau européen d'intermédiaires accrédités)³²⁰ concernant « *L'accès aux œuvres pour les personnes souffrant d'un handicap les empêchant de lire les imprimés* » est le produit des travaux conduits dans le cadre du « forum ».

Signé à Bruxelles le 14 septembre 2010 par plusieurs organisations représentant les personnes souffrant d'un handicap de lecture d'une part, et le secteur européen de l'édition d'autre part³²¹, le protocole précise en son préambule que les signataires s'engagent à encourager la création d'un service en ligne européen de livres électroniques accessibles.

Le préambule stipule que les signataires sont convenus :

« 1. d'avoir pour objectif commun d'améliorer l'accès aux œuvres pour les personnes souffrant d'un handicap les empêchant de lire les imprimés et, dans l'intervalle, d'assurer que les ouvrages convertis en braille ou dans un autre format accessible sont

³¹⁹ [COM(2009)532 final], point 3.4. Voir aussi le communiqué de presse IP/09/1544 du 19 octobre 2009

³²⁰ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/initiatives/access/index_fr.htm

³²¹ Pour les premiers, l'Union européenne des aveugles et l'Association européenne de dyslexie, pour les seconds, la Fédération des associations européennes d'écrivains, l'Association internationale des éditeurs scientifiques, techniques et médicaux, la Fédération des éditeurs européens et la Fédération internationale des organisations de droits de reproduction au nom des détenteurs de droits. Parmi les autres associations ayant pris une part active dans le dialogue, on peut citer la Publishers' Licensing Society, l'organisme néerlandais Dedicon, l'Association italienne des éditeurs (AIE) et la ONCE (association espagnole pour les aveugles).

disponibles dans les autres États membres de l'UE par le biais d'un réseau d'intermédiaires accrédités;

2. de consentir au transfert transfrontalier dans l'UE des copies accessibles créées en vertu d'exceptions au droit d'auteur ou dans le cadre de contrats de licence, par le biais du réseau d'intermédiaires accrédités et dans les conditions adéquates;

3. de recommander la délivrance de licences spécifiques autorisant le transfert transfrontalier dans l'UE des copies accessibles faisant l'objet d'un accord de licence, par le biais du réseau d'intermédiaires accrédités. »

Le protocole ETIN partage les objectifs du protocole TIGAR, ainsi que :

- la définition du rôle et des obligations des « intermédiaires de confiance » (TIs)³²²
- la définition du champ des bénéficiaires, qui couvre les « print disabled » (dont les dyspraxiques et certains dyslexiques)³²³, pourra être étendue à d'autres catégories de bénéficiaires, dans le cadre d'un réexamen annuel.

Il se distingue toutefois de TIGAR sur plusieurs points :

- le mécanisme « à double détente » : d'une part, mandat des ayants-droit de chacun des pays à un seul organisme de gestion collective, d'autre part, autorisation donnée par ce dernier à un ou plusieurs tiers de confiance (TIs), l'autorisation étant formalisée par une licence spécifique³²⁴ ;
- la gestion plus souple et décentralisée, les TIs pouvant échanger entre eux des versions accessibles des livres et les fournir directement aux personnes ayant une déficience visuelle dans un autre pays ;

³²² « Dans le cadre du présent protocole d'accord, l'objectif de l'intermédiaire accrédité est un système contrôlé de diffusion des copies accessibles d'œuvres pour les personnes souffrant du handicap en cause, lorsque ces copies accessibles ne sont pas disponibles dans le commerce. Les titulaires des droits accorderont leur autorisation à condition que l'intermédiaire accrédité puisse certifier que les bénéficiaires des œuvres accessibles correspondent à la définition des personnes souffrant d'un handicap les empêchant de lire les imprimés. »

³²³ « Toute personne :

(a) qui est aveugle; ou

(b) qui souffre d'un trouble de la vision tel que l'utilisation de verres correcteurs ne permet pas de récupérer un niveau qui serait normalement acceptable pour pouvoir lire sans un éclairage d'une intensité ou d'un type particulier³²³; ou

(c) qui est incapable, en raison d'un handicap physique, de tenir ou de manipuler un ouvrage; ou

(d) qui est incapable, en raison d'un handicap physique, de faire la mise au point ou de déplacer ses yeux de la manière normalement suffisante pour pouvoir lire³²³ ; ou

(e) qui est dyslexique;

- et - dont le handicap entraîne une incapacité de lire les éditions types des œuvres disponibles dans le commerce;

- et - qui peut lire plus facilement si le contenu est présenté sous un autre format (mais qui, pour écarter tout malentendu, nécessite uniquement une modification de la présentation graphique du texte original et non la réécriture du texte proprement dit en termes plus simples pour faciliter la compréhension). »

³²⁴ Voir sur le site ETIN le modèle de mandat : les titulaires des droits d'un même pays confient un mandat à une société unique de perception et de répartition des droits, l'autorisant à accorder aux utilisateurs accrédités en tant qu'intermédiaire de confiance une « licence non-exclusive de distribution transfrontalière aux TIs des autres pays » ainsi, le cas échéant, que directement aux personnes ayant une déficience visuelle résidant dans l'un des États membres de l'Union européenne.

- la gouvernance, confiée à un comité directeur composé de représentants des auteurs, des éditeurs, des organismes de gestion collective et des TIs établis au niveau national, la Commission européenne agissant en tant que « facilitateur » ;
- la couverture géographique, limitée aux pays membres de l'UE et de l'EEE (Islande, Liechtenstein, Norvège) ainsi qu'à la Suisse ;
- l'absence de financement par l'Union européenne ;
- enfin, dernière différence, l'article 7 du protocole ETIN prévoit de « mesurer la réussite du projet à l'aune des trois indicateurs (désignation des organismes représentatifs des titulaires des droits dans une majorité des États membres ; existence avérée d'un flux d'œuvres accessibles entre les intermédiaires accrédités en Europe; réalisation d'une étude portant sur l'établissement d'une base de données en ligne des œuvres accessibles et l'évaluation des coûts).

Force est de constater que le projet est un échec, en particulier à l'aune du 2^{ème} indicateur : aucune œuvre en formats accessible n'a été diffusée au sein du territoire défini par l'accord ni même au sein de l'Union européenne³²⁵.

Une des raisons de cet échec est probablement qu'il n'a pas été doté d'un budget ni de moyens humains. Il n'est pas certain que cela soit la seule.

1.3.3.3.3. Les limites communes des protocoles TIGAR et ETIN

Les deux protocoles TIGAR et ETIN reposent sur l'idée qu'un dispositif de licences volontaires est susceptible de permettre d'atteindre le même résultat qu'un traité contraignant imposant aux États de prévoir une exception handicap harmonisée et une diffusion transfrontalière des œuvres en format accessible, sans autorisation préalable des ayants-droit.

La diversité des législations nationales, conjuguée à la mise entre parenthèse de la question pourtant centrale de la loi applicable, paradoxalement éludée, ont incontestablement freiné le développement de ces projets.

En effet, les deux protocoles reposent sur le principe d'une autorisation préalable des ayants droits, quelle que soit la législation du pays d'exportation. Cela peut naturellement se comprendre, dans le cadre international de TIGAR, eu égard à la diversité des législations nationales, toutes ne prévoyant d'ailleurs pas d'exception handicap. La généralité de ce principe est moins justifiée, dans le cadre d'ETIN, tous les États membres ayant transposé l'exception handicap et le droit de distribution étant épuisé sur le territoire de l'Union, dans la quasi-totalité des hypothèses (voir supra 1.3.1.3 et infra 2.3.1.3.)

Reste donc à savoir si ces protocoles expérimentaux, conçus comme des alternatives à un Traité contraignant, demeurent pertinents dans le contexte nouveau créé par l'adoption du Traité de Marrakech du 28 juin 2013, et dans quelle mesure ils peuvent jouer un rôle pendant la période transitoire précédant la mise en œuvre du Traité.

³²⁵ Cet échec est patent pour la France, où, depuis 2010, aucune SPRD n'a été mandatée par les éditeurs, et, par suite, aucun des organismes agréés n'a été désigné comme « intermédiaire accrédité ».

Conclusion de la première partie

En l'absence, d'une part, de règles matérielles harmonisées, et, d'autre part, d'interprétation uniforme de la règle de résolution de conflit de lois fixée par l'article 5-2 de la Convention de Berne, les échanges transfrontaliers se trouvent dans une situation d'insécurité juridique majeure. Dans la mesure où la qualification juridique des actes de diffusion transfrontalière dépend de la loi désignée par la règle de conflits de loi, laquelle varie en fonction du critère de rattachement choisi, elle est imprévisible.

En pratique, les échanges transfrontaliers sont très limités, et sont en tout état de cause impossibles avec des pays n'ayant pas introduit dans leur législation une exception au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées, ce qui limite l'offre disponible pour les personnes empêchées de lire.

Eu égard au caractère hautement improbable de l'adoption, au sein de l'OMPI ou de l'OMC, de règles conventionnelles univoques de résolution de conflits des lois en matière de propriété intellectuelle, la solution de l'harmonisation des règles de droit matérielles, proposée depuis 2004 par l'Union mondiale de aveugles, est bien la plus adéquate du point de vue juridique.

Le Traité adopté à Marrakech le 28 juin 2013, après plus de dix ans de débats au sein de l'OMPI, constitue indéniablement une avancée en ce sens.

2. Le nouveau contexte créé par l'adoption du Traité de Marrakech

Au moment où la présente mission a été lancée, les négociations au sein de l'OMPI d'un Traité international relatif à l'accès des personnes empêchées de lire aux œuvres de l'écrit ne constituait qu'un des éléments de contexte général d'une réflexion centrée sur les échanges entre les organismes français produisant des adaptations en formats accessibles et leurs homologues dans d'autres pays.

En décembre 2012, l'assemblée générale de l'OMPI avait certes décidé de convoquer une conférence diplomatique, en juin 2013, pour examiner un *Projet de Traité visant à faciliter l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*. L'adoption d'un tel Traité demeurait néanmoins hautement incertaine, eu égard à la teneur des débats sur le projet de Traité en discussion au sein du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) de l'OMPI, et aux nombreuses dispositions entre « entre crochets » figurant dans la dernière version du projet de texte, issue du SCCR d'avril 2013.

Les délégués réunis à la conférence diplomatique de Marrakech ont toutefois adopté, le 28 juin 2013, au terme d'une semaine de négociations intenses, le *Traité visant à faciliter l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*.

L'adoption de ce Traité international (ci-après « Traité de Marrakech ») transforme les données générales du problème, en ce qu'il permet d'ignorer, grâce à l'harmonisation des législations nationales, les difficultés nées des conflits de lois, qui ne se posent plus. En outre, l'adoption du Traité élargit considérablement la palette des solutions à mettre en œuvre en France (voir 3).

Avant d'analyser les principales dispositions du Traité, il n'est pas inutile de procéder à un bref rappel de la longue histoire ayant conduit à son adoption, qui pourrait peser sur son avenir.

2.1. L'historique du projet de traité

2.1.1. Les premières discussions (1981-1985)

Les discussions relatives à un traité international sont anciennes³²⁶. En 1981, les organes directeurs de l'OMPI et l'UNESCO ont décidé de créer un groupe de travail commun sur l'accès des handicapés visuels et auditifs aux œuvres protégées. Un premier rapport proposant des modèles de dispositions susceptibles d'être introduites dans les législations nationales et autorisant les reproductions d'œuvres en formats accessibles, a été présenté en octobre 1982.

³²⁶ On peut trouver sur le site de Knowledge Ecology International - KEI – (<http://keionline.org/r2>), ONG très active dans le lobbying en faveur du projet de Traité, outre des contributions militantes, l'ensemble des liens donnant accès aux documents officiels des négociations, aux communiqués de presse des parties prenantes et aux articles de la presse américaine sur la période 2000/2013, ainsi que des documents plus anciens. L'ONG se présente ainsi : “KEI is a not for profit non governmental organization that searches for better outcomes, including new solutions, to the management of knowledge resources. KEI is focused on social justice, particularly for the most vulnerable populations, including low-income persons and marginalized groups”

Ses orientations ont fait l'objet d'une consultation des États, organisée en 1983 par le Comité exécutif de l'Union de Berne et le Comité intergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur. En 1985, ces institutions ont publié un document consacré aux « Problèmes de droit d'auteur soulevés par l'accès des personnes handicapées aux œuvres protégées », comportant en annexe un rapport d'expert concluant à la nécessité d'introduire dans les législations nationales une exception au droit d'auteur qui permette la reproduction des œuvres en formats accessibles et leur circulation transfrontalière, et l'intérêt que pourrait présenter, de ce point de vue, une convention internationale pour résoudre ces deux questions simultanément³²⁷.

2.1.2. La période 2001-2007

Les discussions au sein de l'OMPI n'ont repris qu'en 2001, sur l'initiative conjointe de l'Union mondiale des aveugles (UMA ou WBU pour Word Blind Union) et de la Fédération internationale des associations de bibliothécaires³²⁸.

Dès cette date, l'Union mondiale des aveugles (UMA) estime qu'un traité international normatif est nécessaire pour contraindre les pays à introduire dans leur législation une exception au droit d'auteur au profit des handicapés visuels, d'une part, et une disposition autorisant les échanges transfrontaliers (l'UMA estimant qu'ils ne peuvent l'être dans le seul cadre des législations nationales), d'autre part.

C'est dans le contexte que l'OMPI a confié à Judith Sullivan la réalisation d'une étude relative aux limitations et exceptions en faveur des malvoyants, présentée lors de la 15^{ème} session du SCCR du 11 au 13 septembre 2006 (SCCR/15/7).

Dans la conclusion de cette étude (largement évoquée dans la première partie du présent rapport), Judith Sullivan indique, d'une part, que très peu de législations « *semblent ne pas interdire* » l'exportation ou/et l'importation d'œuvres en formats accessibles, et, d'autre part, que « *Les conventions internationales ne semblent pas prescrire de restrictions en ce qui concerne les dispositions relatives à l'importation et à l'exportation de copies adaptées réalisées en vertu d'une exception au droit d'auteur* ». Mais elle ajoute qu'il est « *très difficile, à l'heure actuelle, de déterminer ce qui est licite et ce qui ne l'est pas, notamment en raison de la nécessité de prendre en considération la législation d'au moins deux pays.* ».

Judith Sullivan en déduit, s'agissant des recommandations qu'il « *pourrait être approprié, eu égard à l'avantage considérable qui en résulterait pour les déficients visuels, d'introduire dans les lois nationales des dispositions plus explicites en ce qui concerne l'exportation et l'importation des copies adaptées* » mais estime que « *cela pourrait s'avérer particulièrement difficile dans les pays dont la législation exclut l'épuisement international des droits.* » (propositions k et l).

³²⁷ Ces documents, dont les rapports de Wanda Noel, avocate canadienne, sont disponibles sur le site de KEI. (<http://www.keionline.org/node/1089>).

³²⁸ Sur les travaux de l'OMPI, voir l'étude de Silke Von LEWINSKI, *Travaux de l'OMPI sur les exceptions et limitations notamment en faveur des déficients visuels* (RIDA 2010, n°225, p. 52.)

Elle préconise, en conséquence, de reprendre à brève échéance rapidement la réflexion sur un traité (proposition b), mais ne conclut pas à sa nécessité dans l'immédiat, estimant préférable un dialogue entre les parties pour l'établissement d'accords de licence (propositions m à o) complété par un rapprochement des législations (proposition j).

Le débat sur un traité a d'ailleurs été rapidement relancé suite à l'adoption, le 13 Décembre 2006, de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, certaines dispositions de ce texte pouvant être invoquées à l'appui de la revendication de l'UMA, ce qui avait été souligné par le rapport Sullivan.

2.1.3. L'opposition entre pays développés et pays en développement (2007-2010)

2.1.3.1. La période 2007-2008 : propositions de traité et naissance du projet TIGAR

En janvier 2007, lors de première session spéciale du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR/S1), la délégation chilienne fait une déclaration en faveur des exceptions et limitations au profit des bibliothèques et des personnes handicapées.

Lors de la 16^{ème} session du SCCR, est discutée une proposition très large, présentée par le Brésil, le Chili, le Nicaragua et l'Uruguay « concernant les travaux relatifs aux exceptions et limitations » (SCCR 16/2, 17 juillet 2008)³²⁹, qui suscite l'opposition des États-Unis et de l'Union européenne.

Le lien initialement opéré entre l'ensemble des exceptions a manifestement desservi la cause des aveugles, dans la mesure où elle a fait naître la crainte (toujours vive à ce jour) qu'un traité relatif aux exceptions au profit des personnes handicapées ne constitue un cheval de Troie destiné à faciliter l'adoption ultérieure d'autres exceptions aux enjeux économiques bien plus considérables³³⁰.

L'UMA, consciente des risques, élabore de son côté un projet strictement circonscrit aux exceptions au profit des malvoyants, en informe le directeur général de l'OMPI, adresse sa proposition aux négociateurs en vue d'une présentation à la 17^{ème} session du SCCR des 3 au 7 novembre 2008 (SCCR/17). Lors de cette réunion, les États Unis et l'Union européenne jugent cette proposition prématurée, et l'IFFRO (Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction) présente une contre-proposition visant à créer une « plate-forme des parties prenantes » pour développer les échanges sur la base d'accords volontaires, qui constitue l'acte de naissance du projet TIGAR évoqué plus haut. L'UMA accepte de participer à ce projet, à condition qu'il soit complémentaire - et non alternatif- au projet de traité. Le Comité encourage l'exploration de ces deux pistes³³¹.

³²⁹ http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=107712

³³⁰ Voir Silke Von LEWINSKI, article précité, qui estime que cette crainte est justifiée et que l'UMA a été instrumentalisée par les ONG d'utilisateurs, qui auraient estimé plus judicieux de séparer les deux sujets.

³³¹ Voir SCCR/17/5 (http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=16828) et ses conclusions « Le comité a pris acte des besoins particuliers des malvoyants et souligné combien il importait de traiter, sans délai et avec toute l'attention nécessaire, les besoins des aveugles, des déficients visuels et des autres personnes présentant un handicap en matière de lecture, notamment en engageant des discussions aux niveaux national et international sur les moyens de faciliter et de renforcer l'accès aux œuvres protégées. À cet effet, il conviendrait de procéder à une analyse des limitations et exceptions. Il conviendrait également d'envisager la possibilité de

2.1.3.2. Le tournant de 2009

Lors de la 18^{ème} session du SCCR du 23 au 25 mai 2009, le Brésil, l'Équateur et le Paraguay présentent une proposition de Traité reprenant celle de l'UMA (« Traité concernant les limitations et exceptions: Traité proposé par l'Union mondiale des aveugles » (SCCR/18/5, 25 mai 2009)³³². Un rapport d'étape est également présenté sur le projet de « plate-forme des parties prenantes. Les pays du « groupe B » (Union européenne, Norvège, États-Unis, Canada, Australie, Nouvelle-Zélande, Japon et Saint-Siège) formalisent leur position, favorable au projet de plate-forme et opposée au Traité, jugé prématuré ou/et non nécessaire.

Un coup de théâtre se déroule lors de la 19^{ème} session du SCCR du 19 décembre 2009. Alors que les représentants des ayants-droit distribuent une déclaration conjointe d'opposition radicale à tout traité, signée par 26 organisations, la délégation des États-Unis, issue de la nouvelle administration Obama, fait état d'une position beaucoup plus nuancée, en faveur d'un consensus international susceptible de revêtir plusieurs formes, y compris un traité multilatéral.

2.1.3.3. Juin 2010-mai 2011 : les propositions des États Unis et de l'Union européenne

En juin 2010, lors de la 20^{ème} session du SCCR³³³, le Groupe Africain présente un « Projet de Traité de l'OMPI sur les exceptions et limitations pour les personnes handicapées, les institutions d'éducation et de recherche, les bibliothèques et les et les centres d'archives » (SCCR/20/11, 15 juin 2010).

Les États-Unis et l'Union européenne proposent quant à eux un instrument international non contraignant, cette approche commune faisant toutefois l'objet de deux propositions distinctes :

- un « *projet d'instrument de consensus* » proposé par la délégation des États-Unis d'Amérique (SCCR/20/10, 4 juin 2010)³³⁴
- une proposition de la délégation de l'Union européenne: « *Projet de recommandation commune concernant l'amélioration de l'accès aux œuvres protégées par droit d'auteur pour les personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés* » (SCCR/20/12, 4 juin 2010)³³⁵

Ces deux propositions reposent sur l'idée qu'un Traité normatif n'est pas nécessaire pour développer la diffusion transfrontalière des œuvres en format accessible, et que la diversité des législations nationales ne constitue pas un obstacle.

créer à l'OMPI, à l'intention des parties prenantes, une plate-forme destinée à faciliter la définition de modalités d'accès sécurisé des personnes handicapées aux œuvres protégées. Un certain nombre de délégations ont fait référence à un document présenté par l'Union mondiale des aveugles (WBU), indiquant qu'il serait intéressant de l'analyser ».

³³² http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=130505

³³³ http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=134392

³³⁴ http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=133815

³³⁵ http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=134412

La proposition de recommandation de l'Union européenne dispose notamment que :

- « Les États membres devraient prévoir, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de mise à la disposition du public de l'œuvre, au sens de l'article 8 du WCT, en faveur des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés » (article 2 - Exceptions) ;
- « Les États membres devraient encourager la constitution pour leur territoire d'au moins un intermédiaire de confiance » (article 3) ;
- « Les États membres devraient admettre que, si une œuvre est rendue accessible en vertu d'une exception prévue dans leur législation nationale en faveur des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés, un exemplaire de cette œuvre dans un format accessible peut être distribué à un État membre qui prévoit une exception en faveur des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés ou, sous réserve d'une licence d'exportation spéciale accordée par le titulaire des droits, par les soins d'un intermédiaire de confiance dans un autre État membre » (article 4 - distribution transfrontalière d'œuvres tangibles) ;
- Les États membres devraient admettre que, si une œuvre est mise à disposition en ligne en vertu d'une exception prévue dans leur législation nationale en faveur des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés, l'œuvre dans un format accessible peut être mise à disposition en ligne, au sens de l'article 8 du WCT, à l'intention d'un État membre qui prévoit une exception en faveur des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés ou, sous réserve d'une licence d'exportation spéciale accordée par le titulaire des droits, par les soins d'un intermédiaire de confiance dans un autre État membre (article 5 - mise à disposition transfrontalière, en ligne) »

On notera que cette proposition est fondée, d'une part, sur un schéma d'échanges bilatéraux entre deux pays admettant une exception handicap (schéma dans lequel il suffit que les deux législations nationales admettent la diffusion transfrontalière), et d'autre part, sur un schéma de licences, sans que l'articulation des deux schémas soit clairement précisée.

Le projet d'instrument de consensus proposé par les **États-Unis**, contrairement à la proposition de l'Union européenne, ne contient aucune disposition relative à la création d'exceptions nationales. S'agissant de la diffusion transfrontalière, il dispose que :

- Les États membres devraient prévoir dans leur législation nationale « d'autoriser, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur : « A. l'exportation vers un autre État membre de tout exemplaire matériel d'une œuvre publiée réalisé en braille en vertu d'une exception, d'une limitation ou d'une autre disposition spéciale de la législation sur le droit d'auteur de l'État membre à l'intention des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés . / B. l'exportation vers des intermédiaires de confiance dans un autre État membre de tout autre exemplaire d'une œuvre publiée réalisé dans un format spécial en vertu d'une exception, d'une limitation ou d'une autre disposition spéciale de la législation sur le droit d'auteur de l'État membre à l'intention de personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés (article 2 - exportation) ;

- Les États membres devraient prévoir dans leur législation nationale d'autoriser, « sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur » : « A. l'importation en provenance d'un autre État membre de tout exemplaire matériel d'une œuvre publiée réalisé en braille en vertu d'une exception, d'une limitation ou d'une autre disposition spéciale de la législation sur le droit d'auteur de cet autre État membre à l'intention de personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés ; / B. l'importation auprès d'intermédiaires de confiance dans un autre État membre de tout autre exemplaire d'une œuvre publiée réalisé dans un format spécial en vertu d'une exception, d'une limitation ou d'une autre disposition spéciale de la législation sur le droit d'auteur de cet autre État membre à l'intention de personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés (article 3, importation). »

On notera que si les « intermédiaires de confiance » ont un rôle central dans les deux propositions, celle de l'Union européenne leur réserve la diffusion transfrontalière, excluant la diffusion directe aux personnes handicapées, alors que la proposition américaine la permet.

En outre, alors que les États-Unis n'excluent plus l'hypothèse d'un Traité contraignant, l'Union européenne maintient son veto. Toutefois, cette position s'avère difficile à tenir, l'Union européenne semblant désormais isolée.

Les négociations se poursuivent lors de la 21^{ème} session du SCCR de novembre 2010³³⁶.

Au sein de l'Union européenne, le Conseil est soumis à la pression du Parlement européen, qui, dans sa résolution du 12 mai 2011 « invite la Commission à œuvrer au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), de manière aussi active que positive, à l'adoption d'une norme légalement contraignante, fondée sur la proposition de traité rédigée par l'Union mondiale des aveugles et déposée à l'OMPI en 2009 ».³³⁷

2.1.4. La négociation d'un projet de Traité (juin 2011-mai 2013)

2.1.4.1. Les avancées de 2011

La 22^{ème} session du SCCR (15 au 20 juin 2011)³³⁸ marque une avancée considérable, dans la mesure où une « Proposition concernant un instrument international relatif aux limitations et exceptions en faveur des personnes handicapées d'impression » est déposée conjointement par l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Chili, la Colombie, l'Équateur, l'Union européenne et ses États membres, le Mexique, la Norvège, le Paraguay, l'Uruguay, la Fédération de Russie et les États-Unis d'Amérique (SCCR/22/15/Rev.1).

Toutefois, la question de savoir si l'instrument en question serait un Traité ou une recommandation (« soft law ») n'est pas tranchée et ne le sera qu'en décembre 2012.

³³⁶ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=20208

³³⁷ Résolution du Parlement européen du 12 mai 2011 sur « Libérer le potentiel des industries culturelles et créatives » (2010/2156(INI), point 70.

³³⁸ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=22169

Au terme de la 23^{ème} session du SCCR (21 au 25 novembre, 28 et 29 novembre et 2 décembre 2011)³³⁹, le comité permanent adopte un « document de travail concernant un instrument international relatif aux limitations et exceptions en faveur des déficients visuels et personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés » (SCCR/23/7, 16 décembre 2011).

2.1.4.2. L'année 2012 : la convocation d'une conférence diplomatique

Les négociations s'intensifient en 2012, lors de la 24^{ème} session (du 16 au 25 juillet)³⁴⁰, de la réunion intersession (17 au 19 octobre)³⁴¹, de la 25^{ème} session (19 au 23 novembre) et de la 26^{ème} session (16 au 20 décembre) du SCCR.

Au niveau de l'Union européenne, le Parlement européen maintient sa pression. Dans sa résolution du 16 février 2012 (2011/2894(RSP) transmise au Conseil, après avoir rappelé que « la convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, notamment ses articles 21 et 30, et la Charte européenne des droits fondamentaux consacrent les principes régissant l'interdiction des discriminations envers les personnes handicapées » (considérant F), le Parlement « invite le Conseil et la Commission à se prononcer en faveur d'un traité de l'OMPI juridiquement contraignant au sujet des droits d'auteur sur les livres et autres ouvrages imprimés pour les aveugles et les malvoyants ».

Le Conseil ayant entendu le Parlement, l'Union européenne lève son veto au Traité contraignant, ce qui ouvre la voie à la convocation d'une conférence diplomatique.

L'assemblée générale extraordinaire de l'OMPI des 17 et 18 décembre 2012 convoque une conférence diplomatique, prévue en juin 2013, mandatée pour négocier un projet de Traité visant à faciliter l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées.

2.1.4.3. Les négociations de 2013 et l'adoption du Traité

Bien que la question de la nature de « l'instrument » soit désormais tranchée en faveur d'un Traité contraignant, de nombreuses divergences sur le contenu du texte subsistent entre les différents groupes, lesquelles, loin d'être surmontées lors des négociations au sein du SCCR début 2013, sur la base du « projet de Traité sur les limitations et exceptions en faveur des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées » (SCCR/25/2), se multiplient lors de la dernière réunion d'avril 2013.

À l'ouverture de la Conférence diplomatique le 17 juin à Marrakech, l'issue est incertaine. La volonté de parvenir à un compromis permet toutefois aux délégations de s'accorder sur un texte, adopté le 28 juin, au terme d'un marathon de négociations intenses.

³³⁹ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=22210

³⁴⁰ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=25014

³⁴¹ http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=27382

2.2. Le texte adopté le 28 juin 2013 par la conférence diplomatique

Le long préambule du Traité visant à *faciliter l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées* adopté, le 28 juin 2013, réaffirme, selon la formule consacrée, « les obligations qui incombent aux Parties contractantes en vertu des traités internationaux existants en matière de protection du droit d'auteur ainsi que l'importance et la souplesse du test en trois étapes applicable aux limitations et exceptions, énoncé à l'article 9.2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et dans d'autres instruments internationaux ».

Bien que le titre ne mentionne pas les exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture des textes imprimés, tel est également - pour partie - son objet, dans la mesure où il impose aux États d'introduire de telles exceptions dans leur législation et de permettre, sans autorisation des ayants-droit, tant « l'importation » que « l'exportation » des œuvres adaptées en formats accessibles sur le fondement des exceptions nationales.

Si le Traité pose les fondements d'une harmonisation poussée en ce domaine, cette harmonisation n'est pas totale, et laisse la place à des différences entre législations nationales.

On retiendra, parmi les 21 articles que comporte le Traité, les dispositions suivantes, dont le commentaire sommaire ci-dessous, en l'absence de connaissance du contenu des négociations, ne prétend pas en épuiser le sens, ni les nombreuses questions qu'elles ne manqueront pas de susciter.

2.2.1. La définition des personnes bénéficiaires de l'exception (article 3)

L'article 3 retient - sans surprise, ce point, acquis depuis longtemps, n'étant contesté par aucune délégation - une définition large du handicap de lecture :

« Par *“personne bénéficiaire”*, on entend une personne qui

a) est aveugle;

b) est atteinte d'une déficience visuelle, d'une déficience de perception ou de difficultés de lecture qui ne peuvent pas être réduites de manière à rendre la fonction visuelle sensiblement équivalente à celle d'une personne non atteinte de cette déficience ou de ces difficultés, et qui n'est donc pas capable de lire des œuvres imprimées dans la même mesure, essentiellement, qu'une personne non atteinte de cette déficience ou de ces difficultés³⁴²; ou

c) est incapable en raison d'un handicap physique, de tenir ou de manipuler un livre, ou de fixer les yeux ou de les faire bouger au point de permettre en principe la lecture;

indépendamment de tous autres handicaps. »

³⁴² Voir la Déclaration commune concernant l'article 3.b) : Aucune disposition du présent texte ne sous-entend que l'expression “ne peuvent pas être réduites” requiert la mise en œuvre de toutes les méthodes de diagnostic et de tous les traitements médicaux possibles.

Cette définition, très proche de celle figurant dans la législation britannique ainsi que dans le protocole TIGAR et le protocole ETIN, couvre une large palette de déficiences faisant obstacle à la lecture, en particulier la dyslexie et la dyspraxie.

2.2.2. Obligation de prévoir une exception aux droits exclusifs (article 4)

L'article 4.1) crée l'obligation, pour les États parties au Traité, de créer une exception au profit des personnes handicapées, permettant la reproduction, la distribution et la mise à disposition des œuvres en format accessible³⁴³.

Cette disposition, qui figurait dans la première proposition de l'UMA, constitue la première victoire des représentants des personnes concernées.

Les États-Unis et l'Union européenne s'y sont longtemps opposés, alors qu'elle n'avait aucun impact sur leur propre législation, au motif que la création d'une exception obligatoire inverserait la problématique des Traités, qui autorisent les exceptions sans les rendre obligatoires³⁴⁴. Toutefois, ce n'est pas une première, la directive 2001/29 l'ayant introduit pour les copies transitoires.

Le paragraphe a) stipule que « *Les Parties contractantes prévoient³⁴⁵, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une limitation ou une exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de mise à la disposition du public tel que prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) pour mettre plus facilement des œuvres en format accessible à la disposition des personnes bénéficiaires. La limitation ou l'exception prévue dans la législation nationale devrait autoriser les changements nécessaires pour rendre l'œuvre accessible dans le format spécial* »

On notera en premier lieu que la 3^{ème} exception obligatoire porte sur la seule « **mise à disposition du public** », qui constitue, tant dans le traité OMPI-DA que la directive 2001/29, un sous-ensemble de la « **communication au public** ». Les États seront donc conduits, pour transposer cette exception, à choisir s'ils veulent la réserver à la « mise à disposition » ou l'étendre à l'ensemble de la communication au public, ce qui sera difficile pour ceux qui ne distinguent pas les deux, et encore davantage pour ceux qui ignorent les deux notions (en les insérant dans une 3^{ème}, comme le droit de représentation en France).

On observera en deuxième lieu que **cette exception, obligatoire pour le droit d'auteur, est facultative pour les droits voisins**, comme en atteste le paragraphe b), qui vise les hypothèses des livres audio (réalisés à partir d'enregistrement de voix humaines, et non par synthèse vocale). Cette disposition est à rapprocher de celle de l'article 10.2, qui stipule que « *Rien ne doit empêcher les Parties contractantes de déterminer la méthode appropriée pour mettre en*

³⁴³ Voir la définition à l'article 1^{er}.

³⁴⁴ Sur ce point, voir S. Von Levinsky, article précité, ainsi que la contribution de l' Association littéraire et artistique internationale (ALAI) du 27 février 2010.

³⁴⁵ À comparer avec la rédaction des propositions américaine et européenne (« devraient prévoir »). Il semble d'ailleurs que certains conditionnels, à l'instar de celui de la dernière phrase, aient échappé à la relecture finale de la version française du texte.

œuvre les dispositions du présent traité dans le cadre de leurs propres système et pratiques juridiques »³⁴⁶.

On notera en troisième lieu que les articles 4.2), 4.4) et 4.5) ne sont pas dépourvus d'ambiguïté. Sous couvert de proposer une « modèle de rédaction » de disposition législative permettant aux États de satisfaire aux exigences définie à l'article 4.1., ils semblent introduire des options « à la carte », contrecarrant de facto l'harmonisation nécessaire à la fluidité des échanges.

Ainsi, l'article 4.2) prévoit, en son alinéa a), que les « entités autorisées » peuvent « reproduire, distribuer et mettre à disposition » des œuvres en format accessible ou les obtenir d'une autre entité autorisée, et mettre ces exemplaires à la disposition des personnes physiques bénéficiaires. Selon la définition de l'article 2c), « "entité autorisée" s'entend d'une entité qui est autorisée ou reconnue par le gouvernement pour offrir aux personnes bénéficiaires, à titre non lucratif, des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information. Ce terme désigne aussi un établissement public ou une organisation à but non lucratif dont l'une des activités principales ou obligations institutionnelles est de fournir les mêmes services aux personnes bénéficiaires³⁴⁷. Cette définition ne correspond donc pas à celle de « tiers de confiance », dans les projets TIGAR et ETIN.

L'alinéa b) de l'article 4.2) prévoit que les copies accessibles peuvent être réalisées par les personnes physiques bénéficiaires ou toute personne physique agissant en son nom (ce qui est permis, par exemple, par la législation britannique). La rédaction (« et ») peut laisser entendre qu'il s'agit d'une obligation, mais l'esprit du texte conduit à retenir qu'il ne s'agit que d'une simple possibilité. On peut déplorer cette ambiguïté, qui est probablement le fruit de la négociation.

L'article 4.4) laisse le choix aux États signataires, de réserver ou non les limitations « aux œuvres qui ne peuvent pas être obtenues dans le format accessible considéré dans le commerce à des conditions raisonnables pour les personnes bénéficiaires sur le marché ». Cette rédaction, fruit d'un compromis entre les États qui souhaitaient l'introduction de cette condition d'indisponibilité commerciale et ceux qui la refusaient, constitue une 2^{ème} limite à l'harmonisation. La déclaration commune - quelque peu sibylline - le confirme³⁴⁸.

De la même façon, l'article 4.3) stipule que « Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 4.1) en prévoyant, conformément aux articles 10 et 11, d'autres limitations ou exceptions dans leur législation nationale relative au droit d'auteur. Cette

³⁴⁶ **Déclaration commune concernant l'article 10.2) :** Il est entendu que lorsqu'une œuvre constitue une œuvre au sens de l'article 2.a) du présent traité, y compris les œuvres sous forme audio, les limitations et exceptions prévues dans le présent traité s'appliquent mutatis mutandis aux droits connexes dans la mesure nécessaire pour réaliser l'exemplaire en format accessible, le distribuer et le mettre à la disposition des personnes bénéficiaires.

³⁴⁷ **Déclaration commune concernant l'article 2.c) :** Aux fins du présent traité, il est entendu que « les entités reconnues par le gouvernement » peuvent inclure les entités recevant, de la part du gouvernement, une aide financière en vue d'offrir aux personnes bénéficiaires, à titre non lucratif, des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information.

³⁴⁸ **Déclaration commune concernant l'article 4.4) :** Il est entendu qu'une condition relative à la disponibilité dans le commerce est sans préjudice de la question de savoir si une limitation ou une exception prévue par cet article est en conformité ou non avec le test en trois étapes.

disposition obscure, dont le sens n'est éclairé que par la déclaration commune³⁴⁹, laisse donc intacte le débat sur le droit de traduction, qui peut être interprété, selon les législations nationales, soit comme un aspect du droit de reproduction (auquel cas l'exception au droit de reproduction emporte exception au droit de traduction), soit comme un droit autonome (auquel cas l'exception au droit de reproduction n'emporte pas exception au droit de traduction). Cela implique que, lors de la transposition, le champ de l'exception soit clairement précisé.

L'article 4.5) qui réserve « à la législation nationale la faculté de déterminer si les limitations et exceptions prévues dans le présent article font l'objet d'une rémunération » constitue une 3^{ème} limite de l'harmonisation.

2.2.3. Obligation d'autoriser la distribution et la mise à disposition transfrontalière des œuvres en format accessible (article 5)

Des observations similaires peuvent être formulées sur l'article 5.

L'article 5.1) fait obligation aux États d'autoriser la distribution (sous forme matérielle) ainsi que la mise à disposition (sur un réseau numérique), hors de leurs frontières, des œuvres adaptées en format accessible (soit « l'exportation » selon la législation américaine).

L'article 5.2) crée incontestablement les conditions de la diffusion transfrontalière :

« Les Parties contractantes prévoient que si un exemplaire en format accessible est réalisé en vertu d'une limitation ou d'une exception ou par l'effet de la loi, cet exemplaire en format accessible peut être distribué ou mis à la disposition d'une personne bénéficiaire ou d'une entité autorisée dans une autre Partie contractante par une entité autorisée³⁵⁰.

Il souffre toutefois d'une ambiguïté analogue à celle de l'article 4.2). Il stipule en effet que :

« Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 5.1) en prévoyant dans leur législation nationale relative au droit d'auteur une limitation ou une exception selon laquelle :

a) les entités autorisées sont autorisées à distribuer ou à mettre à disposition, sans l'autorisation du titulaire du droit et pour l'usage exclusif des personnes bénéficiaires, des exemplaires en format accessible à l'intention d'une entité autorisée dans une autre Partie contractante; et

b) les entités autorisées sont, conformément à l'article 2.c), autorisées à distribuer ou à mettre à disposition des exemplaires en format accessible à l'intention d'une personne bénéficiaire dans une autre Partie contractante et ce, sans l'autorisation du titulaire du droit. »

Doit-on comprendre que chaque État est tenu de permettre aux « entités autorisées » de diffuser les œuvres directement aux personnes physiques résidant dans un autre État, ou qu'il peut le

³⁴⁹ Déclaration commune concernant l'article 4.3) : Il est entendu que le présent alinéa ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions prévues dans la Convention de Berne à l'égard du droit de traduction, en ce qui concerne les déficients visuels et les personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés.

³⁵⁰ Déclaration commune concernant l'article 5.1) : Il est également entendu qu'aucune disposition du présent traité ne réduit ni n'étend le champ d'application des droits exclusifs prévus dans d'autres traités.

faire, sans y être tenu ? Cette ambiguïté résulte probablement (comme les autres) d'un compromis entre les délégations, à moins qu'elle ne soit l'effet d'une erreur de plume résultant de la reprise d'une version intermédiaire.

2.2.4. Obligation d'autoriser « l'importation » des œuvres en format accessible (article 6)

L'article 6 fait obligation aux États d'autoriser, dans leur législation nationale, « l'importation » des œuvres en format accessible. relatif à « l'importation » d'œuvres en format accessible stipule que *« Dans la mesure où la législation nationale d'une Partie contractante autoriserait une personne bénéficiaire, une personne physique agissant en son nom ou une entité autorisée à réaliser un exemplaire d'une œuvre en format accessible, la législation nationale de cette Partie contractante les autorise également à importer un exemplaire en format accessible au profit des personnes bénéficiaires sans l'autorisation du titulaire du droit »*³⁵¹.

En dépit de l'emploi du conditionnel, l'article 6 est impératif, dans la mesure où il fait obligation à tout État de permettre aux « entités autorisées » (ainsi qu'aux « personnes physiques ») auxquelles la législation de cet État permet de réaliser des adaptations en format accessible, d'« importer » des adaptations réalisées dans un autre pays.

Cet article est cependant ambigu, du fait de l'emploi du terme « d'importation », qui couvre dans certaines législations, la diffusion sous forme tangible et numérique (États-Unis, en particulier), alors que pour les pays de l'Union européenne, il ne couvre que la diffusion sous forme tangible. Or, l'article 2, consacré aux définitions, ne définit pas le sens de ce terme, pour le Traité.

La lettre du texte invite à interpréter le terme d'importation au sens strict (la référence à la notion d'exemplaire n'étant employée, au sens propre, que pour la distribution matérielle) mais son esprit invite à l'interpréter au sens large, comme visant également les « importations » sous forme immatérielle, à savoir la mise à disposition, sur le territoire du pays B, des œuvres adaptées en format accessible dans le pays A. En tout état de cause, du point de vue du pays B, « l'importation » se traduisant par un acte de téléchargement de l'œuvre adaptée, qui constitue un acte de reproduction, on pourrait considérer que la question ne se pose pas.

2.2.5. Les autres dispositions du Traité

Les autres dispositions matérielles du Traité ne revêtent pas de caractère impératif, qu'elles se rapportent aux mesures techniques de protection (article 7), au respect de la vie privée (article 8), à la coopération pour favoriser les échanges transfrontaliers (article 9), aux « principes généraux de mise en œuvre » (article 10), ou encore aux autres limitations facultatives (art. 12).

L'article 5.4) qui vise à régler la question de ce qui a été appelé le « Berne gap » (problème des États non liés par la convention de Berne), ainsi que l'article 11, relatif à l'articulation du Traité de Marrakech avec les autres Traités (Convention de Berne, Accord sur les aspects des droits

³⁵¹ Déclaration commune concernant l'article 6 : Il est entendu que les Parties contractantes jouissent des éléments de flexibilité énoncés à l'article 4 lorsqu'elles remplissent leurs obligations au titre de l'article 6.

de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, et Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur), en particulier s'agissant du test en trois étapes, mériteraient un commentaire détaillé.

Les derniers articles (13 à 22) du Traité contiennent ses dispositions institutionnelles.

2.3. Portée et limites du Traité de Marrakech

Le Traité de Marrakech apporte incontestablement, du fait du contenu de ses dispositions matérielles et de leur caractère obligatoire, des réponses aux questions juridiques que soulèvent les échanges transfrontaliers. Il laisse toutefois subsister un certain nombre de difficultés, qui ne manqueront pas de se manifester au moment où les États signataires en transposeront les dispositions dans leur législation nationale (avant ou après l'avoir ratifié, selon leur tradition juridique).

En d'autres termes, si le Traité peut apparaître comme une condition nécessaire du développement des échanges transfrontaliers, il ne peut suffire à en assurer la fluidification.

2.3.1. Portée du Traité

En mettant fin à l'incertitude juridique sur la légalité des échanges transfrontaliers, le Traité de Marrakech permet - en théorie - de surmonter l'obstacle principal au développement de ces échanges.

2.3.1.1. Exception obligatoire et harmonisation du contenu de l'exception

En premier lieu, le Traité ne se borne pas à créer une exception obligatoire au profit des personnes empêchées de lire, mais il en fixe le contenu obligatoire, s'agissant, d'une part, des actes couverts par l'exception (droit de reproduction, droit de distribution et droit de communication au public ou, plus précisément, « droit de mise à disposition du public » sur des réseaux numériques), et, d'autre part, de la définition des bénéficiaires finaux. En imposant aux États d'introduire dans leur législation nationale cette exception, précisément définie, le Traité crée donc les conditions d'une harmonisation au plan international. Dès lors que le Traité impose aux États des règles matérielles uniformes, il conduit à une harmonisation des législations nationales, qui fait disparaître les conflits de lois et ne laisse plus de place aux querelles sur l'interprétation des règles de conflit de lois. Si la loi du pays A est identique à celle du pays B, peu importe quelle est celle de ces deux lois qui est applicable.

2.3.1.2. Obligation faite aux États d'autoriser les échanges transfrontaliers

En second lieu, en imposant aux États d'introduire dans leur législation une disposition autorisant expressément la diffusion, dans un pays « B », des œuvres adaptées en format accessible dans le pays « A » (par distribution d'exemplaires matériels ou mise à disposition), le Traité met fin aux incertitudes sur la légalité des « exportations », et, sous la réserve de l'ambiguïté de ce terme, sur la légalité des « importations ».

2.3.1.3. La problématique de la licéité des échanges transfrontaliers³⁵²

En effet, comme en attestent, tant les débats au sein de l'OMPI sur la nécessité d'un Traité, que les différences entre les dispositifs mis en place dans plusieurs pays pour gérer les échanges, la question de la licéité des échanges fait l'objet de deux interprétations contraires.

La première repose sur les règles conventionnelles de conflit de lois (expression de la territorialité des droits de propriété intellectuelle), la seconde élude cette question ainsi que celle de l'impact de l'épuisement éventuel du droit de distribution, au profit d'une approche nationale qu'on pourrait qualifier d'extraterritoriale.

2.3.1.3.1. Première interprétation

Selon la première interprétation, la licéité de la diffusion, dans un pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A, n'est pas nécessairement subordonnée à l'autorisation préalable des ayants droit.

Cette interprétation trouve son fondement dans l'article 5(2) de la convention de Berne comme règle de résolution de conflit de lois donnant compétence à la loi du pays de protection (« principe de territorialité de conflit de lois », selon la formule précitée de Nicolas Bouche).

Ainsi qu'il a été dit dans la 1^{ère} partie, il résulte de cette règle de conflit que la loi applicable à la diffusion, dans le pays B, de l'œuvre adaptée dans le pays A est la loi du pays B, ce que confirme l'article 3-701 précité des principes du CLIP de l'institut Max Planck consacré à la loi applicable aux exceptions.

En conséquence, dès que l'œuvre adaptée dans le pays A franchit la frontière du pays B, elle « tombe » sous l'empire de la loi du pays B, sa protection n'étant plus régie par la loi du pays A (pays d'origine), mais par celle du pays B (pays de protection), en vertu, précisément, des conventions internationales qui ont été adoptées pour garantir la protection des œuvres de l'esprit hors de leur pays d'origine.

Ainsi que le rappelle Silke Von LEVINSKI dans l'étude consacrée aux travaux de l'OMPI sur les exceptions en faveur des déficients visuels, *« puisque le droit d'auteur est un droit territorial et que les législateurs nationaux ont normalement tendance à ne pas protéger les œuvres étrangères qui « voyagent » pourtant facilement et constamment, la protection des œuvres dans les pays étrangers ne peut être assurée que par une obligation incombant aux différents pays de protéger les œuvres étrangères lorsqu'elles sont exploitées sur le marché interne »*³⁵³.

³⁵² Les développements qui suivent, qui opèrent la synthèse « opérationnelle » des analyses de la première partie (en particulier des points 1.2.2. et 1.3.2.) auraient pu trouver leur place à la fin de cette première partie. Ils ont été déplacés en amont dans l'objectif précis d'établir un lien entre l'analyse du Traité et les propositions de la 3^{ème} partie. Ils ont été étoffés, par rapport à la version initiale du rapport, en particulier s'agissant du droit de distribution et de l'impact, sur les échanges transfrontaliers, de l'éventuel épuisement de ce droit.

³⁵³ Silke Von LEVINSKI, *Travaux de l'OMPI sur les exceptions et limitations notamment en faveur des déficients visuels*, page 98 (RIDA 2010, n°225, p. 52 à 198) ; voir aussi p.76 : « L'intérêt d'un pays d'adopter un traité sur la protection du droit d'auteur tient au fait qu'en l'absence d'obligations internationales, les œuvres des auteurs ne sont pas généralement protégées dans les pays étrangers, tandis que ces œuvres sont potentiellement présentes partout et peuvent être exploitées dans le monde. Par conséquent, il est fortement de l'intérêt de chaque pays d'assurer également dans les pays étrangers la protection des œuvres de ses auteurs nationaux par le biais d'obligations internationales ».

Il en résulte que la diffusion, dans un pays B, d'une œuvre adaptée, dans un pays A, sur le fondement de la législation du pays A, ne suppose pas nécessairement l'autorisation préalable des ayants-droit.

Le cas de la distribution (sous forme matérielle) doit être distingué de celui de la mise à disposition (sous forme intangible).

S'agissant de la distribution

L'autorisation des ayants-droit serait nécessaire, en premier lieu, dans l'hypothèse où la loi du pays A reconnaît un droit exclusif d'exportation, non couvert par l'exception handicap, ainsi que dans celle où la loi du pays B reconnaît un droit d'importation, non couvert par l'exception handicap (voir 1.3.1.3.1.)

Si aucun des Traités internationaux n'impose aux États de reconnaître de tels droits³⁵⁴, tout État est bien entendu libre d'instaurer une protection supérieure au minimum conventionnel, en garantissant ces droits dans leur législation. La rapporteure n'en a trouvé aucun exemple dans les législations analysées et dans les études comparatives étudiées. Ce qui n'est guère étonnant, dans la mesure où, comme le souligne Silke Von LEVINSKI, « les droits d'exportation/importation » font « normalement partie du droit de distribution, dans le cas des exemplaires matériels ».

Hormis ces deux hypothèses (assez théoriques, mais non impossibles), la nécessité (ou non) de l'autorisation des ayants-droits du pays A ne dépend que de la législation du pays B.

En effet, une fois sur le territoire du pays B, le régime de l'œuvre adaptée (« exportée » du pays A) est exclusivement régi par la loi du pays B (dans lequel elle « importée »).

La licéité de la diffusion, dans le pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A (sur le fondement de l'exception handicap admise dans le pays A), est nécessairement subordonnée à l'autorisation préalable des ayants droit dans l'hypothèse où la législation du pays B ne prévoit pas d'exception au droit exclusif de distribution, et que le droit exclusif n'est pas épuisé.

Cette hypothèse est donc exclue si le pays A et le pays B sont membres de l'Union européenne, dans la mesure où la totalité des pays ont introduit dans leur législation une exception au droit exclusif de distribution, englobant le droit d'exportation et d'importation.

Elle est également exclue si le pays A est membre de l'Union européenne et que le pays B est un État tiers dont la législation du pays B prévoit une exception au droit exclusif de distribution, au profit des personnes souffrant d'un handicap de lecture.

Dans ces deux cas, l'œuvre adaptée peut être distribuée dans le pays B sans autorisation des ayants-droits, sous certaines conditions. Pour être licite, elle doit respecter les conditions fixées par la législation du pays B (notamment en termes de personnes autorisées à accomplir les actes de distribution, de formats autorisés, de bénéficiaires éligibles, et de versement d'une compensation, le cas échéant).

³⁵⁴ Article précité (p.112) : « Étant donné qu'aucun droit d'exportation ou d'importation minimum n'est prévu par la Convention de Berne, l'accord sur les ADPIC ou le WCT, ces traités (...) n'imposent même pas à leurs membres de prévoir un droit exclusif d'exportation/importation ». Voir également la note de bas de page n°66 p.188.

En revanche, cette hypothèse peut se rencontrer en cas d'échanges entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers, ou entre deux États tiers.

En effet, l'épuisement communautaire du droit de distribution ne vaut que sur le territoire de l'Union européenne (le droit exclusif de distribution étant épuisé « en cas de première vente ou premier transfert de propriété dans la Communauté (...) par le titulaire du droit ou avec son consentement »)³⁵⁵, ainsi que sur celui de l'Espace économique européen³⁵⁶.

En revanche, l'article 6-2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur laisse les États libres de définir les conditions de l'épuisement, éventuellement international³⁵⁷. Chaque situation devrait donc être étudiée au cas par cas³⁵⁸, ce qui dépasse le cadre du présent rapport, eu égard à la complexité des problèmes soulevés par les conditions d'épuisement du droit de distribution.

En tout état de cause, si les conditions d'épuisement du droit exclusif de distribution n'étaient pas réalisées, la diffusion de l'œuvre adaptée dans le pays B serait soumise à l'autorisation des ayants droits, faute de quoi elle serait constitutive d'une violation du droit d'auteur, sanctionnable selon les règles fixées par la législation du pays B.

S'agissant de la communication au public et de la mise à disposition (sous forme non tangible)

La question de l'autorisation préalable des ayant droits se pose des termes différents, s'agissant de la mise à disposition sous forme non tangible.

Ainsi qu'on l'a vu dans la première partie, notamment avec l'analyse de Jane GINSBURG sur la portée de ce droit exclusif tel que défini par l'article 8 du Traité de l'OMPI (1.3.1.3.2) et l'étude de l'IvR sur la transposition de la directive 2001/29 (1.1.3.1.1), la notion de « public » ouvre la voie à des interprétations divergentes, en particulier sur la question de savoir si une seule personne peut être un « public ». Par ailleurs, il n'est pas justifié, en matière de « communication au public » ou de « mise à disposition du public », d'invoquer les notions de droits exclusifs d'exportation et d'importation, qui ne s'appliquent, au sens propre, qu'aux œuvres sous forme matérielle³⁵⁹.

³⁵⁵ Certes, s'agissant des œuvres adaptées en format accessible, un doute peut subsister sur la question de savoir si, en l'espèce, l'épuisement est déclenché par la première diffusion de l'œuvre « standard » du pays A vers n'importe quel autre pays de l'Union, ou par la première diffusion de cette œuvre à partir du pays B vers n'importe quel autre pays de l'Union. Toutefois, cette question ne se pose pas, l'exception au droit exclusif de distribution étant admise dans tous les États de l'Union.

³⁵⁶ Le protocole 28 de l'accord instaurant l'Espace économique européen du 15 novembre 2001, relatif à la propriété intellectuelle, stipule en son article 2 (paragraphe 1) que « *dans la mesure où l'épuisement des droits est traité dans les actes ou la jurisprudence communautaire, les parties contractantes prévoient l'épuisement des droits de propriété intellectuelle tel que prévu dans le droit communautaire* ». L'article L122-3-1 du CPI relative à l'épuisement du droit de distribution mentionne d'ailleurs l'EEE.

³⁵⁷ « *les Parties contractantes de déterminer les conditions éventuelles dans lesquelles l'épuisement du droit prévu à l'alinéa 1) s'applique après la première vente ou autre opération de transfert de propriété de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre, effectuée avec l'autorisation de l'auteur.* »

³⁵⁸ Parmi les multiples situations envisageables, on peut notamment distinguer celle des échanges entre un pays A, membre de l'Union européenne et pays État tiers ne prévoyant pas d'exception au droit de distribution, ou encore entre deux États tiers A et B, le pays A admettant l'épuisement international et le pays B ne prévoyant pas d'exception au droit de distribution. Si la situation du droit exclusif doit être appréciée du point de vue du pays B, qu'en est-il des conditions de l'épuisement international ?

³⁵⁹ Voir Silke Von Levinski, article précité : « S'agissant de la diffusion transfrontalière en ligne d'exemplaires dans un format spécial, c'est le droit de mise à disposition, plus que les droits d'exportation/importation, qui font

Il en résulte que si la législation du pays B prévoit une exception au droit d'auteur qui couvre clairement la reproduction et la communication au public et/ou la mise à disposition du public, l'œuvre adaptée en format accessible peut être mise à disposition des bénéficiaires du pays B, sans l'autorisation des ayants droit, dans les conditions fixées par la législation du pays B (notamment en termes de personnes autorisées à accomplir les actes de distribution, de formats autorisés, de bénéficiaires éligibles, et de versement d'une compensation, le cas échéant).

En revanche, dans l'hypothèse où la législation du pays B ne prévoit aucune exception aux droits exclusifs des auteurs au profit des personnes handicapées, ainsi que dans l'hypothèse où une telle exception est admise pour les seuls droits de reproduction et de distribution, l'œuvre adaptée en format accessible ne peut être mise à disposition du public sans l'autorisation des ayants-droits.

Remarques sur les deux formes de diffusion transfrontalière.

Plusieurs dispositifs d'échanges transfrontaliers mis en place sur une échelle géographique limitée semblent reposer - au moins implicitement - sur le raisonnement exposé ci-dessus³⁶⁰. De même, certains des arguments invoqués lors des négociations au sein de l'OMPI, en 2009/2010, pour démontrer qu'un Traité contraignant n'était pas nécessaire pour permettre la diffusion transfrontalière, semblent aller dans ce sens³⁶¹, ainsi que, d'ailleurs, les propositions des États-Unis et de l'Union européenne, en ce qu'elles ouvrent une alternative entre régime législatifs reconnaissant les exceptions au droit de distribution et de mise à dispositions et admettant les échanges, d'une part, et régime contractuel de licences, d'autre part.

2.3.2.2.2. Seconde interprétation

Selon une seconde interprétation, contraire à la première, la diffusion dans un pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A (sur le fondement de la législation du pays A), est subordonnée, dans tous les cas, à l'autorisation préalable des ayants droit. Cette autorisation serait nécessaire, y compris si la législation du pays B comporte une exception handicap dont le champ est rigoureusement identique à celui du pays A³⁶².

Cette interprétation se place sur le seul terrain du droit national, en invoquant, sans le définir, un « principe de territorialité » qui ferait obstacle à toute diffusion transfrontalière.

normalement partie du droit de distribution dans le cas des exemplaires matériels, qui sera en jeu (p.114-115). L'auteur note toutefois que dans la proposition de recommandation présentée par les États-Unis en 2010 à l'OMPI, le terme le droit d'exportation/importation devrait être entendu « non dans un sens technique selon la terminologie internationale, mais comme dans la loi américaine où il couvre la « distribution » en ligne ».

³⁶⁰ Tel est le cas du dispositif d'échanges transfrontaliers entre l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, qui repose sur un simple accord entre les trois sociétés de gestion collective, sans que cet accord soit complété par des licences octroyées par chacune des sociétés de gestion collective, autorisant les bibliothèques pour aveugles à échanger entre elles les œuvres en format accessible (voir supra, 1.3.3.2.4., l'analyse précise du dispositif).

³⁶¹ Voir, en ce sens, l'article précité de Silke Von Levinski (en particulier p.146-147). L'auteur soutient que pour permettre les échanges transfrontaliers, il suffit que les États prévoient dans leur législation une exception au droit de distribution (ou que ce droit soit épuisé) ou/et une exception au droit de communication au public. Elle en déduit qu'un Traité contraignant pourrait être « utile », dans l'hypothèse où les États reconnaissant un droit exclusif d'exportation refuseraient d'introduire dans leur législation une exception à ce droit au bénéfice des déficients visuels.

³⁶² Les protocoles TIGAR et ETIN, qui éludent la question des conflits de loi, semblent reposer sur ce postulat.

En vertu de cette lecture plus « nationale » que « territoriale », les droits exclusifs de reproduction, de distribution et de mise à disposition du public ne seraient « paralysés » par l'exception handicap du pays A qu'à l'intérieur des frontières nationales du pays A. Au-delà des frontières, ces droits exclusifs seraient préservés dans leur intégralité.

Cette thèse se heurte à deux objections.

En premier lieu, elle postule l'existence générale d'un droit d'exportation, non paralysé par l'exception au droit exclusif de distribution et au droit de communication au public admise au bénéfice des déficients visuels.

Or, ainsi qu'il a été dit, le droit d'exportation fait « normalement partie du droit de distribution », s'agissant de la diffusion d'exemplaires matériels », le plus souvent implicitement, parfois explicitement³⁶³. Il en résulte que de droit d'exportation suit le sort du droit de distribution : si l'exception handicap couvre le droit de distribution, elle paralyse également le droit d'exportation. C'est notamment le cas en France, où le droit de distribution est rattaché au droit de destination, qui relève du droit de reproduction.

Il ne peut en aller autrement, ainsi qu'il a été dit au point précédent, que dans l'hypothèse où la loi du pays A reconnaît un droit exclusif spécifique d'exportation (distinct des droits de reproduction et de distribution), et que le périmètre de l'exception handicap ne couvre que les droits de reproduction et de distribution, à l'exclusion du droit d'exportation.

En second lieu, en affirmant que les droits exclusifs de reproduction, de distribution et de communication au public, paralysés par l'exception sur le territoire du pays A, subsistent dans le pays B, on confère une portée extraterritoriale aux droits exclusifs reconnus par la législation nationale du pays A, en contradiction avec le principe en vertu duquel les droits exclusifs de l'auteur n'ont d'existence que sur le territoire de l'État qui les a créés (« principe de territorialité de limitation » des droits de propriété intellectuelle, selon la formule précitée de Nicolas Bouche).

Si les exceptions au droit d'auteur sont donc « territoriales » (au sens où elles ne trouvent à s'appliquer que sur le territoire de l'État qui les admet), la « territorialité » qualifie *d'abord* les droits exclusifs, tels que garantis, sur le territoire national, par une législation nationale, qui en définit le périmètre moins positivement que négativement, par les exceptions à ces droits. **Il paraît pour le moins paradoxal d'invoquer « le principe de territorialité », pour déduire de la « territorialité des exceptions » une extraterritorialité des droits exclusifs.**

En tout état de cause, le caractère « territorial » des exceptions n'implique pas, en lui-même, que la licéité des échanges transfrontaliers soit dans tous les cas subordonnée à l'autorisation des ayants droit, dans la mesure où ne peut être appréciée qu'au regard de la loi nationale compétente.

³⁶³S'agissant des formes implicites, Silke Von Lewinsky observe que tel est le cas en France, où le droit de distribution est rattaché au droit de reproduction. S'agissant des formes explicites, l'article 15 de la loi arménienne sur le droit d'auteur précise que le droit exclusif de distribution inclut le droit exclusif d'importation (Silke Von Lewinsky, Copyright Throughout the World).

2.3.2.2.3. Intérêt du Traité

De manière générale, le caractère « territorial » des exceptions ne constitue donc pas en lui-même un obstacle à toute diffusion transfrontalière des œuvres³⁶⁴. En particulier, les analyses de la première partie conduisent à reconnaître **que l'obstacle principal à la diffusion transfrontalière des œuvres en format accessible ne réside pas dans le caractère « territorial » de l'exception handicap aux droits exclusifs reconnue par les législations nationales, mais dans l'ampleur des différences entre ces législations, et des problèmes de conflits de lois qui en résultent.**

De ce point de vue, ce n'est pas la moindre des vertus du Traité, de mettre un terme à ces divergences d'interprétation ainsi qu'à l'insécurité juridique pesant sur les échanges transfrontaliers, en imposant aux États signataires de procéder à une harmonisation poussée de l'exception au bénéfice des personnes empêchées de lire, et d'autoriser « l'exportation » et l'importation des œuvres en format accessibles, sans autorisation des ayants-droits, y compris dans les cas où le droit de distribution n'est pas soumis à épuisement, communautaire ou international.

2.3.2. Limites du Traité

Si le Traité lève une grande partie des obstacles à la diffusion transfrontalière, il ne règle pas toutes les difficultés.

En premier lieu, en laissant aux États le choix entre plusieurs options quant aux modalités de mise en œuvre de leurs obligations), le Traité n'est pas allé jusqu'au bout de la démarche d'harmonisation. Du fait de ces options, conséquences de la volonté de certains États de ne pas avoir à modifier leur législation, des différences qui subsisteront entre États.

En second lieu, la rédaction de plusieurs dispositions laisse place à des interprétations potentiellement divergentes, qui ne manqueront pas d'alimenter les débats, lors de leur transposition. On peut donc craindre que ces options et interprétations ne compliquent la tâche des ayants-droits et des organismes (« entités autorisées ») qui produisent et diffusent les ouvrages en formats accessibles.

2.3.3. Conclusion provisoire sur le Traité

Malgré ses imperfections, le Traité a pour mérite essentiel de favoriser le développement des échanges, en créant un cadre plus protecteur du droit d'auteur que le flou juridique actuel.

Bien que son contenu puisse susciter des réserves de la part des ayants-droits, qui peuvent l'estimer insuffisamment protecteur de leurs intérêts, le Traité fixe des règles dont le respect pourra être vérifié et dont la violation pourra être sanctionnée. Faute de telles règles, les échanges pourraient se développer hors de tout contrôle. Le Traité constitue ainsi un « filet » protecteur, tant pour les ayants-droits que les organismes et personnes bénéficiaires.

³⁶⁴ Cette confusion n'est pas absente de certains textes de la Commission européenne, qui invoquent, sans jamais le définir, le « principe de territorialité » comme frein aux échanges.

3. Les solutions envisageables

L'adoption du Traité de Marrakech, le 28 juin 2013 élargit la palette des solutions envisageables.

Les solutions reposant sur l'harmonisation internationale et communautaire des législations ne pourront être mises en œuvre qu'à moyen terme. Si leur succès ne dépend pas que de la France, elle peut y contribuer (3.1.)

Les solutions indépendantes de l'harmonisation reposent, d'une part, sur les accords bilatéraux dont la France pourrait prendre l'initiative, et d'autre part, sur la modification du code de la propriété intellectuelle, les deux démarches complémentaires pouvant être entreprises parallèlement (3.2).

En revanche, force est de constater qu'aucune solution satisfaisante ne peut être mise en œuvre à droit constant (3.3.).

3.1. Les solutions reposant sur l'harmonisation des législations ne pourront être mises en œuvre qu'à moyen terme

Ainsi qu'il a été dit dans la deuxième partie, le Traité de Marrakech établit des règles matérielles imposant aux États d'introduire dans leur législation, d'une part, une exception au droit d'auteur permettant de produire, sans l'autorisation des ayants-droit, des œuvres en formats accessibles destinées aux personnes souffrant d'un handicap de lecture, et, d'autre part, l'obligation de permettre la diffusion transfrontalière de ces mêmes œuvres. Dans la mesure où ce Traité a vocation, comme tous les traités internationaux, à devenir une norme s'imposant à toutes les parties (États et Union européenne), il constitue la base d'une harmonisation mondiale et européenne.

3.1.1. L'harmonisation internationale : la mise en œuvre du Traité de Marrakech

Le Traité de Marrakech, adopté le 28 juin par les membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle³⁶⁵ ne crée pas encore d'obligations pour les États. Pour ce soit le cas, il faut qu'il entre en vigueur, ce qui suppose qu'un certain nombre d'étapes soit franchies.

³⁶⁵ Voir l'acte final (VIP/DC/11) : Afghanistan, Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Angola, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bangladesh, Bélarus, Belgique, Bénin, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Burundi, Cambodge, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Comores, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Égypte, Équateur, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Gabon, Gambie, Géorgie, Ghana, Grèce, Guatemala, Guinée, Haïti, Honduras, Hongrie, Inde, Indonésie, Iran (République islamique d'), Irlande, Italie, Jamaïque, Japon, Jordanie, Kenya, Lesotho, Lettonie, Liban, Libéria, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malawi, Mali, Malte, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mexique, Mongolie, Myanmar, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Ouganda, Panama, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Paraguay, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, République centrafricaine, République de Corée, République démocratique populaire lao, République de Moldova, République dominicaine, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Royaume-Uni, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Siège, Samoa, Sao Tomé-et-Principe, Sénégal, Serbie, Seychelles, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Sri Lanka, Suède, Suisse, Swaziland, Tadjikistan, Tchad, Togo, Tonga, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Uruguay, Vanuatu, Union européenne.

3.1.1.1. Les étapes préalables à franchir

3.1.1.1.1. La signature

La première étape est la signature des parties au Traité (États et de l'Union européenne). On rappellera que le Traité a été signé, dès le 28 juin à Marrakech, par 51 pays³⁶⁶, dont cinq pays européens : le Danemark, le Luxembourg, le Royaume-Uni, la Suisse et le Saint-Siège.

Les autres États ainsi que l'Union Européenne, qui ont adopté le Traité (par un acte dit d'authentification) mais ne l'ont pas signé sur place, pourront le faire jusqu'au 27 juin 2014 (L'article 17 stipule que le traité est ouvert à la signature « pendant un an après son adoption ».).

Six autres États ont récemment signé le Traité à Genève : la Namibie (12 août), le Mozambique (28 août), la Lituanie (27 septembre), l'Indonésie (24 septembre), le Zimbabwe (2 octobre) et les États-Unis (2 octobre).

3.1.1.1.2. La ratification et l'entrée en vigueur objective

L'article 18 du Traité stipule qu'il entrera en vigueur « trois mois après que vingt parties (...) ont déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion ». Cette date est celle de l'entrée en vigueur « objective » du Traité comme norme de droit positif international.

3.1.1.1.3. La prise d'effet des obligations découlant du traité

L'article 19 (« Date de la prise d'effet des obligations découlant du traité ») stipule que le traité lie « les 20 parties remplissant les conditions requises visées à l'article 18, à compter de la date à laquelle le présent traité est entré en vigueur » ainsi que « toute autre partie (...) à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle elle a déposé son instrument de ratification ou d'adhésion auprès du Directeur général de l'OMPI ».

Par suite, tous les États signataires ne seront pas liés par les obligations découlant du Traité au même moment, l'entrée en vigueur « subjective » pour chaque partie étant fonction de la date de ratification :

- dans une première phase, le Traité liera simultanément les 20 premières parties ayant déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion, dès le dépôt du 20^{ème} instrument ;
- les autres parties seront liées par le Traité à une date distincte (trois mois à compter de la date du dépôt de l'instrument).

3.1.1.2. Conséquences pratiques

Il en résulte plusieurs conséquences sur le plan pratique.

³⁶⁶ Voir VIP/DC/12 : Afghanistan, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Burkina Faso, Burundi, Cambodge, Cameroun, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Comores, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, Djibouti, Éthiopie, Ghana, Guinée, Haïti, Jordanie, Kenya, Liban, Luxembourg, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Mongolie, Népal, Nigéria, Ouganda, Panama, Paraguay, Pérou, République centrafricaine, République de Moldova, République dominicaine, République populaire démocratique de Corée, Royaume-Uni, Saint-Siège, Sao Tomé-et-Principe, Sénégal, Sierra Leone, Soudan, Suisse, Tchad, Togo, Tunisie, Uruguay (51).

Le risque que le Traité n'entre jamais en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications, paraît faible. Le seuil ayant été fixé à 20 ratifications³⁶⁷, il pourrait être rapidement atteint, notamment eu égard notamment au nombre considérable de pays qui attendent le Traité depuis de longues années.

Si on en juge à la liste des 51 premiers signataires, qui peut être un indice de la détermination des États, le seuil des 20 ratifications pourrait même être atteint rapidement.

Toutefois, un Traité qui ne lierait pour l'essentiel que des États qui ne produisent que peu d'œuvres accessibles aurait une faible portée pratique. Afin que l'objectif d'augmentation de l'offre soit atteint, il est nécessaire que les « gros producteurs » (qui se situent majoritairement dans les pays développés) ratifient le Traité.

La longue opposition de la majorité des pays développés (dont les États-Unis et les États membres de l'Union européenne) à tout traité contraignant peut susciter la crainte - du côté des pays partisans de ce Traité et de ses bénéficiaires finaux - que ces États, même s'ils le signent le Traité d'ici juin 2014, ne tardent à le ratifier, voire ne le ratifient jamais. Or, ainsi qu'il a été dit, malgré ses imperfections, le Traité un cadre normatif protecteur préférable au flou juridique.

➤ *Dans ce contexte, il paraît opportun que la France, qui s'est félicitée de l'adoption du Traité, le signe et le ratifie au plus vite (proposition n°1), et encourage ses partenaires européens à faire de même (proposition n°2).*

3.1.2. L'harmonisation au plan communautaire

3.1.2.1. Une harmonisation nécessaire, du fait du Traité de Marrakech

L'historique de la négociation de la directive 2001/29 atteste de la difficulté de procéder à une harmonisation approfondie, celle-ci imposant par construction aux États membres d'abandonner une part de leurs spécificités nationales auxquelles ils sont naturellement attachés. Si cet obstacle rend peu probable une harmonisation globale de l'ensemble des exceptions, il n'interdit pas une harmonisation de l'exception handicap, qui sera en tout état de cause nécessaire du fait du Traité.

L'Union européenne, qui a négocié le Traité, selon les termes du mandat du Conseil à la Commission, et l'a adopté à Marrakech, en qualité d'organisation régionale, accomplira trois actes : signature, « conclusion », et dépôt de l'instrument de conclusion.

Les 28 États membres, de leur côté, accompliront trois actes : signature, « ratification » et dépôt de l'instrument de ratification.

³⁶⁷ Le seuil est peu élevé, le nombre habituel se situant le plus souvent à 30. Tel est notamment le cas des traités de l'OMPI de 1996 (OMPI-DA et OMPI-DV) et du Traité OMPI de Pékin du 28 juin 2012 sur les interprétations et exécutions audiovisuelle (lequel n'a été ratifié que par la Syrie, le 13 mars 2013).

L'article 218 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ne tranchant pas complètement l'ordre dans lequel les actes doivent intervenir, plusieurs situations sont juridiquement possibles, mais les antécédents éclairent sur la pratique.

L'Union peut signer le Traité sans attendre que les 28 États membres l'aient signé, en application de l'article 218 (5) du TFUE (« *Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision autorisant la signature de l'accord et, le cas échéant, son application provisoire avant l'entrée en vigueur* »). Toutefois, cette signature suppose l'autorisation du Conseil, par décision prise à la majorité qualifiée (article 218 (8)). En pratique, même si elle n'y est pas juridiquement tenue, l'Union « attend » donc que tous les États membres aient signé.

L'Union peut également - en droit - conclure le Traité sans attendre que les 28 États membres l'aient ratifié. Les conditions sont plus restrictives, dans la mesure où sont requises non seulement une décision du Conseil (à la majorité qualifiée), mais également une approbation préalable du Parlement européen (article 218(6))³⁶⁸.

Si l'Union faisait ce choix, tous les États membres seraient liés par le Traité, y compris ceux qui ne l'auraient pas encore ratifié, l'article 216 (2) stipulant que « *Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* ». Il est donc d'usage, afin d'éviter une telle situation, que l'Union « attende », pour conclure un traité, que tous les États l'aient ratifié.

De même, la coutume semble être un dépôt simultané des « instruments » de conclusion (pour l'Union), et de ratification (pour les États membres), comme rappelé dans le considérant 7 de la décision du Conseil du 16 mars 2000 portant approbation des deux Traités de l'OMPI sur le droit d'auteur et sur les droits voisins. Ladite décision autorise ainsi le Président du Conseil à déposer les « instruments de conclusion » des Traités OMPI « à partir de » la date limite de transposition de la (future) directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, alors en négociation. L'UE aurait donc pu déposer son instrument de conclusion dès 2002, mais elle a attendu que tous les États membres aient déposé leurs instruments de ratification, soit le 14 décembre 2009³⁶⁹.

Il est probable que cette pratique soit reprise pour le Traité de Marrakech.

L'Union pourrait toutefois s'assurer que la ratification tardive par les 28 États membres ne retarde pas trop le processus de « transposition » du Traité dans l'ordre juridique communautaire, en intégrant ses dispositions dans le droit de l'Union, par anticipation, comme elle l'a fait en 2001, en transposant les deux Traités de l'OMPI dans la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001. En témoigne l'écart de 8 années séparant l'entrée en vigueur, pour les États membre de l'Union, de la directive 2001/29 (2002) de celle des Traités de l'OMPI pour l'Union (2010).

³⁶⁸ Article 218 (6). « *Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision portant conclusion de l'accord. (...) a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants: (...) v) accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise. Le Parlement européen et le Conseil peuvent, en cas d'urgence, convenir d'un délai pour l'approbation.* »

³⁶⁹ En France, la loi autorisant la ratification n'est intervenue que le 19 juin 2008.

Reprendre la même méthode permettrait d'accélérer la mise en œuvre du Traité, et de réaliser une harmonisation plus poussée qu'au plan international.

En tout état de cause, quelle que soit la méthode et le calendrier, l'Union européenne devra assurer l'intégration dans l'ordre juridique communautaire des obligations découlant du Traité.

Ce qui implique au moins les mesures suivantes :

- rendre l'exception handicap obligatoire (du moins pour les personnes empêchées de lire), alors qu'elle est aujourd'hui facultative ;
- en harmoniser le contenu, d'une part en adoptant la définition des bénéficiaires figurant dans le Traité, et en imposant aux États de l'introduire dans leur législation, et, d'autre part, en la rendant obligatoire pour les droits de reproduction, de distribution et de mise à disposition du public (alors qu'aujourd'hui, les États membres qui l'introduisent librement dans leur législation peuvent en exclure les actes de communication au public) ;
- imposer aux États d'introduire dans leur législation l'obligation d'autoriser les échanges transfrontaliers, dans les deux sens.

Il paraît également opportun que l'exception ne soit pas seulement obligatoire, mais impérative³⁷⁰.

3.1.2.2. Une harmonisation souhaitable, indépendamment du Traité

Dans l'hypothèse où le Traité n'entrerait pas en vigueur, faute de 20 ratifications (hypothèse largement théorique, la ratification par les seuls 28 États membres étant plus que suffisante), une harmonisation de l'exception handicap, limitée au territoire de l'Union, demeurerait souhaitable.

L'introduction d'une exception handicap, obligatoire, impérative, harmonisée dans son champ (actes autorisés, personnes bénéficiaires), ses principales modalités (non compensation, caractère impératif), et ses règles de fonctionnement (échanges entre organismes autorisés, étendue, le cas échéant, aux personnes physiques bénéficiaires) constituerait une avancée significative, du point de vue de l'élargissement de l'offre, de la simplification des procédures et de la sécurité juridique.

Certes, l'harmonisation strictement communautaire ne réglerait pas la question des échanges avec les pays francophones, germanophones, anglophones, italophones, hispanophones, lusophones (etc.) hors de l'Union. Mais elle pourrait constituer une étape et un modèle à suivre dans les phases ultérieures.

- ***Proposition n°3 : œuvrer, au sein des instances de l'Union européennes, en vue d'une transposition communautaire – la plus rapide possible – des obligations du Traité.***

³⁷⁰ Sur ce point, voir en particulier B. Galopin, ouvrage précité.

3.1.1.3. Modalités de la transposition du Traité : modification de la directive 2001/29 ou Règlement ?

Si la transposition dans l'ordre juridique communautaire des obligations d'un Traité, conclu par l'Union européenne, l'engageant ainsi que ses États membres, est une obligation, l'Union est libre quant au choix de la norme législative transposant ces obligations.

En théorie, le choix est ouvert entre une modification de la directive 2001/29 et un règlement spécifique à l'exception handicap et à la diffusion transfrontalière des œuvres, au vu des caractéristiques respectives de ces deux actes législatifs, tels que définies par l'article 288 du TFUE³⁷¹.

Si le règlement est le plus souvent utilisé en matière de propriété industrielle, alors que la directive est l'instrument privilégié de l'harmonisation en matière de propriété intellectuelle, rien ne semble interdire de prendre un règlement en ce domaine³⁷².

Le choix du règlement présenterait, par rapport à celui de la modification de la directive 2001/29, deux avantages non négligeables, en termes de rapidité et d'efficacité. Outre qu'un Règlement spécifique pourrait être adopté plus aisément et plus rapidement qu'une modification de la directive 2001/29³⁷³, il pourrait être mis en œuvre de façon uniforme et dans un délai plus court, étant « obligatoire dans tous ses éléments » et « directement applicable dans tout État membre », sans transposition.

Ce choix présenterait toutefois l'inconvénient majeur de laisser subsister (du moins transitoirement) deux textes communautaires dont les dispositions seraient opposées : l'exception handicap étant obligatoire en vertu du règlement, et facultative en vertu de la directive 2001/29 non modifiée.

Il convient toutefois de mettre en balance les inconvénients juridiques et l'intérêt pragmatique de cette solution, en particulier du point de vue de la France, défavorable à l'ouverture de la révision de la directive 2001/29, et des représentants des déficients visuels, favorables à la mise en œuvre de la solution la plus rapidement opérationnelle.

*

En tout état de cause, qu'elle soit internationale ou communautaire, l'harmonisation ne pourra être réalisée qu'à moyen terme, dans un délai minimum qui peut être estimé entre deux ans et six ans (selon qu'on se situe sur le plan communautaire ou international, et qu'on retient une hypothèse plus ou moins optimiste). Il est donc nécessaire, en l'attente, d'envisager des solutions à plus court terme, indépendantes de l'harmonisation.

³⁷¹ Article 288 TFUE (ex-article 249 TCE) – « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. / Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. / La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. »

³⁷² Il existe au moins un précédent, celui du Règlement (CE) n° 3295/94 du Conseil du 22 décembre 1994 fixant des mesures en vue d'interdire la mise en libre pratique, l'exportation, la réexportation et le placement sous un régime suspensif des marchandises de contrefaçon et piratées.

³⁷³ Dont la révision annoncée fait l'objet d'une mission du CSPLA, confiée à Pierre Sirinelli.

3.2. Des solutions indépendantes de l'harmonisation peuvent être mises en œuvre à court terme, dans un cadre bilatéral et national

Deux dispositifs sont susceptibles d'apporter des réponses à la fois efficaces pour les bénéficiaires et respectueuses du droit d'auteur. Le premier repose sur des conventions bilatérales (3.2.1), le second sur la modification du Code de la propriété intellectuelle (3.2.2.) Les deux démarches, complémentaires, peuvent être conduites parallèlement.

3.2.1. Des conventions bilatérales avec les pays prioritaires

3.2.1.1. Possibilité, portée et intérêt

En France, la primauté des conventions internationales est consacré par l'article 55 de la Constitution, qui dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, *sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Les conventions internationales, y compris bilatérales, une fois ratifiées, l'emportant sur la loi nationale en droit international français³⁷⁴, elles peuvent comporter des dispositions contraires à la législation nationale. Par suite, rien ne s'oppose à ce que la France conclue de telles conventions avec un certain nombre de pays, afin d'organiser les échanges transfrontaliers d'œuvres en formats accessibles. La circonstance que l'Union européenne soit partie au Traité de Marrakech ne semble pas constituer un obstacle, la compétence en matière de propriété intellectuelle étant partagée entre l'Union et les États membres, et les conventions étant conformes aux engagements internationaux de l'Union européenne³⁷⁵.

L'intérêt de telles conventions est de permettre aux deux parties à la Convention de définir librement le cadre juridique des échanges, ce cadre pouvant varier selon les pays partenaires. En effet, en l'attente de l'entrée en vigueur subjective du Traité de Marrakech dans l'ensemble des pays parties, qui harmonisera largement les législations nationales en matière d'exception handicap, ces législations vont demeurer très diverses. De plus, le Traité laissant une certaine marge de liberté aux États, certaines différences vont nécessairement perdurer. Dans ce contexte, une convention bilatérale présente l'avantage de faciliter la définition commune du régime des échanges, chacun des deux partenaires pouvant faire valoir ses exigences. Les

³⁷⁴ Tel est également le cas dans les États dont le régime de droit international est moniste. Dans certains pays de tradition « dualiste », la convention doit non seulement être ratifiée et publiée, mais intégrée dans l'ordre juridique interne par une loi qui en reprend les dispositions et se voit reconnaître la même valeur juridique que les autres lois (Royaume Uni, par exemple). Ces différences ne devraient pas faire obstacle à la conclusion de conventions. Le cas des États-Unis est particulier, dans la mesure où un Traité cesse d'être applicable si une loi fédérale postérieure contient des dispositions contraires.

³⁷⁵ On ne se situe donc pas dans l'hypothèse où un État membre conclurait un accord bilatéral contraire à la législation européenne ou/et à ses engagements internationaux, hypothèse condamnée par la CJCE à propos des accords de transport aériens. Voir arrêts de la CJCE du 5 novembre 2002 dans les affaires C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98 (Commission contre Royaume-Uni, Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche, Allemagne) précisant la répartition des compétences en matière de conclusion d'accords internationaux de transport aérien.

conventions permettraient en outre d'expérimenter, dans un cadre restreint, des modèles à généraliser ultérieurement dans le cadre communautaire et international.

Enfin, de telles conventions pourraient être conclues sous forme simplifiée (par le Premier Ministre)³⁷⁶ et elles pourraient être ratifiées, éventuellement, en fonction de leur contenu, sans qu'une loi autorisant la ratification soit nécessaire³⁷⁷.

3.2.1.2. Contenu possible

Chaque convention pourrait notamment prévoir :

- les catégories de formats pouvant être échangées (en excluant, le cas échéant, ceux qu'un des pays ne souhaite pas « importer » (par exemple, les adaptations en gros caractères, pour le Canada, si ce pays souhaitait les exclure des échanges) ;
- les organismes autorisés à procéder à ces échanges, dans chacun des deux pays, et leur droit, le cas échéant, à diffuser directement à un bénéficiaire ;
- les catégories de bénéficiaires (en adoptant, le cas échéant, des critères plus larges que ceux de la législation nationale du pays A, ou plus restrictifs que ceux du pays B) ;
- les modalités d'information des ayants-droit ;
- les modalités de contrôle du respect des obligations fixées dans la convention.

3.2.1.3. Pays prioritaires et modalités des accords

La liste des pays avec lesquels de telles conventions pourraient être conclues en priorité pourrait être établie en fonction de plusieurs critères, cumulatifs ou alternatifs, d'intérêt en termes de développement de l'offre en France, de la parenté des législations existantes, et de sécurité des échanges.

On peut notamment songer :

- aux pays francophones : Belgique, Luxembourg, Suisse et Canada,
- aux pays anglophones (Royaume-Uni, États-Unis, Australie etc.), qui disposent, du fait de leur longue expérience, d'une compétence technique incontestable, et dont l'offre, considérable, serait utile aux étudiants aveugles résidant en France ;
- à certains pays africains avec lesquels la France a conclu ou entend conclure des accords de coopération en matière culturelle.

Des accords bilatéraux étant régulièrement conclus en matière culturelle et éducative, la convention bilatérale pourrait être uniquement consacrée aux échanges transfrontaliers, ou une convention culturelle plus générale, au sein de laquelle un chapitre spécifique serait inséré.

³⁷⁶ La pratique française distingue les accords dits en forme solennelle - désignés à l'article 52 de la Constitution par le terme « traités », conclus au nom des chefs d'État, et les accords en forme simplifiée, conclus au niveau des gouvernements.

³⁷⁷ L'article 53 de la Constitution prévoit que sont soumis au Parlement avant leur ratification ou leur approbation, certains engagements internationaux, dont font partie les traités et accords « qui modifient des dispositions de nature législative ». Il appartient au ministre des affaires étrangères d'apprécier la nécessité de cette procédure, en fonction des stipulations de l'accord.

Il pourrait à cet égard être opportun d'examiner si un chapitre spécifique peut être ajouté à une convention bilatérale en cours de négociation. Un tel chapitre aurait pu, par exemple, être inséré dans l'accord relatif aux personnes handicapées conclu avec la Belgique qui vient d'être ratifié³⁷⁸.

➤ *Proposition n°4 : conclure une série d'accords bilatéraux, en commençant par les pays francophones et anglophones*

3.2.2. La modification du code de la propriété intellectuelle

La législation française étant loin d'être conforme aux dispositions du traité de Marrakech, elle devra être modifiée en conséquence, et pourrait l'être, sans attendre la ratification du Traité.

3.2.2.1. Rappel du dispositif national³⁷⁹

La France a transposé l'exception handicap facultative au droit d'auteur prévue par la directive 2001/29 à l'article L.122-5, 7° et aux articles R122-13 et suivants du code de la propriété intellectuelle³⁸⁰.

3.2.2.1.1. Les bénéficiaires finaux

La définition législative du champ des bénéficiaires finaux de l'exception (7° de l'article L.122-5) précisée par voie réglementaire (articles R122-13 et R.122-14) est beaucoup plus étroite que celle du Traité³⁸¹, et le critère du taux d'incapacité de 80% n'est par définition pas susceptible d'être satisfait par une personne non française, sauf si elle réside en France.

En revanche, le bénéfice de l'exception n'est soumis à aucune condition de nationalité. Un aveugle ou malvoyant étranger résidant ou séjournant en France peut donc (s'il est francophone ou parle français) accéder aux livres adaptés, à condition d'établir qu'il remplit une des deux conditions d'éligibilité.

3.2.2.1.2. Les actes autorisés eu titre de l'exception

L'article L.122-5 (7°) du CPI autorisant les organismes agréés à effectuer des actes de « reproduction » et de « représentation », soit la totalité des droits exclusifs reconnus à l'auteur, son champ matériel est conforme à celui du Traité de Marrakech (reproduction, distribution d'exemplaires matériels, et mise à disposition sur des réseaux numériques). Il est même plus large, dans la mesure où il couvre la communication au public sous toutes ses formes. La transposition devra donc préciser si elle limite l'exclusion à la mise à disposition.

³⁷⁸ Loi n° 2013-1009 du 13 novembre 2013 autorisant l'approbation de l'accord-cadre entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la région wallonne du Royaume de Belgique sur l'accueil des personnes handicapées signé le 21 décembre 2011

³⁷⁹ Cette partie ne contient pas de propositions du rapporteur, mais se borne, à l'occasion de la présentation des dispositions actuelles, à attirer l'attention sur les points pouvant faire l'objet d'une réflexion. Les propositions proprement dites sont exposées au point suivant (3.2.2.2.).

³⁸⁰ Voir la première partie du présent rapport et les annexes V et VI reproduisant les textes.

³⁸¹ Voir la première partie du présent rapport et le rapport IGAC n°2013-12 précité (2.4., en particulier 2.4.2.)

S'agissant du droit de distribution, il est admis qu'il est contenu dans le droit de reproduction. Il n'est donc pas contestable que l'exception au droit de reproduction couvre le droit de distribution. La transposition du traité pourrait néanmoins être l'occasion d'introduire explicitement le droit exclusif de distribution. Il est en effet difficile de définir une exception à un droit implicite, qu'une jurisprudence ancienne rattache au droit de destination³⁸², lui-même « encapsulé » dans le droit de reproduction³⁸³. En outre, l'article L.122-3 disposant que la reproduction « *consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* », il n'est pas évident, pour une bibliothèque pour aveugles non française, ignorant la conception synthétique du droit d'auteur français, que l'exception au droit de reproduction couvre également le droit de distribution prévu par l'article 6.1. du Traité OMPI sur le droit d'auteur³⁸⁴.

La reprise explicite de ce droit représenterait certes un changement important dans le code de la propriété intellectuelle, dont la rapporteure a bien noté qu'il pouvait être jugé inopportun, en particulier du point de vue des contrats en cours. Toutefois, le passage de deux à trois droits exclusifs ne semble pas de nature à remettre en cause la conception synthétique des droits de propriété intellectuelle caractéristique du droit français³⁸⁵.

De façon symétrique, il pourrait être également opportun, dans le contexte du Traité, de préciser que l'exception au droit de reproduction ne couvre pas le droit de traduction rattaché au droit de reproduction.

3.2.2.1.3. Les personnes pouvant les accomplir les actes autorisés

S'agissant des personnes autorisées à accomplir les actes entrant dans le champ de l'exception, (reproduction et représentation), l'article L.122-5 (7°) du CPI les réserve aux seuls organismes titulaires d'un agrément ministériel. Il ne prévoit pas que les bénéficiaires finaux (ou des proches) puissent accomplir des actes de reproduction pour leur propre compte.

³⁸² Sur le droit de destination, voir A.Lucas, HJ Lucas et A.Lucas-Schloetter, n°264 à 268.

³⁸³ Pour une critique du choix du législateur français de ne pas transposer (en 2006) le droit de distribution au Code de la propriété intellectuelle, tout en transposant l'épuisement communautaire de ce droit, voir André LUCAS, *Le droit de distribution et son épuisement* (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2006, étude 25). L'auteur observe notamment : « *il aurait fallu expliquer comment ce droit de distribution qui n'ose même pas dire son nom (parce que sa consécration expresse risque de ruiner le principe même de la doctrine du droit de destination) s'articule avec le droit de destination que par ailleurs on prétend conserver. Dire, par exemple, qu'il est une composante du droit de destination, ou, si on se refuse vraiment à le nommer..., du droit de reproduction.* »

³⁸⁴ « *Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété* ».

³⁸⁵ A. LUCAS note à cet égard dans l'article précité : « *Le droit de destination a incontestablement l'avantage de la souplesse. Il s'inscrit bien dans la conception synthétique du droit d'auteur français. Mais le droit de distribution sujet à épuisement offre plus de lisibilité, et donc de sécurité. Il prend mieux en compte les impératifs du droit de la concurrence, sans sacrifier les intérêts des auteurs (notamment en ce qu'il permet d'atteindre ceux qui diffusent des exemplaires fabriqués illicitement, même lorsqu'ils ont été acquis licitement.). Enfin, il permet d'unifier les solutions relatives au droit d'auteur et celles relatives aux droits voisins, dont la structure analytique se prête mal à la doctrine du droit de destination.* »

3.2.2.1.4. Les échanges entre organismes agréés

La rédaction des textes a pour effet d'interdire tout échange transfrontalier (dans les deux sens), y compris par l'intermédiaire d'un organisme autorisé dans un autre pays. En effet, les actes autorisés ne peuvent être réalisés que par des organismes titulaires d'un agrément ministériel au profit de leurs membres ou adhérents.

Le premier alinéa du 7° de l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle dispose que « La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques ». D'autre part, le 2^{ème} alinéa prévoit que « Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent. ».

L'article L.122-5 du CPI ne prévoit pas que les organismes agréés puissent échanger entre eux les œuvres adaptées. L'article R122-18 confirme que cela ne leur est pas permis, du moins pour les adaptations numériques (« *Les personnes morales et les établissements inscrits sur la liste mentionnée à l'article R. 122-15 qui demandent un fichier numérique ayant servi à l'édition d'une œuvre imprimée ne peuvent communiquer le fichier transmis par l'organisme dépositaire qu'aux personnes atteintes d'un handicap au sens des articles R. 122-13 et R. 122-14, pour lesquelles l'accès à ces fichiers conditionne la lecture des ouvrages.* »).

Il semble résulter de ces dispositions que les organismes agréés ne réalisent des adaptations qu'au seul profit de leurs membres ou usagers.

En outre, si les textes ne fixent pas de condition de nationalité ou d'installation en France pour l'obtention de l'agrément, on peut penser qu'une demande d'agrément émanant d'un organisme autorisé dans un autre pays serait rejetée, en l'état des textes. En tout état de cause, en imposant aux organismes autorisés dans les autres pays d'être titulaires d'un agrément en France, la France poserait une règle incompatible avec le Traité.

3.2.2.2. Nécessité de modifier le Code de propriété intellectuelle

Il est donc nécessaire, afin de mettre la législation française en conformité avec le Traité de Marrakech, de modifier le code de la propriété intellectuelle.

Certaines modifications sont nécessaires (s'agissant des dispositions obligatoires du Traité), d'autres peuvent être envisagées (s'agissant des options laissées à l'appréciation des États).

3.2.2.1. Élargir le champ des bénéficiaires

Deux modifications du CPI sont nécessaires pour élargir le champ des bénéficiaires :

- ✓ au 7° de l'article L122-5 du CPI, la définition des bénéficiaires doit se borner à reprendre intégralement celle du Traité

- ✓ dans le même article, la référence aux critères et aux modes de preuve (taux d'incapacité apprécié par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, empêchement de lire reconnu par certificat médical) paraît devoir être supprimée, et renvoyée à un décret modifiant la partie réglementaire du CPI ³⁸⁶;
- ✓ l'article R122-13 du CPI (fixant le taux d'incapacité de 80%) doit être abrogé³⁸⁷ et l'article R122-15 doit être modifié, pour préciser les modalités d'appréciation des critères d'éligibilité, en conformité avec le Traité.

Il convient en outre d'examiner s'il est nécessaire d'introduire une distinction en fonction de la situation des bénéficiaires (selon qu'ils résident ou non en France).

La question ne se pose pas, s'agissant des échanges entre organismes autorisés : il reviendra en effet à l'organisme autorisé du pays B (« importateur ») de vérifier les conditions d'éligibilité, selon les modalités prévues par la législation du pays B.

Elle se pose, en revanche, s'agissant de la diffusion d'une œuvre adaptée dans le pays B, par un organisme autorisé du pays A, directement à un bénéficiaire résidant dans un pays B, disposition prévue par l'article 5 du Traité, dont il a été dit plus haut qu'elle pouvait être interprétée comme obligatoire ou facultative (voir 2.2.3.).

Si cette disposition est obligatoire, ou si, bien que facultative, il est jugé opportun de l'introduire à l'article L122-5 du CPI, les modalités d'établissement de l'éligibilité devront être adaptées :

- si un organisme autorisé en France diffuse une œuvre adaptée à un bénéficiaire résidant dans un pays B, il ne peut exiger, par exemple, que le certificat soit établi selon la procédure actuellement prévue pour la reconnaissance de l'incapacité, dont les modalités excluent par construction les bénéficiaires ne résidant pas sur le territoire français) ;
- symétriquement, si un organisme autorisé dans un autre pays diffuse une œuvre adaptée à un bénéficiaire résidant en France, il ne peut pas davantage exiger que le certificat médical soit établi une institution de ce pays.

Le décret modifiant la partie réglementaire du CPI devra donc préciser les modalités d'établissement de l'éligibilité.

3.2.2.2. En fonction de l'interprétation du Traité, permettre aux bénéficiaires finaux de réaliser des adaptations pour leur seul usage.

L'article 4 du Traité prévoit que les bénéficiaires finaux (ou leur proche) peuvent accomplir des actes de reproduction pour leur propre compte. La rédaction étant ambiguë, il n'est pas certain que cela soit une simple possibilité ou une obligation.

³⁸⁶ Les propositions du rapport IGAC précité (point 3.3.), antérieures à l'adoption du Traité, ne prennent pas en compte la contrainte internationale. La proposition tendant à renvoyer, au 7° de l'article L122-5 du CPI, à la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, n'est de toute évidence pas applicable pour les bénéficiaires résidant à l'étranger.

³⁸⁷ Voir l'analyse de ce critère dans le rapport IGAC n°2013-12 précité (point 2.4., en particulier 2.4.2.)

En revanche, ainsi qu'il a été dit, le CPI, qui réserve ces actes aux seuls organismes agréés, ne prévoit pas cette possibilité, contrairement à d'autres pays (notamment au Canada, en Suède et au Royaume-Uni).

Cette disposition paraissant opportune, il serait utile de la prévoir explicitement à l'article L.122-5 (7°) du CPI. En effet, bien que la notion de « reproduction » soit conçue extensivement, il n'est pas certain que les actes d'adaptation des œuvres en formats accessibles entrent dans le champ spécifique de l'exception pour copie privée, laquelle ne vise en principe que la reproduction à l'identique de l'œuvre, et non l'adaptation. En tout état de cause, dès lors que le principe est jugé opportun, on voit mal quel serait l'inconvénient d'une clarification.

3.2.2.2.3. Permettre les échanges transfrontières

Deux modifications du CPI sont nécessaires pour permettre les échanges transfrontaliers :

- ✓ au 7° de l'article L122-5 du CPI, la définition des organismes agréés doit être modifiée, notamment pour leur permettre explicitement de transmettre les œuvres adaptées en France à tout organisme étranger autorisé dans son pays (« entité autorisée » au sens du Traité); et pour permettre à ces mêmes organismes de recevoir (« importer ») des œuvres adaptées dans un autre pays ;
- ✓ à l'article R 122-17 du CPI, les conditions d'agrément doivent être revues : un 3ème niveau d'agrément pourrait éventuellement être créé, afin de limiter le nombre d'organismes autorisés à « exporter » les œuvres en format accessible.

En outre, en fonction de l'interprétation de l'article 5 du Traité (voir 2.2.3.), et du choix en opportunité (si la disposition est facultative), il conviendra de prévoir, le cas échéant, les conditions dans lesquelles les organismes agréés pourront diffuser les œuvres adaptées directement aux bénéficiaires finaux et contrôler leur éligibilité (voir 3.2.2.1).

3.2.2.2.4. La question de la compensation de l'exception, dans le contexte des échanges transfrontaliers

Ainsi qu'il a été dit, l'article 4.5) du Traité de Marrakech (comme la directive 2001/29) laisse aux États la liberté d'assortir ou non les exceptions d'un droit à rémunération, ce qui a pour effet de permettre aux États dont la législation prévoit une « compensation équitable » de la maintenir.

Si la France a fait le choix, en 2006, d'une exception non compensée, il n'est pas interdit de se reposer la question, dans le contexte de la transposition du Traité, et de l'élargissement de la diffusion des œuvres adaptées hors du territoire national.

Il s'agit là d'un choix en opportunité, le principe d'une compensation de l'exception handicap ne se heurtant à aucune objection majeure, une analogie avec le droit de prêt en bibliothèque pouvant d'ailleurs être établie.

Il convient de rappeler en outre que les aveugles et malvoyants n'ont jamais revendiqué la gratuité, mais l'accès à toutes les œuvres, dans les mêmes conditions de délai et de coût que les bien-voyants. C'est d'ailleurs la maxime du consortium Daisy.

En revanche, l'option consistant à réserver la compensation équitable aux seuls ouvrages diffusés hors du territoire national se heurte à plusieurs objections :

- si l'article 6 du Traité de Marrakech laisse aux États la liberté de prévoir une compensation pour l'exception handicap, il ne prévoit pas cette option, s'agissant de la seule « exportation » des ouvrages ;
- il ne paraît pas justifié (ni juridiquement, ni moralement) d'introduire un *distinguo* en termes de compensation, selon que l'œuvre est diffusée à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières nationales³⁸⁸ ;
- les coûts de gestion de la compensation au titre de la seule diffusion transfrontalière seraient probablement supérieurs au montant des redevances perçues³⁸⁹, compte-tenu du volume des titres adaptés en format accessible et du faible montant des redevances fixées pour la diffusion nationale (dans les pays où l'exception est compensée), ce qui poserait en outre la question des modalités de financement.

Il convient toutefois d'anticiper les effets de l'harmonisation partielle en ce domaine.

En effet, les États dont la législation prévoit aujourd'hui une compensation financière vont probablement l'étendre à la diffusion transfrontalière.

Si l'on retient le schéma résultant de la règle de résolution des conflits de loi, il en résultera, par exemple, s'agissant des échanges entre la France (ou l'exception n'est pas compensée) et la Suisse (où elle est compensée), les conséquences suivantes :

- la loi applicable, à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée en Suisse, étant la loi française, l'ayant-droit suisse ne peut prétendre à une compensation ;
- la loi applicable, à la diffusion, en Suisse, d'une œuvre adaptée en France, étant la loi Suisse, l'ayant-droit français peut prétendre à une compensation financière, qui ne peut être perçue et répartie, selon la loi Suisse, que par une société de gestion collective de droit suisse, dont le siège social est en Suisse (*ProLitteris*, en l'espèce) ;
- la société de gestion collective suisse devrait donc verser à une SPRD française le produit de cette rémunération, à charge pour elle de la reverser aux ayants-droits, déduction faite des frais de gestion ;
- il en irait de même pour la diffusion en Allemagne, en Autriche, aux Pays-Bas, et dans tous les pays où l'exception est compensée.

La loi modifiant le CPI devrait-elle pour autant instituer une gestion collective obligatoire de ces droits générés par la diffusion hors des frontières nationales ?

Cela ne serait nécessaire que si le choix était fait, à l'occasion de la modification du CPI, d'instaurer une compensation de l'exception handicap, la perception et la répartition des

³⁸⁸ La loi canadienne sur le droit d'auteur a fait ce choix (voir *supra*, 1.3.3.2.3). La disposition permettant « l'exportation » des ouvrages adaptés en (certains) formats accessibles prévoit le versement d'une redevance à l'auteur. Toutefois, cette redevance ne fait pas l'objet d'une gestion collective : les utilisateurs doivent la verser directement à l'auteur. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'utilisateur ne parvient pas, malgré un effort raisonnable, à contacter l'auteur qu'il doit verser la redevance à une société gestionnaire des droits, laquelle est alors chargée de retrouver l'auteur et de lui reverser la redevance.

³⁸⁹ Par exemple, en Allemagne, environ 25.000 € par an.

revenus issus de la compensation entrant naturellement dans le champ de la gestion collective obligatoire³⁹⁰.

En revanche, si le choix est fait de conserver la gratuité de l'exception handicap française, il n'est pas nécessaire d'instaurer une gestion collective, qui n'a de sens que dans le cas d'une exception compensée. Par ailleurs, la loi transposant le Traité de Marrakech dans le CPI devant permettre aux organismes agréés de diffuser les œuvres adaptées au-delà des frontières nationale, sans autorisation des ayants droit, il n'est pas davantage nécessaire de créer une gestion collective, fut-elle limitée à la gestion des autorisations³⁹¹.

Les échanges avec des pays où l'exception est compensée pour pourraient être gérés dans le cadre d'un accord conclu par les SPRD françaises avec les sociétés de gestion « sœurs », comme il en existe dans d'autres domaines. Un tel accord pourrait être établi sur le modèle de celui conclu par les sociétés de gestion collective allemande, autrichienne et suisse, pour les échanges entre bibliothèques germanophones pour aveugles du réseau Medibus³⁹², moyennant, le cas échéant, quelques adaptations.

Le schéma général en serait le suivant :

- désignation, par les représentants des éditeurs et des auteurs, de la (ou des) société(s) de perception et de répartition des droits qui serait mandatée pour signer un accord avec les sociétés de gestion collective des pays francophones ; ³⁹³
- constitution d'un réseau des organismes francophones réalisant des adaptations d'ouvrages pour personnes malvoyantes (limité aux pays dont la législation est analogue : France, Belgique, Luxembourg, Suisse, Canada) ;
- conclusion d'un accord entre la (ou les) société(s) française(s) de perception et de répartition des droits mandatée(s) et les sociétés de gestion collective de ces cinq pays ;
- mise en place opérationnelle des échanges, sans autre formalités que celles prévues par l'accord.

On rappellera, que l'accord Medibus ne prévoit aucune comptabilisation distincte des exemplaires distribués, selon qu'ils sont diffusés à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières nationales, et ne donne lieu à aucun flux financier entre les trois sociétés de gestion collective³⁹⁴.

³⁹⁰ Qui pourrait alors s'inspirer de la rémunération du droit de prêt en bibliothèque.

³⁹¹ Cette solution, évoquée dans la lettre de mission, visait l'hypothèse où les autorisations d'exportation seraient délivrées globalement par une société de gestion collective, et non titre par titre. La future loi devant permettre ces échanges, la solution est donc, en tout état de cause, périmée, ce qui dispense de l'examiner de manière approfondie comme la rapporteure avait envisagé de le faire, initialement.

³⁹² Voir supra, 1.3.3.2.4.

³⁹³ Deux SRPD sont susceptibles de signer un accord avec les sociétés sœurs : la SOFIA (Société Française des Intérêt des Auteurs de l'écrit), et le CFC (Centre Français d'exploitation du droit de Copie), selon que l'accord porte sur le seul livre ou également sur la presse.

³⁹⁴ Selon les représentants de WG Wort, le dispositif vise à « minimiser les coûts de transaction ».

3.2.2.4. Calendrier de la modification législative

Le code de la propriété intellectuelle peut être modifié dès la signature du Traité par la France. En effet, quand la ratification d'un traité impose de modifier la législation nationale - ce qui est le cas - il est d'usage de mettre le droit interne en conformité avec les stipulations de ce Traité avant de le ratifier. Tel a été le cas, par exemple pour l'entrée en vigueur de la convention de l'OCDE contre la corruption. Une même loi peut transposer plusieurs conventions, dont certaines sont ratifiées et d'autres non³⁹⁵.

La modification du code de la propriété intellectuelle pourrait être introduite dans le projet de loi relative à la création dont la ministre de la culture et de la communication a annoncé qu'elle entendait qu'elle soit examinée en Conseil des ministres au début de l'année 2014³⁹⁶.

Outre que ce calendrier assurerait une mise en œuvre dans les meilleurs délais, il permettrait à la France de faire partie des premiers États à ratifier le Traité.

- *Proposition n°5 : modifier au plus vite le Code de la propriété intellectuelle en transposant les dispositions du Traité de Marrakech sans attendre son entrée en vigueur objective*

3.3. Aucune des solutions à droit constant n'est satisfaisante

Ainsi qu'il a été dit dans la première partie du présent rapport (1.3.3), plusieurs dispositifs ont été mis en place ces dernières années, en vue d'organiser la diffusion transfrontalière des œuvres en formats accessibles, en l'absence de norme juridique internationale. Certains d'entre eux l'ont été sous forme de protocole d'expérimentation (TIGAR, dans le cadre de l'OMPI, et ETIN dans le cadre communautaire). D'autres l'ont été au plan national (licences volontaires au Royaume Uni, régime législatif au Canada). Enfin, des réseaux d'échanges ont pu être constitués entre un petit nombre de pays, grâce à un accord conclu entre sociétés de gestion collectives (réseau Medibus entre l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse).

Tous ces dispositifs reposent (à l'exception notable du Canada) sur l'utilisation des possibilités offertes, à droit constant, pour organiser la diffusion transfrontalière dans un cadre respectueux du droit d'auteur.

³⁹⁵ Voir le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, n° 736, déposé à l'Assemblée nationale le 20 février 2013. Selon le rapport de présentation, le projet de loi « adapte la législation pénale française à plusieurs instruments internationaux, dont certains sont ratifiés, d'autres non. Par exemple la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul, le 11 mai 2011, pour laquelle la législation française déjà très largement conforme ne nécessite que quelques aménagements (incrimination de la tentative d'interruption volontaire de grossesse sans violence, de l'incitation non suivie d'effet d'un mineur à se soumettre à une mutilation sexuelle, de la tromperie d'une personne pour qu'elle quitte le territoire national afin d'être soumis à l'étranger à un mariage forcé). »

³⁹⁶ Voir communiqué de presse du 26 septembre 2013

La rapporteure n'ayant pas la prétention d'inventer une solution inédite, toutes les voies ayant probablement été explorées, elle s'est efforcée de rechercher, dans la palette des solutions existantes, celle qui pourrait remplir les conditions fixées par la lettre de mission : apporter des « *réponses pragmatiques et **rapidement opérationnelles*** », d'une part, et « *concilier la **souplesse d'utilisation** pour ses bénéficiaires et la **sécurité juridique** pour les titulaires de droits* ».

Force est de constater qu'aucune des solutions à **droit constant** ne répond à ces conditions.

En effet, ainsi qu'il a été dit plus haut (3.2.2.1.3), l'article L.122-5 du code de la propriété intellectuelle fait obligation aux organismes agréés réalisant des adaptations d'œuvres en format accessible de ne les diffuser (« en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre »), qu'aux seules personnes physiques bénéficiaires, que celles-ci soient leurs « *membres ou usagers* ». Cet article n'autorise pas les organismes agréés à échanger entre eux les œuvres adaptées, ce que confirme l'article R122-18, s'agissant des fichiers numériques³⁹⁷. **Or, cette disposition législative a une portée générale dépassant celle de l'exception, dans la mesure où elle fixe de cadre légal de l'activité des organismes, et ses limites.**

La pertinence des solutions envisageables à droit constant doit donc être examinée à l'aune de leur compatibilité avec cette disposition de nature législative, qui borne l'ensemble des activités des organismes agréés, que ces activités s'exercent, sur le fondement de l'exception handicap définie par la législation nationale, dans les limites du territoire français, ou au-delà des frontières nationales.

3.3.1. La solution reposant sur le protocole TIGAR

Ainsi qu'il a été dit plus haut³⁹⁸, le dispositif d'échanges transfrontaliers mis en place dans le cadre du protocole TIGAR « Trusted Intermediary Global Accessible Resources » signé en novembre 2010 repose sur une gestion centralisée confiée à un service dédié de l'OMPI. Le service, doté de moyens propres, reçoit les demandes de fichiers formulées par les « intermédiaires de confiance » (organismes nationaux réalisant des adaptations en formats accessibles), les transmet à l'organisme gérant les droits d'auteur (société de gestion collective, éditeurs ou syndicat d'auteur, selon le pays), lequel - après avoir, le cas échéant, obtenu l'accord des ayants-droit – récupère le fichier de l'ouvrage et le transmet au serveur sécurisé de l'OMPI. Une fois ces opérations accomplies, les « intermédiaires de confiance » nationaux peuvent télécharger le fichier et le mettre à disposition des personnes physiques bénéficiaires.

Le défaut majeur de ce dispositif, outre son caractère centralisé, est qu'il repose sur une autorisation titre par titre.

³⁹⁷ « Les personnes morales et les établissements inscrits sur la liste mentionnée à l'article R. 122-15 qui demandent un fichier numérique ayant servi à l'édition d'une œuvre imprimée ne peuvent communiquer le fichier transmis par l'organisme dépositaire qu'aux personnes atteintes d'un handicap au sens des articles R. 122-13 et R. 122-14, pour lesquelles l'accès à ces fichiers conditionne la lecture des ouvrages. ».

³⁹⁸ Voir plus haut, 1.3.3.3.1.

Les résultats sont décevants, dans la mesure où, depuis juin 2011 (date de la mise en place opérationnelle) seuls 750 titres ont été mis à disposition des TIs. Certes, ce chiffre, qui correspond à 75% des demandes d'autorisation, témoigne de l'implication des ayants-droit. Mais il est faible, eu égard en particulier au volume total des ouvrages accessibles produits par les organismes nationaux. Le faible volume de demandes peut ainsi s'expliquer par la complexité de la procédure et les délais excessifs en découlant.

On peut donc estimer que la solution reposant sur ce dispositif ne répond pas au critère de « *souplesse d'utilisation pour ses bénéficiaires* ».

À supposer que les améliorations prévues pour la seconde phase du projet, à partir de 2014, soient effectivement mises en place, leurs effets ne se traduiront au mieux que fin 2014. En outre, le protocole ayant été mis en place, ainsi qu'il a été dit, pour démontrer qu'un Traité international n'était pas nécessaire, et, plus prosaïquement, en vue de faire barrage à son adoption, on peut craindre qu'il ne rencontre guère de succès auprès des organismes représentant les aveugles³⁹⁹, qui pourraient préférer - ce qui peut se comprendre - concentrer leurs moyens limités d'une part, à la production d'ouvrages accessibles, et, d'autre part, aux actions en vue d'une mise en œuvre rapide du Traité. On peut donc estimer que la solution ne répond pas aux critères caractérisant une solution *rapidement opérationnelle*.

Last but not least, cette solution présente un défaut majeur : elle est contraire à la loi française, qui, ainsi qu'il a été dit, n'autorise les organismes agréés en France à transmettre les œuvres qu'ils adaptent qu'aux seules personnes physiques bénéficiaires éligibles selon les critères du CPI. La circonstance que les ayants-droit accordent une autorisation « d'exportation », sur le fondement du protocole, est sans incidence à cet égard. ***Si un Traité international bilatéral, supérieur à la loi dans la hiérarchie des normes, permet de s'affranchir des contraintes de la loi nationales, tel n'est pas le cas d'un simple accord contractuel.***

Cette solution n'est donc pas applicable en France ***à droit constant***⁴⁰⁰. Elle ne peut le devenir que si l'article L.122-5 du CPI est modifié. Or, la modification visant à transposer le Traité de Marrakech aura pour effet de permettre les échanges sans autorisation des ayants droit. En d'autres termes, l'application du projet TIGAR, qui n'est *pas juridiquement possible en France* avant la modification du CPI, perdra une grande partie de son *utilité juridique en France*, une fois la loi intervenue.

Le projet TIGAR pourrait certes conserver un intérêt sur le plan international, notamment sur le plan technique, en l'attente de l'entrée en vigueur du Traité, à condition de l'anticiper sur la plan des orientations « philosophiques ».

³⁹⁹ L'Union mondiale des aveugles, qui avait initialement accepté de participer au projet TIGAR, à condition que la démarche soit complémentaire, et non alternative, à l'élaboration d'un traité, a suspendu sa participation au projet, au motif que cette condition n'était pas respectée.

⁴⁰⁰ Cette incompatibilité semble être une exception française. Dans l'échantillon des 15 législations nationales étudiées, la France est le seul pays à interdire expressément les échanges entre organismes. La législation des autres pays est donc compatible avec TIGAR.

3.3.2. La solution reposant sur le protocole ETIN

La solution reposant sur le protocole ETIN signé le 14 septembre 2010 (European Trusted Intermediaries Network - Réseau européen d'intermédiaires accrédités)⁴⁰¹ concernant « *L'accès aux œuvres pour les personnes souffrant d'un handicap les empêchant de lire les imprimés* » se heurte à des objections similaires, s'agissant de sa cohérence avec les perspectives ouvertes par le Traité de Marrakech, et, plus gravement, de sa conformité à la loi française.

En outre, si ce protocole décentralisé présente en théorie des avantages comparatifs indéniables par rapport à son homologue international, s'agissant du critère de souplesse pour les bénéficiaires (gestion globale des autorisations et gestion décentralisée des serveurs), il ne tire pas pleinement partie de l'harmonisation partielle déjà réalisée sur le plan européen.

Comme le protocole TIGAR, il repose également sur le postulat qu'une autorisation préalable des ayants droit est toujours nécessaire, y compris dans les cas où les échanges ont lieu entre deux pays admettant une exception handicap identique, à savoir dans les hypothèses où une telle autorisation n'est pas nécessaire, du fait de l'application de la loi du pays de protection (voir 2.3.1.3). Or, ces hypothèses sont beaucoup plus répandues au sein de l'Union européenne, où des nombreux États admettent une exception aux droits exclusifs de reproduction, de distribution et de mise à disposition du public. Certes, le projet ETIN reposant sur des échanges dématérialisés, l'autorisation des ayants droits est nécessaire, pour les pays tels que l'Allemagne et l'Autriche, qui n'admettent pas d'exception au droit exclusif de mise à disposition.

Enfin, le projet ETIN est entaché d'un défaut majeur : n'avoir connu aucun commencement de mise en œuvre opérationnelle, trois ans après sa signature, ce qui est paradoxal pour un projet prévoyant d'évaluer sa pertinence au regard de ses résultats.

Sous sa forme actuelle, il paraît donc quasiment « mort-né ». Il pourrait certes conserver un intérêt sur le plan européen, comme laboratoire de la transposition dans l'ordre juridique européen, ce qui implique à tout le moins un « ETIN.02. »

3.3.3. La solution reposant sur la conclusion d'accords de licence volontaire

Certains pays ont préféré régler les questions juridiques posées par la diffusion transfrontalière dans le cadre de licences volontaires. Tel est notamment le cas du Royaume Uni⁴⁰².

Ce dispositif classique, le plus « orthodoxe » en termes de philosophie du droit d'auteur, est incontestablement le plus rassurant, du point de vue de la sécurité juridique à laquelle les ayants-droit sont légitimement très attachés. En revanche, on peut difficilement estimer qu'une telle solution réponde au critère de « *souplesse d'utilisation pour ses bénéficiaires* ». Certes, le dispositif britannique, qui repose, ainsi qu'il a été dit, sur la gestion centralisée des autorisations, par une agence mandatée par l'ensemble des ayants-droit, présente des avantages en termes de simplicité pour les utilisateurs (les organismes souhaitant diffuser des publications au-delà des frontières nationales), en leur offrant un guichet unique et une licence unique.

⁴⁰¹ Voir plus haut, 1.3.3.3.2.

⁴⁰² Voir plus haut, 1.3.3.2.2.

Toutefois, il est limité géographiquement aux pays de l'Union européenne.

Enfin, la transposition de cette solution en France n'est pas possible **à droit constant**, un accord contractuel ne pouvant autoriser un organisme français à diffuser un ouvrage en format accessible à d'autres personnes que les bénéficiaires physiques, alors que la loi française lui interdit. La solution ne répond donc ni à l'exigence de sécurité juridique (pour les organismes agréés), ni à celles d'opérationnalité immédiate.

Ces accords, *juridiquement insuffisant en France* avant la modification du CPI, deviendront *inutiles, une fois la loi intervenue*.

3.3.4. Le modèle germanophone Medibus

Parmi les dispositifs étudiés dans la première partie, le plus pertinent est celui mis en œuvre pour la circulation transfrontalière des ouvrages accessible en langue allemande, entre l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, qui permet de « *concilier la souplesse d'utilisation pour les bénéficiaires et la sécurité juridique pour les titulaires de droits* ».

Toutefois, ce dispositif n'a pu être mis en œuvre à droit constant, dans ces trois pays, qu'en raison du contenu plus souple des législations, qui n'imposent pas de procédure d'agrément aux organismes spécialisés, et surtout, ne leur interdisent pas d'échanger entre eux.

Ces conditions n'étant pas réunies en France, le modèle ne peut y être transposé à droit constant : il ne pourra l'être qu'une fois que le Code de la propriété intellectuelle aura été modifié, pour permettre aux organismes agréés français d'échanger avec leurs homologues étrangers.

*

Conclusion

Aucune des solutions à droit constant n'étant satisfaisante, il est donc nécessaire, si l'on souhaite développer les échanges transfrontaliers avant l'entrée en vigueur du Traité de Marrakech et son intégration dans l'ordre juridique communautaire, de modifier au plus vite notre législation nationale, et de conclure des conventions bilatérales.

Annexes

Annexe I - Lettre de mission



Paris, le

28 MARS 2013

Mme Catherine MEYER-LERECULEUR



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

SAB/sk/sdAS/13/32/bdp

Madame, *chère Catherine*

Afin de favoriser l'indispensable accès des personnes atteintes d'un handicap aux œuvres de l'esprit, la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information a consacré à leur bénéfice une nouvelle exception au droit des auteurs et des titulaires de droits voisins et de droits sur les bases de données de s'opposer à la reproduction et à la représentation de leurs œuvres. Ces dispositions sont aujourd'hui codifiées au 7^o de l'article L. 122-5, au 6^o de l'article L. 211-3 et au 3^o de l'article L. 342-3 du code de la propriété intellectuelle.

La reproduction des œuvres sur des supports adaptés aux publics handicapés, dès lors que la consultation en est strictement personnelle, peut être librement effectuée par des organismes transpositeurs – bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, ou encore associations poursuivant un but non lucratif – dont la liste est arrêtée par le pouvoir réglementaire.

Afin de faciliter le travail des organismes transpositeurs, ceux-ci peuvent demander, dans les dix ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, que les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres soient déposés auprès de la Bibliothèque nationale de France (BNF) qui les met à leur disposition dans un format ouvert et garantit la confidentialité des fichiers et la sécurisation de leur accès.

Les pouvoirs publics se sont engagés de manière déterminée aux côtés des représentants des personnes handicapées et des éditeurs pour assurer une mise en œuvre de ce dispositif qui, à la fois, soit effective sur le plan de l'accès aux œuvres et garantisse la sécurité juridique et économique des ayants droit. Près de 70 structures se sont ainsi vu délivrer, à ce jour, le droit d'adapter des œuvres protégées et de les diffuser auprès de leurs membres sur le territoire français.

Certaines associations représentatives des personnes handicapées plaident aujourd'hui en faveur d'une mise en circulation au-delà de nos frontières des œuvres ainsi adaptées sur le fondement de l'exception introduite dans le code de la propriété intellectuelle français.

En outre, la Commission européenne a lancé, en décembre 2009, un dialogue entre les différentes parties prenantes visant à accroître le nombre d'œuvres publiées dans des formats spéciaux et à faciliter leur diffusion dans l'Union européenne. Le protocole d'accord du 14 septembre 2010, qui est issu de ce dialogue, crée un réseau de diffusion qui repose sur des intermédiaires institutionnels accrédités (associations de personnes malvoyantes, bibliothèques, écoles spécialisées, etc.) et sur la mise en place d'un système de reconnaissance mutuelle entre ces intermédiaires, de façon que les usagers puissent accéder à des ouvrages en provenance de l'Union européenne tout entière.

Enfin, cette problématique fait l'objet de discussions particulièrement avancées au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Celle-ci a approuvé le lancement, le 1^{er} novembre 2010, du projet TIGAR (Trusted intermediary global accessible resources) qui permet aux éditeurs de mettre leurs titres à la disposition d'intermédiaires de confiance. Ces intermédiaires de confiance sont autorisés à partager entre eux et avec des bibliothèques spécialisées les œuvres qu'ils ont adaptées. Certaines associations représentatives des personnes handicapées estiment toutefois que le protocole TIGAR ne permettra pas d'apporter une réponse à la hauteur de leur ambition de diffusion massive et rapide des œuvres. En effet, ce protocole reste fondé sur le principe de l'autorisation préalable, titre par titre, du titulaire du droit et, dans un certain nombre de cas, l'éditeur n'est pas le cessionnaire du droit d'autoriser ou d'interdire la circulation des transcriptions adaptées.

Une conférence diplomatique pourrait être réunie en 2013 en vue d'adopter un traité international imposant aux États parties de mettre en place une exception et facilitant le partage, au niveau mondial, des ressources nécessaires à la production de formats accessibles aux personnes handicapées.

Il serait donc très précieux, dans un tel contexte, que le CSPLA soit en mesure de proposer des réponses pragmatiques et rapidement opérationnelles aux questions que soulève l'application territoriale de l'exception au profit des personnes handicapées, afin notamment d'éclairer les négociations internationales en cours. Je vous propose donc, à cet effet, de conduire une mission articulée autour de deux objectifs.

En premier lieu, après avoir identifié et analysé les obstacles pratiques et juridiques à la circulation internationale des œuvres dans un format accessible, vous vous attacherez à proposer la meilleure solution – accords de licence, gestion collective obligatoire, etc. – susceptible de permettre rapidement la diffusion, à l'étranger, d'œuvres adaptées en France. Cette solution devra concilier la souplesse d'utilisation pour ses bénéficiaires et la sécurité juridique pour les titulaires de droits.

En second lieu, vous vous attacherez plus généralement à dégager et à éclairer les enjeux de cette problématique, dans la perspective d'enrichir la définition de la position française dans les discussions multilatérales.

Vous pourrez, à l'occasion de vos travaux, vous appuyer sur l'expertise des membres et sur les moyens matériels du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique.

J'attacherais du prix à ce que vous puissiez commencer cette étude au mois d'avril, afin de la remettre à la fin du mois de juin.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes salutations distinguées *et d'un sentiment
très sincère.*


Pierre-François RACINE

Annexe II - Personnes auditionnées

Représentants des associations de malvoyants et organismes producteurs d'œuvres en format accessible

En France

Alain LEQUEUX, Secrétaire général du Groupement des Intellectuels Aveugles ou Amblyopes (GIAA) ; membre du conseil d'administration du Comité Français pour la Promotion Sociale des Aveugles et des Amblyopes (CFPSAA)

Sylvain NIVARD, membre du Groupement des Intellectuels Aveugles ou Amblyopes)

Dominique BURGER, Président de l'association BrailleNet

Alex BERNIER, ingénieur à l'association BrailleNet et correspondant pour la France du Consortium Daisy

Marc AUFRANT, Vice-président Secrétaire général de l'Association « Valentin Haüy au service des aveugles et des malvoyants » (AVH)

Jean-Marie CIERCO, Secrétaire général de l'Association Valentin Haüy au service des aveugles et des malvoyants » (AVH)

Luc MAUMET, Responsable de la bibliothèque de l'Association Valentin Haüy au service des aveugles et des malvoyants » (AVH)

Au plan européen et international

Dan PESCOD, Vice-président de l'Union mondiale des aveugles (World Blind Union) ; responsable de la campagne internationale et européenne « Right to Read » de la WBU et du RNIB (Royal National Institute of Blind People).

Bernhard HEISNER, consortium Daisy, chargé de la coordination des intermédiaires de confiance pour le projet TIGAR de l'OMPI

Anne Pillet, Association pour le bien-être des aveugles (ABA), Suisse (Genève)

Échanges par courriels :

Robert STAATS, directeur exécutif de WG Wort

Sabine RICHLY, avocate, responsable du projet MEDIBUS au sein de WG Wort

Christine BEAUSAERT, Directeur de département à la Ligue Braille de Belgique (Bruxelles)

Elke DITTMER, MEDIBUS, Centralbibliothek für Blinde (Allemagne, Hambourg)

Flavia KIPPELE, Geschäftsführerin, SBS Schweizerische Bibliothek für Blinde, Seh- und Lesebehinderte (Suisse, Zürich)

Représentants des ayants-droits

Patrick GAMBACHE, Président de la Commission Handicap, Chargé du développement numérique au Syndicat national de l'édition (SNE)

Catherine BLACHE, chargée de mission relations internationales au Syndicat national de l'édition (SNE)

Geoffroy PELLETIER, Directeur général de la Société des Gens de Lettres (SGDL)

Nathalie BARTHEZ, Responsable juridique de la Société des Gens de Lettres (SGDL)

Jean Philippe MASSERON, directeur général adjoint du Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC)

Christian ROBLIN, Directeur de la Société Française des Intérêt des Auteurs de l'écrit (SOFIA)

Florence-Marie PIRIOU, sous-directrice de la Société Française des Intérêt des Auteurs de l'écrit (SOFIA)

Représentants du Ministère de la culture et de la communication

Jean Philippe MOCHON, chef du service des affaires européennes et internationales (SAEI) au Secrétariat général (SG)

Anne LE MORVAN, chef du bureau de la propriété littéraire et artistique, sous-direction des affaires juridiques (SDAJ/SAEI/SG)

David POUCHARD, adjoint au chef du bureau de la propriété littéraire et artistique, sous-direction des affaires juridiques (SDAJ/SAEI/SG)

Ludovic JULIÉ, chargé de mission questions internationales, bureau de la propriété littéraire et artistique, sous-direction des affaires juridiques (SDAJ/SAEI/SG)

Remi GIMAZANE, chef du département de l'économie du livre, service du livre et de la lecture, Direction générale des Médias et des Industries culturelles (DGMIC)

Experts

Nicolas BOUCHE, Maître de conférences, Responsable du Master 2 Professionnel droit de la propriété intellectuelle à l'université Jean Moulin-Lyon III ; Responsable « Recherche et Doctrine » au sein du cabinet Véron & Associés.

Benoit GALOPIN, IRPI, Docteur en droit, titulaire du CAPA, Institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI)

Silke VON LEWINSKI, Professeur à l'Institut Max Planck ; professeur associé au Centre Franklin Pierce à la faculté de droit du New Hampshire aux États-Unis ; membre du comité exécutif de l'ALAI et Vice-Présidente du groupe ALAI allemand (Échanges par courriels)

Annexe III - Abréviations et sigles

ALAI	Association littéraire et artistique internationale
AVH	Association Valentin Haüy
BnF	Bibliothèque nationale de France
CFC	Centre Français d'exploitation du droit de Copie
CLIP	Conflict of law in Intellectual Property
CPI	Code de la propriété intellectuelle
DADVSI	Droits d’auteur et droits voisins dans la société de l’information
DAISY	Digital Accessible Information System
ETIN	European Trusted Intermediaries Network (Réseau européen d’intermédiaires accrédités)
CFPSAA	Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes
GIAA	Groupement des Intellectuels aveugles et amblyopes
IFFRO	Fédération internationale des organismes gérant les droits de reproduction
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la Propriété Intellectuelle
OMPI-DA	Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur (WIPO Copyright Treaty -WCT)
OMPI-DV	Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)
SCCR	Standing Committee on Copyright and Related Rights
SGDL	Société des Gens de Lettres (SGDL)
SNE	Syndicat national de l’édition
SOFIA	Société Française des Intérêt des Auteurs de l’écrit (SOFIA)
Tdr	Traduction du rapporteur
TI	Intermédiaire de confiance (Trusted intermediary)
TIGAR	Trusted Intermediary Global Accessible Resources
UMA	Union mondiale des aveugles (WBU, Word Blind Union)

Annexe IV - Bibliographie

I – OUVRAGES

Nicolas BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle* (L'Harmattan, Collection Logiques juridiques, 2002)

J.J. FAWCETT - P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law* (2ème édition, Oxford University Press, 2011)

Benoît GALOPIN, *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, IRPI-LexisNexis, 2012.

André LUCAS, Henri-Jacques LUCAS, Agnès LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique* (4ème édition, LexisNexis, 2012), N°1420 à 1510

Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé* (10ème édition, Montchrestien, 2010)

Samuel RICKETSON, Jane. C. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights, The Berne Convention and beyond* (Oxford University Press, 2e ed. 2006)

Martin SENFTLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Kluwer Law International (2004)

Célia ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives communautaires. Étude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Dalloz, 2007.

II - FASCICULES

Henri-Jacques LUCAS, *Droit international - Convention de Berne. Conditions de la protection* Jcl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1930 (actualisé par Nicolas Bouche)

Henri-Jacques LUCAS : *Droit international - Convention de Berne. Étendue de la protection*, Jcl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1931 (actualisé par Nicolas Bouche)

André LUCAS, *Exceptions aux droits exclusifs*, Jcl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1248, 2010, n°5.

André LUCAS, *Droits patrimoniaux - Exceptions au droit exclusif* (CPI, art. L. 122-5 et L. 331-4), Jcl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1248, Droits des auteurs ;

III - RAPPORTS ET AUTRES DOCUMENTS

Convention de Berne et test en trois étapes

Declaration on a balanced interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law, (version française établie par Christophe Geiger et Sylvie Nérison). Texte original faisant foi et traductions disponibles en ligne sur le site de l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf)

Droit européen

Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2011/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2011 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society ; Institute for Information Law of the University of Amsterdam (IViR) Queen Mary Intellectual Property Research Centre of the University of London (February 2007) - Lucie Guibault, IViR, Guido Westkamp, Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Thomas Rieber-Mohn, NRCCL ; Bernt Hugenholtz, IViR ; Mireille van Eechoud, IViR ; Natali Helberger, IViR Lennert Steijger, IViR Mara Rossini, IViR Nicole Dufft, Berlecon Research Philipp Bohn, Berlecon Research

Commission européenne - *Rapport d'évaluation* du 30 novembre 2007, SEC(2007)

Commission européenne, *Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 16 juillet 2008, COM(2008) 466 final

Commission européenne, *Communication sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 19 octobre 2009, COM(2009) 532 final.

Exceptions au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées

Judith SULLIVAN, *Étude sur les limitations et exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels*, 2007, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ; Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes - Quinzième session Genève, 11-13 septembre 2006 (SCCR/15/7)

Catherine MEYER-LERECULEUR, *Exception handicap au droit d'auteur et développement de l'offre accessible à l'ère numérique*, Rapport IGAC n°2013-12 (mai 20013, en ligne sur le site du Ministère de la culture et de la communication)

Droit international privé

The American Law Institute (ALI), *Intellectual property : principles governing jurisdiction, choice of law and judgments in transnational dispute (Part III – Applicable law)*

The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property* (décembre 2011) en ligne sur le site du CLIP (<http://www.cl-ip.eu/en/pub/home.cfm>)

The European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *The CLIP Principles and Commentary*, 14 February 2013, Oxford University Press (également disponible en version numérique)

IV - ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Marie-Élodie ANCEL, *note sous Cass. 1re civ. - 30 janv. 2007. - n° 03-12.354, F-P+B. - Jean Lamore. c/ Sté Universal City Studios Inc. et a., (Journal du droit international - Clunet- n° 1, Janvier 2008)*

T. Azzi, V.-L. Benabou, A. Bensamou, N. Martial-Braz, E. Treppoz et C. Zolynski, *Que penser du projet de Code global européen du droit d'auteur ? », LPA 2012/130, p. 55.*

Tristan. Azzi, *La loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, ou le monopole préservé* (Communication Commerce électronique n° 7, Juillet 2007, étude 16)

Tristan Azzi, *note sous Cass. 1re civ. - 12 juill. 2012. - n° 11-15.165 et 11-15.188, FS-P+B+I. - La société Aufeminin.com c/ La société Google France et a.* (Journal du droit international - Clunet - n° 1, Janvier 2013, 2)

Valérie Laure BENABOU, *La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire* (Comm. comm. électr. 2001, étude n°23)

Valérie Laure BENABOU, *La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur* (Le droit de la communication à l'épreuve de l'Europe : construction et résistance, Actes du colloque Légipresse du 2 octobre 2003, Legicon n°30, 2004/1, p.25)

Christophe CARON, *La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen* (Comm. comm. électronique 2001, étude n°13, n°15.)

Christophe C. CARON, *Les exceptions au monopole : zone de turbulences du droit d'auteur* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 15 Avril 2013, 431)

Alexandre CRUQUENAIRE, *La loi applicable au droit d'auteur : état de la question et perspectives* (2000), Centre de recherche informatique et droit (Auteurs et Média 3, p.210-227)

François DESSEMONTET, *Les conflits de compétence dans la propriété intellectuelle.*

Amélie de FRANCQUEN, *L'arrêt Google contre Copiepresse et le choix de la loi applicable en matière d'atteinte au droit d'auteur sur Internet.* (Revue du droit et des technologies de l'information, N°44/2001)

Yves GAUBIAC, *La Convention de Berne, encore méconnue - Commentaire de la décision TGI Paris, 3e ch., sect. B, 20 mai 2008, Sté des auteurs des arts visuels et de l'image fixe [SAIF] c/ SARL Google France, Sté Google Inc.* (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2008, étude 22)

Pierre-Yves GAUTIER, *De la transposition des exceptions : à propos de la directive droit d'auteur dans la société de l'information* (Communication Commerce électronique 2001, étude n°25)

Pierre-Yves GAUTIER, *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le « test des trois étapes* (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2006, étude 26)

Jane C. GINSBURG, *The (new ?) right of making available to the public*, 1996 (disponible sur le site SSRN: <http://ssrn.com/abstract=602623>)

Jane C. GINSBURG, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques, OMPI*, 16-18 décembre 1998, pp. 37 à 41 (texte disponible sur le site de l'OMPI).

Jane C. GINSBURG, *International Copyright: From a “Bundle” of National Copyright Laws to a Supranational Code?* (2000)

Jane C. GINSBURG *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions* (Revue Internationale du Droit d'Auteur, Janvier 2001)

Jane C. GINSBURG et Pierre SIRINELLI, Google Book Search. - Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur La Semaine Juridique Edition Générale n° 17, 26 Avril 2010, doct. 486

André LUCAS, *Aspects de droit international privé de la protection d'œuvres et d'objets de droits connexes transmis par réseaux numériques mondiaux*, OMPI, 16-18 décembre 1998 (texte disponible sur le site de l'OMPI)

André LUCAS, *Rapport au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, préparatoire à l'avis relatif à la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique* (2003)

André LUCAS, *La loi applicable à la violation du droit d'auteur dans l'environnement numérique* (e.bulletin du droit d'auteur, octobre-décembre 2005)

André LUCAS, *Le droit de distribution et son épuisement* (Communication Commerce électronique n° 11, Novembre 2006, étude 25)

André LUCAS, *Note sous Cass. 1re civ., 5 mars 2002 ; Sté Informatique Service Réalisation Organisation (SISRO) c/ Sté Ampersand Software Bv* (La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 7, 13 Février 2003, 278)

Agnès LUCAS-SCHLOETTER, Google face à la justice française et belge, Nouvelles décisions en matière de droit d'auteur, 2 (2011) JIPITEC 144, para. 1.

H. MUIR WATT, *Note sous Cass. 1re civ., 5 mars 2002 ; Sté Informatique Service Réalisation Organisation (SISRO) c/ Sté Ampersand Software Bv* (JCP G 2002, II, 10082)

Alexander PEUKERT, *Territoriality and extraterritoriality in Intellectual Property Law, 2010* (in : *Beyond territoriality : transnational legal authority in an age of globalization*, Gunther Handl & Joachim Zololl eds Queen Mary studies in International Law, Brill Academic Publishing,, Leiden/Boston, 2011 (<http://ssrn.com/abstract=1592263>))

Sam RICKETSON, *Étude sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique* (OMPI, SCCR/9/7, avril 2003) (http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=16805)

Vincent SALVADÉ, *Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard ? Aspects juridiques concernant le « cloud computing »* (Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, 2012, p.161 s.)

Martin SENFTLEBEN, *The International Three-Step Test, a Model Provision for EC Fair Use Legislation* (2010 - JIPITEC 67, par. 1.)

Pierre SIRINELLI, « Rapport introductif », *Prop. Intell.* 2002, n°2, p. 4, spéc. p. 6.

Pierre SIRINELLI, « La directive société de l'information : apport réel ou fictif au droit d'auteur ? », in *Commerce électronique et propriété intellectuelle*, Litec-IRPI, 2001

Pierre SIRINELLI, *Exceptions et limites au droit d'auteur et droits voisins* (Atelier sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) - Genève, 6-7 décembre 1999, en ligne sur le site de l'OMPI).

Pierre SIRINELLI, *Le droit d'auteur à l'aube du 3^{ème} millénaire* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 1, 5 Janvier 2000, I 194)

Édouard TREPPOZ, *Le repli territorialiste de la Cour de cassation en droit d'auteur* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 25, 17 Juin 2013, 701)

Michel VIVANT, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux* (La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 23 Octobre 1996, I 3969)

Silke Von LEWINSKI, *Travaux de l'OMPI sur les exceptions et limitations notamment en faveur des déficients visuels* (RIDA 2010, n°225, p. 52.)

Célia ZOLYNSKI, *Les limites de l'harmonisation communautaire à l'aune de la territorialité des exceptions* (Actes du colloque de la Hadopi, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins », à paraître)

Annexe V – Code de la propriété intellectuelle, partie législative (extraits)

Première partie : La propriété littéraire et artistique

Livre Ier : Le droit d'auteur

Titre II : Droits des auteurs

Chapitre II : Droits patrimoniaux

Article L122-1

Créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992

Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.

Article L122-2 (Créé par Loi 92-597)

La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque, et notamment :

1° Par récitation publique, exécution lyrique, représentation dramatique, présentation publique, projection publique et transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée ;

2° Par télédiffusion.

La télédiffusion s'entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature.

Est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite.

Article L122-2-1 (Créé par Loi n°97-283 du 27 mars 1997)

Le droit de représentation d'une œuvre télédiffusée par satellite est régi par les dispositions du présent code dès lors que l'œuvre est émise vers le satellite à partir du territoire national.

Article L122-2-2 (Créé par Loi n°97-283 du 27 mars 1997)

Est également régi par les dispositions du présent code le droit de représentation d'une œuvre télédiffusée par satellite émise à partir du territoire d'un État non membre de la Communauté européenne qui n'assure pas un niveau de protection des droits d'auteur équivalent à celui garanti par le présent code :

1° Lorsque la liaison montante vers le satellite est effectuée à partir d'une station située sur le territoire national. Les droits prévus par le présent code peuvent alors être exercés à l'égard de l'exploitant de la station ;

2° Lorsque la liaison montante vers le satellite n'est pas effectuée à partir d'une station située dans un État membre de la Communauté européenne et lorsque l'émission est réalisée à la demande, pour le compte ou sous le contrôle d'une entreprise de communication audiovisuelle ayant son principal établissement sur le territoire national. Les droits prévus par le présent code peuvent alors être exercés à l'égard de l'entreprise de communication audiovisuelle.

Article L122-3 (Créé par Loi 92-597 1992-07-01)

La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte.

Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique.

Pour les œuvres d'architecture, la reproduction consiste également dans l'exécution répétée d'un plan ou d'un projet type.

Article L122-3-1 (créé par Loi n°2006-961 du 1 août 2006 - art. 4 JORF 3 août 2006)

Dès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté européenne et les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen.

Article L122-4 (Créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992)

Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque.

Article L122-5 (Modifié par LOI n°2013-595 du 8 juillet 2013 - art. 77)

Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

- 1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille
- 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ;
- 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source :
 - a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ;
 - b) Les revues de presse ;
 - c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles ;
 - d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis

à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente ;

e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres, sous réserve des œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, y compris pour l'élaboration et la diffusion de sujets d'examens ou de concours organisés dans la prolongation des enseignements à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction, qu'elle ne fait l'objet d'aucune publication ou diffusion à un tiers au public ainsi constitué, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10 ;

4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre ;

5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat ;

6° La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire, lorsqu'elle est une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire ; toutefois, cette reproduction provisoire qui ne peut porter que sur des œuvres autres que les logiciels et les bases de données ne doit pas avoir de valeur économique propre ;

7° La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'État, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative.

Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent.

À la demande des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7°, formulée dans les dix ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition des œuvres dont la date de dépôt légal est postérieure au 4 août 2006 sont déposés au Centre national du livre ou auprès d'un organisme désigné par décret.

Le Centre national du livre ou l'organisme désigné par décret conserve sans limitation de date les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres et les met à la disposition des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Il garantit la confidentialité de ces fichiers et la sécurisation de leur accès.

Les personnes morales et les établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° détruisent les fichiers mis à leur disposition une fois effectué le travail de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même premier alinéa.

8° La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial ;

9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur.

Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information.

Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés.

Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Les modalités d'application du présent article, notamment les caractéristiques et les conditions de distribution des documents mentionnés au d du 3°, l'autorité administrative mentionnée au 7°, ainsi que les conditions de désignation des organismes dépositaires et d'accès aux fichiers numériques mentionnés au troisième alinéa du 7°, sont précisées par décret en Conseil d'État.

Annexe VI – Code de la propriété intellectuelle (partie réglementaire, extraits)

Articles R.122-13 à R.122-21

Livre Ier : Le droit d'auteur
Titre II : Droits des auteurs
Chapitre II : Droits patrimoniaux.
Section 3 : Exception en faveur de personnes atteintes d'un handicap.

Sous-section 1 : Dispositions relatives aux personnes bénéficiaires de l'exception.

Article R122-13 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

Les personnes atteintes d'un handicap mentionnées au 7° de l'article L. 122-5 sont celles dont le taux d'incapacité, apprécié en application du guide-barème pour l'évaluation des déficiences et incapacités des personnes handicapées figurant à l'annexe 2-4 du code de l'action sociale et des familles, est égal ou supérieur à 80 % ainsi que celles titulaires d'une pension d'invalidité au titre du 3° de l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale.

Article R122-14 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

Le certificat médical attestant qu'une personne est atteinte d'une incapacité de lire après correction est délivré par un médecin ophtalmologiste autorisé à exercer la profession de médecin dans les conditions prévues aux articles L. 4111-1 et L. 4111-2 du code de la santé publique. Le certificat médical est valable pendant une durée de cinq ans. Il est délivré à titre définitif s'il s'avère que le handicap est irrémédiable.

Sous-section 2 : Dispositions relatives au contrôle exercé par l'autorité administrative.

Article R122-15 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

La liste des personnes morales et des établissements ouverts au public mentionnés au premier alinéa du 7° de l'article L. 122-5 est arrêtée, en application de ce même alinéa, sur proposition de la commission prévue à l'article R. 122-16, par le ministre chargé de la culture et le ministre chargé des personnes handicapées.

Cette liste indique parmi ces personnes morales et ces établissements ceux qui, en application du troisième alinéa du 7° de l'article L. 122-5, sont habilités à demander que soient mis à leur disposition les fichiers numériques ayant servi à l'édition d'œuvres imprimées.

Elle est publiée au Journal officiel de la République française.

La radiation de la liste ou la privation de la possibilité d'avoir accès aux fichiers numériques est prononcée par arrêté conjoint du ministre chargé de la culture et du ministre chargé des personnes handicapées soit à la demande des personnes morales et des établissements inscrits, soit, sous réserve que ceux-ci aient été à même de présenter leurs observations dans un délai de

deux mois à compter de la mise en demeure de régulariser adressée par l'autorité administrative, lorsqu'ils ne remplissent plus les conditions auxquelles est subordonnée l'inscription.

L'arrêté est publié au Journal officiel de la République française.

Article R122-16 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

I.-Il est institué auprès du ministre chargé de la culture et du ministre chargé des personnes handicapées une commission qui comprend dix membres nommés par arrêté conjoint de ces ministres pour une période de quatre ans :

-cinq membres représentant des organisations nationales représentatives de personnes atteintes d'un handicap et de leurs familles ;

-cinq membres représentant les titulaires de droits.

II.-Les attributions de cette commission sont les suivantes :

a) Instruire les demandes déposées par les personnes morales et les établissements mentionnés au premier alinéa du 7° de l'article L. 122-5 en vue d'une inscription sur la liste arrêtée dans les conditions définies à l'article R. 122-15 ;

b) Établir un projet de liste à l'intention du ministre chargé de la culture et du ministre chargé des personnes handicapées ;

c) Veiller à ce que les activités des personnes morales et des établissements inscrits sur la liste s'exercent dans le strict respect des dispositions du 7° de l'article L. 122-5. À cette fin, ces personnes morales et ces établissements lui communiquent un rapport d'activité annuel ainsi que toute information qui lui paraît utile ;

d) Avertir le ministre chargé de la culture et le ministre chargé des personnes handicapées en cas d'inobservation des dispositions du 7° de l'article L. 122-5 par une personne morale ou un établissement inscrit sur la liste.

III.-Le président de la commission est élu par les membres pour une durée d'un an, alternativement parmi les représentants des organisations représentatives de personnes atteintes d'un handicap et parmi les représentants des titulaires de droits.

Les décisions de la commission sont prises à la majorité des voix. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.

Un représentant de l'organisme dépositaire mentionné au troisième alinéa du 7° de l'article L. 122-5 participe aux travaux de la commission avec voix consultative.

La commission peut entendre toute personne qualifiée afin d'éclairer ses travaux.

La commission adopte un règlement intérieur.

Les membres de la commission exercent leurs fonctions à titre gratuit.

Leurs frais de déplacement et de séjour sont remboursés dans les conditions prévues par la réglementation applicable aux fonctionnaires de l'État.

Le secrétariat de la commission est assuré conjointement par le ministre chargé de la culture et le ministre chargé des personnes handicapées.

Sous-section 3 : Dispositions relatives aux personnes morales et aux établissements ouverts au public mettant en œuvre l'exception.

Article R122-17 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

I.-Pour être inscrit sur la liste prévue à l'article R. 122-15, la personne morale ou l'établissement doit à l'appui de sa demande adressée à la commission par lettre recommandée avec demande d'avis de réception :

1° Donner toute information relative à son organisation, son fonctionnement, ses comptes financiers, ses conditions d'installation et d'équipement ainsi que, le cas échéant, à ses statuts ;

2° Indiquer le nombre et la qualité de ses adhérents ou de ses usagers et justifier que ceux-ci entrent dans la catégorie des personnes mentionnées aux articles R. 122-13 et R. 122-14 ;

3° Apporter la preuve de son activité de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice de ces personnes en communiquant les éléments suivants :

- la composition de son catalogue d'œuvres disponibles sur des supports répondant à leurs besoins, en distinguant les types d'adaptation ;

- les moyens humains et matériels disponibles pour assurer la communication et, le cas échéant, la conception et la réalisation des supports ;

- les conditions d'accès et d'utilisation de ses collections ;

- un bilan annuel des services rendus et, le cas échéant, des œuvres rendues accessibles permettant d'apprécier l'effectivité de son activité au bénéfice des personnes mentionnées aux articles R. 122-13 et R. 122-14 ;

4° Préciser les moyens utilisés pour contrôler l'usage des œuvres dans le respect des conditions définies au premier alinéa du 7° de l'article L. 122-5.

II.-Pour être inscrit sur la même liste au titre des personnes morales et des établissements habilités à demander l'accès aux fichiers numériques ayant servi à l'édition d'œuvres imprimées, la personne morale ou l'établissement doit en outre à l'appui de sa demande :

1° Donner toute information relative aux conditions de conservation et de sécurisation des fichiers numériques transmis dans un format ouvert par l'organisme dépositaire ;

2° Donner toute information relative aux conditions d'adaptation de ces fichiers aux besoins de lecture des personnes mentionnées aux articles R. 122-13 et R. 122-14 ;

3° Apporter la preuve de la sécurisation de ces fichiers adaptés ou non, en vue de leur transmission ;

4° Apporter la preuve de la sécurisation et de la confidentialité de la transmission de ces fichiers aux personnes mentionnées aux articles R. 122-13 et R. 122-14.

III.-La validité de l'inscription sur la liste est de cinq ans à compter de la date de sa publication au Journal officiel de la République française. Toute nouvelle demande est présentée dans les formes et les conditions prévues au présent article.

IV.-Les personnes morales et les établissements inscrits sur la liste communiquent à la commission toute modification concernant les renseignements qu'ils ont fournis à l'appui de leur demande.

Article R122-18 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

Les personnes morales et les établissements inscrits sur la liste mentionnée à l'article R. 122-15 qui demandent un fichier numérique ayant servi à l'édition d'une œuvre imprimée ne peuvent communiquer le fichier transmis par l'organisme dépositaire qu'aux personnes atteintes d'un handicap au sens des articles R. 122-13 et R. 122-14, pour lesquelles l'accès à ces fichiers conditionne la lecture des ouvrages.

Sous-section 4 : Dispositions relatives à l'organisme dépositaire des fichiers numériques ayant servi à l'édition d'œuvres imprimées.

Article R122-19 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

L'organisme dépositaire mentionné au troisième alinéa du 7° de l'article L. 122-5 doit remplir les conditions suivantes :

- a) Exercer une activité d'organisation et de mise à disposition du public de ressources documentaires ;
- b) Disposer d'une infrastructure permettant le développement, d'une part, des moyens nécessaires à la mise à disposition des fichiers numériques ayant servi à l'édition d'œuvres imprimées, d'autre part, des techniques de sécurisation, de stockage et de communication de ces fichiers ;
- c) Ne pas avoir pour objet social ou statutaire la défense des droits des personnes atteintes d'un handicap ou du droit de la propriété intellectuelle.

Article R122-20 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

L'éditeur transmet à l'organisme dépositaire le fichier numérique ayant servi à l'édition d'une œuvre imprimée dans les deux mois de la demande qui lui en est faite par celui-ci.

Article R122-21 (Créé par Décret n°2008-1391 du 19 décembre 2008 - art. 6)

L'organisme dépositaire rend compte chaque année dans un rapport au ministre chargé de la culture et au ministre chargé des personnes handicapées des conditions de dépôt et de mise à disposition des fichiers numériques ayant servi à l'édition d'œuvres imprimées.

Article D122-22 Créé par Décret n°2009-131 du 6 février 2009 - art. 1

L'organisme dépositaire mentionné au troisième alinéa du 7° de l'article L. 122-5 est la Bibliothèque nationale de France.

Annexe VII – Les dispositifs nationaux relatifs à l'exception handicap

ALLEMAGNE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi de 1965 sur le droit d'auteur (modifiée en 2003 et 2008) Urheberrechtsgesetz (UrhG)	Droits exclusifs : §15 à 23 *Droit d'exploitation de l'œuvre sous forme matérielle § 16 Droit de reproduction § 17 Droit de distribution « Le droit de distribution est le droit d'offrir au public ou de mettre en circulation l'original ou des copies de l'œuvre » (dont location) §17-2 (épuisement communautaire) § 18 Droit d'exposition * Droit d'exploitation de l'œuvre sous forme immatérielle § 19 Droits de conférence, d'exécution (performance) de représentation § 19a Droit de mise à disposition du public § 20 Radiodiffusion ; § 20a Diffusion européenne par satellite ; §20b Retransmission par câble ; § 21 Communication par des enregistrements vidéo ou audio ; § 22 Communication par émissions radiodiffusées et par mise à disposition du public ; § § 23 Modifications et transformations	Exception handicap §.45a *Seulement pour les actes d'exploitation de l'œuvre sous forme matérielle : « Reproduction et distribution » [§.45a, al.1] * Pas d'exception pour les actes de mise à disposition du public de l'œuvre sous forme immatérielle = Reproduction Distribution [§53 al.1 mention des sources]	Aucune condition (en pratique, organismes spécialisés et bibliothèques pour aveugles)	OUI § 45a, al.2 -compensation équitable (sauf si exemplaire unique) - gestion collective obligatoire [cf. § 63-1 et § 65 à 95] NB : Actes ne relevant pas de l'exception (mise à disposition du public : - licences volontaires - montant de la redevance librement négocié	Personnes handicapées souffrant d'une déficience de perception sensorielle rendant impossible ou difficile l'accès à l'œuvre

AUTRICHE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte) Nr. 111/1936 i.d.F. der UrhG-Novelle 2003	Art 16 à 21 § 16 Droit de reproduction § 17 Droit de distribution § 18 Droit exposition § 19 conférences, performances et présentation § 19a droit de mise à disposition §20 de radiodiffusion § 20a de diffusion par satellite européen § la retransmission par câble 20b § 21 Droit de communication par des enregistrements vidéo ou audio § 22 Droit de communication d'émissions radiodiffusées et de mise à disposition du public § 23 modifications et transformations § 24 L'utilisation gratuite	Art. 42d (1) : Reproduction et distribution aux personnes handicapées * Pas d'exception pour les actes de mise à disposition du public de l'œuvre sous forme immatérielle) = Reproduction Distribution	Aucune condition	OUI Art 42 (2) - Compensation équitable - Gestion collective obligatoire	Personnes handicapées souffrant d'une déficience de perception sensorielle rendant impossible ou difficile l'accès à l'œuvre

AUSTRALIE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Copyright law de 1968 (modifiée en 2013) Article 10 interpretation 135ZP Multiple reproduction and communication of works by institutions assisting persons with a print disability VA Division 3-- The collecting society 135P. à 135SA.	Article 10 (1) For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a work, is the exclusive right: (a) in the case of a literary, dramatic or musical work, to do all or any of the following acts: (i) to reproduce the work in a material form; (ii) to publish the work; iii) to perform the work in public; (iv) to communicate the work to the public; (vi) to make an adaptation of the work; (vii) to do, in relation to a work that is an adaptation of the first-mentioned work, any of the acts specified in relation to the first-mentioned work in subparagraphs (i) to (iv), inclusive; (c) in the case of a literary work (other than a computer program) or a musical or dramatic work, to enter into a commercial rental arrangement in respect of the work reproduced in a sound recording;	135ZP Reproduction Communication au public, Radio diffusion sonore art 10 (interpretation) (ii) a Braille version, large-print version or photographic version of the work, or of the part of the work, being a Braille version, large-print version or photographic version, as the case may be, made by, or on behalf of, the body administering an institution assisting persons with a print disability and so made for the sole purpose of use in the provision, whether by the institution or otherwise, of assistance to a person or persons with a print disability; = Reproduction Distribution Communication au public	135ZP Organismes gérant des institutions d'aide aux personnes " with a print disability »; 135ZQ idem	NON pour Reproduction Communication au public des livres en formats accessibles OUI pour la radiodiffusion d'enregistrements sonores (licence) (" licence that was granted for the purpose of authorising the making of sound broadcasts to persons who by reason of old age, disability or literacy problems are unable to handle books or newspapers or to read or comprehend written material.")	Toute incapacité de lire cécité déficience visuelle grave, Print disabled Dyslexiques personnes incapables de tenir ou de manipuler un livre ou de fixer les yeux ou de les remuer, ou les personnes atteintes de troubles de la perception;

BELGIQUE

Pays/Texte	Droits exclusifs d'exploitation	Exception au droit d'auteur au profit des personnes handicapées			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins du 30 juin 1994(modifiée) Art.1^{er} §1 : droits exclusifs Art 2, §1, 11°: Exception handicap Art 65 et 66 (SPRD)	Art.1^{er} §1 : droits exclusifs - Reproduction (dont adaptation, traduction, location et prêt) - Communication au public par un procédé quelconque. - Distribution <i>§1 droit d'autoriser la distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de son œuvre ou de copies de celle-ci</i> <i>§2 Épuisement communautaire</i> = Reproduction Distribution Communication au public	Art 22, §1, 11°: * Reprise de la formule de la directive complétée par référence aux critères 2 et 3 du triple test : « 11°) la reproduction et la communication au public d'œuvres au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap, pour autant que cela ne porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » * En pratique : - Reproduction - Distribution - Communication au public	Aucune condition - personnes physiques bénéficiaires - ou organismes (pas d'agrément)	Exception non compensée (contrairement à l'exception hôpitaux prisons etc. du 13°)	Personnes handicapées (sans restrictions autres que celles du 11° art.22§1) Pas de renvoi à un décret. En pratique, handicap visuel (au sens large) établi par tout moyen (certificat médical).

CANADA

Textes	Droits exclusifs	Exception au droit d'auteur au profit des personnes handicapées			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi sur le droit d'auteur Codifié comme « Règlement sur le droit d'auteur » C/42 (Copyright regulation) Version en vigueur en mai 2013 Voir aussi Art 1 Définitions Art 67 à 78 gestion collective	Art.3 §1 (a à j) Reproduction (toute forme de) a) reproduction ss b) et c) adaptation d) e) représentation f) communication au public par télécommunication (def art.2) g) exposition h) i) j) transfert de propriété NB : pas de mention spécifique d'un droit de distribution	Art 32 Reproduction Enregistrement sonore Traduction/adaptation Exécution en public <u>Distribution et communication au public implicite</u> <u>Exclusions :</u> 1) Reproduction en gros caractères 3) Œuvre disponible dans un format accessible sur le marché (au sens art.1) Art 32.01 –« Exportation » Envoi dans un autre pays par un organisme sans but lucratif, à un autre OSB ou à une personne handicapée 1) Œuvres concernées : celles dont l'auteur de l'œuvre est canadien ou résident permanent au Canada, ou a la nationalité du pays B ou y est résident 2) exclusion des œuvres cinématographiques et des livres en gros caractères ; 3) sauf si disponibilité commerciale dans le pays B	Art.32 Les actes peuvent être accomplis : - par la personne handicapée - par une personne physique agissant à la demande de la personne handicapée - par un organisme sans but lucratif (OSB) Art 32.01 Par OSB 6) Rapports 8) Définition limitée à déficience de lecture (Vs audition)	Art 32 NON Non compensée Art 32.01 4) Redevance pour « exportation » versée par OSB À l'auteur 5) ou à SPRD = PAS DE GCO	Art.32 Déficience perceptuelle (<i>perceptual disability</i>) NB : très large champ Art 2 Définitions « Déficience perceptuelle » <i>Déficience qui empêche la lecture ou l'écoute d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique sur le support original ou la rend difficile, en raison notamment :</i> a) de la privation en tout ou en grande partie du sens de l'ouïe ou de la vue ou de l'incapacité d'orienter le regard; b) de l'incapacité de tenir ou de manipuler un livre; c) d'une insuffisance relative à la compréhension

ESPAGNE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception au droit d'auteur au profit des personnes handicapées			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Décret législatif royal n°1/1996 du 12 avril 1996 modifié en dernier lieu par décret royal n°20 /2011 du 30 décembre 2011	Articles 17 à 20 * Reproduction (art.18) * Distribution (Art.19) : §1 Définition (« mise à disposition de l'original ou des copies de l'œuvre sur un support tangible, par voie de vente, de location, de prêt ou autrement ») §2 : épuisement communautaire §3 : définition de « location » * Communication publique (Art. 20) : toute forme de diffusion en ligne §1 Toute diffusion en ligne (« accès à l'œuvre sans distribution préalable d'exemplaires ») §2 Représentation (spectacles, conférences, récitation etc.) * Adaptation (art.21) : §1 Définition (Traduction, adaptation et autres modifications dont résulte une œuvre différente)	Exception handicap (Art 31 bis-§2) * Reprise de la formule de l'art.5-3b) de la D.2001/29 ⁴⁰³ * Actes autorisés : - Reproduction - Distribution - Communication publique * Actes exclus (implicitement) : Traduction et autres modifications	Aucune condition	Exception non compensée	« Personnes handicapées » Pas de renvoi à un autre texte

⁴⁰³ 2. Ne sont pas soumises à l'autorisation [de l'auteur] les actes de reproduction, de distribution et communication au public d'œuvres déjà divulguées, qui sont réalisés au bénéfice des personnes handicapées, à condition qu'ils soient sans but lucratif, qu'ils aient un lien direct avec le handicap en question, et soient réalisés par un procédé ou des moyens adaptés au handicap et soient limités à ce que ce handicap exige.

ÉTATS-UNIS

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception au droit d'auteur au profit des personnes handicapées			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
I- US CODE (USC) Titre I -Livres 17 Copyright Law Voir Chapitre 1 Art.101 (définitions) Chapitre 5 CR infringement and remedies II - Chapitre 701.6 du titre 36 du Code of federal Regulation (point b) Library of Congress Regulation (LOC)	Définition analytique Article §106 Droits exclusifs de faire et d'autoriser ; 1) reproduction 2) production d'œuvres dérivées 3) distribution de copies au public (par vente ou autre transfert de propriété, location, location-vente, prêt) 4) représentation publique (performance) 5) présentation (display) 6) représentation par audio-transmission numérique 106A Droit moral §107 à 122 : exceptions et limitations	Section 121 (= §121) Limitations on exclusive rights: reproduction for blind or other people with disabilities §121 a) Reproduction et Distribution (qui couvre la Communication au public) “reproduced or distributed in specialized formats exclusively for use by blind or other persons with disabilities.” §121 c) production et distribution (par les éditeurs) de copies numériques (NIMAC) de livres scolaires à destination des agences éducatives	« Authorized entities » : Catégorie fonctionnelle Pas d'acte d'agrément §c) Éditeurs scolaires	Non	Champ large : « Print disabled » Règles nuancées selon les bibliothèques LOC Outre les aveugles et déficients visuels (iii) <i>Persons certified by competent authority as unable to read or unable to use standard printed material as a result of physical limitations.</i> (iv) <i>Persons certified by competent authority as having a reading disability resulting from organic dysfunction and of sufficient severity to prevent their reading printed material in a normal manner</i> - Tout bénéficiaire résidant sur le territoire américain (sens large) - Tout citoyen américain résidant hors du territoire US

FRANCE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Code de la propriété intellectuelle (CPI) L122-5 (7°) R122-13 et suiv.	Reproduction Représentation = Reproduction Distribution Communication au public	Reproduction Représentation = Reproduction Distribution Communication au public	Organismes agréés (agrément ministériel)	Exception non compensée	Critères L122-5 (7°) R122-13 s. Personnes handicapées : taux d'incapacité de 80% Commission des Droits et de l'Autonomie des Personnes Handicapées (CDAPH) Personnes « empêchées de lire » certificat d'un médecin ophtalmologiste

IRLANDE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Copyright Act (2000) Modifié par loi n°16/2004 en 2004 Voir aussi Art. 52 Fair dealing Art. 252 Exception handicap Droits voisins : Fixation Performance	Art 39 Reproduction Art. 40 Mise à disposition du public (Right to make available) . Art 41 Distribution = right of issuing copies to the public (including lending and rental) .	Art 104, §1 et §2 1) Un organisme désigné peut a) faire une copie d'une œuvre en vue de modifier cette copie pour répondre aux besoins de personnes souffrant d'un handicap physique ou mental; et b) fournir cette copie modifiée à cette personne 2) Une copie qui constituerait une copie contrefaite si elle n'était établie en application des dispositions du présent article et qui est ensuite vendue, louée ou prêtée, ou proposée ou présentée en vue de la vente, de la location ou du prêt, ou mise d'une autre manière à la disposition du public, est assimilée à une copie contrefaite à ces fins et à tous autres égards par la suite.	Art 104, §3 Agrément ministériel 3) Dans le présent article, on entend par «organisme désigné» un organisme désigné aux fins du présent article par ordonnance du ministre, qui ne peut désigner un organisme qu'après avoir acquis la conviction que celui-ci n'est pas constitué ni géré dans un but lucratif	NON	Art. 104, §1, a) Personnes souffrant d'un handicap physique ou

ITALIE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
* Loi 22 avril 1941 Legge 22 aprile 1941 n°633 Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio * Décret n°239 du 14 novembre 2007 Decreto 14 novembre 2007, n°.239 regolamento attuativo dell'articolo 71-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di diritto d'autore.	Droits exclusifs (Articles 12 à 19) Reproduction (13) Représentation (15) Communication publique (16) Distribution (17)	Exception handicap *Loi - Article 71bis §1 ⁴⁰⁴ Reproduction et utilisation en vue de la communication au public - Article 71bis §2 Renvoi à un décret - enregistrement sonore - ou lecture sur support - fichiers numériques. *Décret du 14 novembre 2007, Article 1^{er} al 2 : techniques autorisés	: * Loi : aucune condition (Personnes handicapées elles-mêmes) *Décret du 14 novembre 2007 : article 2- §1 Aussi via associations et fédérations représentant les bénéficiaires sur la base <u>d'accords spéciaux</u> conclus conformément à l'article 71-quinquies	Exception non compensée, indemnisation possible pour les fichiers numériques Loi Art 71 quinquies Ayants droit doivent conclure des accords associations pour effectivité des exceptions (yc DRM) avec indemnisation si nécessaire Décret du 14 novembre 2007, n.239 Article 2 al 2 : Accords association pour fichiers numériques	Décret du 14 novembre 2007, n.239 - article 1^{er} alinéa 1 : Déficiences sensorielles (« alle persone con disabilità sensoriale ») au sens loi du 5 Février 1992 * Loi du 9 Janvier 2004 fixant les dispositions destinées à faciliter l'accès des personnes handicapées à l'informatique

⁴⁰⁴ .Pour les porteurs de handicaps particuliers sont autorisés pour un usage personnel, la reproduction d'œuvres et autres objets protégés ainsi que leur utilisation en vue de la communication au public, à condition que ces actes soient directement liés au handicap, soient dépourvu de caractère commercial et soient effectués dans la mesure exigée par le handicap.

LUXEMBOURG

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi 1012 modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données modifiée par loi du 18 avril 2004.	Article 3 - Droit de reproduction (matérielle ou intellectuelle) - adaptation (traduction ou roman/film) - 3-3Droit de représentation - 3-4 Droit de location/prêt 3-5 Droit de distribution Art. 4. Comm° au public ⁴⁰⁵	Article 10-14° Reproduction 14° la reproduction au bénéfice de personnes affectées d'un handicap visuel ou auditif, qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap. Distribution implicite Mise à disposition ?	Aucune condition Pas de renvoi à un décret	Exception non compensée	Handicap visuel ou auditif Pas de renvoi à un décret

⁴⁰⁵ *L'auteur d'une œuvre jouit du droit exclusif d'autoriser sa communication au public par un procédé quelconque, y compris sa transmission par fil ou sans fil, par le moyen de la radiodiffusion, par satellite, par câble ou par réseau. Constitue également une communication au public la mise à la disposition d'œuvres protégées de manière que le public puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement*

PAYS-BAS

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Loi de 1912 sur le droit d'auteur modifiée par loi du 20 janvier 2006 DCA Copyright Act 1912	Articles 12, 13 et 14 Définition synthétique Deux droits : * Reproduction Art. 13 et 14 (verveevoudigen) Dont droit de copie, droit d'adaptation, droit de traduction etc.) * Communication au public (<i>Het openbaar maken</i>) Art.12 Toute forme de communication et distribution [Art 12b : épuisement communautaire du droit de distribution sous forme matérielle Vs numérique]	Art 15i (1) Reproduction and publication of a literary, scientific or artistic work exclusively intended for handicapped individuals, provided it is directly related to the handicap, is not of a commercial nature and is necessary because of the handicap, shall not be regarded as an infringement of copyright. = (Dir 2001/29) : Reproduction Distribution Communication au public	Aucune condition légale.	Art 15i (2) Compensation équitable A fair payment will be due to the author or his right-holders for the reproduction or publication specified in paragraph 1	Handicap (large) Handicap visuel Dyslexie

PORTUGAL

Texte	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Code du droit d'auteur et des droits voisins (modifié par loi du 1/4/2008) Codigo do direito de autor e dos direitos conexos) Voir aussi <u>Chap. III (DIP)</u> <u>Régime international</u> Art.63 compétence législative de la loi portugaise sans préjudice conventions internationale Art 64 Protection des œuvres étrangères Art.65 Pays d'origine de l'œuvre publiée Art.66 Pays d'origine de l'œuvre non publiée	Droits exclusifs Art 9 (2) Art 68, §2, a) à l) §2a Publication ; §2b Représentation §2c Communication publique (contient distribution ?) §2j) « La mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de l'œuvre afin de la rendre accessible à tous à partir de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement Art 68 §5 Épuisement des droits UE	Art. 75 - 2- i) - Reproduction - Communication publique ; - Mise à disposition du public Article 80 (disposition ancienne, conservée) toute forme d'utilisation, par un procédé Braille <i>« Est toujours autorisée la reproduction ou toute autre forme d'utilisation d'une œuvre licitement publiée, par un procédé Braille ou autre, destinée à une personne physique, à condition que cette reproduction ou cette utilisation soit réalisée dans un but non lucratif</i>	Aucune condition	Exception non compensée	Personnes handicapées souffrant d'une déficience particulière

ROYAUME-UNI

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
I - Copyright, Designs and Patents Act (Loi de 1988 modifiée en dernier lieu en 2011) Chapitre 48 Part I Copyright Voir aussi Art. 296 ZE (Licencing societies) II - Disability in the Equality Act 2010. Section 20 Clause 6	Chapitre II (Droits et atteintes aux droits) Art. 16 Droits exclusifs “actes réservés”(restricted acts) Définition analytique a) to copy the work (reproduction) b) to issue copies of the work diffusion au public de copies = Distribution et Communication au public ba) to rent or lend the work c) representation, execution et public d) communicate the work to the public e) to make an adaptation (...)	Chapitre III Exceptions (Acts permitted in relation to CR works) Art. 31A à 31E 31 A individus reproduction (et prêts ou transferts) 31 B copies multiples Approved body 31 C copies intermédiaires (et transferts entre AB) 31 D Licensing shemes 31 E Sanctions 31 f Définitions “to make and supply, accessible copies” = Reproduction Distribution Communication au public	Pers. physiques : Reproduction seule Organismes approuvés Reproduction Distribution Communication au public	NON + Licences (compensation négociée)	(9) "Visually impaired person" means a person- (a) who is blind; (b) who has an impairment of visual function which cannot be improved, by the use of corrective lenses, to a level that would normally be acceptable for reading without a special level or kind of light; (c) who is unable, through physical disability, to hold or manipulate a book; or (d) who is unable, through physical disability, to focus or move his eyes to the extent that would normally be acceptable for reading. Disability in the Equality Act 2010. Section 20 Clause 6 disabled” if the impairment has a substantial and long-term adverse effect on their ability to carry out normal day-to-day activities

SUISSE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
I- Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (DADV) RS 231.1 II- Loi fédérale sur l'élimination des inégalités RS 151-3	DADV Art. 10 droits exclusifs (a à f) a) de « confectionner des exemplaires » b) de proposer au public, d'aliéner ou, de quelque autre manière, de mettre en circulation des exemplaires de l'œuvre; c) de réciter, représenter (...) de la mettre à disposition, directement ou par quelque moyen que ce soit, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement	DADV Chap. 5 Restrictions au DA Art. 24 c - reproduction - confection et mise en circulation des exemplaires = Reproduction Distribution Communication au public Voir Le tarif de ProLitteris : la loi autorise la reproduction et la mise en circulation « <i>sur supports sonores, audiovisuels, braille ainsi que sous forme numérique</i> »	OSB : Pas de condition d'agrément Personnes physiques (« Utilisation par des personnes atteintes de déficiences sensorielles »)	Art. 24 c DADV Exception compensée Droit à rémunération pour la reproduction et la mise en circulation de l'œuvre sous une forme accessible » (sauf si exemplaires isolés) Gestion collective obligatoire (« le droit à rémunération ne peut être exercé que par une société de gestion agréée ») Voir Art 40 à 60 (GCO) Art. 40 : surveillance - Art 42 : Sté de droit suisse siège en Suisse - Art 46 : tarifs négociés avec utilisateurs	Loi DADV Art. 24 c « personnes atteintes de déficiences sensorielles » (en pratique, couvre les dyslexiques) * Loi fédérale sur l'élimination des inégalités Art 2. Définition - personne handicapée - inégalité accès phys. - inégalité accès prestation - inégalité accès formation Article 3 Champ d'application f) formation et formation continue

SUEDE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Article 17 de la loi du 30 décembre 1960 (1960/729) sur le droit d'auteur dans le domaine des œuvres littéraires et artistiques (modifiée en dernier lieu le 1/4/2011)	Article 2 Deux “grands” droits : I) Reproduction (“making copies”) Dont traduction II) Mise à disposition du public (make available to the public) Six catégories, dont : 1) communication au public (any making available of the work to the public by wire or by wireless means that occurs from a place other than that where the public may enjoy the work. Communication to the public includes also acts of communication that occur in such a way that members of the public may access the work from a place and at a time individually chosen by them. 4) Vente, location, prêt et autres formes de distribution (When copies of the work are placed on sale, leased, lent, or otherwise distributed to the public. Définition de “Public” : (“in the framework of commercial activities, occur to or for a comparatively large closed group of persons.”)	Art 17§1 1) Reproduction : toute forme de copie des œuvres littéraires, musicales et plastiques (« which persons with a disability need in order to be able to enjoy the works”) SAUF enregistrement sonore) 2) Distribution Communication au public (+conditions+) = Reproduction Distribution Communication au public	1) Article 17 §1 Reproduction et Distribution : - tout le monde (Toute personne physique peut reproduire pour une personne handicapée et lui distribuer des copies) 2) Art.17, § 2 et 3 Les organismes et bibliothèques agréées peuvent en outre - communiquer (= par internet) les copies des œuvres mentionnées au 1) - faire des enregistrements sonores de ces œuvres - les distribuer et les communiquer aux personnes handicapées - (pour les sourds, copie radio et télé)	NON en général Article 17 §4 OUI si le bénéficiaire peut conserver une copie ou si copies multiples (?) When libraries and organisations distribute or communicate copies of works to persons with a disability in such a way that those persons may keep a copy of the work, the author has a right to remuneration. The same applies if anyone, pursuant to the first Paragraph, second sentence, transmits more than a few copies to persons with a disability. (<i>Act 2005: 359</i>).	VIP : définition large Sourds et malentendants : (pour les copies avec sur titrage des œuvres télé et radio)

NOUVELLE ZELANDE

Textes	Droits exclusifs d'exploitation	Exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées (droit d'auteur)			
		Exception Actes autorisés	Personnes autorisées	Exception compensée ?	Bénéficiaires finaux
Copyright Act N°143 du 15 décembre 1994 (modifié en 2013) Voir aussi Art 89 Sous-titrages des œuvres audiovisuelles pour les sourds et malentendants	Infringements Articles 29 à 39 29-34 primary 35-39 secondary	Article 69 - Reproduction (et adaptation) - Communication au public (qui comprend la distribution) = Reproduction Distribution Communication au public Condition : vérification raisonnable de la non disponibilité commerciale <i>the prescribed body has made reasonable efforts to obtain a copy of the complete work, in Braille or otherwise modified as required by the person or persons to whom it is to be provided, within a reasonable time at an ordinary commercial price, but has been unable to do so;</i>”	Organismes (« bodies ») non lucratifs	NON	Article 69 VIP Print disabled Définition large <i>4)For the purposes of this section, a person has a print disability if he or she—</i> <i>(a)is blind; or</i> <i>(b)suffers severe impairment of his or her sight; or</i> <i>(c)is unable to hold or manipulate books; or</i> <i>(d)is unable to focus or move his or her eyes; or</i> <i>(e)suffers a handicap with respect to visual perception”</i>

Annexe VIII – Traité de Marrakech du 28 juin 2013

Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées

**Conférence diplomatique pour la conclusion d'un traité visant à faciliter
l'accès des déficients visuels et des personnes ayant des difficultés de lecture
des textes imprimés aux œuvres publiées**

Marrakech, 17 – 28 juin 2013

**TRAITÉ DE MARRAKECH VISANT À FACILITER L'ACCÈS DES AVEUGLES,
DES DÉFICIENTS VISUELS ET DES PERSONNES AYANT D'AUTRES DIFFICULTÉS
DE LECTURE DES TEXTES IMPRIMÉS AUX ŒUVRES PUBLIÉES**

adopté par la conférence diplomatique

Préambule

Les Parties contractantes,

Rappelant les principes de non-discrimination, d'égalité des chances, d'accessibilité et de pleines et effectives participation et inclusion sociales, proclamés par la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées,

Conscientes des obstacles préjudiciables au plein épanouissement des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés, qui limitent leur liberté d'expression, y compris la liberté de demander, recevoir et communiquer des informations et des idées de toutes sortes sur un pied d'égalité avec les autres, en recourant y compris à tous moyens de communication de leur choix, leur jouissance du droit à l'éducation et la possibilité de faire de la recherche,

Soulignant l'importance que revêt la protection du droit d'auteur pour encourager et récompenser la création littéraire et artistique et pour améliorer les possibilités de chacun, y compris des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés, de participer librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de profiter des progrès scientifiques et de leurs bienfaits,

Conscientes des obstacles qui empêchent les déficients visuels et les personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés d'accéder aux œuvres publiées pour réaliser l'égalité des chances dans la société, et de la nécessité non seulement d'augmenter le nombre d'œuvres dans des formats accessibles, mais aussi d'améliorer la circulation de ces œuvres,

Ayant à l'esprit que les déficients visuels et les personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés vivent pour la plupart dans les pays en développement et les pays les moins avancés,

Reconnaissant qu'en dépit des différences existant dans les lois nationales sur le droit d'auteur, il est possible d'amplifier, par un cadre juridique renforcé au niveau international, les effets positifs des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur la vie des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés,

Reconnaissant que nombre d'États membres ont établi dans leurs propres lois nationales sur le droit d'auteur des exceptions et des limitations en faveur des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés; qu'il y a toutefois un manque persistant d'œuvres disponibles dans des formats accessibles à ces personnes; que

leurs efforts visant à rendre les œuvres accessibles à ces personnes nécessitent des ressources considérables; et que le manque de possibilités d'échange transfrontière d'exemplaires en format accessible a entraîné un chevauchement de ces efforts,

Reconnaissant à la fois le rôle important joué par les titulaires des droits s'agissant de rendre leurs œuvres accessibles aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés et l'importance de prévoir des limitations et exceptions appropriées pour rendre les œuvres accessibles à ces personnes, en particulier lorsque le marché n'est pas en mesure d'assurer un tel accès,

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre la protection effective des droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information; et que cet équilibre doit faciliter un accès effectif et dans les meilleurs délais aux œuvres pour les déficients visuels et les personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés,

Réaffirmant les obligations qui incombent aux Parties contractantes en vertu des traités internationaux existants en matière de protection du droit d'auteur ainsi que l'importance et la souplesse du test en trois étapes applicable aux limitations et exceptions, énoncé à l'article 9.2) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques et dans d'autres instruments internationaux,

Rappelant l'importance des recommandations du Plan d'action pour le développement adoptées en 2007 par l'Assemblée générale de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) qui visent à s'assurer que les considérations relatives au développement font partie intégrante des travaux de l'Organisation,

Reconnaissant l'importance du système international du droit d'auteur et désireux d'harmoniser les limitations et exceptions en vue de permettre aux déficients visuels et aux personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés d'accéder plus facilement aux œuvres et d'en faire usage,

Sont convenues de ce qui suit :

Article 1

Rapports avec d'autres conventions et traités

Aucune disposition du présent traité n'emporte dérogation aux obligations qu'ont les Parties contractantes les unes à l'égard des autres en vertu de tout autre traité ni ne porte atteinte aux droits qu'ont les Parties contractantes en vertu de tout autre traité.

Article 2

Définitions

Aux fins du présent traité,

a) "œuvres" s'entend des œuvres littéraires et artistiques au sens de l'article 2.1) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, sous la forme de texte, de notations ou d'illustrations y relatives, qu'elles soient publiées ou mises d'une autre manière à la disposition du public sur quelque support que ce soit⁴⁰⁶;

b) "exemplaire en format accessible" s'entend d'un exemplaire d'une œuvre présenté sous une forme spéciale permettant aux personnes bénéficiaires d'accéder à l'œuvre, et notamment d'y avoir accès aussi aisément et librement qu'une personne sans déficience visuelle ou autre difficulté de lecture des textes imprimés. Les exemplaires en format accessible ne sont utilisés que par les personnes bénéficiaires et doivent respecter l'intégrité de l'œuvre originale, compte dûment tenu des modifications nécessaires pour rendre l'œuvre accessible dans le format spécial et des besoins en matière d'accessibilité des personnes bénéficiaires;

c) "entité autorisée" s'entend d'une entité qui est autorisée ou reconnue par le gouvernement pour offrir aux personnes bénéficiaires, à titre non lucratif, des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information. Ce terme désigne aussi un établissement public ou une organisation à but non lucratif dont l'une des activités principales ou obligations institutionnelles est de fournir les mêmes services aux personnes bénéficiaires⁴⁰⁷.

L'entité autorisée définit et suit ses propres pratiques à l'effet

⁴⁰⁶ **Déclaration commune concernant l'article 2.a)** : Aux fins du présent traité, il est entendu que la présente définition couvre les livres en format audio tels que les livres sonores.

⁴⁰⁷ **Déclaration commune concernant l'article 2.c)** : Aux fins du présent traité, il est entendu que "les entités reconnues par le gouvernement" peuvent inclure les entités recevant, de la part du gouvernement, une aide financière en vue d'offrir aux personnes bénéficiaires, à titre non lucratif, des services en matière d'enseignement, de formation pédagogique, de lecture adaptée ou d'accès à l'information.

- i) d'établir que les personnes auxquelles s'adressent ses services sont des personnes bénéficiaires;
- ii) de limiter sa distribution et sa mise à disposition d'exemplaires en format accessible aux personnes bénéficiaires ou entités autorisées;
- iii) de décourager la reproduction, distribution et mise à disposition d'exemplaires non autorisés; et
- iv) de faire preuve de la diligence requise dans sa gestion des exemplaires d'œuvres et de tenir un registre de cette gestion, tout en respectant la vie privée des personnes bénéficiaires conformément à l'article 8.

Article 3

Personnes bénéficiaires

Par "personne bénéficiaire", on entend une personne qui

- a) est aveugle;
- b) est atteinte d'une déficience visuelle, d'une déficience de perception ou de difficultés de lecture qui ne peuvent pas être réduites de manière à rendre la fonction visuelle sensiblement équivalente à celle d'une personne non atteinte de cette déficience ou de ces difficultés, et qui n'est donc pas capable de lire des œuvres imprimées dans la même mesure, essentiellement, qu'une personne non atteinte de cette déficience ou de ces difficultés⁴⁰⁸; ou
- c) est incapable en raison d'un handicap physique, de tenir ou de manipuler un livre, ou de fixer les yeux ou de les faire bouger au point de permettre en principe la lecture;

indépendamment de tous autres handicaps.

⁴⁰⁸ **Déclaration commune concernant l'article 3.b)** : Aucune disposition du présent texte ne sous-entend que l'expression "ne peuvent pas être réduites" requiert la mise en œuvre de toutes les méthodes de diagnostic et de tous les traitements médicaux possibles.

Article 4

Limitations et exceptions relatives aux exemplaires en format accessible prévues dans la législation nationale

1. a) Les Parties contractantes prévoient, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une limitation ou une exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de mise à la disposition du public tel que prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) pour mettre plus facilement des œuvres en format accessible à la disposition des personnes bénéficiaires. La limitation ou l'exception prévue dans la législation nationale devrait autoriser les changements nécessaires pour rendre l'œuvre accessible dans le format spécial.
- b) Les Parties contractantes peuvent également prévoir une limitation ou une exception au droit de représentation ou exécution publiques afin de permettre aux personnes bénéficiaires d'accéder plus facilement aux œuvres.

2. Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 4.1) pour tous les droits visés dans ledit article en prévoyant, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une limitation ou une exception selon laquelle

a) les entités autorisées peuvent, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, réaliser un exemplaire en format accessible d'une œuvre, obtenir d'une autre entité autorisée un exemplaire en format accessible d'une œuvre et mettre ces exemplaires à la disposition des personnes bénéficiaires par tous les moyens disponibles, y compris par prêt non commercial ou par communication électronique par fil ou sans fil, et prendre toute mesure intermédiaire pour atteindre ces objectifs, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

- i) l'entité autorisée désirant entreprendre cette activité a un accès licite à cette œuvre ou à un exemplaire de cette œuvre;
- ii) l'œuvre est convertie en un exemplaire en format accessible qui peut inclure tous les moyens nécessaires pour parcourir les informations dans ce format accessible mais qui n'introduit pas de changements autres que ceux nécessaires pour rendre l'œuvre accessible à la personne bénéficiaire;
- iii) les exemplaires en format accessible de l'œuvre sont offerts exclusivement pour l'utilisation des personnes bénéficiaires; et
- iv) l'activité est entreprise à des fins non lucratives;

et

b) une personne bénéficiaire ou une personne physique agissant en son nom, y compris le principal auxiliaire, peut réaliser un exemplaire en format accessible d'une œuvre pour l'usage personnel de la personne bénéficiaire ou peut aider d'une autre

manière la personne bénéficiaire à réaliser et utiliser des exemplaires en format accessible lorsque la personne bénéficiaire a un accès licite à cette œuvre ou à un exemplaire de cette œuvre.

3. Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 4.1) en prévoyant, conformément aux articles 10 et 11, d'autres limitations ou exceptions dans leur législation nationale relative au droit d'auteur⁴⁰⁹.

4. Les Parties contractantes peuvent limiter les limitations ou exceptions prévues par le présent article aux œuvres qui ne peuvent pas être obtenues dans le format accessible considéré dans le commerce à des conditions raisonnables pour les personnes bénéficiaires sur le marché. Toute Partie contractante qui fait usage de cette faculté le déclare dans une notification déposée auprès du Directeur général de l'OMPI au moment de la ratification ou de l'acceptation du présent traité ou de l'adhésion à ce dernier ou à tout autre moment⁴¹⁰.

5. Est réservée à la législation nationale la faculté de déterminer si les limitations et exceptions prévues dans le présent article font l'objet d'une rémunération.

Article 5

Échange transfrontière d'exemplaires en format accessible

1. Les Parties contractantes prévoient que si un exemplaire en format accessible est réalisé en vertu d'une limitation ou d'une exception ou par l'effet de la loi, cet exemplaire en format accessible peut être distribué ou mis à la disposition d'une personne bénéficiaire ou d'une entité autorisée dans une autre Partie contractante par une entité autorisée⁴¹¹.

2. Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 5.1) en prévoyant dans leur législation nationale relative au droit d'auteur une limitation ou une exception selon laquelle :

- a) les entités autorisées sont autorisées à distribuer ou à mettre à disposition, sans l'autorisation du titulaire du droit et pour l'usage exclusif des personnes bénéficiaires,

⁴⁰⁹ **Déclaration commune concernant l'article 4.3) :** Il est entendu que le présent alinéa ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions prévues dans la Convention de Berne à l'égard du droit de traduction, en ce qui concerne les déficients visuels et les personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés.

⁴¹⁰ **Déclaration commune concernant l'article 4.4) :** Il est entendu qu'une condition relative à la disponibilité dans le commerce est sans préjudice de la question de savoir si une limitation ou une exception prévue par cet article est en conformité ou non avec le test en trois étapes.

⁴¹¹ **Déclaration commune concernant l'article 5.1) :** Il est également entendu qu'aucune disposition du présent traité ne réduit ni n'étend le champ d'application des droits exclusifs prévus dans d'autres traités.

des exemplaires en format accessible à l'intention d'une entité autorisée dans une autre Partie contractante; et

b) les entités autorisées sont, conformément à l'article 2.c), autorisées à distribuer ou à mettre à disposition des exemplaires en format accessible à l'intention d'une personne bénéficiaire dans une autre Partie contractante et ce, sans l'autorisation du titulaire du droit.

Il est entendu que, avant la distribution ou la mise à disposition, l'entité autorisée d'origine ne savait pas ou n'avait pas de motifs raisonnables de croire que l'exemplaire en format accessible serait utilisé au profit de personnes autres que les personnes bénéficiaires⁴¹².

3. Les Parties contractantes peuvent satisfaire aux exigences énoncées à l'article 5.1) en prévoyant, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, d'autres limitations ou exceptions conformément aux articles 5.4), 10 et 11.

4. a) Lorsqu'une entité autorisée dans une Partie contractante reçoit des exemplaires en format accessible conformément à l'article 5.1) et que cette Partie contractante n'est soumise à aucune obligation en vertu de l'article 9 de la Convention de Berne, elle s'assure, en conformité avec ses propres système et pratiques juridiques, que les exemplaires en format accessible sont reproduits, distribués ou mis à disposition au profit exclusif des personnes bénéficiaires sur le territoire relevant de la compétence de cette Partie contractante.

b) La distribution et la mise à disposition d'exemplaires en format accessible par une entité autorisée en vertu de l'article 5.1) sont limitées au territoire relevant de la compétence de cette Partie contractante, à moins que cette dernière ne soit partie au Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur ou ne limite les limitations et exceptions mises en œuvre en vertu de ce traité en ce qui concerne le droit de distribution et le droit de mise à la disposition du public à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit^{413,414}.

⁴¹² **Déclaration commune concernant l'article 5.2) :** Il est entendu que, aux fins de la distribution ou de la mise à disposition directes d'exemplaires en format accessible à une personne bénéficiaire dans une autre Partie contractante, il peut être approprié pour une entité autorisée de prendre des mesures supplémentaires en vue d'établir que la personne à laquelle elle fournit des services est une personne bénéficiaire et de suivre ses propres pratiques définies à l'article 2.c).

⁴¹³ **Déclaration commune concernant l'article 5.4.b) :** Il est entendu qu'aucune disposition du présent traité n'emporte obligation ni n'implique pour une Partie contractante d'adopter ou d'appliquer le test en trois étapes au-delà de ses obligations découlant du présent instrument ou de tout autre traité international.

⁴¹⁴ **Déclaration commune concernant l'article 5.4.b) :** Il est entendu qu'aucune disposition du présent traité n'emporte obligation pour une Partie contractante de ratifier le WCT ou d'adhérer à ce traité ou de se conformer à ses dispositions et que les dispositions du présent traité sont sans préjudice des droits, exceptions et limitations énoncés dans le WCT.

c) Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur la détermination de ce qu'il convient d'entendre par acte de distribution ou acte de mise à la disposition du public.

5. Aucune disposition du présent traité ne sera utilisée pour traiter la question de l'épuisement des droits.

Article 6

Importation d'exemplaires en format accessible

Dans la mesure où la législation nationale d'une Partie contractante autoriserait une personne bénéficiaire, une personne physique agissant en son nom ou une entité autorisée à réaliser un exemplaire d'une œuvre en format accessible, la législation nationale de cette Partie contractante les autorise également à importer un exemplaire en format accessible au profit des personnes bénéficiaires sans l'autorisation du titulaire du droit⁴¹⁵.

Article 7

Obligations concernant les mesures techniques de protection

Les Parties contractantes prennent les mesures appropriées, le cas échéant, pour faire en sorte que lorsqu'elles prévoient une protection juridique adéquate et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques, cette protection juridique n'empêche pas les personnes bénéficiaires de jouir des limitations et exceptions prévues dans le présent traité⁴¹⁶.

Article 8

Respect de la vie privée

Dans la mise en œuvre des limitations et exceptions prévues dans le présent traité, les Parties contractantes s'efforcent de protéger la vie privée des personnes bénéficiaires sur un pied d'égalité avec toute autre personne.

⁴¹⁵ **Déclaration commune concernant l'article 6 :** Il est entendu que les Parties contractantes jouissent des éléments de flexibilité énoncés à l'article 4 lorsqu'elles remplissent leurs obligations au titre de l'article 6.

⁴¹⁶ **Déclaration commune concernant l'article 7 :** Il est entendu que les entités autorisées, dans différentes circonstances, choisissent d'appliquer des mesures techniques, aux fins de la réalisation, de la distribution et de la mise à disposition des exemplaires en format accessible et aucune disposition du présent article ne vise à perturber de telles pratiques lorsqu'elles sont en conformité avec la législation nationale.

Article 9

Coopération visant à faciliter les échanges transfrontières

1. Les Parties contractantes s'efforcent de favoriser les échanges transfrontières d'exemplaires en format accessible en encourageant le partage volontaire d'informations pour aider les entités autorisées à s'identifier les unes les autres. Le Bureau international de l'OMPI crée à cette fin un point d'accès à l'information.
2. Les Parties contractantes s'engagent à prêter assistance à leurs entités autorisées menant des activités au titre de l'article 5 en vue de mettre à disposition des informations relatives à leurs pratiques conformément à l'article 2.c) grâce au partage d'informations entre les entités autorisées et à la mise à disposition d'informations sur leurs politiques et pratiques, y compris en ce qui concerne les échanges transfrontières de ces exemplaires en format accessible, à l'intention des parties intéressées et du public si nécessaire.
3. Le Bureau international de l'OMPI est invité à communiquer des informations, lorsqu'elles sont disponibles, sur le fonctionnement du présent traité.
4. Les Parties contractantes reconnaissent l'importance de la coopération internationale et de sa promotion, à l'appui des efforts déployés au niveau national pour la réalisation de l'objet et des buts du présent traité⁴¹⁷.

Article 10

Principes généraux de mise en œuvre

1. Les Parties contractantes s'engagent à adopter les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent traité.
2. Rien ne doit empêcher les Parties contractantes de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent traité dans le cadre de leurs propres système et pratiques juridiques⁴¹⁸.

⁴¹⁷ **Déclaration commune concernant l'article 9 :** Il est entendu que l'article 9 n'emporte aucune obligation d'enregistrement pour les entités autorisées, ni ne constitue une condition préalable à la mise en œuvre par les entités autorisées d'activités reconnues par le présent traité; cependant, il prévoit la possibilité de partager des informations afin de faciliter les échanges transfrontières d'exemplaires en format accessible.

⁴¹⁸ **Déclaration commune concernant l'article 10.2) :** Il est entendu que lorsqu'une œuvre constitue une œuvre au sens de l'article 2.a) du présent traité, y compris les œuvres sous forme audio, les limitations et exceptions prévues dans le présent traité s'appliquent mutatis mutandis aux droits connexes dans la mesure nécessaire pour réaliser l'exemplaire en format accessible, le distribuer et le mettre à la disposition des personnes bénéficiaires.

3. Les Parties contractantes peuvent jouir de tous leurs droits et assumer toutes leurs obligations découlant du présent traité au moyen des limitations ou exceptions expressément au profit des personnes bénéficiaires, d'autres limitations ou exceptions, ou d'une combinaison de ces éléments dans le cadre de leurs système et pratiques juridiques nationaux. Il peut s'agir d'actes judiciaires, administratifs ou réglementaires au profit des personnes bénéficiaires concernant des pratiques, arrangements ou usages loyaux pour répondre à leurs besoins, conformément à leurs droits et obligations découlant de la Convention de Berne, d'autres traités internationaux et de l'article 11.

Article 11

Obligations générales concernant les limitations et exceptions

En adoptant les mesures nécessaires pour assurer l'application du présent traité, toute Partie contractante peut jouir de tous ses droits et assumer toutes ses obligations en vertu de la Convention de Berne, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT), y compris leurs interprétations communes, de telle sorte que :

- a) conformément à l'article 9.2) de la Convention de Berne, elle puisse autoriser la reproduction d'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;
- b) conformément à l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, elle restreigne les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit;
- c) conformément à l'article 10.1) du WCT, elle puisse assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du WCT dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur;
- d) conformément à l'article 10.2) du WCT, elle restreigne, en appliquant la Convention de Berne, toutes limitations ou exceptions dont elle assortit les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Article 12

Autres limitations et exceptions

1. Les Parties contractantes conviennent qu'une Partie contractante peut mettre en œuvre dans sa législation nationale des limitations et exceptions en matière de droit d'auteur au profit des personnes bénéficiaires autres que celles qui sont prévues par le présent traité, eu égard à la situation économique et aux besoins de cette Partie contractante sur les plans social et culturel, conformément aux droits et obligations de cette Partie contractante sur le plan international et, dans le cas d'un pays moins avancé, compte tenu de ses besoins particuliers et de ses droits et obligations particuliers sur le plan international, ainsi que des éléments de flexibilité qui en découlent.
2. Le présent traité est sans préjudice des autres limitations et exceptions relatives aux personnes handicapées prévues par la législation nationale.

Article 13

Assemblée

1.
 - a) Les Parties contractantes ont une Assemblée.
 - b) Chaque Partie contractante est représentée à l'Assemblée par un délégué, qui peut être assisté de suppléants, de conseillers et d'experts.
 - d) Les dépenses de chaque délégation sont supportées par la Partie contractante qui l'a désignée. L'Assemblée peut demander à l'OMPI d'accorder une assistance financière pour faciliter la participation de délégations des Parties contractantes qui sont considérées comme des pays en développement conformément à la pratique établie de l'Assemblée générale des Nations Unies ou qui sont des pays en transition vers une économie de marché.
2.
 - a) L'Assemblée traite des questions concernant le maintien et le développement du présent traité ainsi que son application et son fonctionnement.
 - b) L'Assemblée s'acquitte du rôle qui lui est attribué aux termes de l'article 15 en examinant la possibilité d'autoriser certaines organisations intergouvernementales à devenir parties au présent traité.
 - c) L'Assemblée décide de la convocation de toute conférence diplomatique de révision du présent traité et donne les instructions nécessaires au Directeur général de l'OMPI pour la préparation de celle-ci.
3.
 - a) Chaque Partie contractante qui est un État dispose d'une voix et vote uniquement en son propre nom.

b) Toute Partie contractante qui est une organisation intergouvernementale peut participer au vote, à la place de ses États membres, avec un nombre de voix égal au nombre de ses États membres qui sont parties au présent traité. Aucune organisation intergouvernementale ne participe au vote si l'un de ses États membres exerce son droit de vote, et inversement.

4. L'Assemblée se réunit sur convocation du Directeur général et, sauf cas exceptionnels, pendant la même période et au même lieu que l'Assemblée générale de l'OMPI.

5. L'Assemblée s'efforce de prendre ses décisions par consensus et établit son règlement intérieur, y compris en ce qui concerne sa convocation en session extraordinaire, les règles relatives au quorum et, sous réserve des dispositions du présent traité, la majorité requise pour divers types de décisions.

Article 14

Bureau international

Le Bureau international de l'OMPI s'acquitte des tâches administratives concernant le présent traité.

Article 15

Conditions à remplir pour devenir partie au traité

1. Tout État membre de l'OMPI peut devenir partie au présent traité.

2. L'Assemblée peut décider d'autoriser à devenir partie au présent traité toute organisation intergouvernementale qui déclare qu'elle a compétence, et dispose d'une législation propre liant tous ses États membres, en ce qui concerne les questions régies par le présent traité et qu'elle a été dûment autorisée, conformément à ses procédures internes, à devenir partie au présent traité.

3. L'Union européenne, ayant fait la déclaration visée à l'alinéa précédent lors de la conférence diplomatique qui a adopté le présent traité, peut devenir partie au présent traité.

Article 16

Droits et obligations découlant du traité

Sauf disposition contraire expresse du présent traité, chaque Partie contractante jouit de tous les droits et assume toutes les obligations découlant du présent traité.

Article 17

Signature du traité

Le présent traité est ouvert à la signature lors de la conférence diplomatique à Marrakech puis, par la suite, au siège de l'OMPI par toute partie remplissant les conditions requises pour devenir partie au présent traité pendant un an après son adoption.

Article 18

Entrée en vigueur du traité

Le présent traité entre en vigueur trois mois après que 20 parties remplissant les conditions requises visées à l'article 15 ont déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 19

Date de la prise d'effet des obligations découlant du traité

Le présent traité lie :

- a) les 20 parties remplissant les conditions requises visées à l'article 18, à compter de la date à laquelle le présent traité est entré en vigueur;
- b) toute autre partie remplissant les conditions requises visée à l'article 15, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle elle a déposé son instrument de ratification ou d'adhésion auprès du Directeur général de l'OMPI.

Article 20

Dénonciation du traité

Toute Partie contractante peut dénoncer le présent traité par une notification adressée au Directeur général de l'OMPI. La dénonciation prend effet un an après la date à laquelle le Directeur général a reçu la notification.

Article 21

Langues du traité

1. Le présent traité est signé en un seul exemplaire original en langues française, anglaise, arabe, chinoise, espagnole et russe, toutes ces versions faisant également foi.

2. Un texte officiel dans toute langue autre que celles qui sont visées à l'article 21.1) est établi par le Directeur général de l'OMPI à la demande d'une partie intéressée, après consultation de toutes les parties intéressées. Aux fins du présent alinéa, on entend par "partie intéressée" tout État membre de l'OMPI dont la langue officielle ou l'une des langues officielles est en cause, ainsi que l'Union européenne, et toute autre organisation intergouvernementale qui peut devenir partie au présent traité, si l'une de ses langues officielles est en cause.

Article 22

Dépositaire

Le Directeur général de l'OMPI est le dépositaire du présent traité.

Fait à Marrakech, le 27 juin 2013.

[Fin du document]

Table des matières

SYNTHÈSE ET AXES DES PRÉCONISATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	7
1. LES OBSTACLES À LA DIFFUSION TRANSFRONTALIÈRE DES ŒUVRES ADAPTÉES	9
1.1. LES RÈGLES RELATIVES À « L'EXCEPTION HANDICAP » AU DROIT D'AUTEUR FIXÉES PAR LES LÉGISLATIONS NATIONALES SE CARACTÉRISENT PAR UNE TRÈS GRANDE DIVERSITÉ	9
1.1.1. <i>Le cadre juridique international de l'exception handicap (Convention de Berne et autres traités)....</i>	9
1.1.1.1. La Convention de Berne (1886).....	10
1.1.1.1.1. Les droits exclusifs conventionnels	10
1.1.1.1.2. Les limitations et exceptions aux droits exclusifs expressément prévues	11
1.1.1.1.3. Les autres exceptions au droit de reproduction (le « test en trois étapes »)	13
1.1.1.1.4. État des adhésions à la Convention de Berne	14
1.1.1.2. L'accord ADPIC (1994)	14
1.1.1.2.1. Rapport avec la Convention de Berne	14
1.1.1.2.2. Les droits exclusifs	15
1.1.1.2.3. Les limitations et exceptions	15
1.1.1.2.4. État des adhésions à l'accord ADPIC	16
1.1.1.3. Le Traité OMPI sur le droit d'auteur (1996).....	16
1.1.1.3.1. Droits exclusifs.....	16
1.1.1.3.2. Limitations et exceptions.....	17
1.1.1.3.4. État des adhésions et entrée en vigueur	18
1.1.1.4. Le cadre juridique international de l'exception au droit d'auteur au bénéfice des personnes handicapées..	19
1.1.2. <i>Le cadre juridique communautaire : la directive du 22 mai 2001</i>	19
1.1.2.1. Rappel des objectifs de la directive.....	19
1.1.2.2. L'harmonisation de la définition des droits exclusifs	21
1.1.2.2.1. Le droit de reproduction	21
1.1.2.2.1. Le droit de communication au public et de mise à disposition du public	21
1.1.2.2.3. Le droit de distribution	21
1.1.2.2. Les limitations et exceptions aux droits exclusifs	22
1.1.2.2.1. La liste des exceptions aux droits exclusifs	22
1.1.2.2.2. La reprise du test en trois étapes.....	23
1.1.2.3. L'exception au bénéfice des personnes handicapées	24
1.1.3. <i>La diversité des régimes juridiques nationaux de l'exception handicap</i>	25
1.1.3.1. Si tous les États membres de l'Union européenne ont transposé l'exception handicap, ils ont adopté des solutions très différentes.	25
1.1.3.1.1. Un facteur général de divergence : la transposition des droits exclusifs.....	25
1.1.3.1.2. Les facteurs spécifiques de diversité dans la transposition de l'exception handicap	27
1.1.3.2. Au plan mondial, la situation des exceptions en faveur des personnes handicapées est sensiblement plus hétérogène	27
1.1.3.2.1. Premier constat : seule une minorité des États membres de l'OMPI reconnaissent une exception au droit d'auteur en faveur des personnes « empêchées de lire ».....	28
1.1.3.2.2. Deuxième constat : les dispositifs d'exception aux droits exclusifs au profit des personnes handicapées sont très divers	29
1.1.4. <i>Typologie des régimes nationaux de l'exception handicap au plan mondial</i>	31
1.1.4.1. Objectifs et méthode	31
1.1.4.2. Le champ des actes autorisés	32
1.1.4.2.1. Reproduction et distribution, à l'exclusion de la communication au public	33
1.1.4.2.2. Reproduction, distribution et communication au public	34
1.1.4.3. La compensation ou non de l'exception	35
1.1.4.3.1. Les dispositifs législatifs de compensation de l'exception handicap	36
1.1.4.3.2. Les dispositifs « mixtes » d'exception partiellement compensée	37
1.1.4.3.3. Les dispositifs contractuels de rémunération facultative prévus par la loi	37
1.1.4.4. Les personnes autorisées à adapter des œuvres et/ou à les diffuser	38
1.1.4.4.1. Actes réservés à des organismes autorisés ou agréés	38

1.1.4.4.2. Actes réservés à certaines catégories d'organismes, sans condition d'agrément	38
1.1.4.4.3. Actes également ouverts aux personnes physiques.....	39
1.1.4.5. Les bénéficiaires finaux.....	40
1.2. LES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS DE LA CONVENTION DE BERNE NE FONT PAS L'OBJET D'UNE INTERPRÉTATION UNIFORME ET PARTAGÉE PAR LES PAYS UNIONISTES	44
1.2.1. <i>Les règles de droit international privé de l'article 5 de la Convention de Berne</i>	44
1.2.2. <i>L'article 5(2) : la compétence générale de la loi du pays de protection</i>	45
1.2.2.1. La loi du pays « où la protection est réclamée » est parfois interprétée comme désignant la loi du pays du juge saisi (lex fori).....	47
1.2.2.2. La loi du pays « où la protection est réclamée » est majoritairement interprétée comme désignant la loi du pays « pour lequel la protection est réclamée »	48
1.2.2.3. La controverse sur la portée de la lex loci protectionis persiste au plan international	50
1.2.2.3.1. La thèse selon laquelle l'article 5 (2) ne régit pas la titularité initiale du droit, renvoyée à la loi du pays d'origine, conserve des partisans	50
1.2.2.3.2. La thèse selon laquelle la loi du pays de protection a vocation à régir l'ensemble des questions du droit d'auteur semble majoritaire	51
1.2.3. <i>Les divergences sur l'assimilation de la lex loci protectionis à la lex loci delicti et l'application subséquente de la théorie des délits complexes</i>	53
1.2.3.1. L'assimilation de la lex loci protectionis à la lex loci delicti.....	53
1.2.3.2. Première objection : l'irréductibilité de la lex loci protectionis à lex loci delicti.....	53
1.2.3.3. Deuxième objection : imprévisibilité de la loi applicable résultant de l'incertitude jurisprudentielle en matière de délits complexes.....	54
1.2.3.4. Troisième objection : l'articulation problématique avec les règles de conflit du Règlement européen « Rome II ».....	59
1.3. L'IMPRÉVISIBILITÉ DE LA LOI APPLICABLE ET L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE EN DÉCOULANT A LIMITÉ JUSQU'ICI LES ÉCHANGES TRANSFRONTALIERS D'ŒUVRES ADAPTÉES.....	62
1.3.1. <i>Finalité, modalités et qualification juridique des actes de diffusion transfrontalière des œuvres adaptées en formats accessibles</i>	62
1.3.1.1. La diffusion transfrontalière d'œuvres adaptées en formats accessibles vise à remédier à la pénurie de l'offre.....	63
1.3.1.2. Les modalités de diffusion transfrontalière sont très diverses.....	65
1.3.1.3. Les actes de diffusion transfrontalière des œuvres adaptées mettent potentiellement en jeu des droits exclusifs tels que définis par les législations nationales	66
1.3.1.3.1. Droits exclusifs mis en jeu par la diffusion transfrontalière sous forme matérielle	66
1.3.1.3.2. Droits exclusifs mis en jeu par la diffusion transfrontalière sous forme dématérialisée	67
1.3.2. <i>La loi applicable à la diffusion transfrontalière des œuvres en formats accessibles en vertu de l'article 5-2 de la Convention de Berne</i>	69
1.3.2.1. Position du problème	69
1.3.2.2. En vertu de l'article 5(2) de la Convention de Berne, la loi applicable à la diffusion dans un pays B, d'une œuvre adaptée dans un pays A, est la loi du pays B	71
1.3.2.2.1. La loi applicable à la diffusion, en France, d'une œuvre adaptée dans n'importe quel autre pays est la loi française.	71
1.3.2.2.2. La loi applicable à la diffusion, dans un autre pays que la France, d'une œuvre adaptée en France est la loi de ce pays	72
1.3.2.3. L'article 5(2) n'étant pas interprété unanimement comme donnant compétence à la loi du pays « pour lequel » la protection est demandée, une incertitude demeure.....	74
1.3.2.3.1. Hypothèse de l'interprétation de l'article 5(2) comme donnant compétence à la lex fori.....	74
1.3.2.3.2. Hypothèse de l'interprétation de l'article 5(2) comme donnant compétence à la lex loci delicti.....	75
1.3.3. <i>La limitation des échanges transfrontaliers, effet de l'insécurité juridique</i>	77
1.3.3.1. Le degré d'insécurité juridique est fonction de l'écart entre les législations.....	77
1.3.3.1.1. Les échanges entre pays dont la législation est identique ou très proche.....	77
1.3.3.1.2. Les échanges entre pays dont la législation est très différente.....	78
1.3.3.1.3. La diffusion dans un pays B ne prévoyant pas d'exception aux droits exclusifs.	78
1.3.3.2. La diffusion transfrontalière, embryonnaire, est cantonnée dans les limites de communautés linguistiques ou/et juridiques.	78
1.3.3.2.1. Les pratiques de diffusion transfrontalière entre pays anglophones	78
1.3.3.2.2. Les régimes de licences volontaires au Royaume Uni.....	79

1.3.3.2.3. La singularité canadienne : une loi autorisant la diffusion dans le monde entier.....	81
1.3.3.2.4. Les échanges entre les bibliothèques pour aveugles des pays germanophones (Medibus)	81
1.3.3.3. Les dispositifs expérimentaux de diffusion transfrontalières dans le cadre de l'OMPI et de l'Union européenne (TIGAR et ETIN)	84
1.3.3.3.1. Le protocole TIGAR.....	84
1.3.3.3.2. Le protocole ETIN (Union européenne).....	87
1.3.3.3.3. Les limites communes des protocoles TIGAR et ETIN.....	89
2. LE NOUVEAU CONTEXTE CRÉÉ PAR L'ADOPTION DU TRAITÉ DE MARRAKECH	91
2.1. L'HISTORIQUE DU PROJET DE TRAITÉ.....	91
2.1.1. <i>Les premières discussions (1981-1985)</i>	91
2.1.2. <i>La période 2001-2007</i>	92
2.1.3. <i>L'opposition entre pays développés et pays en développement (2007-2010)</i>	93
2.1.3.1. La période 2007-2008 : propositions de traité et naissance du projet TIGAR	93
2.1.3.2. Le tournant de 2009	94
2.1.3.3. Juin 2010-mai 2011 : les propositions des États Unis et de l'Union européenne.....	94
2.1.4. <i>La négociation d'un projet de Traité (juin 2011-mai 2013)</i>	96
2.1.4.1. Les avancées de 2011	96
2.1.4.2. L'année 2012 : la convocation d'une conférence diplomatique.....	97
2.1.4.3. Les négociations de 2013 et l'adoption du Traité	97
2.2. LE TEXTE ADOPTÉ LE 28 JUIN 2013 PAR LA CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE	98
2.2.1. <i>La définition des personnes bénéficiaires de l'exception (article 3)</i>	98
2.2.2. <i>Obligation de prévoir une exception aux droits exclusifs (article 4)</i>	99
2.2.3. <i>Obligation d'autoriser la distribution et la mise à disposition transfrontalière des œuvres en format accessible (article 5)</i>	101
2.2.4. <i>Obligation d'autoriser « l'importation » des œuvres en format accessible (article 6)</i>	102
2.2.5. <i>Les autres dispositions du Traité</i>	102
2.3. PORTÉE ET LIMITES DU TRAITÉ DE MARRAKECH.....	103
2.3.1. <i>Portée du Traité</i>	103
2.3.1.1. Exception obligatoire et harmonisation du contenu de l'exception	103
2.3.1.2. Obligation faite aux États d'autoriser les échanges transfrontaliers.....	103
2.3.1.3. La problématique de la licéité des échanges transfrontaliers	104
2.3.1.3.1. Première interprétation	104
2.3.1.3.2. Seconde interprétation.....	107
2.3.1.3.3. Intérêt du Traité	109
2.3.2. <i>Limites du Traité</i>	109
2.3.3. <i>Conclusion provisoire sur le Traité</i>	109
3. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES	111
3.1. LES SOLUTIONS REPOSANT SUR L'HARMONISATION DES LÉGISLATIONS NE POURRONT ÊTRE MISES EN ŒUVRE QU'À MOYEN TERME	111
3.1.1. <i>L'harmonisation internationale : la mise en œuvre du Traité de Marrakech</i>	111
3.1.1.1. Les étapes préalables à franchir	112
3.1.1.1.1. La signature	112
3.1.1.1.2. La ratification et l'entrée en vigueur objective	112
3.1.1.1.3. La prise d'effet des obligations découlant du traité	112
3.1.1.2. Conséquences pratiques.....	112
3.1.2. <i>L'harmonisation au plan communautaire</i>	113
3.1.2.1. Une harmonisation nécessaire, du fait du Traité de Marrakech	113
3.1.2.2. Une harmonisation souhaitable, indépendamment du Traité	115
3.1.2.3. Modalités de la transposition du Traité : modification de la directive 2001/29 ou Règlement ?.....	116
3.2. DES SOLUTIONS INDÉPENDANTES DE L'HARMONISATION PEUVENT ÊTRE MISES EN ŒUVRE À COURT TERME, DANS UN CADRE BILATÉRAL ET NATIONAL	117
3.2.1. <i>Des conventions bilatérales avec les pays prioritaires</i>	117
3.2.1.1. Possibilité, portée et intérêt.....	117
3.2.1.2. Contenu possible.....	118

3.2.1.3. Pays prioritaires et modalités des accords.....	118
3.2.2. <i>La modification du code de la propriété intellectuelle</i>	119
3.2.2.1. Rappel du dispositif national	119
3.2.2.1.1. Les bénéficiaires finaux.....	119
3.2.2.1.2. Les actes autorisés en titre de l'exception.....	119
3.2.2.1.3. Les personnes pouvant les accomplir les actes autorisés	120
3.2.2.1.4. Les échanges entre organismes agréés.....	121
3.2.2.2. Nécessité de modifier le Code de propriété intellectuelle	121
3.2.2.2.1. Élargir le champ des bénéficiaires.....	121
3.2.2.2.2. En fonction de l'interprétation du Traité, permettre aux bénéficiaires finaux de réaliser des adaptations pour leur seul usage.....	122
3.2.2.2.3. Permettre les échanges transfrontières.....	123
3.2.2.2.4. La question de la compensation de l'exception, dans le contexte des échanges transfrontaliers	123
3.2.2.4. Calendrier de la modification législative	126
3.3. AUCUNE DES SOLUTIONS À DROIT CONSTANT N'EST SATISFAISANTE.....	126
3.3.1. <i>La solution reposant sur le protocole TIGAR</i>	127
3.3.2. <i>La solution reposant sur le protocole ETIN</i>	129
3.3.3. <i>La solution reposant sur la conclusion d'accords de licence volontaire</i>	129
3.3.4. <i>Le modèle germanophone Medibus</i>	130
ANNEXES	131
ANNEXE I - LETTRE DE MISSION	133
ANNEXE II - PERSONNES AUDITIONNÉES.....	137
ANNEXE III - ABRÉVIATIONS ET SIGLES	139
ANNEXE IV - BIBLIOGRAPHIE	141
ANNEXE V – CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, PARTIE LÉGISLATIVE (EXTRAITS).....	147
ANNEXE VI – CODE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (PARTIE RÉGLEMENTAIRE, EXTRAITS)	151
ANNEXE VII – LES DISPOSITIFS NATIONAUX RELATIFS À L'EXCEPTION HANDICAP	155
ANNEXE VIII – TRAITÉ DE MARRAKECH DU 28 JUIN 2013.....	175
TABLE DES MATIÈRES	191

