

‘À quand l’octroi de licences transfrontières pour l’utilisation de droits d’auteur et de droits voisins en Europe?’

Lucie Guibault*

En Europe, la gestion collective de droits d’auteur et des droits voisins a fait couler beaucoup d’encre ces derniers temps. En avril 2004, la Commission européenne a publié une Communication au Parlement européen et au Conseil européen sur la gestion du droit d’auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur.¹ Cette Communication vient en fait confirmer l’intention de la Commission de procéder à l’adoption, dans un avenir plus ou moins rapproché, d’une directive portant sur la gouvernance des sociétés de gestion collective de droits d’auteur et de droits voisins en Europe. En plus de dresser un portrait de la situation actuelle au sujet de la gestion collective de droits d’auteur et des droits voisins dans les pays de l’Union, la Communication propose certaines options visant à améliorer les conditions relatives au développement des licences communautaires pour l’exploitation des droits. La Commission constate en effet que la gestion et l’utilisation du droit d’auteur et des droits voisins s’effectuent dans une large part à travers l’ensemble du marché européen: alors que l’environnement numérique permet par définition une exploitation transfrontière des droits, l’octroi de licences pour une exploitation analogique prend également - et de plus en plus - une dimension transfrontière. Idéalement, la gestion des droits devrait donc s’adapter aux situations nouvelles, comme la demande croissante de licence « communautaire » pour l’utilisation de certains droits et assurer un équilibre entre d’une part, la nécessaire protection et rétribution des auteurs et des artistes et d’autre part, les demandes des utilisateurs commerciaux.

La possibilité pour une société de gestion de droits d’auteur ou de droits voisins d’octroyer une licence autorisant l’exploitation transfrontière des œuvres faisant partie de son répertoire constitue en effet l’une des questions clés que la Commission européenne devra résoudre si elle entend un jour réaliser son objectif de faciliter « la commercialisation des droits de propriété intellectuelle pour parvenir à un véritable marché intérieur dans ce domaine ». L’octroi d’une licence ayant une portée transfrontière soulève cependant de nombreuses questions touchant au droit de la concurrence, comme en témoignent la décision de la Commission européenne dans l’affaire « IFPI – Simulcast »² et la récente annonce faite par cette même Commission d’ouvrir une procédure concernant l’accord dit de Santiago, qui prévoit justement l’octroi de licences sur les droits d’auteur musicaux pour utilisation sur Internet.³ Nous nous proposons dans les pages qui suivent d’examiner les principales questions de droit de la concurrence soulevées par l’octroi, de la part des sociétés européennes de gestion de droits d’auteur et de droits voisins, de licences transfrontières. Traçons d’abord un bref portrait des modes de distribution de musique sur l’Internet et des mécanismes d’octroi de licences (I). Voyons ensuite, à la lumière de la décision de la Commission européenne dans l’affaire « IFPI – Simulcast » et de la procédure relative à l’accord dit de Santiago, quels sont les obstacles que les sociétés européennes devront franchir en matière de droit de la concurrence avant d’être en mesure d’octroyer une licence valide à l’égard de l’ensemble des pays membres de la Communauté européenne (II).

I – La distribution de musique en ligne

Ces derniers mois en Europe ont été marqués par une augmentation significative de sources (légales) de distribution de musique sur l’Internet, qu’il s’agisse de l’ « iTunes Music Store » de Apple, de

* (LL.M. Montréal et LL.D. Amsterdam). Professeure adjoint à la Faculté de droit et chercheure à l’Institut du droit de l’information (IViR), Université d’Amsterdam. © Lucie Guibault, 2004.

¹ COM(2004)261final, 16.04.2004.

² Affaire No COMP/C2/38.014 – “IFPI Simulcast”, J.O.C.E. L 157/59, 30 avril 2003.

³ Commission européenne, Communiqué de presse, IP/04/586, du 3 mai 2004.

l' « On Demand Distribution » (OD2) ou des nombreux fournisseurs de services Internet offrant à leurs abonnés la possibilité de télécharger de la musique sous forme de fichiers MP3, par exemple. Les opérateurs européens de radio et de télévision se lancent de plus en plus fréquemment dans des activités en ligne – soit par la transmission en simultanée par la voie traditionnelle (hertzienne, satellite ou câble) ainsi que par Internet, ou « diffusion en simulcast », ou encore par la diffusion par Internet uniquement, ou « webdiffusion ». L'offre en ligne de pièces musicales comporte des avantages certains par rapport à la vente de CD's ou de DVD's et ce, à la fois pour les auteurs, les compositeurs, les artistes interprètes, les éditeurs, les distributeurs que pour les consommateurs.⁴ L'Internet permet en effet aux auteurs et autres titulaires de droits de rejoindre directement un plus vaste auditoire, plus facilement et à un moindre coût que les méthodes de distribution traditionnelles ne l'ont jamais fait. L'Internet facilite également la création de liens plus étroits entre les auteurs, compositeurs et artistes d'une part et les utilisateurs, d'autre part. L'Internet ouvre en outre la possibilité non seulement aux distributeurs établis mais également aux nouveaux venus dans le monde de la musique en ligne d'adapter l'offre de services aux besoins spécifiques des usagers. De plus, la livraison en ligne de musique entraîne une réduction de coûts significative et permet de réduire de façon importante les barrières géographiques traditionnellement liées à la distribution de musique sur support analogue.⁵

La distribution de pièces musicales sur l'Internet sous-entend toutefois la réalisation d'au moins deux reproductions – dans la mémoire du serveur puis dans celle de l'ordinateur de l'utilisateur – ainsi que la réalisation d'une communication au public de l'œuvre ou de la prestation protégée.⁶ La livraison de musique en ligne ne peut donc être légale que si les distributeurs ont au préalable obtenu la permission des titulaires de droits d'auteur et de droits voisins d'exécuter de telles reproductions et une telle communication au public de l'œuvre ou de la prestation protégée. L'autorisation peut notamment être conférée sur la base d'une licence générale octroyée par une société de gestion collective de droits.⁷ Cependant contrairement à la licence octroyée par directement par le titulaire de droits, celle qui est accordée par une société de gestion collective de droits ne peut avoir effet qu'à l'égard du territoire desservi par la société. Dans le cadre du régime traditionnel d'octroi des licences, un utilisateur commercial souhaitant proposer cette œuvre musicale à ses clients doit donc demander une licence à chaque société nationale de droits d'auteur concernée.

Jusqu'à maintenant, les sociétés de gestion collective n'ont été en mesure d'offrir une licence portant sur un répertoire mondial uniquement parce qu'elles participent toutes à un réseau global d'ententes réciproques. Les arrangements contractuels traditionnels stipulent que la société A confie son répertoire à la société B relativement à l'exploitation des droits d'exécution publique et des droits mécaniques sur le territoire de la société B. À l'heure actuelle, les sociétés de gestion ne peuvent conférer des licences d'exploitation qu'à l'égard des œuvres faisant partie de leur propre répertoire et à l'égard d'utilisations effectuées à l'intérieur de leur territoire national. En d'autres termes, les limitations territoriales auxquelles obéit traditionnellement la concession de licences ont également pour conséquence que les accords de représentation réciproque existant entre société de gestion collective ne prévoient pas la possibilité pour une société de concéder à un utilisateur une licence multi-territoriale couvrant, outre son propre répertoire, celui d'une société sœur qu'elle représente (licence multi-répertoire). Les accords de représentation existants ne permettent à une société de

⁴ Peter Schønning, 'Licensing Authors' Rights on the Internet', (2000) *IIC* 7-8, p. 967.

⁵ Thomas C. Vinje, Dieter Paemen, Jenny Romelsjö, 'Collecting Society Practices Retard Development of On-Line Music Market', document présenté lors de la Conférence IViR-BUMA/Stemra, *Copyright and the Music Industry: Digital Dilemma's*, Amsterdam, 4-5 juillet 2003.

⁶ Daniel J. Gervais, 'Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, The United Kingdom, and the United States', (2001) 34 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1363; Schäfer Wandtke, 'Music on Demand – A New Type of Use on the Internet?', (2001) 3 *IIC*, p. 291.

⁷ L'autorisation peut également être accordée directement par le ou les titulaires de droits, incluant les auteurs, compositeurs, artistes interprètes et producteurs de phonogrammes (si ceux-ci n'ont pas auparavant transféré tous leurs droits à une société de gestion collective) ou via un système de gestion numérique de droits.

gestion collective d'accorder à un utilisateur une licence couvrant le répertoire d'une société sœur qu'elle représente que pour son propre territoire national.⁸

De toute évidence, un tel système n'est pas adapté aux développements de l'Internet où l'on voit une intensification de l'utilisation d'œuvres musicales protégées au-delà des frontières territoriales. Pour des raisons purement pratiques, les utilisateurs commerciaux ne peuvent non plus être contraints de conclure une licence avec chacune société collective opérant dans les différents pays où les œuvres musicales sont exécutées en ligne. Idéalement, une société de gestion collective de droits d'auteur ou de droits voisins devrait donc pouvoir octroyer une licence de portée mondiale : tant en termes de répertoire que de portée territoriale.⁹ S'il n'est pas souhaitable ou même réalisable que chaque fournisseur ou distributeur de musique en ligne obtienne une licence dans chaque pays où la diffusion a lieu, il s'agirait maintenant de savoir quelle société de gestion collective serait compétente pour octroyer une licence unique, valable pour le monde entier. La licence devrait-elle être concédée suivant le principe du pays de destination ou suivant celui du pays d'origine?

Si les titulaires de droits devaient mettre en œuvre un système de concession de licences basé sur le pays d'origine, ils pourraient voir leurs droits ignorés ou affaiblis en cas de protection juridique insuffisante dans le territoire d'origine de la transmission.¹⁰ Même lorsqu'il existe une protection juridique suffisante, il demeure toujours un risque de voir la juste rémunération des titulaires de droits menacée ou affaiblie par la recherche systématique du territoire juridique offrant le niveau de rémunération le plus faible possible. Si, par contre, l'on retient l'hypothèse voulant que l'autorisation de diffuser doive être obtenue dans chaque pays où l'acte de communication au public est accompli, il s'ensuit qu'une utilisation donnée d'une pièce musicale devrait être appréciée en tenant compte des conditions juridiques, économiques et commerciales propres à chacun des pays où a lieu l'utilisation. Cela implique aussi que la valeur des droits pour chaque territoire devrait être déterminée en fonction de l'exploitation qui en est faite sur le territoire en question. Pour ce faire, le tarif applicable à l'autorisation des droits devrait être celui du pays de destination, calculé soit en vertu du nombre d'utilisateurs ou de l'intensité de l'utilisation. La fixation du tarif global appliqué par une société pour une licence multi-répertoire et/ou multi-territoriale pourrait être laissée à l'appréciation de chaque société nationale. Ce tarif global devrait cependant refléter, outre le propre tarif de cette société, les différents tarifs nationaux déterminés par chacune des sociétés participantes. Le tarif global appliqué par la société concédante devrait donc être un agrégat de tous les tarifs nationaux en vigueur, sans être cependant un simple cumul de tarifs fixes. Ce tarif devrait prendre en considération des facteurs tels que les recettes publicitaires générées ou l'intensité d'utilisation enregistrée dans chaque pays, puisque le tarif national correspondant exprimé en pourcentage serait appliqué en proportion du montant des recettes ou du nombre d'utilisateurs imputables à chaque territoire. La détermination du montant à verser par les utilisateurs et des sommes à répartir entre titulaires de droits en vertu d'un tarif global reste néanmoins très complexe dans la mesure où les tarifs pratiqués présentement par les différentes sociétés ne sont pas harmonisés, ceux-ci variant notamment suivant le taux national de taxation et les frais d'administration.¹¹

II- Les licences transfrontières et les règles de concurrence européennes

Afin de remédier aux problèmes causés par les limitations territoriales auxquelles obéit traditionnellement la concession de licences, les sociétés européennes de gestion collective de droits d'auteur ont tenté de conclure des accords réciproques de représentation de portée transfrontière. Ces accords, tout comme l'ensemble des pratiques contractuelles des sociétés de gestion collective, sont soumis à l'application des règles européennes de la concurrence. Les sociétés doivent notamment se

⁸ Affaire No COMP/C2/38.014 – "IFPI Simulcast", J.O.C.E. L 157/59, 30 avril 2003, § 16.

⁹ P. Schönning, *op.cit.*, *supra*, note 4, p. 974.

¹⁰ Id. p. 977.

¹¹ H. Cohen Jehoram, 'The Future of Copyright Collecting Societies', (2001) 23 *E.I.P.R.* pp. 134-139, à la p. 137.

conformer à l'article 81, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne en vertu duquel sont incompatibles avec le marché commun et sont interdits, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Ainsi pour qu'une entente soit jugée en violation avec les règles de la concurrence, celle-ci doit avoir pour effet d'exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États.¹² Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Depuis le début des années 1970, la Cour de justice européenne et la Commission européenne se sont prononcés à maintes reprises à propos de la conformité des licences octroyées par certaines sociétés de gestion collective de droits d'auteur et de droits voisins avec les règles européennes de la concurrence.¹³ Les interventions de la Cour de justice et de la Commission ont porté, jusqu'à présent, sur trois grands aspects: la relation entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs,¹⁴ la relation entre les sociétés de gestion collective et leurs membres et, enfin, la relation réciproque entre différentes sociétés de gestion collective. Les accords de représentation réciproque prévoyant l'octroi de licences d'utilisation ayant une portée transfrontière, tels qu'envisagés dans l'affaire « Simulcast » et dans l'accord dit de Santiago et examinés ci-après, se rapportent directement au troisième aspect et indirectement au premier aspect.

A- L'affaire IFPI-Simulcast¹⁵

Conformément aux articles 2 et 4, paragraphe 1, du Règlement d'application n° 17¹⁶, la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) adressait à la Commission, le 16 novembre 2000, une demande d'attestation négative ou, à défaut, d'exemption en application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité instituant la Communauté européenne en faveur d'un accord réciproque type (ci-après dénommé «l'accord réciproque») applicable entre les sociétés de gestion collective agissant pour le compte des producteurs de disques aux fins de la concession de licences de «simulcast». Le 21 juin 2001, l'IFPI soumettait une version modifiée de l'accord réciproque, ayant pour effet de permettre aux diffuseurs en simulcast établis dans l'Espace économique européen (EEE) d'obtenir une licence multi-territoriale auprès de l'une quelconque des sociétés de gestion collective de l'EEE qui sont parties à

¹² Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 42/84, *Remia BV. c. Commission*, Rec. 1985, p. 2545.

¹³ Voir: P.B. Hugenholtz, 'Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?', [2003] 6 *AMI* 203-208, à la p. 205. Voir, par exemple: Affaire 127/73 (*BRT c. SABAM*), Rec. 1974, p. 313; les affaires 55/80 et 57/80 (*MV Membran et K-Tel International c. GEMA*), Rec. 1981, p. 147; l'affaire 7/82 (*GVL c. Commission*) et les affaires C-92/92 et C-326/92 (*Phil Collins et Patricia Im- und Export c. EMI*), Rec. 1993, p. I-5145.

¹⁴ Voir par exemple: Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 395/87, *Ministère public contre Tournier*, Rec. 1989, p. 2 521; et Arrêt de la Cour de justice dans les affaires 110/88, 241/88 et 242/88, *Lucazeau contre SACEM*, Rec. 1989, p. 2 811.

¹⁵ Affaire No COMP/C2/38.014 – "IFPI Simulcast", J.O.C.E. L 157/59, 30 avril 2003 [ci-après Affaire "IFPI Simulcast"].

¹⁶ Règlement n° 17: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, J.O.C.E n° P 013 du 21/02/1962 p. 204 – 211 [ce Règlement est maintenant abrogé et remplacé par le Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) J.O.C.E. n° L 001 du 04/01/2003 p. 0001 – 0025].

l'accord réciproque afin de diffuser en simulcast à destination du territoire des signataires. Le 22 mai 2002, l'IFPI faisait parvenir une seconde modification de l'accord réciproque en vertu de laquelle la validité de celui-ci était prorogée jusqu'au 31 décembre 2004. La seconde modification prévoyait aussi l'introduction par les parties d'un mécanisme par lequel les sociétés de gestion collective de l'EEE qui sont parties à l'accord réciproque devaient spécifier l'élément qui, dans le tarif appliqué aux diffuseurs en simulcast pour une licence multi-territoriale et multi-répertoire, correspond aux frais d'administration imputés à l'utilisateur.

L'accord réciproque est destiné à établir un cadre garantissant l'administration et la protection efficaces des droits des producteurs face à l'exploitation mondiale sur l'Internet. Il reflète les nouvelles possibilités offertes par la technologie numérique, à savoir la faculté de surveiller à distance l'exploitation des droits d'auteur, et est conçu de manière à permettre aux sociétés de gestion collective d'accorder des licences centralisées couvrant tous les territoires dont les producteurs sont représentés par une société de gestion collective qui est partie à l'accord réciproque. Ainsi, les diffuseurs en simulcast doivent avoir à leur disposition une procédure simple leur évitant de devoir obtenir une licence auprès de la société locale dans chacun des pays où leurs transmissions par l'Internet sont accessibles, cette dernière possibilité restant néanmoins à leur disposition. L'accord réciproque prévoit que chaque société de gestion collective participante pourra accorder aux autres sociétés participantes, sur une base non exclusive, le droit (pour ce qui concerne le répertoire de ses membres) d'autoriser la diffusion en simulcast, ou (selon le cas) d'exiger une rémunération équitable sur son territoire. Chaque partie à l'accord réciproque devra conclure individuellement et séparément avec chacune des autres parties des contrats bilatéraux reprenant les termes de l'accord réciproque type. Concrètement, l'accord réciproque permet à chaque société de gestion collective participante:

- a) dans le cas d'un droit exclusif, d'autoriser, en son nom propre ou au nom du titulaire de droit concerné, la diffusion en simulcast d'enregistrements sonores figurant au répertoire de l'autre partie contractante et, lorsqu'une rémunération équitable est exigée, de percevoir toute rémunération, ainsi que toutes sommes dues à titre de réparation et d'accuser dûment réception des montants ainsi perçus;
- b) de percevoir toutes les redevances de licence exigées en contrepartie des autorisations, ou de percevoir toutes sommes dues à titre de réparation pour des diffusions en simulcast non autorisées;
- c) d'entamer et de poursuivre, en son nom propre ou au nom du titulaire de droit concerné, à sa demande et avec son consentement explicite, toute action en justice contre tout particulier ou entreprise et contre toute autorité administrative ou autre responsable de diffusion en simulcast illégale.

En ce qui concerne la rémunération des droits, le principe général qui sous-tend l'accord réciproque est celui du pays de destination. Selon ce principe, l'acte consistant à communiquer au public une œuvre protégée par le droit d'auteur a lieu non seulement dans le pays d'origine (pays d'émission), mais aussi dans les pays où les signaux peuvent être reçus (pays de réception). L'application du principe du pays de destination dans le cadre de l'accord réciproque implique que la procédure d'autorisation des droits s'effectue dans un pays mais que la rémunération est due dans tous les pays où le signal diffusé en simulcast peut être reçu. Selon l'article 5, paragraphe 2, de l'accord réciproque, le principe du pays de destination est applicable en ce qui concerne le montant qu'une société de gestion collective doit faire payer à l'utilisateur pour une licence de simulcast. Cela implique que chaque société de gestion collective doit prendre en considération les tarifs en vigueur dans les territoires à destination desquels l'utilisateur diffuse en simulcast pour déterminer le montant à payer par celui-ci. Étant donné que la licence de simulcast de type «guichet unique» envisagée couvre plusieurs répertoires et est valable dans de multiples territoires, le tarif applicable à la licence de simulcast sera un tarif agrégé, établi à partir des tarifs individuels appliqués par chaque société de gestion collective participante à la diffusion en simulcast sur son propre territoire. Toute société concédant une licence multi-répertoire et multi-territoriale devra donc prendre en considération tous les tarifs nationaux applicables, y compris le sien, pour fixer une redevance de licence globale.

Compte tenu du caractère expérimental de l'accord réciproque, les parties ont déclaré que les différentes sociétés de gestion collective n'avaient pas encore définitivement arrêté la manière de structurer le tarif agrégé. Elles ont indiqué que, étant donné la modicité des recettes générées par la diffusion en simulcast à l'heure actuelle, les sociétés de gestion collective ont eu tendance jusqu'à présent à privilégier le paiement d'un montant forfaitaire pour une licence de simulcast. Les parties envisagent néanmoins deux principales possibilités: a) un tarif agrégé basé sur un pourcentage des recettes générées par la diffusion en simulcast sur le territoire de chaque société de gestion collective; b) un tarif agrégé correspondant à un taux par piste par flux (c'est-à-dire lié à l'utilisation du répertoire et à la fréquentation du site). S'il établit les principes généraux de fixation de la redevance de licence globale, l'accord réciproque ne détermine pas les tarifs nationaux, qui doivent être établis par chacune des sociétés de gestion collective. Il appartient donc à chacune de calculer un niveau de rémunération adéquat et équitable. Selon les parties, la structure et le niveau des tarifs nationaux de simulcast restent du ressort des différentes sociétés de gestion collective, qui fixeront leurs tarifs nationaux conformément à leur législation nationale et en fonction de leurs besoins commerciaux.

La première question que la Commission européenne devait trancher dans cette affaire avait trait à la définition du marché visé par l'accord réciproque. Il s'agissait dans ce cas de définir à la fois le marché de produit et le marché géographique. En ce qui a trait au marché de produit, la Commission a souligné que la gestion collective des droits d'auteur et/ou des droits voisins concerne différentes activités qui correspondent à autant de marchés de produits en cause différents: services d'administration des droits pour le compte des titulaires de droits; services d'administration des droits pour le compte d'autres sociétés de gestion collective et services de concession de licences aux utilisateurs. Par conséquent, l'accord réciproque affectait directement deux marchés en cause: a) les services d'administration multi-territoriale des droits de diffusion en simulcast entre sociétés de gestion collective agissant pour le compte des producteurs de disques; b) la cession sous licence multi-territoriale et multi-répertoire des droits de diffusion en simulcast des producteurs de disques. Le marché géographique en cause des services d'administration multi-territoriale des droits de diffusion en simulcast entre sociétés de gestion collective agissant pour le compte de producteurs de disques incluait au moins tous les pays de l'EEE dont la société de gestion collective locale est partie à l'accord réciproque, c'est-à-dire tous les pays de l'EEE à exception de la France et de l'Espagne. De façon similaire, le marché géographique en cause de la concession de licences multi-territoriales et/ou multi-répertoires de diffusion en simulcast a été défini comme comprenant tous les pays de l'EEE, à l'exception de l'Espagne et de la France.

La seconde étape dans l'analyse de la Commission consistait à examiner si l'accord réciproque imposait des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. La Commission a noté que, dans la présente affaire, le modèle choisi par les parties pour le système de concession de licences de simulcast a pour effet de limiter la liberté de la société qui concède une licence multi-répertoire et/ou multi-territoriale de fixer le montant de la redevance de licence globale qu'elle appliquera à l'utilisateur. En fait, les tarifs individuels nationaux déterminés par chacune des sociétés de gestion collective participantes qui contribuent au lot de répertoires et de territoires offerts à l'utilisateur par le biais d'une licence unique seront imposés à la société concédante. En d'autres termes, la redevance globale appliquée par celle-ci pour une licence multi-répertoire et/ou multi-territoriale est déterminée dans une large mesure *ab initio*, ce qui réduit sensiblement la concurrence par les prix entre sociétés de gestion collective ayant leur siège dans l'EEE. Le fait que chaque société de gestion collective soit libre de fixer son tarif national de simulcast ne se traduit pas par une concurrence effective par les prix entre sociétés étant donné que tous les tarifs nationaux sont agrégés pour donner un tarif global unique pour une licence de simulcast multi-territoriale et/ou multi-répertoire et que ce tarif est le même quelle que soit celle des sociétés participantes qui concède la licence. Cette liberté ne se traduit donc par aucun avantage utile pour le futur utilisateur en termes de choix du fournisseur sur la base des différences de prix. D'autre part, la liberté laissée aux sociétés de négocier les conditions commerciales d'une licence (en dehors de la redevance globale) cas par cas avec les futurs utilisateurs peut certes, dans certains cas, introduire un élément de concurrence par les prix entre sociétés, mais il n'en est pas

toujours ainsi.¹⁷ Ce qui rend ce mécanisme particulièrement restrictif, aux yeux de la Commission européenne, c'est que l'absence de concurrence par les prix qui résulte du système envisagé ne vaut pas seulement pour la redevance de droits d'auteur proprement dite due pour l'utilisation d'œuvres protégées, mais aussi pour la partie de la redevance de licence qui était destinée à couvrir les coûts administratifs de la société concédante. En fait, aucune distinction n'est faite entre les deux éléments, dont la somme constitue nécessairement le montant total de la redevance de licence. En ne distinguant pas la redevance de droit d'auteur des frais d'administration, les parties réduisent sensiblement les possibilités de concurrence entre elles au niveau de la fixation des prix pour le service de concession de licences. La Commission conclut qu'à la lumière de ce qui précède, l'accord réciproque est clairement susceptible d'affecter le commerce entre États membres.¹⁸

La troisième étape du processus d'examen de l'accord réciproque consistait pour la Commission à voir si l'accord pouvait, malgré la probabilité qu'il affecte le commerce entre États membres, bénéficier d'une exemption au sens de l'article 81, paragraphe 3 du Traité. La Commission a tout d'abord rappelé que, dans certaines circonstances, une coopération peut se justifier et produire des avantages économiques substantiels, notamment lorsque les entreprises doivent s'adapter à des pressions concurrentielles croissantes, à un marché en constante évolution qui se mondialise de plus en plus, à des progrès techniques incessants et au plus grand dynamisme des marchés en général. De l'avis de la Commission, l'accord réciproque apparaît comme le produit d'une telle adaptation, en ce qu'il donne naissance à un nouveau produit: une licence de simulcast multi-territoriale et multi-répertoire, qui couvre les répertoires de plusieurs sociétés de gestion collective, ce qui permet à un diffuseur en simulcast d'obtenir une licence unique auprès d'une seule société de gestion collective pour la diffusion de programmes accessibles presque partout dans le monde via l'Internet. Il comporte de plus un certain nombre d'éléments pro-concurrentiels, qui peuvent contribuer sensiblement au progrès technique et économique dans le domaine de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins. En permettant aux sociétés de gestion collective de fournir aux utilisateurs des licences de simulcast couvrant les répertoires de toutes les sociétés qu'elles représentent et qui les représentent sur la base d'accords réciproques, l'accord en cause avait pour effet d'offrir une plus grande sécurité juridique et de réduire les coûts de transaction pour les utilisateurs. De plus, le fait que l'accord réciproque contribue à promouvoir l'utilisation de la technique de diffusion en simulcast avait pour effet de mettre davantage d'enregistrements sonores et/ou vidéo à la disposition d'un plus grand nombre de consommateurs.

Cependant, la Commission s'est dit d'avis que n'eut été de la notification de la seconde modification à l'accord réciproque, l'amalgamation des frais d'administration et de la redevance de droits d'auteur serait clairement allée au-delà de ce qui était nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes des parties en termes de protection juridique adéquate, de rémunération équitable des titulaires de droits et de systèmes de rémunération reflétant le niveau d'exploitation des œuvres protégées. En conclusion, la prédétermination des niveaux nationaux de redevance de droits d'auteur constitue apparemment dans les circonstances présentes la solution la moins restrictive pour créer et distribuer un nouveau produit.¹⁹ Enfin, en créant et en encourageant la concurrence entre les sociétés de gestion collective participantes ayant leur siège dans l'EEE, l'accord réciproque contribue à l'objectif de création et de développement d'un marché unique, en l'occurrence un marché unique de la fourniture de services d'administration entre sociétés et un marché unique de la concession de licences de simulcast.²⁰ Pour toutes ces raisons, la Commission européenne en est venue à la conclusion que les conditions cumulatives prévues à l'article 81, paragraphe 3, du Traité peuvent être considérées comme remplies et que, par conséquent, l'accord réciproque est autorisé à bénéficier d'une exemption jusqu'au 31 décembre 2004.

¹⁷ Affaire "IFPI Simulcast", § 69.

¹⁸ Id., § 74.

¹⁹ Id., § 115.

²⁰ Id., § 122.

B- L'accord dit de Santiago

Lors d'une conférence internationale tenue à Santiago du Chili en 2001, les représentants des principales sociétés de gestion de droits d'exécution publique européennes, à savoir la PRS (Royaume-Uni), la SACEM (France), la GEMA (Allemagne) et la BUMA (Pays-Bas), ont signé un accord de collaboration auquel se sont jointes par la suite l'ensemble des sociétés de l'Espace économique européen (à l'exception de la société portugaise SPA), ainsi que la SUISA (Suisse). L'objectif de cet accord est de permettre à chaque société signataire de fournir aux utilisateurs commerciaux en ligne un « guichet unique » pour l'octroi de licences sur les droits d'exécution publique englobant les répertoires musicaux de l'ensemble des sociétés et valables sur leurs territoires, grâce auxquelles les utilisateurs sont en mesure de fournir en toute légalité des services tels que le téléchargement ou la diffusion de musique en continu. L'accord de Santiago vise l'octroi d'une licence relative au droit d'exécution publique et la répartition des redevances recueillies pour la fourniture de musique en ligne par téléchargement et lecture en transit de l'Internet. Il couvre le « webcasting », le « streaming », la musique en ligne à la demande, ainsi que la musique incorporée dans des œuvres audiovisuelles (télévision, film, etc.) diffusées sur l'Internet, à l'exception de la diffusion en simulcast.²¹ L'accord de Santiago met de l'avant cinq principes fondamentaux :

1. Le point le plus important de l'accord concerne l'octroi d'une licence au fournisseur de contenu en tant que partie responsable de la décision ou de l'approbation du contenu offert en ligne;
2. La licence octroyée à un fournisseur de contenu particulier doit l'être par la société de gestion collective agissant au sein du pays correspondant à l'URL "*Uniform Resource Locator*" utilisé par le fournisseur de contenu, lorsque la langue principale utilisée par le site du fournisseur de contenu est la langue principale de ce pays, ou b) à défaut, par la société de gestion collective agissant dans le pays où la société du fournisseur de contenu est constituée. Si la résidence économique du fournisseur de contenu se trouve dans un pays différent des pays susmentionnés, la licence sera accordée par la société de gestion collective agissant dans ce pays;
3. La licence octroyée au fournisseur de contenu est une licence mondiale non-exclusive, ce qui signifie que tous les fournisseurs de contenu doivent pouvoir obtenir l'accès au répertoire voulu sur une base égale et non-discriminatoire;
4. L'accord contient également des dispositions prévoyant une distribution rapide des redevances recueillies;
5. Afin de garantir les revenus des titulaires de droits, l'accord part du principe qu'en ce qui a trait à la transmission de contenu en ligne le tarif applicable est celui du pays de destination du téléchargement, si un tel tarif existe.²²

Contrairement à l'accord réciproque conclu par les sociétés de gestion collective dans l'« Affaire Simulcast », le système défini dans l'accord dit de Santiago oblige les diffuseurs de musique à s'adresser à la société de gestion collective de droits d'auteur établie dans leur propre État membre. Ainsi, un fournisseur de contenu établi en Suède ne peut par exemple obtenir une licence de diffusion de musique en ligne pour l'ensemble de l'Europe que de la société suédoise de gestion collective de droits d'auteur, à l'exclusion de toute autre société de gestion collective européenne que ce soit. Et ceci même si le serveur de cette diffusion est situé dans un autre pays. De plus, si un fournisseur offre de la musique en ligne en provenance de plusieurs établissements locaux, chacun de ces établissements doit obtenir une licence pour l'ensemble de l'Europe de la société de l'État membre dans lequel il se trouve. Il résulte de l'accord de Santiago que chaque société de gestion collective nationale acquiert un monopole *de facto* sur les licences multi-territoires octroyées à ses propres

²¹ T. Vinje, *op.cit.*, *supra*, note 6, p. 4. L'auteur observe que les sociétés dites de droits de reproduction mécanique ne sont pas parties à l'accord dit de Santiago. Ces sociétés ont conclu un arrangement similaire, connu sous le nom d'« accord de Barcelone ». Voir : Affaire COMP/C-2/38.377 — BIEM Accords de Barcelone), Notification des accords de coopération, OJ C 132, 04.06.2002, p. 18

²² Jürgen Becker, 'Santiago Agreement and FastTrack', discours prononcé au MIDEM à Cannes le 23 janvier 2001, *GEMA News* n° 163.

nationaux et n'a plus à craindre la concurrence de sociétés étrangères relativement aux conditions de licence ou aux frais d'administration appliqués à l'égard de ces mêmes utilisateurs. Une telle situation risque non seulement de retarder le développement de services et de technologie de musique en ligne, mais elle risque également de nuire aux auteurs, c'est-à-dire aux membres mêmes des sociétés de gestion collective.²³

Pour Vinje, il ne fait aucun doute que la structure créée par l'article II de l'accord de Santiago constitue une répartition illégale de marché entre sociétés de gestion collective, sous la forme d'une allocation d'utilisateurs de musique en fonction du pays d'établissement. Vinje souligne également que les dispositions de l'accord concernant l'allocation des utilisateurs sont particulièrement désavantageuses pour les entreprises de musique en ligne ayant des filiales établies dans plusieurs États membres : l'article II.8 de l'accord stipule que, pour les fins de déterminer quelle société de gestion collective est autorisée à octroyer une licence, chaque entité appartenant à une multinationale doit être considérée séparément et obtenir une licence distincte, indépendamment de l'endroit où le contenu du site est hébergé ou de l'endroit à partir duquel il est diffusé. Par conséquent, chaque filiale est tenue en vertu de ce système d'obtenir une licence distincte de la société de gestion de chaque pays, ce qui consolide la division des groupes d'utilisateurs parmi les sociétés de gestion. De l'avis de l'auteur, les sociétés de gestion ne sauraient invoquer quelque justification que ce soit à l'appui d'une telle pratique anticoncurrentielle, qui ne saurait non plus faire l'objet d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3 du Traité instituant la Communauté européenne. Enfin, les effets anticoncurrentiels de cet accord risquent selon lui d'être aggravés par les conditions d'adhésion des auteurs aux sociétés de gestion collective.²⁴ Une fois leurs droits cédés en faveur d'une société de gestion collective, les auteurs ne peuvent en général plus concéder de licences parallèles à celles de la société de gestion et ne sont plus en mesure de retirer leurs œuvres du répertoire de la société ou d'interdire certaines formes d'exploitation. Par conséquent, les fournisseurs de musique en ligne n'ont en vertu de l'accord réciproque d'autre choix que de se tourner vers une société de gestion collective pour l'obtention d'une licence, soit celle du territoire où ils opèrent.

L'accord de Santiago a été notifié à la Commission européenne en avril 2001, conformément aux articles 2 et 4, paragraphe 1, du Règlement d'application n° 17.²⁵ En réponse à cette notification, la Commission européenne a annoncé, en mai 2004, son intention d'ouvrir une procédure d'enquête au sujet de l'accord de Santiago.²⁶ Pour la Commission, l'absence de concurrence entre les sociétés nationales de droits d'auteur en Europe risque d'entraver la réalisation d'un véritable marché unique dans le domaine des services de gestion des droits d'auteur et ce qui pourrait entraîner des pertes d'efficacité injustifiées dans le secteur de l'offre de services musicaux en ligne, au détriment, en fin de compte, des consommateurs. Dans son communiqué de presse annonçant sa décision de procéder à un examen de l'accord, la Commission note que, dans ces conditions, l'exclusivité territoriale accordée par l'accord de Santiago à chacune des sociétés signataires n'est pas justifiée par des raisons techniques et qu'elle n'est pas conciliable avec la portée mondiale de l'Internet.²⁷ La décision de la Commission dans cette affaire est attendue au cours des prochains mois.

Conclusion

Après plus d'un siècle d'opérations fondées sur le principe de la territorialité des droits d'auteur et des droits voisins, les sociétés de gestion collective – qu'elles soient européennes ou étrangères – doivent s'adapter de façon urgente à l'ère numérique si elles ne veulent pas courir le risque de voir les titulaires de droits reprendre massivement le contrôle de l'exploitation en ligne de leurs droits ou de

²³ T. Vinje, *op.cit.*, *supra*, note 6, p. 5.

²⁴ Id., p. 6.

²⁵ Notification des accords de coopération (Affaire COMP/C2/38.126 ó BUMA, GEMA, PRS, SACEM) (2001/C 145/02), J.O.C.E. n° C 145, 17.05.2001, p. 2.

²⁶ K. Koelman, 'Collectieve rechtenorganisaties en mededinging – Deel I', (2004) 28 *AMI* 45-50, p. 49.

²⁷ Commission européenne, Communiqué de presse, IP/04/586, du 3 mai 2004.

les voir se tourner vers les systèmes de gestion numérique. La possibilité pour une société de gestion collective d'octroyer une licence d'utilisation valide ayant une portée transfrontière constitue une condition essentielle au bon fonctionnement de la gestion collective dans l'environnement numérique. Mais la mise en place d'un système d'octroi de telles licences transfrontières n'est pas chose faite! Les écueils à traverser sont nombreux, surtout du point de vue du droit de la concurrence.

Alors que l'accord réciproque dans l' « Affaire Simulcast » a su, dans sa forme, bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 81, paragraphe 3 du Traité instituant la Communauté européenne, l'accord de Santiago risque lui d'être déclaré nul, parce qu'ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Non seulement l'accord de Santiago comporte-t-il une clause empêchant un utilisateur d'obtenir une licence d'une société de gestion autre que celle se trouvant sur le territoire où il mène ses activités, mais la structure même du système de gestion collective a pour effet de renforcer le potentiel anticoncurrentiel de l'accord de Santiago. Il conviendrait sans doute de revoir non seulement les sources possibles d'octroi de licence, mais également les conditions d'adhésion des auteurs aux sociétés de gestion, notamment le principe de la gestion exclusive des droits par les sociétés, particulièrement en ce qui a trait à l'environnement numérique. Reprenant en cela les mots exprimés par la Commission européenne, rappelons que « dans l'appréciation des statuts d'une société d'exploitation au regard des règles de concurrence du traité, il est essentiel de déterminer si les statuts dépassent les limites de ce qui est indispensable pour une protection efficace des droits d'auteur (caractère indispensable) et s'ils n'entravent pas plus que cela n'est nécessaire la liberté du titulaire de disposer de ses oeuvres (équité) ». ²⁸

L'examen de l'accord de Santiago par la Commission européenne survient à un moment très propice : au tout début du processus d'adoption d'une directive communautaire portant sur la gouvernance des sociétés de gestion collective de droits d'auteur et de droits voisins. La Commission européenne avait récemment fait allusion aux tensions existant entre la gestion collective et les principes du droit de la concurrence. Ainsi, le considérant 17 de la Directive 2001/29/CE ²⁹ dispose que : « Il est nécessaire, surtout à la lumière des exigences résultant du numérique, de garantir que les sociétés de gestion collective des droits atteignent un niveau de rationalisation et de transparence plus élevé s'agissant du respect des règles de la concurrence. » Il est cependant peu probable que la Commission européenne s'attaque, dans le cadre de l'adoption d'une éventuelle directive concernant la gouvernance des sociétés de gestion, directement à la problématique soulevée par l'accord de Santiago. La Commission aura sans doute suffisamment de travail à tenter d'établir un consensus au niveau communautaire au sujet de l'établissement et des statuts des sociétés de gestion collective, plus particulièrement à propos des personnes qui peuvent établir ce type de société, des statuts de cette dernière, des preuves requises pour ce qui est de l'efficacité, de l'opérabilité et du respect des obligations comptables ainsi que du nombre suffisant de titulaires de droits représentés.

La Communication publiée au mois d'avril 2004 laisse clairement entrevoir que la Commission se penchera également sur les principes de bonne gouvernance, de non-discrimination, de transparence et de responsabilité des sociétés de gestion collective dans leurs relations avec les titulaires de droits. ³⁰ Ces principes devraient s'appliquer à l'acquisition des droits (le mandat), aux conditions encadrant la qualité de membre (y compris celles encadrant la fin de cette relation contractuelle) de représentation et à la position des titulaires de droits au sein de la société (accès des ayants droit aux documents internes et comptables, liés à la distribution des droits et aux déductions faites ; véritable influence des

²⁸ 82/204/CEE: Décision de la Commission, du 4 décembre 1981, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/29.971 - Statuts de la GEMA), J.O.C.E. n° L 094 du 08/04/1982 p. 12 – 20.

²⁹ 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, J.O.C.E. n° L 167 du 22/06/2001, p. 10.

³⁰ COM(2004)261final, 16.04.2004, p. 20.

ayants droit sur le processus de décision ainsi que sur la politique sociale et culturelle de la société). Concernant le mandat de gestion, il devrait offrir aux ayants droit un degré raisonnable de flexibilité relative à sa durée et à son étendue. De plus, en raison du déploiement des systèmes de gestion numérique, les ayants droit devraient en principe – à moins que la loi n'en dispose autrement – avoir la possibilité de gérer individuellement certains de leurs droits, s'ils le désirent. La Commission entend aussi mettre en place un système de contrôle externe des sociétés de gestion, afin de veiller aux intérêts des ayants droit et des utilisateurs, compte tenu de la position d'exclusivité de la plupart des sociétés de gestion et leurs accords de représentation réciproques.

Enfin, même si la prochaine directive européenne ne devait pas traiter directement des questions de droit de la concurrence que soulève l'octroi de licences transfrontières pour l'utilisation de droits d'auteur et de droits voisins en Europe, la création d'un cadre juridique clair à l'intérieur duquel les sociétés de gestion peuvent exercer leurs activités contribuerait à tout le moins à promouvoir une plus grande efficacité et à insuffler une plus grande transparence dans le fonctionnement des sociétés de gestion collective de droits d'auteur et de droits voisins.