

Etude sur la recommandation de la Commission européenne relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne du 18 octobre 2005.

Valérie Laure Benabou et Anne-Gaëlle Geffroy

Il m'a été demandé, au mois de juillet 2006, par une lettre de mission du CSPLA, d'élaborer une étude sur la recommandation relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique (ci-après " la recommandation ") et sur l'étude d'impact qui l'accompagne, pour être communiquée au ministre de la Culture dans le courant du mois de septembre 2006. Conformément à cette lettre de mission, j'ai demandé à mademoiselle Anne-Gaëlle Geffroy, chercheur en économie au CERNA, de développer une analyse économique de la recommandation, ce qu'elle a accepté de faire dans de très courts délais.

Cette étude se propose d'appréhender certains des effets potentiels de la recommandation sur le marché des licences afférentes à l'exploitation de la musique en ligne. Accessoirement, elle entreprend d'analyser de manière prospective ses possibles implications collatérales sur la gestion collective en France.

A cette fin, une présentation générale de la recommandation sera accompagnée d'une mise en perspective de ce document dans l'environnement communautaire et de ses prolongements éventuels.

Eu égard à ses conditions de réalisation l'étude ne prétend pas faire un bilan exhaustif des conséquences de cette recommandation, notamment au plan économique.

Par ailleurs, les opinions émises par les rédactrices de ce rapport demeurent personnelles.

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont offert leur concours et permis d'améliorer ma compréhension de cette délicate question.

Valérie Laure Benabou

Plan

1. Exposé synthétique de la solution préconisée par la Commission

1.1. Les pistes envisagées par l'étude d'impact¹

1.2. L'option privilégiée et les effets recherchés par la Commission : le contenu de la recommandation

2. La portée de la recommandation

2.1. Envers les Etats membres

2.2. Envers les personnes privées

3. Mise en perspective de la recommandation

3.1. Eléments clé de compréhension des rapports entre droit de la concurrence et sociétés de gestion collective

3.2. La recommandation au regard la jurisprudence communautaire

3.2.1. Les relations des SGC avec leurs membres

3.2.2. Les accords de représentation réciproque entre sociétés de gestion

3.2.3. Les modalités de délivrance des autorisations

3.3. Réactions et réflexions introduites quant à la régulation de la gestion collective

4. Conséquences possibles de la recommandation en termes de politique concurrentielle et économique

4.1. Le cadre d'analyse des différentes options : les marchés à deux versants

4.2. Structure concurrentielle et conséquences pour les acteurs résultant des scénarios envisagés par l'étude d'impact et la recommandation

4.2.1. Option 1 : ne rien faire

4.2.2. Option 2 : Eliminer les clauses de restriction territoriale et de résidence économique présentes dans les accords de représentation réciproque

4.2.2.1. L'accord et la décision Simulcast

4.2.2.2. La structure concurrentielle résultant de l'option 2 et ses effets sur les acteurs

4.2.3. L'option 3 retenue par la recommandation

4.3. Les obstacles à l'effectivité de la recommandation

4.3.1. La non harmonisation des catégories de droits numériques remet en cause la mobilité des titulaires de droits

4.3.2. La non harmonisation des réglementations nationales

1 - SEC(2005) 1254, le 11.10.2005, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REFORMING CROSS-BORDER COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS FOR LEGITIMATE ONLINE MUSIC SERVICES.

5. Conséquences possibles de la recommandation en termes de politique culturelle et sociale

5.1. Conditions d'entrée dans les sociétés de gestion collective

5.2. Obligations sociales, culturelles et contractuelles mises à la charge des SGC

5.3. Contribution à la diversité culturelle

1. Exposé synthétique de la solution préconisée par la Commission et de ses effets induits

1.1. L'étude d'impact et les options envisagées par la Commission

(1). La Commission européenne s'est engagée dans la rédaction d'une recommandation en partant d'un constat selon lequel le système actuel de la gestion collective était inadéquat pour assurer la distribution efficace des œuvres musicales en ligne dans le nouvel environnement numérique.

Il n'est que de reprendre l'exposé introductif qui figure sur le site de la DG Marché Intérieur pour comprendre la philosophie qui anime les services de la Commission :

“ La recommandation présente des mesures pour l'amélioration, à l'échelle communautaire, de la concession sous licence de droits d'auteur pour les services en ligne. Des améliorations sont nécessaires car de nouveaux services Internet, tels que le webcasting ou les téléchargements de musique à la demande, requièrent une licence couvrant leurs activités dans l'ensemble de l'UE. L'absence d'une licence de droits d'auteur au niveau de l'UE a été l'un des obstacles au développement du plein potentiel des nouveaux services de musique basés sur Internet. ”

(2). Forte de cette considération, la Commission a entrepris une étude d'impact² préparatoire à la recommandation dans laquelle elle définit trois catégories d'objectifs en cascade.

Au titre des objectifs généraux, la Commission souhaite d'une part “ *stimuler le vaste potentiel de croissance européen majoritairement sous exploité dans les services en ligne licites* ” et d'autre part, “ *renforcer la confiance des titulaires de droits.* ”

Dans le cadre des objectifs spécifiques, il s'agit “ *d'améliorer l'accessibilité à la production créative en particulier pour les éditeurs de contenus en ligne* ” en premier lieu et, parallèlement, “ *d'assurer une pleine participation des ayants droit au flux des rémunérations issues d'une exploitation plus efficiente et transfrontière du droit d'auteur.* ”

(3). Au stade des objectifs opérationnels, la Commission envisage de mettre en place les outils nécessaires à la réalisation de ces doubles objectifs de rationalisation des autorisations pour les utilisateurs et d'optimisation des flux de rémunérations pour les titulaires.

- Côté utilisateur, il s'agit d'organiser une politique de licence qui soit en adéquation avec les besoins des fournisseurs de contenus et d'augmenter la disponibilité de licences transfrontières relatives à la fourniture de contenus en ligne. Une conséquence attendue du libre choix des titulaires de droit est également l'amélioration de la transparence des entités de gestion. .
- Côté titulaire, la Commission souhaite offrir la liberté du choix de la meilleure entité de gestion et la possibilité d'en changer. Elle souhaite également stimuler la transparence et la visibilité comptable, garantir la distribution équitable des rémunérations et l'amélioration des procédures d'exécution et de défense des droits, tout cela sans discrimination entre titulaires de droits sur la base de leur résidence. Enfin, la Commission tient à assurer que la distribution des rémunérations collectées dans un pays différent de celui du titulaire se fasse aussi directement que possible et sans discrimination à raison de la nationalité, de la résidence ou de sa catégorie de membre.

2SEC(2005) 1254, le 11.10.2005, COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REFORMING CROSS-BORDER COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS FOR LEGITIMATE ONLINE MUSIC SERVICES, ci-devant “Etude d'impact”. Nous traduirons l'expression (figurant p. 17) *Costumer allocation provision par clause de résidence économique*

(4). Afin de parvenir à ces différents objectifs, la Commission envisage schématiquement trois options différentes :

- (5). Option 1 : ne rien faire.
- (6). Option 2 : créer une licence multiterritoire/multirépertoire en éliminant les restrictions suivantes des accords de représentation réciproques conclus entre sociétés de gestion :
 - o Les clauses de restriction territoriale qui empêchent la société affiliée de licencier le répertoire de la société gestionnaire en dehors de son territoire
 - o Les clauses dites de résidence économique qui restreignent l'octroi par la société affiliée de la licence aux seuls fournisseurs de contenus ayant leur résidence économique sur son territoire national.

A l'instar du mécanisme retenu pour l'accord Simulcasting³, cette option instaurerait un système de concurrence entre les sociétés de gestion collective délivrant une licence multirépertoire /multiterritoire sur le territoire communautaire.

- (7). Option 3 : augmenter la mobilité des ayants-droit au sein des sociétés de gestion collective communautaires en leur donnant la possibilité de confier, s'ils le souhaitent, la gestion de leurs droits musicaux pour les exploitations en ligne à une entité efficiente sur le marché européen sans recours à d'autres intermédiaires. Cependant, ils doivent également pouvoir choisir de rester dans le système de représentation indirecte des accords de représentation réciproques. En parallèle de leurs répertoires paneuropéens, les sociétés de gestion collective pourraient donc rester membres du réseau d'accords réciproques pour offrir le répertoire musical européen agrégé traditionnel.

1.2. Le contenu de la recommandation

(8). Au terme de l'étude d'impact, la Commission a finalement retenu l'option 3 – contrairement à ce qui avait été envisagé au courant du printemps 2005 -, sans préjudice du maintien des accords de représentation réciproque pour les droits et les œuvres dont les auteurs continuent à privilégier ce système. Elle a également décidé d'adopter une recommandation afin de préconiser fortement ce système aux Etats membres.

(9). Afin de mettre en place l'option 3, la Commission invite les Etats membres (art. 2 de la recommandation) à prendre *les mesures nécessaires pour faciliter la croissance de services en ligne licites dans la Communauté* par la promotion d'un environnement réglementaire qui convient mieux à la gestion, à l'échelle communautaire, du droit d'auteur et des droits voisins aux fins de la fourniture de services licites de musique en ligne (sic). Ils devront également prévoir des *mécanismes efficaces de résolution des litiges, en particulier en ce qui concerne les tarifs, les conditions de concession des licences, les mandats pour la gestion de droits en ligne et le retrait de droits en ligne* (article 15).

(10). A cet effet, la Commission organise un suivi qui conduit à interroger les Etats membres et les organes de gestion collective à rendre compte chaque année, et donc pour la première fois en **octobre 2006**, des mesures introduites pour répondre aux objectifs affichés.

3 Cf. infra.

(11). Le principe phare de la recommandation est que les titulaires de droits doivent avoir le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, au gestionnaire collectif de droits de leur choix, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits (article 3).

(12). La recommandation définit les droits en ligne (f) comme chacun des droits suivants :

i) le droit exclusif de reproduction qui couvre toutes les reproductions, prévues dans la directive 2001/29/CE, sous forme de copies intangibles, réalisées dans le processus de distribution en ligne d'oeuvres musicales;

ii) le droit de communication au public d'une oeuvre musicale, qu'il prenne la forme d'un droit d'autoriser ou d'interdire, conformément à la directive 2001/29/CE, ou celle d'un droit à une rémunération équitable, conformément à la directive 92/100/CEE, qui comprend le "webcasting", la radio sur l'internet et le "simulcasting", ou les services "quasi à la demande" reçus soit sur un ordinateur personnel, soit sur un téléphone mobile;

iii) le droit exclusif de mettre à disposition une oeuvre musicale, conformément à la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, qui comprend les services "à la demande" et autres services "interactifs"; (article 1 f).

(13). Quel que soit le fondement de la relation entre l'ayant droit et le gestionnaire collectif, le titulaire doit pouvoir fractionner son apport relativement aux droits en ligne (article 5 a) et au territoire de compétence du gestionnaire (article 5 b). Il doit être en mesure, moyennant un préavis raisonnable de retirer tout droit en ligne et d'en transférer la gestion à une autre entité, sans discrimination à raison de la résidence ou de la nationalité (article 5 c). En cas de transfert des droits en ligne, il appartient aux sociétés gestionnaires de retirer lesdits droits des accords de représentation réciproque, sans préjudice d'autres formes de coopération (article 5 d). Par ailleurs, toutes les catégories de titulaires de droits devront être traitées sur un pied d'égalité quant à l'ensemble des éléments des services de gestion fournis (article 13 a) et la représentation des titulaires de droits dans le processus de décision interne se doit d'être juste et équilibrée (article 13 b).

(14). Les gestionnaires collectifs de droits sont tenus de faire preuve de la plus grande diligence dans la représentation des intérêts des titulaires de droits (article 4). Par conséquent, ils doivent informer les titulaires de droits et les utilisateurs commerciaux du répertoire qu'ils représentent, de tout accord de représentation réciproque existant, de la portée territoriale de leurs mandats pour ce répertoire et des tarifs applicables (article 6). Ils doivent également se donner mutuellement et aux utilisateurs "un préavis raisonnable des changements dans le répertoire qu'ils représentent." (article 7) et encore, concéder des licences sur la base de critères objectifs et sans aucune discrimination entre les utilisateurs (article 9).

(15). Les utilisateurs commerciaux, quant à eux, doivent informer les gestionnaires collectifs de droits des différentes caractéristiques des services pour lesquels ils souhaitent acquérir des droits en ligne (article 8).

(16). Quant à la distribution des redevances, elle doit s'opérer de manière équitable à tous les titulaires de droits ou à la catégorie de titulaires de droits qu'ils représentent (article 10). Les déductions qui seront effectuées sur les sommes prélevées à des fins autres que les services de gestion fournis devront être précisées dans les contrats et règles d'affiliation statutaires (article 11) ainsi qu'au moment du paiement des droits (article 12). Enfin, les gestionnaires collectifs de droits devront rendre compte régulièrement à tous les titulaires de droits qu'ils représentent, soit directement, soit en raison d'accords de représentation réciproques, des licences octroyées, des tarifs applicables et des droits collectés et distribués (article 14).

(17). Il apparaît donc que les Etats membres doivent s'assurer qu'aucun frein ne subsiste à l'exercice du libre choix par le titulaire des droits de l'entité habilitée à gérer ses droits en ligne ; aucune discrimination dans les conditions de mobilité, de rémunération ou encore de représentation ne pourra être réalisée à raison de la nationalité ou de la résidence. Dès lors que des droits sont confiés à une entité à des fins de délivrance d'une licence paneuropéenne, les sociétés de gestion collective doivent les retirer du contenu de leurs accords de représentation réciproque. Néanmoins, le système n'abolit pas ces accords, dans la mesure où il laisse ouverte la possibilité pour l'ayant droit d'opter pour ce système.

2. La portée de la recommandation

(18). La Commission a, pour l'heure, privilégié l'outil non contraignant de la recommandation. On peut souligner que ce choix a suscité la réaction du Parlement européen⁴ dénonçant l'utilisation d'un tel outil, non démocratique et proposant l'adoption d'une directive.

Ce choix s'explique par sa volonté de procéder par étapes et de laisser les acteurs s'organiser sur le marché, au regard de ses préconisations. Ainsi l'étude d'impact considère, en appréciant la compétence de la Commission pour intervenir dans ce domaine, que si le test de subsidiarité l'autorise à agir en raison de la compétence exclusive de la Commission sur cette question⁵, le test de nécessité n'appelle pour l'heure, au regard des enjeux et de l'urgence que l'adoption d'une recommandation.

Elle estime, en particulier, que recommander à tous les Etats membres de vérifier que leur législation applicable ne contient pas de dispositions qui empêcheraient la délivrance de licences paneuropéennes pour des services de musique en ligne licites par toute entité gestionnaire, nonobstant le domicile du gestionnaire de droit comme de l'ayant droit, pourrait limiter l'intervention communautaire au strict minimum pour assurer l'application des principes fondamentaux du Traité à la gestion transfrontière des droits d'auteur et des droits voisins.

(19). La Commission organise ainsi une veille permanente⁶ des développements inhérents à la recommandation afin d'ajuster, le cas échéant, sa position et de proposer un outil plus contraignant⁷.

A cet effet, l'article 16 invite les États membres et les gestionnaires collectifs de droits à rendre compte, annuellement, à la Commission des mesures qu'ils ont prises en rapport avec cette recommandation et de la gestion, à l'échelle communautaire, du droit d'auteur et des droits voisins pour la fourniture de services licites de musique en ligne.

2.1. La portée de la recommandation envers les Etats membres

(20). Au contraire d'un règlement ou d'une directive, l'outil de la recommandation constitue seulement une invitation à agir non contraignante pour les Etats membres. Toutefois, si elle ne lie pas, la recommandation n'est pas dépourvue de tout effet juridique puisqu'elle doit servir d'outil

4 Document de travail de Katalin Levai, 30 mars 2006 : " Votre rapporteur désire exprimer son inquiétude quant au fait que les actes "interprétatifs" ont été créés par la recommandation, court-circuitant ainsi le processus démocratique au Parlement. "

5 Etude d'impact, 1.5.2. *Subsidiarity test* : The provision of cross-border services falls under the exclusive competence of the Community. The subsidiarity principle therefore does not apply.

6 Art. 17 : La Commission entend examiner, de manière continue, le développement du secteur de la musique en ligne, à la lumière de cette recommandation.

7 Art. 18 : La Commission examinera, sur la base de l'analyse mentionnée au point 17, la nécessité d'une autre action au niveau communautaire.

d'interprétation pour le juge national qui a à apprécier les dispositions nationales de mise en œuvre⁸.

(21). Par ailleurs, en l'espèce, l'essentiel des dispositions de la recommandation visent à impulser certains comportements de concurrence entre des opérateurs privés. Le rôle des Etats se borne donc, en réalité, au stade de la recommandation, à s'assurer que ces opérateurs ne maintiennent ou n'introduisent aucune restriction à la mobilité des ayants droit, en raison de la nationalité ou de la résidence de ces derniers et/ou des gestionnaires de droit. Ils doivent éviter d'introduire ou de maintenir au sein de leur législation toute disposition entravant cette liberté de prestation de services.

(22). En droit, cette question ne suscite pas de difficulté majeure et n'appelle en principe aucune intervention spécifique des pouvoirs publics. En effet, les mécanismes de la recommandation prennent appui sur les dispositions sous-jacentes du droit primaire que sont le principe de non discrimination à raison de la nationalité, la libre prestation de services et la libre concurrence.

Du point de vue de l'Etat, toute disposition légale favorisant directement ou indirectement une discrimination contraire à une règle de droit communautaire supérieure doit être inappliquée par le juge national en vertu du principe de primauté (CJCE 9 mars 1978 Simmenthal, Aff. 106/77). Pareillement, les dispositions relatives à la libre prestation de services et à la concurrence étant d'application directe, à supposer qu'un dispositif d'entrave subsiste, il ne peut recevoir pleine application sur le territoire national puisque le juge sera tenu de l'écarter.

Ces libertés ayant été inscrites depuis longtemps dans le droit communautaire, il est douteux qu'un Etat maintienne sciemment une disposition qui serait en contravention manifeste avec ces dernières. A notre connaissance, aucun texte de droit français applicable aux sociétés de gestion collective n'encourage de telles inégalités de traitement ou n'instaure d'entrave à la libre prestation de services en tant que telle.

- *Le principe de libre prestation de services des gestionnaires de droit et les obligations légales mises à la charge des sociétés de gestion*

(23). Demeure posée la question des charges et obligations que les sociétés de gestion collective se doivent de respecter : procédure d'agrément⁹ et de suivi¹⁰, contrôle de gestion par la commission de contrôle¹¹, affectation de certaines sommes à des actions de promotion culturelle et sociale¹², obligation de mettre son répertoire complet des auteurs et compositeurs français et étrangers qu'elles représentent à disposition des utilisateurs¹³, droit des membres à se faire communiquer des informations sur la gestion¹⁴ et désigner un expert afin de rendre compte de certaines opérations administratives de la société¹⁵.

En effet, ces dispositions sont susceptibles d'introduire des distorsions entre " prestataires de

8 Document de travail de Katalin Levai, 30 mars 2006, op. cit. " Mais cela *ne signifie pas* qu'une recommandation n'a aucun effet juridique. Aux termes de la Cour, "les recommandations ne peuvent pas être considérées comme des actes dépourvus de tout effet juridique, les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu'elles éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre, ou encore lorsqu'elles ont pour objet de compléter des dispositions communautaires ayant un caractère contraignant", Affaire C-322/88 *Grimaldi* [1989] Rec. 4407, paragraphes 13 et 16.

9 Article L. 321-3 CPI.

10 Article L. 321-12 CPI.

11 Article L. 321-13 CPI

12 Article L. 321-9 CPI

13 Art. L.321-7 CPI

14 Art. L. 321-5 CPI

15 Art. L.321-6 CPI

services de gestion collective” si elles sont diversement appliquées. Inversement, il est difficilement concevable que la Commission ait estimé que les entités gestionnaires d’une licence pan-communautaire devront simultanément respecter toutes les obligations applicables aux sociétés de gestion collective prévues par l’ensemble des droits nationaux.

(24). Concernant le droit français, en l’absence de détermination territoriale du champ d’application de ces dispositions, il semble qu’elles s’appliquent en principe aux sociétés de gestion **établies** sur le territoire français. Néanmoins, il convient de s’interroger sur l’application de ces obligations à des sociétés établies dans des Etats tiers mais qui proposeraient une licence paneuropéenne, et donc exerceraient de ce fait notamment leurs attributions sur le territoire français.

Dans la mesure où la société n’est pas établie sur le territoire, elle n’encourt en principe pas les mêmes obligations que les opérateurs qui sont établis. Néanmoins, il est difficile de penser qu’une société de gestion collective pourrait exercer ses services sur le territoire national sans devoir s’acquitter des charges qui sont imposées par les législations nationales, et en particulier, par le Code de la Propriété Intellectuelle, d’autant que la délivrance d’une licence d’exploitation a des effets pérennes sur le territoire de chacun des Etats membres et ne correspond que très mal à la condition d’activité ponctuelle inhérente à la définition de la prestation de services.

(25) ; Cette difficulté a été mise en lumière par Josef Drexl dans l’étude qu’il a menée sur l’impact de la recommandation sur la gestion collective en Allemagne¹⁶.

Ainsi, il fait état, par exemple, de la difficulté posée par les conditions d’agrément prévues par l’article 1§1 de la loi allemande sur la gestion du droit d’auteur, (*Urheberwahrnehmungsgesetz*), par l’Office allemand des brevets et des marques (Deutsches Patent- und Markenamt, DPMA). À défaut d’agrément, la société de gestion collective ne peut pas faire valoir les droits qui lui sont confiés (art. 1 § 3 phrase 1) et n’a pas la capacité d’agir en justice afin de déposer plainte pour violation des droits. En revanche, le champ d’application du mandat de gestion qui lui est confié étant limité au droit matériel d’auteur et ce mandat n’étant pas visé par l’article 1 § 3 alinéa 1 de la loi sur la gestion du droit d’auteur, les sociétés de gestion n’ont pas besoin d’agrément pour accorder des licences à des utilisateurs¹⁷. L’auteur s’interroge sur le point de savoir si une société étrangère qui gère des droits pour l’Allemagne a également besoin de l’agrément et estime que si l’on s’en tient à la lettre de l’article 1 § 1, la réponse à cette question est affirmative. Le caractère obligatoire de l’agrément n’est en effet pas subordonné au fait que la société se trouve en Allemagne, mais exclusivement au fait qu’elle gère des droits “résultant de la loi sur le droit d’auteur”. Par conséquent se pose la question de la conformité des statuts de ladite société candidate à l’agrément avec les dispositions de la loi sur la gestion du droit d’auteur.

(26). En droit français, le problème est de même nature car il n’est pas précisé si le fait générateur de l’agrément est l’établissement en France ou le fait de gérer des autorisations pour le territoire français. Or, cette exigence est de nature à constituer une restriction du principe de libre prestation de services au sens de l’article 49 du Traité CE. Cependant, l’application de ces procédures de contrôle peut se justifier en cas de raisons impérieuses d’intérêt général¹⁸.

16 Contribution de J. Drexl in R. M. Hilty et C. Geiger (éd.), *La balance des intérêts en droit d’auteur: Les thèses, Actes de la conférence organisée par l’Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle à Berlin du 4 au 6 nov. 2004*, Munich, 2006 (Publication online à l’adresse suivante:

www.intellecprop.mpg.de/wv/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm).

17 V. également W. Nordemann, in F. K. Fromm/W. Nordemann (éd.), *Urheberrecht, Kommentar*, Stuttgart, Kohlhammer, 9^e éd., 1998, § 1 WahrnG, n° 5.

18 CJCE, 30 nov. 1995, aff. C-55/94, *Gebhard* : *Rec.*, I-4165, point 37. ; CJCE, 3 déc. 1974, aff. C-33/74, *Van Binsbergen* : *Rec.*, 1299 ; CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-76/90, *Manfred Säger*, *Rec.*, I-4221, point 16 ; CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-3/95, *Reisebüro*, *Rec.*, I-1095, point 31

Il n'est pas déraisonnable de penser que le respect des intérêts défendus par les procédures d'agrément serait suffisamment assuré par un mécanisme de reconnaissance mutuelle des agréments¹⁹, **mais en l'état rien de tel n'existe et les modalités de contrôle ne sont pas harmonisées d'un Etat à l'autre.**

(27). De surcroît, la question s'avère encore plus délicate s'agissant des obligations d'affectation de certaines sommes à des actions de promotion culturelle et sociale²⁰. Là encore l'applicabilité de cette disposition à la société prestataire de services n'est pas élucidée. Or les charges équivalentes sont de nature à introduire des distorsions fortes de concurrence entre les opérateurs si elles sont diversement applicables.

(28). La recommandation est muette sur ce point et il est donc délicat de savoir si en l'état actuel la société prestataire devra ou non respecter l'ensemble des dispositions applicables aux sociétés de gestion collective prévues par le Code de la Propriété Intellectuelle. Le problème n'est pas davantage réglé par les travaux relatifs à la directive services dans la mesure où le texte prévoyait d'ores et déjà d'exclure le droit d'auteur de l'application de la loi du pays d'origine du prestataire et que de surcroît, le Parlement européen a, dans sa résolution du 16 février 2006, proposé des aménagements substantiels du texte de la Commission²¹ qui affaiblissent considérablement le principe du pays d'origine. Elle est susceptible d'évoluer au cours des discussions y afférentes.

(29). Il convient donc, de notre point de vue, de préciser le champ d'application des charges que le CPI réserve aux sociétés de gestion collective et de réfléchir à leur extension, à leur allègement ou à leur suppression à l'égard des entités établies dans un autre Etat membre et délivrant une licence paneuropéenne. Bien que cette réflexion relève en principe d'un exercice d'harmonisation des conditions de libre prestation de services, il ne semble pas déraisonnable d'anticiper sur d'éventuelles échéances à venir car les effets de la recommandation sur les personnes privées sont de nature à provoquer une situation de fait mettant en péril les dispositifs nationaux encadrant l'exercice de l'activité des sociétés de gestion collective.

- *Le contrôle de la mobilité des ayants droit*

(30). La recommandation semble suggérer que les Etats membres exercent une fonction de veille afin de vérifier que ne subsistent pas de discriminations souterraines, en marge des mécanismes apparents de la gestion collective ou encore que des obstacles de fait n'entravent pas l'exercice effectif de la mobilité des ayants droit.

(31). En France, le juge judiciaire largo sensu et les autorités de concurrence sont certainement compétents pour connaître des mécanismes de blocage qui entraveraient la liberté de "circulation" des titulaires au sein des sociétés de gestion collective.

19 Drexler, op. cit. Toutefois, la réglementation nationale doit respecter le principe de proportionnalité, selon lequel l'agrément peut ne pas être obligatoire si une procédure d'octroi d'agrément à l'étranger a déjà conduit à examiner la situation de la société au regard des mêmes critères que ceux exigés par le droit allemand, par exemple sa situation économique au sens de l'article 3 § 1, n° 3 de la loi sur le droit d'auteur ; la CJCE, 17 déc. 1981, aff. C-279/80, *Procédure pénale c/ Alfred John Webb* : Rec., 3305, point 19 sq. Selon cet arrêt, l'Etat dans lequel est exécutée la prestation de mise à disposition de main d'œuvre peut soumettre cette activité à une autorisation, même si une autorisation a déjà été délivrée dans le pays d'établissement du prestataire. Toutefois, les justifications et garanties déjà apportées dans le pays d'établissement doivent être prises en compte pour la délivrance de la deuxième autorisation.

20 Sur cette question, F. Siirainen, *Théorie générale de la gestion collective, Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective*, J-Cl. PLA, Fasc. 1552, n° 5 à 16.

21 Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur :

< http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?SAME_LEVEL=1&LEVEL=0&NAV=S&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0061+0+DOC+XML+V0//FR > (consulté en dernier lieu le 8 mars 2006).

Il n'est que de se référer, par exemple, à la récente refonte des statuts de la SACD pour voir comment le Conseil de la Concurrence, à travers une décision dite d'engagements, a procédé au contrôle du respect des règles de mobilité des ayants droit.

La recommandation ne prescrit pas que soit introduit de mécanisme particulier, en marge du contrôle judiciaire, puisque s'agissant d'obstacles de fait, seuls des mécanismes de plainte ou d'instruction sont susceptibles de les déceler. Or, les procédures existantes semblent tout à fait à même de remplir les objectifs assignés par la recommandation.

(32). Par ailleurs les nouvelles dispositions de la loi du 1^{er} août 2006 élargissent les pouvoirs de contrôle des sociétés de gestion collective du ministère de la Culture, notamment en permettant à ce dernier de procéder à une saisine du juge judiciaire en cas de non-respect de ses préconisations.

L'article L. 321-3 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose désormais que :

Le ministre chargé de la culture peut, à tout moment, saisir le tribunal de grande instance pour demander l'annulation des dispositions des statuts, du règlement général ou d'une décision des organes sociaux non conformes à la réglementation en vigueur dès lors que ses observations tendant à la mise en conformité de ces dispositions ou cette décision n'ont pas été suivies d'effet dans un délai de deux mois à compter de leur transmission, ou de six mois si une décision de l'assemblée des associés est nécessaire.

(33). Ce renforcement de la compétence des services du ministère de la Culture pourrait se situer dans le droit fil de la recommandation, notamment par l'introduction d'un décret d'application de la loi visant à préciser le cadre du contrôle ainsi opéré. Il serait loisible de préciser dans un tel décret que le contrôle se porte également sur les conditions de mobilité des ayants droit et sur l'absence de discrimination à raison de la nationalité ou de la résidence.

Une telle détermination des compétences des services du ministère constituerait également l'occasion de clarifier les rôles respectifs de ce dernier vis-à-vis de la commission de contrôle des SPRD qui ne se voit confier par l'article L.312-13 du Code de la propriété intellectuelle²² que des seules attributions de contrôle de gestion, à l'instar de la Cour des comptes qui lui met à disposition son secrétariat.

- *Les mécanismes de règlement des différends*

(34). Plus délicate est la préconisation de la Commission par laquelle elle invite les Etats membres à prévoir des *mécanismes efficaces de résolution des litiges, en particulier en ce qui concerne les tarifs, les conditions de concession des licences, les mandats pour la gestion de droits en ligne et le retrait de droits en ligne* (article 15).

Elle ne précise pas clairement si elle recommande la mise en place de mécanismes spécifiques de règlement des différends ou si elle entend se contenter de l'efficacité des procédures judiciaires éventuellement applicables.

(35). Dès lors que la gestion collective, mécanisme de droit privé, exercice particulier d'un droit subjectif, repose sur un principe de volontariat, les conditions d'entrée et de sortie de ces entités obéissent à des principes d'ordre contractuels ou, le cas échéant, ressortissant au droit des sociétés. Comme il l'a été rappelé, ci-dessus, c'est donc normalement au juge civil qu'il revient d'arbitrer ce type de différends.

²² Article L. 321-13 CPI : II. La Commission contrôle les comptes et la gestion des sociétés de perception et de répartition des droits ainsi que ceux de leurs filiales et des organismes qu'elles contrôlent.

Quant aux conditions de concessions des licences et notamment des tarifs consentis, ils sont le fruit d'une négociation commerciale qui s'opère en fonction de l'équilibre des contractants sur le marché. Si le juge s'interdit en principe toute réfaction du contrat, la correction des inégalités peut cependant intervenir, le cas échéant, par le jeu du droit de la concurrence pour les relations commerciales.

(36). A l'heure actuelle, l'ayant droit comme l'utilisateur sont dotés de mécanismes de défense accompagnés de toutes les garanties procédurales. La Commission avait d'ailleurs souligné ce point dans l'affaire *Daft Punk*²³ relative aux conditions dans lesquelles un ayant droit pouvait réserver une partie de ses droits pour la gestion individuelle.

A cette occasion, la Commission avait estimé que :

“ dans l'hypothèse d'une application abusive de cette disposition des voies de recours distinctes de celle de l'abus de droit existent, comme les tribunaux, le Conseil de la concurrence français ou la Commission Européenne. En effet, compte tenu de sa position dominante, la SACEM est assujettie en vertu de l'article 82 à une responsabilité spéciale qui lui impose d'assurer que toute décision qu'elle sera amenée à prendre sur la base de l'article 34 précité soit non seulement dûment motivée mais aussi, dans les faits, conforme aux conditions d'indispensabilité et proportionnalité clairement exigées par la Cour de Justice. ”

La question de l'efficacité des modes de règlement des différends renvoie donc davantage à des problèmes de délais de procédure et d'exécution que dans le principe même d'un tel système.

(37). D'après les interventions de monsieur Lueder, en charge du dossier à la direction générale du marché intérieur²⁴, il semble que la Commission fasse quelque projection sur l'hypothèse d'un mode de règlement des différends en ligne, dont les solutions seraient douées d'une grande célérité. Toutefois, aucune proposition réaliste n'est encore formulée.

(38). Dans cette perspective, réfléchir aux mécanismes pouvant intervenir dans les différends visés par la recommandation peut conduire à inventorier, notamment trois hypothèses :

- *la médiation*²⁵
- *l'arbitrage*
- *l'intervention d'une autorité administrative indépendante dotée de mécanismes contentieux*

(39). Même si ces mécanismes peuvent constituer des éléments de solution aux avantages variés, il ne convient pas ici de se livrer à une étude de ces hypothèses qui ne sont pas traitées dans la recommandation. On soulignera seulement qu'en dépit de ses vertus possibles, l'instauration d'un organisme *ad hoc* n'est cependant pas sans poser des difficultés certaines notamment pour la fixation des conditions et tarifs des licences.

En effet, quelle que soit l'option privilégiée, il ne faut pas sous-estimer le risque que de tels mécanismes soient détournés de leur fonction pour allonger inconsidérément les phases de

23 Cf. infra.

24 Dr Tilman Lueder, Working toward the next generation of copyright licenses, Presented at the 14th Fordham Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 20-21, 2006 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/docs/lueder_fordham_2006.pdf (sur le site de la Commission DG Marché intérieur) : the emergence of major online platform will require effective dispute resolution and the Recommendation deals with this issue. In the absence of an EU arbitration panel, Member States are invited to deal with the issue. We must remain open to further strengthening the Recommendation in this respect.”

25 Il faut noter dans le domaine de la **retransmission par câble** simultanée et intégrale, l'art. L. 132-20-2 CPI prévoit un recours à la **médiation**.

négociation, au détriment des titulaires de droit. A l'heure actuelle, les sociétés de gestion collective n'ont qu'un pouvoir relativement limité d'imposer des conditions tarifaires aux utilisateurs -notamment aux " gros " - dans la mesure où l'utilisation précède la plupart du temps la phase de paiement, voire la négociation même.

Contrairement aux pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie, les donneurs de licence ne disposent d'aucun contrôle a priori sur l'utilisation des répertoires et ne peuvent s'assurer de la légalité de l'usage que par une action judiciaire a posteriori. Le recours à cette instance pourrait constituer un moyen dilatoire pour retarder le paiement des redevances ou un système de pression pour conduire à une baisse des tarifs. Par ailleurs, l'articulation des décisions de l'instance dédiée avec l'intervention judiciaire demeurerait extrêmement délicate.

Un tel système ne pourrait avoir d'efficacité que dans la mesure où il prévaudrait sur le règlement judiciaire ou s'y substituerait. Sa mise en place supposerait une réflexion de longue haleine par l'ensemble des acteurs concernés.

(40). En fin de compte, l'action positive des pouvoirs publics pourrait, à l'échéance d'octobre 2006, consister à prendre acte de la conformité de la législation française avec les principes directeurs de la recommandation procédant du droit primaire, voire, de manière facultative, se résumer à organiser les conditions optimales de la mobilité des ayants droit dans le cadre d'un décret d'application de la loi du 1^{er} août 2006 visant à préciser le cadre d'intervention du nouvel article²⁶ L. 321-3 Code de la Propriété Intellectuelle, en explicitant la réglementation en vigueur au regard de laquelle les statuts sont examinés.

Le ministre chargé de la culture peut, à tout moment, saisir le tribunal de grande instance pour demander l'annulation des dispositions des statuts, du règlement général ou d'une décision des organes sociaux non conformes à la réglementation en vigueur dès lors que ses observations tendant à la mise en conformité de ces dispositions ou cette décision n'ont pas été suivies d'effet dans un délai de deux mois à compter de leur transmission, ou de six mois si une décision de l'assemblée des associés est nécessaire.

Il convient cependant, au delà des recommandations de court terme qui peuvent être déduites de la recommandation de mesurer l'impact que celle-ci est susceptible de produire sur les mécanismes de licitation de la musique en ligne et plus largement, sur le système même de la gestion collective.

2.2. La portée de la recommandation à l'égard des personnes privées

(41). La recommandation, instrument de " *soft law* " par excellence, n'est pas en principe de nature à créer directement des droits et des obligations dans le chef des personnes privées. Néanmoins, dans la mesure où cette dernière réitère certains principes du droit primaire, il convient de s'interroger sur l'applicabilité directe horizontale, et son invocabilité c'est-à-dire la possibilité que les individus ont de se prévaloir, de ces principes.

²⁶ Article L. 321-3 (Loi n° 98-536 du 1 juillet 1998 art. 4 Journal Officiel du 2 juillet 1998) ; (Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 art. 34 Journal Officiel du 3 août 2006) Les projets de statuts et de règlements généraux des sociétés de perception et de répartition des droits sont adressés au ministre chargé de la culture. Dans les deux mois de leur réception, le ministre peut saisir le tribunal de grande instance au cas où des motifs réels et sérieux s'opposeraient à la constitution d'une de ces sociétés. Le tribunal apprécie la qualification professionnelle des fondateurs de ces sociétés, les moyens humains et matériels qu'ils proposent de mettre en oeuvre pour assurer le recouvrement des droits et l'exploitation de leur répertoire ainsi que la conformité de leurs statuts et de leur règlement général à la réglementation en vigueur.

(42). Bien que l'article 12 TCE, inscrivant le principe de non discrimination à raison de la nationalité²⁷ soit seulement d'application directe verticale sur l'ensemble du territoire communautaire, c'est-à-dire ne crée des droits et des obligations qu'à la seule charge des Etats membres, il semble loisible de considérer que ce principe est également d'application directe horizontale dans la mesure où il est sous-jacent dans les articles 81 et 82 TCE qui eux, sont directement invocables entre personnes privées²⁸.

Par ailleurs, les règles de libre prestation de services sont également applicables aux relations entre particuliers et notamment l'interdiction de formuler des discriminations à raison de la nationalité²⁹.

(43). Par conséquent, la recommandation si elle n'emporte en tant que tel aucun effet obligatoire peut sonner comme une salve de rappel à l'égard des gestionnaires de droit, une douce incitation à se conformer aux principes du droit primaire et à leur interprétation telle qu'elle a été développée par les instances communautaires jusqu'à présent.

(44). Pour bien cerner l'état de la question, il sera donc nécessaire de procéder à une rapide mise en perspective de la recommandation à l'aune des décisions rendues dans le domaine par la Cour de Justice des Communautés et par la Commission ainsi de mettre en exergue les premiers principes de régulation ébauchés dans les travaux de réflexion menés par la Commission.

(45). Auparavant, on peut souligner que la recommandation a d'ores et déjà provoqué des modifications de comportements des acteurs, à l'instar des réactions négatives de la Commission aux accords de Santiago et de Barcelone qui avaient conduit les sociétés d'auteur à refuser de renouveler le dispositif de licence multirépertoire/multiterritoire.

Par ailleurs, il convient de souligner que la recommandation a d'ores et déjà occasionné des réorganisations fortes dans le domaine de la gestion collective.

Trois projets de plateformes pan-communautaires ont été annoncés³⁰ :

- Le 23 janvier 2006, EMI Music Publishing s'est engagée dans un accord avec MCPS-PRS Alliance (britannique) et la GEMA (allemande) avec l'objectif d'offrir une licence des chansons anglo-américaines du catalogue EMI pour l'Europe pour les téléphones portables et les usages numériques en ligne
- Le 20 janvier 2006 MCPS-PRS Alliance a formé une joint-venture avec la SGAE (Espagnol) qui crée une plateforme pour une future licence européenne du répertoire anglo-hispanique (incluant tout le répertoire latino américain détenu par la SGAE)
- Arvato mobile, une filiale de Bertelsmann exerçant dans le secteur des services de contenu sur mobile a conclu un accord pour une licence paneuropéenne pour mobile avec EMI Music Publishing, laquelle couvre l'utilisation du répertoire EMI pour les services de souscription d'EMI.

27 La non-discrimination à raison du domicile ou de la résidence ayant été interprétée de manière extensive par la Cour de Justice comme une discrimination indirecte à raison de la nationalité – notamment par l'arrêt de la CJCE Ricordi La Bohème -, ce type de différenciation semble également d'ores et déjà illégal au regard du droit primaire.

28 CJCE 30 janvier 1974 BRT/ SABAM, Aff. 127/73, Rec. 51, selon lequel les dispositions en matière de concurrence (art.81 et 82 TCE) “ se prêtent par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers. ”

29 Par exemple, à propos des fédérations sportives, CJCE 12 décembre 1974, Walrave, aff. 36/74, Rec. 1420.

30 Tilman Lueder, op. cit.

(46). Par ailleurs, le GESAC a signé une déclaration commune avec la confédération internationale des éditeurs de musique³¹ visant à mettre en oeuvre les principes de la recommandation.

Les parties sont convenues de progresser par étapes (article 6) sur des questions liées à la gouvernance des sociétés de gestion collective, aux catégories de droits relatifs aux utilisations en ligne des œuvres musicales et à la possibilité d'une coopération entre SGC au sujet des licences transfrontières pour les utilisations en ligne.

Il en résulte notamment que les sociétés de gestion collective admettent toutes d'ouvrir la qualité de membre aux éditeurs (art. 1^{er}), lesquels sont représentés au sein des conseils d'administration selon une règle fixant l'éligibilité à au moins un tiers des sièges dévolus aux titulaires de droits musicaux (art. 2) et, bénéficient au sein des assemblées générales de droits de vote dans un ratio juste et équilibrée (art.3).

Il est encore prévu dans un article 4 intitulé " Transparence des SGC et leur obligation de rendre compte aux titulaires de droits " que les SGC rendront régulièrement compte de toutes licences consenties, des tarifs applicables et des redevances perçues et réparties, à tous les titulaires de droits qu'elles représentent, soit directement, soit aux termes de contrats de représentation réciproque. Elles informeront les titulaires de droits des répertoires qu'elles représentent, du champ d'application territorial de leurs mandats, et de tous contrats de représentation réciproque en vigueur. En contrepartie de quoi les éditeurs reconnaissent " pour les ayants droits l'avantage de la gestion collective des droits par les SGC dans le cadre de la Recommandation. " (art. 5 a).

La déclaration acte que " Les titulaires de droits seront libres de déterminer les SGC de leur choix qui géreront leurs droits en ligne (ou de gérer leurs droits directement), tel que décidé par eux, en conformité avec les catégories d'exploitation en ligne définies ci-après, et de changer la gestion de ces droits de telle société à telle société lorsqu'ils décident de les faire gérer collectivement. "

A cette fin, les gestionnaires de droit se sont mis d'accord sur le principe d'une redéfinition harmonisée et évolutive des catégories d'exploitation, jugeant les catégories GEMA obsolètes pour appréhender les usages nouveaux. Sans préjudice d'une organisation plus détaillée, a minima, les sociétés acceptent de distinguer deux types d'usage en ligne : les exploitations inter-actives et les exploitations non inter-actives (soit, essentiellement le " webcasting, l'exploitation de portails, les sites web individuels, etc.), chaque catégorie incluant les différents droits requis pour les exploitations correspondantes (droits mécaniques et / ou d'exécution). (art. 5 b).

Il a été considéré, inversement que le " simulcasting " ne sera pas inclus dans les catégories d'utilisations en ligne, parce qu'il est lié à la radio/télé/diffusion et entrera dans la catégorie de la radio/télé/diffusion.

(47). La Commission envisage de traduire son contrôle de l'application de la recommandation à travers un questionnaire auquel il devra être répondu avant la fin 2006. Les principales questions adressées concerneront le nombre de plateformes délivrant des licences créées, le nombre de consommateurs touchés, l'impact d'une licence pan-communautaire sur la croissance des services et sur la possibilité de rattraper le retard pris en ce domaine par rapport aux Etats-Unis, l'opportunité d'adopter des règles contraignantes sur la transparence ou de s'en tenir à la recommandation.

(48). Il n'est pas exclu, comme l'a souligné monsieur Lueder³², que le modèle préconisé par la recommandation conduise à l'émergence de trois ou quatre grande plateformes délivrant des licences européennes sur de " grands " répertoires.

31 Déclaration commune du 7 juillet 2006 ICMP/CIEM –GESAC.

32 Tilman Lueder, intervention à Fordham, précitée.

(49). Toutefois, d'après son commentaire, le risque de multiplication des transactions pourrait être évité à travers un double mécanisme de réseau. Les "méga" sociétés pourraient passer entre elles des accords de mise à disposition réciproque de leurs répertoires. Quant aux "micro" sociétés de gestion, elles pourraient, en maintenant le maillage des accords de représentation réciproque, proposer la centralisation de la délivrance de l'autorisation à une entité ad hoc, le cas échéant mise en œuvre par une des méga sociétés ou par l'entité symbolisant leur accord de collaboration.

On voit donc que, le rédacteur de la recommandation continue à caresser l'idée d'un guichet unique pour une licence unique bien qu'elle se soit éloignée du schéma premier de sa recommandation.

(50). La question reste ouverte de la transposition du modèle à d'autres secteurs tels que le cinéma ou d'autres droits pour la musique. Rien dans la recommandation ne laisse entendre qu'une telle extension est à l'agenda s'agissant d'autres catégories d'œuvres, l'étude d'impact s'étant focalisée sur le marché de la musique en ligne.

Le Conseil de la Concurrence français dans une affaire relative aux apports de la SACD a d'ailleurs clairement souligné que les principes applicables à la gestion collective de la musique n'étaient pas transposables aux œuvres audiovisuelles en raison de la spécificité des marchés en cause.

Il n'en demeure pas moins que les réactions suscitées par la recommandation, notamment de rejet, conduisent le Parlement à considérer opportune une action d'harmonisation pour la gestion collective en général, reposant pour partie sur les principes de la recommandation³³.

3. Mise en perspective de la recommandation au regard du droit communautaire

(51). Afin de saisir pleinement les enjeux de la recommandation, il semble opportun de resituer sa teneur dans le contexte qui la précède et la poursuit. En effet, la manifestation d'intérêt des autorités communautaires vis-à-vis de la gestion collective n'est pas nouvelle et la jurisprudence communautaire a eu très tôt à connaître des questions relatives à l'organisation interne de ces entités, de leurs relations avec leurs membres ou de leurs relations avec les utilisateurs des répertoires³⁴.

La recommandation s'inscrit donc dans un environnement extrêmement foisonnant qui appelle des réactions tant d'autres institutions communautaires que des parties intéressées. Elle a été rédigée, de surcroît dans un contexte relativement pathogène dont la traduction la plus récente consiste en la communication de griefs opérée par la Commission à l'encontre des accords de représentation réciproque passés sous l'égide de la CISAC.

3.1. Eléments clé de compréhension des rapports entre droit de la concurrence et sociétés de gestion collective

(52). Aux yeux des autorités de concurrence, la gestion collective remplit six fonctions³⁵ : l'octroi

33 Cf. infra, n°113 et suiv.

34 Voir sur ce point, notamment, V.L. Benabou, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997 ; F. Siiriainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Thèse dactyl., Nice, 1999 ; P. Florenson, *La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins en Europe*, RIDA oct. 2003, S. Von Lewinski, *La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur*, Bull. Dr. Aut., 2004, n° 1, p. 1.

35 L'analyse économique attribue traditionnellement (voir par exemple Hollander, 1984, p. 200) trois fonctions aux

de licences aux utilisateurs commerciaux, la négociation du tarif de ces licences, la collecte des droits, la redistribution des droits aux titulaires, le contrôle des utilisateurs et la poursuite en justice des contrevenants.

A côté de ces fonctions transactionnelles, les sociétés de gestion collective assurent également des fonctions sociales et culturelles de redistribution (mutualisation) et d'encouragement de la créativité, oeuvrant elles aussi vers un objectif d'amélioration du bien-être social. Cependant, le droit de la concurrence semble jusqu'ici ne les avoir que très partiellement prises en compte³⁶.

(53). La gestion collective se justifie économiquement par sa capacité à permettre la réalisation de transactions lorsque les valeurs des usages individuels des droits sont trop faibles par rapports aux coûts de recourir individuellement au marché³⁷.

- Pour les titulaires de droits, l'administration collective est porteuse d'économies d'échelle : réduisant les coûts associés à l'octroi de licences (prise de contact, négociation, paiement, contrôle et poursuites), elle permet que les transactions soient plus profitables ou tout simplement possibles.
- Pour les utilisateurs de droits musicaux, la centralisation des œuvres permet également de réduire les coûts de transaction liés à la recherche des titulaires, la négociation des licences d'exploitation et leur paiement.

La gestion collective des droits est donc porteuse d'efficacité transactionnelle pour la société : elle rend moins coûteux ou possibles des échanges mutuellement bénéfiques qui auraient été bloqués dans le cadre de la gestion individuelle.

(54). Leur structure de coûts peut également les placer dans une situation de monopole naturel c'est-à-dire dans une situation où il ne serait pas socialement bénéfique que deux entreprises se fassent concurrence. Cependant, les sociétés de gestion collective, dans les faits en position de monopole national de droit ou de fait³⁸, bénéficient d'un pouvoir de marché à la fois vis-à-vis des titulaires de droits et des utilisateurs commerciaux que doivent encadrer les autorités de la concurrence.

(55). Ces autorités ont toléré certains comportements des sociétés de gestion collective dans la mesure où ils leur apparaissent nécessaires à la réalisation d'économies transactionnelles supérieures.

sociétés de gestion collective : (1) l'octroi de licences d'utilisation pour les œuvres de leur répertoire, (2) la négociation, la collecte et la redistribution des redevances et (3) la poursuite des infractions aux droits de leurs titulaires. Il peut être utile d'en individualiser certaines à des fins analytiques. Dans son analyse d'impact (p.6), la Commission en dénombre quatre, n'y incluant pas la fonction de négociation des tarifs et regroupant les fonctions de contrôle des usages et de poursuites légales.

36 Voir notamment le cas SABAM où les autorités communautaires ont refusé de qualifier la gestion collective de service d'intérêt général au sens de l'article 86 § 2 (ex. 90 § 2). Néanmoins, pour une récente prise en considération de ces enjeux, voir la décision du Conseil de la Concurrence sur les statuts de la SACD qui a estimé que " Le système de solidarité, caractéristique propre à la gestion collective et qui la distingue de la gestion individuelle, ne pourrait pas survivre à des allers et retours permanents motivés par la seule maximisation du profit personnel de chaque auteur. Il n'est donc pas illégitime d'obliger, à un certain moment, les auteurs qui refusent les contraintes de la gestion collective à faire clairement le choix de la gestion individuelle ". voir V-L. Benabou, chron. Propriétés Intellectuelles, n° 18.

37 Ces coûts de transaction sont d'autant plus importants que les droits et les utilisateurs sont nombreux et dispersés.

38 A l'exception notable des Etats-Unis où trois sociétés de gestion collective des droits d'exploitation musicale, l'ASCAP, la BMI et la SESAC, sont en situation de concurrence.

(56). La question posée par les récents travaux de la Commission est de savoir comment l'environnement numérique affecte d'une part les avantages de la gestion collective sur la gestion individuelle et d'autre part la nécessité de certains comportements concurrentiels des sociétés de gestion collective à l'atteinte de l'efficacité dans leur mission. Il s'agit de déterminer le nouveau périmètre de monopole naturel des sociétés de gestion collective : son périmètre géographique, son périmètre fonctionnel et les droits qu'il concerne.

3.2. La recommandation au regard de la jurisprudence communautaire

3.2.1. Les relations des SGC avec leurs membres

(57). La recommandation met tout particulièrement l'accent sur la mobilité des ayants droit au sein des sociétés de gestion collective. Elle rappelle l'objectif affiché d'éradiquer toute discrimination fondée sur la nationalité, la résidence du titulaire comme de la société de gestion. Elle insiste encore sur les règles de représentation des ayants droit au sein des organes de décision des sociétés de gestion collective.

La jurisprudence communautaire a eu à connaître de nombreux cas dans lesquels s'est posée la question de la licéité des conditions d'adhésion ou d'exercice des membres des sociétés de gestion collective. Elle a d'ores et déjà apporté des remèdes aux discriminations identifiées et a également contribué à mettre en place des instruments de fragmentation des apports permettant aux titulaires de réserver certains usages.

3.2.1.1.1. Les différences de traitement

- **Les différences de traitement relatives à la nationalité ou au domicile**

(58). La Commission a rendu une décision relative à la GEMA³⁹, société de gestion collective allemande chargée des oeuvres musicales. Après avoir caractérisé la position dominante sur le marché des prestataires de services gérant des droits d'auteur, elle a analysé les conditions imposées par cette société à ses membres pour rechercher les traces d'un abus de position dominante. Or, la GEMA subordonnait notamment l'obtention du statut de membre ordinaire, le seul permettant d'être éligible au conseil de surveillance et de percevoir des droits d'auteur complémentaires au bout de trois ans, au fait d'être de nationalité allemande ou d'être fiscalement domicilié en Allemagne.

Ces dispositions ont été condamnées par la Commission et la GEMA a dû modifier ses statuts.

Tout particulièrement, la Commission avait considéré⁴⁰, qu'il ne saurait y avoir d'abandon total de la gestion des droits de manière propre sur un territoire d'un Etat membre et estimé que devait subsister une possibilité pour les auteurs de choisir une société autre que celle de son domicile, tout en concédant qu'une exclusivité était possible si elle restait limitée dans le temps.

(59). L'affaire G.V.L a donné, plus tard, l'occasion à la Cour de Justice de se prononcer sur cette

39 Décision de la Commission 18 octobre 1979, aff. 125/78, Rec. p. 3173.

40 Décision de la Commission du 2 juin 1971, Décision n° 71/224, J.O.C.E. n°L 134 du 20 juin 1971.

question. La Commission avait condamné, dans une décision du 29 octobre 1981⁴¹, la pratique d'une société allemande de gestion de droits voisins qui refusait de conclure des contrats avec les artistes étrangers lorsque ceux-ci n'étaient pas domiciliés en Allemagne. Ce système les empêchait de percevoir, comme les artistes allemands, une redevance au titre de la deuxième exploitation de leur prestation.

Aux yeux du droit communautaire, cette attitude constituait un abus de position dominante :

"elle a eu pour effet de créer des entraves artificielles à la circulation des services entre la G.V.L., prestataire en RFA, et les artistes étrangers, bénéficiaires potentiels dans un autre Etat membre, c'est-à-dire des entraves aux relations économiques entre Etats membres."

La Cour de Justice a, par un arrêt du 2 mars 1983⁴², rejeté le recours en annulation contre la décision de la Commission et a donc confirmé la solution selon laquelle constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 82, le fait pour une société bénéficiant d'un monopole de fait de refuser certaines prestations en raison de la nationalité ou du domicile des artistes.

▪ **Les autres discriminations**

(60). Il est ressorti de l'examen réitéré par la Commission des statuts de la GEMA⁴³ qu'outre la nationalité et le domicile, plusieurs facteurs dont la perception d'un revenu minimum par l'auteur, le type d'oeuvres ou encore l'existence de liens "privilégiés" avec les utilisateurs entraînent en ligne pour l'obtention de certains avantages au sein de cette société. Ces clauses ont également été interdites comme constitutives d'un abus de position dominante.

A été condamnée en tant que telle la pratique de la GEMA consistant à percevoir sur les importateurs allemands un droit de licence intégral pour les importations en provenance d'autres Etats membres, alors même qu'un droit de licence aurait déjà été payé à la GEMA ou à d'autres sociétés d'auteurs. La Commission a estimé qu'était contraire à l'article 82 "le fait que la GEMA soumettait l'importation de disques par des commerçants à un régime économique différent de celui qu'elle appliquait à l'importation par des fabricants" et qu'une législation nationale sur le droit d'auteur ne pouvait justifier l'application par la GEMA de conditions inégales à des prestations équivalentes⁴⁴.

• **Les conditions de transaction appliquées aux membres**

(61). A l'occasion des décisions dites "GEMA", la Commission a condamné sur le terrain de l'abus de position dominante certaines clauses inéquitablement imposées aux membres dont :

- la clause obligeant l'auteur à céder les droits sur les oeuvres actuelles et futures pour une durée de six ans, durée qui n'était pas remise en cause par la démission ou la résiliation de l'affiliation du membre de la GEMA ;

- les clauses relatives à la caisse de sécurité sociale faisant cesser le versement d'une aide en cas de

41 Décision de la Commission du 29 octobre 1981, aff. IV/29839, J.O.C.E. n° L. 370 du 28 décembre 1981, p. 49.

42 C.J.C.E. 2 mars 1983, aff. 7/82, Rec. p. 483.

43 La Commission a eu plusieurs fois à se prononcer sur les statuts et les pratiques de cette société: Décision GEMA du 2 juin 1971, J.O.C.E. n°L. 134 p. 15, Décision GEMA du 18 octobre 1979, aff. 125/78, Rec. p. 3173, Décision GEMA du 4 décembre 1981, aff. IV/29971, J.O.C.E. n°L. 94 du 8 avril 1982, p. 12.

44 Cette solution fut condamnée par la Cour de Justice dans l'arrêt dit "Musik -Vertrieb" du 20 janvier 1981, aff. jointes 55 et 57/80, Rec. p. 147.

cessation de la qualité de membre de la GEMA et de l'interdiction de recourir à la voie judiciaire pour contester la répartition des sommes versées à cette caisse ou encore

- la pratique de la GEMA qui percevait une redevance intégrale sur un phonogramme dès lors que plus d'un tiers de la durée d'une face de ce dernier provenait de son répertoire.

(62). En revanche, elle a estimé que devait être autorisée la restriction relative à l'interdiction au membre de payer pour la diffusion de son œuvre et a, de ce fait, prononcé une attestation négative à l'égard d'une modification statutaire notifiée par la GEMA⁴⁵ qui avait pour objet de supprimer la possibilité pour les stations de radio ou de télévision de lier l'utilisation des œuvres du répertoire de la GEMA au paiement d'une redevance par le titulaire du droit d'auteur.

La Commission accepta la clause interdisant la conclusion d'accords individuels entre cédants et utilisateurs. Elle considéra :

"qu'il n'est pas inéquitable pour une société d'exploitation de rechercher à empêcher un (...) renversement de la protection des auteurs pour ses membres qui n'ont juridiquement plus aucune possibilité d'influencer le niveau de rémunération."

(63). Elle a donc admis, au nom du principe de proportionnalité, qu'une entité en position dominante puisse restreindre la liberté contractuelle des auteurs au nom de l'intérêt commun de tous ses membres. Elle a également, par ce fait, reconnu l'existence d'autres pôles de position dominante sur le marché de l'utilisation des œuvres contre lesquels les sociétés de gestion de droits représentent des contre-pouvoirs rééquilibrants.

(64). L'attitude des autorités de la concurrence par rapport aux discriminations faites par les sociétés de gestion collective entre leurs membres a finalement peu varié. Ces pratiques ont été condamnées dans le cadre de la gestion matérielle et le sont toujours dans celui de l'environnement numérique. **L'impératif de non discrimination entre titulaires de droits est réaffirmé par la recommandation⁴⁶ (article 3, art. 13), qui sur ce point n'apporte pas véritablement d'éléments nouveaux.**

(64). Elle se montre plus précise en ce qui concerne les règles de représentation des ayants droit dans les organes des sociétés de gestion collective, exigeant que toutes les catégories de titulaires de droits soient traitées sur un pied d'égalité quant à l'ensemble des éléments des services de gestion fournis (article 13 a) et que la représentation des titulaires de droits dans le processus de décision interne soit juste et équilibrée (article 13 b).

La généralité des termes employés ne permet pas de dégager des lignes de conduite précises. Néanmoins, la formule permet aux éditeurs de revendiquer un rôle dans la gestion collective – ainsi que l'a d'ailleurs reconnu la déclaration commune entre les éditeurs et le GESAC – là où ils pouvaient parfois être écartés. L'utilisation du terme "équilibré" préféré à celui de "proportionnée" pressenti dans les états antérieurs du texte démontre que **la Commission n'exige aucune représentation des ayants droit en fonction de leur poids économique et du succès des œuvres**, conservant en cela le principe de certaines règles mutualistes caractéristiques de la

45 Décision GEMA du 4 décembre 1981, aff. IV/29971, J.O.C.E. n° L. 94 du 8 avril 1982, p. 12.

46 Les titulaires de droits doivent avoir le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, au gestionnaire collectif de droits de leur choix, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits (article 3).

Toutes les catégories de titulaires de droits devront être traitées sur un pied d'égalité quant à l'ensemble des éléments des services de gestion fournis (article 13 a) et la représentation des titulaires de droits dans le processus de décision interne se doit d'être juste et équilibrée (article 13 b).

gouvernance des sociétés de gestion collective.

(65). Par ailleurs, la faveur marquée par la recommandation pour la liberté de choix du membre de gérer ses droits directement semble aller plus loin que la teneur des décisions GEMA s'agissant des accords individuels. Alors que dans les décisions GEMA, la Commission entérinait l'importance de la fonction transactionnelle de négociation des conditions de la licence, **l'ouverture vers une gestion individuelle au gré de l'ayant droit** présente dans la recommandation est de nature à exposer ce dernier à des conditions de négociation plus dures avec les utilisateurs.

S'agissant des relations avec les membres, les autorités de concurrence ont également porté leur attention sur les possibilités de mobilité réservées aux ayants droit notamment par le biais de la fragmentation ou le retrait des apports.

3.2.1.1.1.2. La fragmentation des apports

(66). Les pratiques des sociétés de gestion collective concernant les apports qu'elles exigent de leurs membres posent différentes questions au droit de la concurrence⁴⁷. Les sociétés de gestion restreignent-elles la concurrence lorsqu'elles exigent :

- Que les apports du membre englobent l'intégralité de ses œuvres ?
- Que la gestion collective du droit concerne tous les usages possibles de ces œuvres ?
- Que l'admission d'un membre pour la gestion d'un droit soit conditionnée à l'apport d'un ou plusieurs autres droits ?

(67). En effet, les sociétés de gestion collective, en monopole naturel pour la gestion de certains droits, utilisations ou œuvres pourraient, en exigeant des apports globaux, étendre le pouvoir de marché qu'elles détiennent par rapport aux titulaires à d'autres droits, utilisations et œuvres et ainsi restreindre la concurrence par rapport à la gestion collective individuelle ou par rapport aux autres sociétés de gestion collective.

(68). Il a été partiellement répondu à ces questions dans la jurisprudence antérieure à la recommandation, tout particulièrement dans ce qu'il est convenu d'appeler les cas GEMA devant la Commission et par un arrêt de la Cour de Justice dans une affaire relative à la SABAM.

Ainsi qu'il a déjà été souligné, la Commission a déclaré contraires à l'article 86 (devenu 82 TCE) :

⁴⁷ Claude Crampes, David Encaoua et Abraham Hollander, " Competition and Intellectual Property in the European Union ", Février 2005.

- la clause obligeant l'auteur à céder les droits sur les oeuvres actuelles et futures pour une durée de six ans, durée qui n'était pas remise en cause par la démission ou la résiliation de l'affiliation du membre de la GEMA.
- les clauses relatives à la caisse de sécurité sociale faisant cesser le versement d'une aide en cas de cessation de la qualité de membre de la GEMA et de l'interdiction de recourir à la voie judiciaire pour contester la répartition des sommes versées à cette caisse.

(69). De telles restrictions à la mobilité des ayants droit ont été jugées inacceptables par l'autorité de concurrence. Néanmoins, l'équilibre entre la durée de l'engagement pris par les membres et l'étendue des droits cédés à la société d'auteurs a conduit la Commission à accepter que la GEMA fixe la période d'adhésion à un an ou trois ans selon les cas. *"Il y avait ainsi mise en oeuvre d'une règle pouvant être qualifiée de règle d'équité ou de proportionnalité dans la détermination des conditions équitables au sens de l'article 86."*⁴⁸

(70). Les clauses relatives à l'étendue des droits cédés ont fait l'objet d'une modification après l'intervention de la Commission. Ces clauses empêchaient l'auteur de choisir parmi les sept catégories de droits gérés par la GEMA⁴⁹ ceux qu'il voulait lui confier⁵⁰. Une solution de compromis fut trouvée entre cette exigence de liberté contractuelle des auteurs et la nécessité pour la GEMA de prémunir ses membres contre les pressions des utilisateurs de musique.

La première décision GEMA du 2 juin 1971⁵¹ avait exigé que la société de gestion collective autorise ses membres à retirer l'administration de certaines catégories de droits après dénonciation régulière à la fin d'une année.

L'année suivante, la GEMA avait demandé que cette mobilité fût restreinte de telle manière à assurer une durée minimale d'affiliation de trois ans. Cette demande fut satisfaite par la Commission dans sa décision du 6 juillet 1972⁵² qui permit à la GEMA d'offrir à ses membres une option entre le système précité (7 catégories de droit/ délai d'affiliation d'un an) et un mandat de trois ans permettant en revanche au titulaire de fragmenter ses apports selon des formes d'utilisation non limitatives. Elle estima qu'il faut entendre par forme d'utilisation, *"toutes les formes d'exercice des droits d'auteur qui, du point de vue économique, peuvent être disjointes compte tenu des différences entre les législations nationales"*. Ainsi la Commission retenait que les apports pouvaient, par exemple, couvrir *"les droits d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir"*.

Elle n'a pas manqué, à cette occasion, de souligner que le système des vases communicants instauré par la GEMA (plus la durée d'adhésion est longue, plus l'apport peut être morcelé par type d'utilisations) suppose *"que l'affiliation et le transfert des droits soient synchronisés de telle sorte que tous deux arrivent à expiration simultanément à la fin du délai de 3 ans."*

(71). La Cour de Justice fut également saisie de la question de la cession globale dans l'arrêt SABAM⁵³. Une question préjudicielle lui fut adressée afin de savoir:

"Si le fait qu'une entreprise qui détient dans un Etat membre le monopole de fait de la gestion

48 Id.

49 Dans le domaine musical, sept catégories de droits : le droit général d'exécution, le droit de radiodiffusion, y compris le droit de transmission, le droit de représentation cinématographique, le droit de reproduction et de diffusion mécaniques, y compris le droit de transmission, le droit de production cinématographique, le droit de produire, reproduire, diffuser et transmettre des supports pour magnéscope, le droit d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir.

50 Dictionnaire Permanent de Droit Européen des Affaires, Fascicule Droits d'auteur n° 86.

51 Décision GEMA du 2 juin 1971, J.O.C.E n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

52 Décision GEMA du 6 juillet 1972, J.O.C.E. n° L. 166 du 24 juillet 1972, p. 22.

53- Affaire BRT / SABAM C.J.C.E. 21 mars 1974 "BRT II", Aff. 127/73, Rec. p. 313, avec des conclusions de l'avocat général Mayras.

des droits d'auteur exige la cession globale de tous les droits d'auteur sans distinguer, parmi ceux-ci, entre certaines catégories, peut être considéré comme une exploitation abusive de position économique dominante au sens de l'article 86 du traité CEE?"

"Si l'abus de position dominante peut également consister dans le fait qu'une telle entreprise stipule la cession par l'auteur de ses droits actuels et futurs et, en particulier, stipule que, sans qu'aucune justification soit nécessaire, l'exercice des droits cédés reste réservé à cette entreprise pendant cinq années sociales après la démission de l'associé?"

Reconnaissant le principe d'une application de l'article 86 à la SABAM, la Cour de Justice a dit pour droit:

"Le fait qu'une entreprise chargée de l'exploitation des droits d'auteur, occupant une position dominante au sens de l'article 86, imposerait à ses adhérents des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social et **qui entraverait ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent dans l'exercice de son droit d'auteur**, peut constituer une exploitation abusive;

Il appartient au juge d'apprécier si, et dans quelle mesure, les pratiques abusives éventuellement constatées se répercutent sur les intérêts des auteurs ou de tiers concernés en vue d'en tirer les conséquences sur la validité et l'effet des contrats litigieux ou de certaines de leurs clauses"

(72). Elle a, par ailleurs, estimé que la SABAM ne pouvait pas bénéficier des dispositions de l'article 90§2 du traité, car elle n'a été chargée par l'Etat d'aucune mission et qu'elle gère des intérêts privés, "même s'il agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi."

Toutefois, l'arrêt SABAM consacrait en même temps une certaine reconnaissance de la nécessité de l'existence des sociétés de gestion de droit et la Cour ne remet pas en cause la position dominante occupée par ces sociétés sur le territoire de chaque Etat membre, selon le respect d'un principe de proportionnalité. Ainsi, la Cour a estimé que:

"la sauvegarde efficace des droits et intérêts (des auteurs) suppose que l'association jouisse d'une position basée sur une cession en sa faveur... *dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requises.*"

(73). Pour les juges, en l'occurrence,

"L'appréciation (de l'abus) exige que soient pris en considération tous les intérêts en présence, dans l'équilibre à assurer entre le maximum de **liberté pour les auteurs**, compositeurs et éditeurs de disposer de leur oeuvre **et la gestion efficace** de leurs droits par une entreprise à laquelle ils ne peuvent pratiquement éviter d'adhérer."(Attendu n° 8)

La Cour de Justice examine donc si la pratique restreignant l'exercice des droits d'auteur de la SABAM ne dépasse pas ce qui est nécessaire à la bonne administration de la société. Autrement dit, elle détermine l'abus par rapport à une limite caractérisée par la défense du droit d'auteur. De manière spécifique, elle considère:

"A cet égard, une cession obligatoire de tous les droits d'auteurs actuels et futurs, sans distinguer parmi eux entre les différentes formes d'utilisation généralement reconnues⁵⁴, peut apparaître comme une transaction non équitable, surtout si cette cession est exigée pour une

54 Certains spécialistes ont critiqué l'angle développé par la Cour dans cette décision. Ainsi, MM. Castelain et Milchior, dans leur thèse, ont considéré que "le mode de raisonnement de la Cour de Justice constitue une véritable "révolution copernicienne" de l'analyse des droits d'auteurs. Si les différents droits patrimoniaux sont en effet traditionnellement définis en se référant aux titulaires de ces droits, la Cour se réfère aux utilisateurs de ceux-ci. Cette approche n'est pas satisfaisante. Elle segmente les droits patrimoniaux de l'auteur sur son oeuvre en créant le risque d'une parcellisation extrême de ces droits.", Thèse Le droit d'auteur et le droit communautaire, 1985, Paris II, non publiée, p. 279-280.

période prolongée, après la démission de l'associé." (Attendu n° 12)

(74). La question de la fragmentation des apports a rebondi lors d'une affaire dite "*Daft Punk*⁵⁵" dans laquelle deux membres de la SACEM contestaient les statuts de cette société en ce qu'ils ne leur permettaient pas de gérer individuellement certains de leurs droits. Ces derniers souhaitaient effectivement "retenir" la catégorie 4, le droit de reproduction sur supports de sons et d'images, y compris le droit d'usage public de ces supports licités pour l'usage privé ainsi que le droit d'exécution publique au moyen de ces supports, et la catégorie 7, les droits d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir. Or, la SACEM subordonnait l'adhésion à ce que les membres qui ont fractionné leurs droits les aient apportés à une autre société de gestion collective, au contraire de la SABAM, PRS et IMRO qui admettaient que leurs membres gèrent certains de leurs droits individuellement.

Suite à ces commentaires des plaignants, la SACEM a décidé de modifier ses statuts afin d'introduire une clause de nature à permettre à ses membres de pouvoir gérer individuellement certains de leurs droits⁵⁶. Elle a néanmoins subordonné la possibilité de ce retrait des droits à des fins de gestion individuelle à l'accord préalable du Conseil d'Administration. La Commission a validé ce dispositif, l'estimant suffisant pour satisfaire à la mobilité demandée par les ayants droit.

(75). La portée de la décision est double.

La Commission considère, en premier lieu, à rebours de la décision de 1974 dans laquelle elle avait admis la clause des statuts de la SACEM, que les nouveaux arguments en faveur de l'option pour la gestion individuelle rendaient obsolète l'argumentation défendue par la SACEM avec constance entre 1974 et 2001. Cette argumentation étant la suivante: le but de la gestion collective est de protéger l'auteur vis-à-vis de l'industrie en empêchant celle-ci d'imposer à un auteur la cession de tous ses droits. Si la gestion individuelle est possible, les multinationales du disque vont chercher à obliger les auteurs à se défaire de leurs droits à leur profit et par conséquent les exploiter ; par ailleurs la gestion individuelle revient à permettre un écrémage du marché, ce qui est contraire au principe de solidarité de la gestion collective.

Ces arguments n'ont pas pleinement convaincu la Commission qui a estimé que les risques évoqués par la SACEM (perte de pouvoir des auteurs, écrémage) n'étaient pas avérés dans la pratique des sociétés de gestion collective ouvrant l'option pour la gestion individuelle et qu'il était par conséquent nécessaire de revoir le test de proportionnalité qui préside à l'évaluation des restrictions à la mobilité des membres par les SGC, à la lumière de l'évolution des modes de gestion constatée en Europe (sous-entendu les DRMs).

Elle a ainsi estimé que :

"Le progrès technique dans le domaine numérique et les nouveaux modes de communication et de consommation de la musique, comme Internet, permettent de surmonter les difficultés réelles de gestion individuelle qui faisaient craindre dans le passé que l'auteur qui entre dans un mode de gestion individuel ne puisse pas réellement l'assumer autrement qu'en cédant ses droits à un tiers. La technologie numérique et les réseaux de communication ont permis un abaissement significatif des coûts de transaction

55 Daft Punk (Décision de la Commission du 12 août 2002 (Comp/C2/37.219), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37219/fr.pdf>)

56 Cet amendement approuvé par l'assemblée générale de la SACEM le 13 juin 2000 prévoit que "*nonobstant les stipulations du présent article, le Conseil d'Administration, sur demande motivée, peut accepter qu'un auteur, auteur-réalisateur, compositeur ou éditeur ressortissant de l'Union Européenne ou de l'Espace Economique Européen ne fasse pas apport de certains de ses droits à la société ou à une ou plusieurs autres sociétés d'auteurs. Sa décision doit être motivée*".

qui, dans le passé, rendaient la gestion individuelle impossible en pratique.⁵⁷ ”

(76). Toutefois, elle n'a pas permis qu'une totale mobilité et fragmentation du répertoire soit réalisée puisqu'elle a validé la condition figurant dans les statuts de la SACEM selon laquelle la migration de certains droits vers la gestion individuelle est subordonnée à l'accord préalable du Conseil d'administration, qui peut donc refuser.

(77). **Sur la question du fractionnement des apports et de la possibilité de gérer les droits de manière individuelle, la Commission, dans sa recommandation, semble se situer dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure.** Elle instaure simplement une obligation de fractionnement quant à la gestion des droits en ligne, catégorie qui ne figurait pas en tant que telle dans les décisions GEMA. Elle semble même donner davantage de crédit à la gestion collective dans la mesure où l'article 5 c) indique que “ les titulaires de droits doivent avoir le droit, à condition de donner un préavis raisonnable de leurs intentions, de retirer tout droit en ligne et d'en transférer la gestion multiterritoriale à un autre gestionnaire collectif de droits, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits ”.

Si ce n'est le principe de la gestion collective volontaire, rien n'est donc dit dans la recommandation elle-même sur les modalités de reprise des droits à des fins de gestion individuelle.

(78). Il semble donc que les dispositions statutaires soumettant la mobilité des ayants droit à des procédures d'autorisation, voire à des délais ne constituent pas per se l'expression d'un abus de position dominante. Seul un exercice arbitraire de ces procédures bloquant de fait les possibilités de fractionnement serait abusif. C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil de la Concurrence s'est prononcé dans la décision d'engagement relative aux statuts de la SACD⁵⁸, rendu, il est vrai, dans le secteur différent des droits audiovisuels.

On rappellera que suite à une plainte, la SACD a proposé de revoir ses statuts pour introduire une possibilité de fractionnement des droits apportés (nouvel article 9) à partir du 1^{er} janvier 2006, par catégories d'œuvres, en distinguant trois catégories : les œuvres dramatiques, les œuvres audiovisuelles et les images. Ce découpage des œuvres peut intervenir par une procédure de retrait partiel et total. Toutefois, le retrait ne doit pas pouvoir intervenir à tout moment de la vie sociale, mais à l'expiration de chaque période de deux ans calculée à compter de la date d'adhésion de l'auteur ou de modification de ses apports⁵⁹. Par ailleurs, le retrait partiel d'une catégorie d'œuvres ne devrait pas se produire plus de trois fois au cours de la vie sociale d'un auteur. Enfin, le Conseil d'administration est saisi de demandes afférentes à la réintégration de certaines œuvres dans le répertoire. Le retrait partiel n'interviendrait de plein droit qu'à la condition que la gestion en soit confiée à une autre société de gestion, le retour en gestion individuelle supposant l'accord préalable du Conseil d'administration. Ces restrictions ont été validées par l'autorité de concurrence française.

3.2.2. Les accords de représentation réciproque entre sociétés de gestion : les clauses de

57 Plus loin, elle estime : “ Le souci de la gestion individuelle recouvre aujourd'hui une réalité autre que celle d'un pur intérêt économique ; c'est aussi l'expression du souci de certains auteurs de ne pas voir utiliser leurs œuvres sur certains supports, comme le multimédia et les CD-Rom afin de ne pas en dénaturer la nature ou encore parce qu'ils entendent eux-mêmes en contrôler l'usage. La gestion individuelle renforce le volet moral du droit d'auteur dans la mesure où elle permet aux auteurs de contrôler avec précision les différents usages envisagés par les utilisateurs, assurant ainsi aux ayants droits une utilisation de leurs œuvres qui soit compatible avec le but artistique et la dignité des œuvres originales.

58 Conseil de la Concurrence, Décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des auteurs et compositeurs dramatiques, obs. V-L. Benabou, Propriétés Intellectuelles, n° 18.

59 Attendu 72.

restriction territoriale

(79). Dès 1978⁶⁰, une minorité d'exploitants de discothèques s'est érigée contre les conditions de négociations exigées par la SACEM. Ces derniers soutenaient, entre autres, que l'existence d'un réseau de conventions de représentation réciproque assorti du refus de chacune des sociétés de gestion des droits d'auteur d'autoriser l'usage de son répertoire par des utilisateurs de musique à l'extérieur de son territoire national avait pour effet de compartimenter les marchés nationaux et d'assurer un monopole de fait de chaque société à l'intérieur de son propre territoire national.

La CJCE, dans des décisions jointes du 13 juillet 1989⁶¹, s'est prononcée sur la licéité des accords de représentation réciproque au regard du droit de la concurrence (article 81 et 82 TCE) et sur le refus de consentir des autorisations directes ou partielles. Les juridictions françaises⁶² saisies du litige ont préféré s'en remettre à l'interprétation de la Cour de Justice en posant la question préjudicielle⁶³:

"L'article 85 (ex art. 81), paragraphe 1, du traité CEE doit-il être interprété en ce sens qu'il interdit la conclusion de conventions entre des sociétés de gestion des droits d'auteur établies dans différents Etats membres, par lesquelles les sociétés prennent en charge, sur une base de réciprocité, la gestion des répertoires des autres sociétés à l'intérieur de leurs territoires nationaux respectifs, et le refus par ces sociétés d'accorder des autorisations d'exécution publique de leurs répertoires par des utilisateurs de musique dans les territoires nationaux des autres sociétés?"

(80). Le schéma des contrats de représentation réciproque est simple⁶⁴. Une société de gestion des droits d'auteur s'engage, sur une base de réciprocité, à gérer les droits de représentation s'attachant au répertoire d'une société étrangère à l'intérieur de son territoire d'exercice. A cette fin, elle consent à appliquer à la perception et à la répartition des redevances dues au titre du répertoire étranger les mêmes méthodes et moyens que ceux qu'elle applique à son propre répertoire et à prendre toutes mesures nécessaires en matière de contrefaçon⁶⁵.

Selon les utilisateurs plaignant, le système⁶⁶ présente un caractère anticoncurrentiel en ce que la

60 J.-L. Tournier, Le conflit SACEM / Discothèques une guerre judiciaire sans précédent, RIDA avril 1989, n° 140, p. 3 à 17, précisément p. 3: "*l'origine du différend entre quelques dizaines de discothèques et la SACEM remonte au printemps 1978 et, plus précisément, à une lettre du 11 avril de cette même année d'un important exploitant parisien qui demandait la révision des conditions pécuniaires de son contrat pour deux raisons. La première invoquait la comparaison entre les tarifs de la SACEM et ceux de certaines sociétés étrangères gérant le droit d'exécution publique qui, selon lui, pratiquaient des tarifs sensiblement inférieurs à ceux de la SACEM*". Voir aussi, A. Bertrand, Le conflit SACEM/Discothèques: une guerre judiciaire pleine de précédents, R.D.P.I 1993, n°47, p. 31-32 selon lui, ce conflit "*ne fait que reproduire, avec un demi-siècle de décalage, et à une échelle plus réduite, celui qui a opposé aux Etats-Unis les stations de radio à (...) l'ASCAP*".

61 C.J.C.E. 13 juillet 1989, aff. 395/87 Ministère public contre Jean Louis Tournier, Rec. p. 2521; Cah. Dr. Aut. septembre 1989, p. 1 à 12.

62 A savoir la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'affaire 395/87 (Ministère public/J.L. Tournier) et la Cour d'appel de Poitiers dans les affaires 110/88 (F. Lucazeau / SACEM) , 241/88 (Debelle / SACEM) et 242/88 (Soumagnac/ SACEM).

63 Telle que reformulée par l'avocat général, voir Conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec p. 2543.

64 Pour une définition de la Cour de Justice, attendu n°17, Rec. p. 2572.

65 Elle consent également à transférer au moins une fois par an à la société étrangère les sommes perçues au titre de l'utilisation du répertoire de celle-ci, et, est en droit de déduire de ce montant des frais de gestion raisonnables.

66 Attendu n° 19: "*Les contrats de représentation réciproque entre sociétés de gestion visent un double but; d'une part, ils cherchent à soumettre l'ensemble des oeuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même Etat, conformément au principe retenu par la réglementation internationale; d'autre part, ils permettent aux sociétés de gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre Etat, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités sans être contraintes d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres*

société de gestion de droit négocie pour les oeuvres des répertoires étrangers qu'elle gère "au même tarif que ceux qu'elle pratique pour les oeuvres de son propre pays, et ce, même si dans le pays d'origine de l'oeuvre les tarifs pratiqués par la société locale sont moins élevés."⁶⁷

(81). La Commission avait déjà montré son hostilité à un cloisonnement total des marchés résultant de tels accords. L'avocat général JACOBS dans ses conclusions sous l'arrêt Tournier a d'ailleurs souligné l'importance de la prohibition de l'exclusivité en rappelant que "*les conventions sont de nature non exclusives (une clause d'exclusivité ayant été supprimée au cours des années 70 sur l'insistance de la Commission) et qu'il est, dès lors, possible en principe, aux sociétés de gestion des droits d'auteur de confier la gestion de leur répertoire à plus d'une société pour le même territoire et de consentir à des autorisations directes dans les territoires des autres sociétés.*"⁶⁸ Il a toutefois constaté qu'en pratique cette exclusivité subsistait au détriment de l'accès des utilisateurs aux répertoires étrangers⁶⁹.

(82). La Cour de Justice, après avoir examiné ces différentes considérations, a statué sur la validité des accords de représentation réciproque au regard de l'article 85 du Traité de Rome (actuel article 81). Elle a considéré que:

"les contrats de représentation réciproque sont des contrats de prestation de services qui **ne sont pas, en eux-mêmes, restrictifs de concurrence**, de façon à relever de l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1, du traité." (Attendu n° 20)

(83). En revanche, la Cour de Justice estime que les conventions de représentation réciproque seraient contraires à l'article 85 :

" si ces contrats de prestation de services instituaient une exclusivité en ce sens que les sociétés de gestion se seraient engagées à ne pas donner l'accès à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée établis à l'étranger; toutefois, il ressort du dossier que ce type de clauses d'exclusivité figurant jadis dans les contrats de représentation réciproque a été supprimé à la demande de la Commission." (Attendu n° 20)

Toutefois, "*la Cour se demande s'il ne subsiste pas une exclusivité de fait relevant d'une pratique concertée, dès lors que les sociétés de gestion continuent à refuser de donner une licence ou de confier un répertoire à l'étranger à une société autre que celle existant sur le territoire en cause*"⁷⁰. Néanmoins, en l'absence de preuve d'une telle pratique concertée, la Cour a considéré que cette exclusivité de fait était liée à des contraintes de gestion et ne découlait pas d'une politique délibérée des sociétés de gestion collective de ne pas se faire concurrence.

(84). Par conséquent, les accords de représentation réciproque ne sont pas *per se* contraires au droit de la concurrence dès lors que les sociétés parties ont la possibilité d'octroyer des autorisations pour leur répertoire à des utilisateurs exerçant leur activité sur le territoire d'un autre Etat. Le fait que

contrôles sur place.", Rec. p. 2573.

67 A. Françon: Encyclopédie Dalloz Droit Communautaire, fascicule Droit d'auteur, n° 91, p. 11.

Voir également Th. Desurmont, *La SACEM et le droit de la concurrence*, RIDA. avril 1989, n° 140, p. 131: "*dès lors, en effet, que le contrat a pour objet de permettre aux cocontractants d'utiliser l'ensemble du répertoire, c'est-à-dire un nombre indéterminé d'oeuvres, la rémunération est due et son montant est identique quelle que soit la composition du programme de l'exploitant et la mesure où il fait appel aux oeuvres dont la SACEM assure la gestion. En outre, la rémunération stipulée est identique, que les oeuvres fassent partie du répertoire propre de la SACEM ou du répertoire des sociétés d'auteurs étrangères.*" (nous soulignons) p. 129-131.

68 Conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec.p. 2546.

69 Id.: "*aucun exploitant français de discothèque n'a réussi à obtenir une autorisation directe d'utilisation de son répertoire auprès d'une société de gestion des droits d'auteur étrangère, et que, aussi longtemps qu'il n'existera pas de pareilles autorisations directes, chaque société jouira d'une exclusivité de fait absolue à l'intérieur de son propre territoire national.*" Rec. p. 2546.

70 A. Françon, *Le conflit entre la SACEM et les discothèques devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, RIDA. avril 1990, n° 144, p. 51 à 79, précisément p. 55.

cette pratique ne soit pas répandue n'est pas le fruit d'une concertation préalable entre sociétés sœurs mais la résultante de difficultés propres à ce type de prestations.

(85). La recommandation ne condamne pas le système des accords de représentation réciproque. Bien qu'elle ait pour objectif la délivrance de licences paneuropéennes auprès de gestionnaires "européens", elle laisse subsister le mécanisme des accords de représentation réciproque, exigeant simplement que les droits apportés aux gestionnaires européens soient clairement retirés du jeu des accords de représentation réciproque :

" Article 5 d) lorsqu'un titulaire de droits a transféré la gestion d'un droit en ligne à un autre gestionnaire collectif de droits, sans préjudice d'autres formes de coopération entre gestionnaires collectifs de droits, il appartient à tous les gestionnaires collectifs de droits concernés de s'assurer que ce droit en ligne est retiré de tout accord de représentation réciproque existant conclu entre eux. "

(86). Il en découle un système à deux vitesses, au gré du titulaire qui pourra décider apporter ses droits en ligne à un gestionnaire européen tout en laissant ses autres droits aux sociétés de gestion collective nationales qui les licencient par le biais d'accords de représentation réciproque. Les droits en ligne peuvent également être maintenus dans le système de ces accords.

Ainsi qu'évoqué plus haut, les personnes en charge du dossier à la Commission ne semblent pas exclure l'hypothèse de reconstituer des accords de mandat réciproque entre les gestionnaires européens afin de parvenir à un système de guichet unique. Néanmoins cette situation ainsi que sa coexistence avec les accords de représentation "classiques" n'est pas encore éclaircie. Elle est susceptible de modifier sensiblement le schéma concurrentiel envisagé en première approche dans la recommandation (voir infra).

(87). La Communication de griefs dans le cas RTL/ CISAC⁷¹

Un litige est actuellement pendant devant la Commission européenne, le radiodiffuseur ayant saisi cette dernière notamment de l'incompatibilité des accords de la CISAC relatifs aux accords de représentation réciproque avec le droit de la concurrence communautaire. RTL demandait en effet que relativement aux usages intrinsèquement transfrontières tels que la radiodiffusion par câble et la diffusion en ligne, une seule même licence pan-européenne puisse être négociée pour l'ensemble des filiales du groupe plutôt que de devoir multiplier les relations juridiques et les coûts y afférents.

Tout particulièrement a été mise en cause la clause selon laquelle une société de gestion collective partie à de tels accords n'a pas la possibilité de licencier les répertoires de ses sociétés sœurs sur un territoire autre que son territoire d'exercice (clause d'exclusivité territoriale). L'issue de ce conflit n'est pas connue, à l'heure où ces lignes sont écrites.

(88). La recommandation ne se prononce pas sur la question de la structure des accords de représentation réciproque même si l'étude d'impact semblait indiquer que, de son point de vue, la délivrance d'une licence multi-territoire ne pouvait pas être satisfaite dans le cadre de ces accords⁷². Toutefois la Commission en privilégiant l'option 3 sur l'option 2 a également évoqué la préservation de ces accords, notamment dans la perspective de défense des droits des titulaires

71 CASE COMP/C2/38.698 – –RTL AND MUSIC CHOICE. Certains seulement des compte-rendus des auditions tenues en juin à Bruxelles sont disponibles sur le site de la CISAC.

72 In particular, the territorial scope of the licence that a collective rights manager may grant should be determined by the right-holder, the collective rights manager and the user (licensee) 3 in the way that is most suitable for their respective online business models whether this includes multi-territorial, multi-repertoire licences or niche repertoire licences.

contre une pression à la baisse des conditions de négociation⁷³.

3.2.3. Les relations avec les utilisateurs

(89). La position des autorités de concurrence communautaires semble avoir nettement distingué les exploitations réalisées dans l'espace matériel de celles qui se situent sur les réseaux informatiques en raison tant de la portée géographique de la diffusion que des moyens de contrôle issus du progrès technique.

- *Les solutions dégagées pour l'espace matériel*

(90). Dans les affaires SACEM précitées, les exploitants de discothèques avaient également contesté le refus de consentir des autorisations directes ou partielles. Les juridictions françaises⁷⁴ saisies du litige ont préféré s'en remettre à l'interprétation de la Cour de Justice en posant une question préjudicielle⁷⁵:

(91). ***S'agissant du refus d'accès direct***, c'est-à-dire de la possibilité pour l'utilisateur de s'adresser directement à une société étrangère pour qu'elle lui délivre un licence sur le territoire sur lequel il est établi, la Commission, lors de ses observations dans l'affaire Tournier, a considéré que le refus d'accès était la conséquence logique de l'organisation du marché et non le résultat d'une concertation préalable.

Elle a été sensible aux arguments de la SACEM qui, tout en reconnaissant "l'existence d'un compartimentage des marchés et d'une exclusivité de fait" soutenait que "ces caractéristiques ne sont pas le résultat d'une quelconque pratique interdite par l'article 85, paragraphe 1, mais reflètent, au contraire, les réalités économiques de ce marché particulier, qui rendent la concurrence impraticable et qui conduisent inéluctablement à la nécessité d'une gestion des droits sur une base territoriale"⁷⁶.

(92). Sur l'existence de pratique concertée, la Cour de Justice a rendu une décision prudente, renvoyant aux juridictions nationales la charge de déterminer si la preuve en était rapportée.

"L'article 85 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il interdit toute pratique concertée entre sociétés nationales de gestion de droits d'auteur des Etats membres qui aurait pour objet ou pour effet que chaque société refuse l'accès direct à son répertoire aux utilisateurs établis dans un autre Etat membre. Il appartient aux juridictions nationales de déterminer si une concertation à cet effet a effectivement eu lieu entre ces sociétés de gestion." (Attendu n° 26)

Elle a estimé aussi que :

“ Toutefois, une concertation de cette nature ne saurait être présumée lorsque le parallélisme de comportement peut s'expliquer par des raisons autres que l'existence d'une concertation. Tel pourrait être le cas lorsque les sociétés de gestion de droits d'auteur des autres Etats membres seraient obligées, en cas d'accès direct à leur répertoire, d'organiser leur propre système de gestion et de contrôle sur un autre territoire ”

(93). ***S'agissant du refus d'autorisation d'une utilisation partielle du répertoire***, les exploitants de

⁷³ Etude d'impact p. 19.

⁷⁴ A savoir la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'affaire 395/87 (Ministère public/J.L. Tournier) et la Cour d'appel de Poitiers dans les affaires 110/88 (F. Lucazeau / SACEM) , 241/88 (Debelle / SACEM) et 242/88 (Soumagnac/ SACEM).

⁷⁵ Telle que reformulée par l'avocat général, voir Conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec p. 2543.

⁷⁶ Conclusions de l'avocat général JACOBS, Rec. p. 2456.

discothèques ont fait valoir que la SACEM avait toujours refusé d'accorder une autorisation d'utilisation partielle du répertoire, et qu'en conséquence, ils avaient dû payer des redevances élevées correspondant à l'utilisation de l'intégralité de ce répertoire⁷⁷, alors qu'ils n'en diffusent qu'une partie, essentiellement composée d'oeuvres anglo-saxonnes.

La SACEM, le gouvernement français et la Commission ont fait remarquer à la Cour que le découpage du répertoire global, souhaité par les demandeurs, en différents sous-ensembles commercialisables entraînerait des difficultés pratiques et un renchérissement du coût d'utilisation pour tous les utilisateurs. Cet argument a été retenu par la haute juridiction qui a estimé que:

"D'une part, les discothèques perdraient l'avantage d'avoir une liberté totale dans le choix des oeuvres musicales qu'elles diffusent; d'autre part, **la différenciation entre oeuvres musicales protégées dont la diffusion serait ou ne serait pas autorisée pourrait conduire à une surveillance accrue et entraîner ainsi des coûts plus élevés pour les utilisateurs de musique.**" (Attendu n° 29)

"Les contrats conclus à cet effet avec les utilisateurs ne sauraient être considérés comme restrictifs de concurrence, au sens de l'article 85, que si la pratique litigieuse dépassait les limites de ce qui est indispensable pour atteindre ce but." (Attendu n° 31)

(94). Loin de se prononcer elle-même sur "*ce qui est indispensable pour atteindre de but*", la Cour a laissé aux juridictions nationales le soin d'accomplir ce bilan "coût-avantage" de la pratique considérée.

"Le fait pour une société nationale de gestion de droits d'auteur en matière musicale de refuser l'accès des utilisateurs de musique enregistrée au seul répertoire étranger qu'elle représente n'a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché commun que si l'accès à une partie du répertoire protégé pouvait entièrement sauvegarder les intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant augmenter les frais de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des oeuvres musicales protégées." (Attendu n° 33)

(95). Les juges de Luxembourg ont souhaité manifester leur faveur au système mis en place par la SACEM sans pouvoir cependant garantir sa licéité. Ils y sont parvenus en reportant **la charge de la preuve** du caractère anticoncurrentiel du comportement de la société de gestion collective sur les adversaires de celle-ci⁷⁸. Ce n'est que dans l'hypothèse où un système à la fois moins restrictif pour les utilisateurs et au moins aussi rentable pour les auteurs serait viable que le refus de l'accès au répertoire direct constituerait une restriction de concurrence passible des sanctions de l'article 85 paragraphe 2⁷⁹. Cette preuve est d'autant plus difficile à rapporter qu'il n'existe pas d'autres systèmes avec lequel celui de la SACEM puisse être comparé. Les juridictions nationales qui ont eu à connaître du litige n'ont d'ailleurs pas condamné la clause forfaitaire car les exploitants de discothèques ne sont jamais parvenus à les convaincre de l'efficacité des solutions de rechange.

(96). Les arrêts du 13 juillet ont également été l'occasion pour la Cour de Justice de se pencher sur les pratiques tarifaires de la SACEM.

Là encore, la Cour a partiellement botté en touche dans la mesure où elle a admis le principe d'un abus de position dominante consistant dans la fixation d'un prix trop élevé pour la délivrance de la licence mais elle a considéré que la détermination du prix abusif ne pouvait se faire qu'au regard

⁷⁷ Cette pratique est connue sous le nom de "clause forfaitaire".

⁷⁸ Le report de la charge de la preuve avait déjà été utilisé dans l'affaire Coditel II pour manifester un a priori de validité en faveur des clauses de licences exclusives en matière de représentation, cf supra n° 302.

⁷⁹ Voir A. Fançon, Encyclopédie Dalloz Droit Communautaire, fascicule Droit d'auteur, n°94. Fançon estimait non sans quelques raisons que "*Il paraît douteux que l'on puisse rapporter une telle preuve, ce qui fait que la clause forfaitaire a peu de chances d'être condamnée.*" p. 11.

d'une comparaison des tarifs des autres sociétés de gestion collective sur une base homogène. Elle a renvoyé aux juridictions nationales la charge de procéder à une telle comparaison.⁸⁰

Elle n'a pas remis en cause à cette occasion la règle selon laquelle la société de gestion collective qui délivre l'autorisation pour le compte d'une société sœur le fait selon ses règles de fonctionnement et selon ses tarifs et non d'après les tarifs de la société qu'elle représente.

- *Les solutions dégagées pour l'espace numérique*

(97). La Commission européenne a estimé qu'il était nécessaire de reconsidérer le système de la gestion collective pour les exploitations en ligne dans la mesure où de tels usages font émerger de la part des utilisateurs une demande de licence multi-territoire.

(98). Dans la décision " Simulcast⁸¹ ", elle a estimé dans un attendu devenu célèbre que :

“ Les licences de droit d’auteur et de droits voisins dans un environnement “ en ligne ” sont fondamentalement différentes des licences traditionnelles consenties hors ligne, en ce qu’elles ne supposent comme pré-requis aucun contrôle physique de ces licences. Le travail de contrôle doit nécessairement être réalisé directement sur Internet. Par conséquent, l’instrument indispensable pour opérer ce contrôle de l’utilisation des droits d’auteur et des droits voisins consiste essentiellement en un ordinateur et une connexion Internet. Ce qui signifie que le contrôle peut se faire à distance. Dans ce contexte, l’argument économique traditionnel qui justifie l’absence de concurrence transfrontière entre les sociétés de gestion collective ne semble pas devoir s’appliquer⁸². ”

Selon la Commission, ce qui valait dans le monde tangible ne vaut plus pour l'Internet qui ne demande pas les mêmes moyens de contrôle. Par conséquent, le lien de proximité entre la société de gestion délivrant l'autorisation et l'exploitation n'est plus exigé.

(99). Elle a également exigé que les sociétés en concurrence sur la licence fassent apparaître clairement les coûts de gestion afin que l'utilisateur puisse se déterminer au regard de cet élément. En revanche, afin d'éviter qu'une concurrence " sauvage " ne s'instaure entre sociétés de gestion délivrant toutes une licence multi-répertoire/multi-nationale, la Commission a validé le système de fixation de la redevance par agrégation des tarifs assis sur les territoires de réception.

Les sociétés de gestion collective des producteurs de phonogrammes ont notifié à la Commission européenne, par l'intermédiaire de l'IFPI, des accords de représentation réciproque relatifs au simulcasting. Il ne s'agissait pas d'un guichet unique où l'autorisation serait délivrée par une seule entité centralisée, mais d'une situation où chaque société partie à l'accord pourrait jouer ce rôle d'interlocuteur du diffuseur en proposant une licence multi-répertoire et multi-territoire.

(100). *Quant à la clause de résidence économique*, la Commission a provisoirement validé ces

80 Le Tribunal de Première Instance Communautaire leur a d'ailleurs barré le chemin d'une nouvelle question préjudicielle au nom du principe de subsidiarité, TPICE 24 janvier 1995, BEMIM, aff. T-114-92, Rec. p II-150 et II-188, v. L. Idot, Le principe de subsidiarité en droit de la concurrence, D. 1994, chron., p. 37.

81 Sur cette décision, V.L. Benabou, La décision Simulcasting : gestion collective, internet et concurrence : trois ingrédients pour une nouvelle recette, Légipresse 2003, II, p. 35 ; P. Boiron et B. Honorat, La décision Simulcast : vers la mise en concurrence des sociétés de gestion collective, Com. Com. Elec. janvier 2004, p. 19.

82 Décision de la Commission du 8 octobre 2002, décision COMP/C2/38.014 - IFPI .Simulcasting. Attendu n° 61. Traduction libre de l'auteur, la version française de la décision n'ayant pas à notre connaissance encore été publiée.

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38014/en.pdf>

accords⁸³, dans sa décision du 8 octobre 2002, en ayant préalablement soumis son autorisation à la condition que la clause de résidence économique fut supprimée.

D'après la Commission, l'équilibre retenu à propos des autorisations dans le monde matériel ne semble plus de mise pour les diffusions sur Internet. L'infrastructure d'autorisation et de contrôle mise en place par la société de gestion collective sur son territoire physique ne serait pas nécessaire à l'administration et à la défense des droits sur Internet, lesquelles demanderaient seulement un matériel informatique adéquat pour "traquer" les utilisateurs sur Internet. Par conséquent, rien, sur le plan économique, ne justifierait plus le refus d'une société de gestion de délivrer une autorisation directe hors de son territoire.

La suppression de la clause de résidence économique comporte toutefois des limites car la concurrence souhaitée par la Commission s'inscrit dans le seul cadre européen : le choix entre les différentes sociétés proposant la licence multi-territoire/multi-répertoire ne s'opère qu'entre les différentes sociétés établies sur le territoire de l'Espace économique européen. En réalité, la Commission n'abandonne pas le principe de proximité mais en fait une lecture élargie au territoire de l'Espace économique européen⁸⁴. Par ailleurs, seules les sociétés de gestion collective européennes membres de l'accord sont susceptibles d'octroyer ce type d'autorisation, ce qui exclut les sociétés qui ont – initialement - refusé de signer l'accord⁸⁵ tel que modifié en cours de procédure de notification. Inversement, la licence ne peut viser que les territoires des sociétés membres.

Les accords de Santiago⁸⁶ relatifs au droit d'auteur qui n'ont pas abandonné ce principe de "proximité" des demandes d'autorisation ont ultérieurement subi les foudres de la Commission et n'ont pas été reconduits à leur expiration, ce qui ramène la situation au statu quo ante.

(101). **Quant à la fixation des redevances**, le mécanisme de l'accord simulcasting, relativement aux redevances dues, repose sur le principe du pays de destination⁸⁷. En d'autres termes, bien que l'autorisation soit centralisée auprès d'une société de gestion collective, celle-ci s'opère au regard des différents territoires dans lesquels le contenu protégé est perceptible, et par conséquent la redevance se calcule par une addition des redevances dues au titre de cette diffusion dans les différents territoires.

Il y a donc à la fois une économie sur les coûts de transaction et une économie sur les redevances sous la forme d'un "prix de gros" mais le principe demeure d'un prix du pour chaque territoire de destination.

La Commission admet sans trop de difficulté la théorie du "pays de destination". Elle rappelle que ce principe reflète la situation légale en droit d'auteur considérant que "*l'acte de communication au public d'une œuvre protégée a lieu non seulement dans le pays d'origine (pays d'émission) mais*

83 Conformément à un souhait exprimé dans la directive du 22 juin 2001, attendu 26 : " Pour ce qui est de la mise à disposition par les radiodiffuseurs, dans le cadre de services à la demande, de leur production radiodiffusée ou télévisuelle comportant de la musique sur phonogrammes commerciaux en tant que partie intégrante de cette production, il y a lieu d'encourager la conclusion de contrats de licence collectifs, afin de faciliter le recouvrement des droits concernés. "

84 Cette approche a conduit à ajouter un paragraphe à l'article 3.1 des accords libellé comme suit : 3.1.(reciprocal authorisation to administer.): "*Notwithstanding the provisions of the previous paragraph, each Contracting Party agrees that the right referred to in Article 2 for Simulcasting in and into its own territory is conferred on a non-exclusive basis on any Contracting Party established in the European Economic Area (.EEA.) with regard to those broadcasting stations whose signals originate in the EEA. For the avoidance of doubt, any broadcasting station whose signals originate in the EEA shall therefore be entitled to approach any Contracting Party established in the EEA for its multi-territorial simulcast license.*"

85 Attitude adoptée, en tous cas dans un premier temps par les sociétés françaises et espagnoles.

86 Th. Desurmont, Les accords de Santiago, Auteurs et Médias, 2002, n° 2, p. 135 à 139.

87 Art. 5. 2 de l'accord. (attendu 64)

également dans les Etats où les signaux peuvent être reçus (pays de réception)⁸⁸, (par conséquent le cadre de l'accord stipule que) l'autorisation est donnée dans un pays mais la rémunération est due dans tous les pays où le signal peut être reçu.” Elle accepte également que les sociétés de gestion membres de l'accord conservent d'un certain contrôle par un système de prédétermination de la redevance au plan national⁸⁹.

Toutefois la décision reste muette sur l'impact des différences de lois applicables à l'autorisation. Ainsi, certains observateurs⁹⁰ ont fait valoir leur circonspection face au mécanisme même d'autorisation centralisée s'agissant d'un droit qui, selon les législations relève du droit exclusif ou de la rémunération équitable.

(102). **Quant au détail des redevances**, la Commission subordonne l'exemption des accords de simulcasting à la condition que les sociétés de gestion parties à l'accord mettent en place les mécanismes permettant d'individualiser, au sein de la redevance due la somme reflétant les frais de gestion de chaque société délivrant l'autorisation.

La société de gestion qui accorde la licence doit en principe prendre en considération non seulement ses propres tarifs mais encore ceux pratiqués par ses sociétés sœurs, chacune étant libre de la fixation de ses redevances. A cet égard, l'autorité de concurrence souligne que la fixation du tarif “ agrégé ” se réalisera vraisemblablement à partir de deux alternatives :

- pourcentage des revenus issus du simulcasting par territoire ou
- tarif fixé d'après une combinaison répertoire/consultation du site (“ per track per stream ”).

Toutefois, quelle que soit l'hypothèse retenue⁹¹, le tarif agrégé ne résultera pas d'une simple addition de tarifs fixes mais il prendra en considération des facteurs comme les revenus publicitaires générés par le simulcasting ou la fréquentation sur chaque territoire si ces éléments entrent dans la détermination des redevances nationales.

La Commission affirmant⁹² que le système des accords aboutit à annihiler les possibilités de concurrence par les prix, elle dégage, dans une troisième étape de son développement, une obligation de faire naître cette concurrence par la comparaison possible des frais de gestion de chaque société de gestion. Elle conclut à un “ manque de compétition sur les prix ” qui se manifeste non seulement sur “ *les redevances dues au titre de l'exploitation de l'œuvre protégée stricto sensu mais également sur la part des prélèvements destinée à couvrir les frais d'administration de la société octroyant la licence* ”.

(103). Elle estime que :

“ en ne distinguant pas entre les redevances de droit d'auteur et les frais d'administration, les parties notifiantes ont réduit de façon significative les possibilités de concurrence entre elles relativement à la fixation du prix du service de fourniture de la licence unique. La confusion entre ces deux éléments entrant dans le tarif de la licence dissuade les utilisateurs potentiels d'estimer l'efficacité de chacune des sociétés membres et de bénéficier du service de licence de la société capable de le fournir à un

88 Attendu 21.

89 Attendu 114, faisant référence à la jurisprudence Coditel I précitée.

90 Attendu 57.

91 Attendu n° 65.

92 Dans le cas présent, le tarif agrégé prélevé par le donneur d'autorisation sera en fait déterminé dans une large mesure ab initio, ce qui réduit substantiellement la concurrence en termes de prix entre les sociétés de gestion collective établies sur le territoire de l'EEE. Or l'obligation de concurrence géographique entre ces sociétés résultant de la première partie de la décision de la Commission serait sérieusement remise en question si, en réalité la concurrence ne pouvait pas s'établir également sur les prix (attendu 67) et si toutes les sociétés exigeaient le même prix pour la licence multi-territoire/multi-répertoire. Voir également attendu 76.

moindre coût. ” (Attendu 71).

Tirant les conséquences de ce constat, elle enjoint les sociétés notifiantes à mettre en place un système permettant de réaliser une telle individualisation afin d'introduire une réelle concurrence sur les prestations de services réalisées par les sociétés donneuses de licence. Ces dernières ont finalement accepté de se soumettre sur ce point délicat⁹³.

(104). La Commission a, à cette occasion, considéré que :

“ il va de soi, que le service fourni par une société de gestion à un ayant droit membre et le service fourni par cette même société à un licencié potentiel sont différents services qui supposent des activités différentes, des contreparties variées et des coûts différents. ” (attendu 74)

Ainsi, selon l'autorité communautaire, l'argument selon lequel le coût du service reposerait uniquement sur l'ayant droit membre “ *ignore la réalité économique et correspond plutôt à une fiction financière* ” (attendu 101).

(105). **Contrairement aux décisions précitées, la relation avec l'utilisateur est le grand absent de la recommandation** même si celle-ci prône le développement des services de musique en ligne⁹⁴. La Commission en écartant clairement l'option 2 qui s'appuyait pour partie sur la solution Simulcast a préféré privilégier la concurrence entre sociétés de gestion par les ayants droit plutôt que de se concentrer sur l'impact de ses préconisations sur les utilisateurs.

Tout au plus précise-t-elle des obligations de non discrimination⁹⁵ et de transparence sur le répertoire à leur égard, enjoignant les sociétés de gestion d'informer les utilisateurs commerciaux du répertoire qu'ils représentent, de tout accord de représentation réciproque existant, de la portée territoriale de leurs mandats pour ce répertoire et des tarifs applicables (article 6) et de donner un préavis raisonnable des changements dans le répertoire qu'ils représentent (article 7).

Réciproquement, en vertu de l'article 8, les utilisateurs commerciaux doivent informer les gestionnaires collectifs de droits des différentes caractéristiques des services pour lesquels ils souhaitent acquérir des droits en ligne. Mais il n'y a rien là de très nouveau ou contraignant.

(106). **La question du prix de la licence n'est pas abordée par la recommandation sauf en ce qui concerne la redistribution opérée aux titulaires**. La recommandation postule un principe de non-discrimination (article 10) sur ce point, Les gestionnaires collectifs de droits devant distribuer les revenus de manière équitable à tous les titulaires de droits ou à la catégorie de titulaires de droits qu'ils représentent. Les sociétés de gestion doivent également au stade de l'adhésion comme au moment du paiement, spécifier à tous les titulaires de droits qu'ils représentent les déductions effectuées à des fins autres que les services de gestion fournis (article 11 et 12). Enfin une

93 L'annexe 1 A de l'accord modifié tel que notifié le 22 mai 2002 stipule:

“ Les parties vont examiner comment introduire un mécanisme permettant aux sociétés de gestion collective de l'EEE de spécifier quelle part du tarif appliqué au simulcaster pour la licence multi-territoire/multi-répertoire correspond aux frais d'administration de l'utilisateur. (Cette indication devra être clairement séparée de la redevance pour l'exploitation du contenu)...

les parties reconnaissent que tandis que la détermination du tarif pour l'exploitation du phonogramme peut être réalisée au vu du principe de destination, la détermination des éléments relatifs aux frais de l'administration s'opère au regard des coûts d'administration supportés par la société donneuse de licence. ”

94 Article 2 : Les États membres sont invités à prendre les mesures nécessaires pour faciliter la croissance de services en ligne licites dans la Communauté par la promotion d'un environnement réglementaire qui convient mieux à la gestion, à l'échelle communautaire, du droit d'auteur et des droits voisins aux fins de la fourniture de services licites de musique en ligne.

95 Article 9 : Les gestionnaires collectifs de droits doivent octroyer des licences aux utilisateurs commerciaux sur la base de critères objectifs et sans aucune discrimination entre les utilisateurs.

obligation de rendre compte des tarifs applicables et des droits collectés et distribués est mise à la charge du gestionnaire (article 14).

De telles obligations existent d'ores et déjà dans la plupart des sociétés de gestion collective. Néanmoins, l'individualisation des déductions opérées peut n'être pas pleinement opérationnelle.

(107). Toutefois, la Commission agit, à l'instar de la décision Simulcast, dans un contexte général de remise en question des arbitrages traditionnels entre le respect des principes concurrentiels nationaux et européens et l'efficacité transactionnelle pour les droits numériques. Elle souligne dans son étude d'impact que la jurisprudence Tournier et Lucazeau relative à la limitation territoriale de l'autorité d'octroi de licence dans les accords de représentation réciproques ne concernent pas les licences en ligne⁹⁶.

3.3. Réflexions et réactions à la recommandation

(108). La recommandation de la Commission intervient dans un contexte où la manifestation d'intérêt des autorités communautaires vis-à-vis de la gestion collective ne s'est pas démentie ces derniers temps⁹⁷ avec de nombreux travaux de consultation⁹⁸.

(109). Du point de vue des réflexions sur la régulation, elle se démarque clairement de la résolution du Parlement européen de Janvier 2004⁹⁹ et de la "Communication sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins dans le marché unique" de la Commission d'avril 2004¹⁰⁰, qui envisageaient une éventuelle action d'harmonisation des règles applicables aux sociétés de gestion sous des auspices favorables au système. Le Parlement avait ainsi noté que :

“ les monopoles de droit et de fait dont jouissent généralement les sociétés de gestion collective ne posent pas, en principe, un problème au niveau de la concurrence, à condition de ne pas imposer à leurs membres de restrictions déraisonnables, ou de ne pas entraver l'accès aux droits par des clients prospectifs ; reconnaît que les sociétés de gestion collective exercent des fonctions qui sont dans l'intérêt du public ainsi que dans l'intérêt des ayant-droits et des utilisateurs et requièrent, de ce fait, une certaine réglementation ; souligne l'importance du droit sur la concurrence s'agissant de l'examen d'éventuels abus de monopole par des sociétés de gestion collective dans certains cas individuels de façon à pouvoir mener à bien la gestion des droits à l'avenir ; Estime qu'une clarification des droits qui soit simple, rapide et fiable est dans l'intérêt

96 Etude d'impact, p. 6, note 5.

97 Voir pour une analyse de ces éléments, F. Gotzen,

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/conference/2004-dublin/gotzen_fr.pdf

98 Communication de la commission au Conseil, au Parlement européen et Comité économique et social européen, La gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur COM/2004/0261 final, avr. 2004 ; Commission Staff Working Document Study on Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright du 7 juillet 2005 ; Commission Staff Working Document Impact Assessment Reforming Cross-Border Collective Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services Doc, SEC(2005) 1254, 12 oct. 2005 :

< http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/management/sec_2005_1254_en.pdf >.

99 Doc. 2002/274 (INI) 15 janvier 2004, JOCE 92 E/425.

100 COM (2004) 261 final.

des titulaires de droits, des utilisateurs et des consommateurs des oeuvres et des représentations et qu'une approche communautaire doit tenir pleinement compte des caractéristiques spécifiques de la propriété et de l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins afin d'éviter des erreurs tant économiques que culturelles ;
Demande, en conséquence que l'application de la loi sur la concurrence soit limitée aux questions d'abus, sous réserve de l'introduction et de la supervision de la transparence voulue de façon à assurer une gestion efficace des droits maintenant comme à l'avenir. ”

(110). Quant à la communication de la Commission de 2004 sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins au sein du marché intérieur¹⁰¹, (point 3.4), elle faisait observer que :

“Ceux qui sont en position de force, tels que les grands producteurs de phonogrammes, cherchent de plus en plus à éviter de dépendre des sociétés de gestion collective pour la gestion de leurs droits. Ils considèrent que la numérisation a facilité le filigranage, l'identification et la localisation des oeuvres utilisées et a, de ce fait, en principe, habilité les ayant droits à contrôler individuellement le processus d'octroi de licences et de paiement des redevances, de sorte que le rôle de gestion collective des droits est remis en question.”

Elle appelait, comme le Parlement, à une action d'harmonisation des règles de fonctionnement des sociétés de gestion collective.

(111). La recommandation s'inscrit donc méthodologiquement à contre courant de ces initiatives dans la mesure où elle prétend régler la question très spécifique des licences de musique en ligne sans postuler de règles générales visant à rapprocher les systèmes.

(112). Cette approche a été sévèrement critiquée par le Parlement qui a déploré l'utilisation d'outils non démocratiques tels que la recommandation et l'absence de vision d'ensemble de la problématique de la gestion collective. Ainsi une députée¹⁰² a, dans le courant du mois de mars 2006, suscité un débat sur l'opportunité d'adopter une directive d'harmonisation sur la gestion collective plutôt que de laisser les acteurs s'organiser selon les principes de la recommandation. Si le document de travail approuve le besoin de stimuler un climat dans lequel les licences européennes sont directement disponibles pour les fournisseurs licites de musique en ligne. Il estime que toutefois, la solution adoptée doit trouver le juste équilibre entre la facilité d'octroi des licences et le maintien de la valeur des ouvrages protégés par un droit d'auteur.

Ce document a été suivi de travaux complémentaires au sein du Parlement européen durant l'été 2006. Ainsi, la Commission culture et éducation a rendu, par la voix de monsieur Mavromatis le 20 juillet un avis¹⁰³ sur la recommandation mettant l'accent sur la nécessité de trouver une réglementation directe dans le respect de la diversité culturelle, de la sauvegarde des répertoires nationaux, de la promotion de la créativité et la protection des intérêts des détenteurs de droits aussi bien que des utilisateurs commerciaux.

Il se déclare préoccupé par les effets potentiellement négatifs de certaines dispositions contenues dans la recommandation sur les répertoires locaux et la diversité culturelle dans la mesure où la concentration des droits aux mains des GCD (sic) les plus importants risque de s'en trouver favorisée. Il estime que le système d'accords de représentation réciproque doit être maintenu, dans la mesure où il permet (...) d'accéder au répertoire mondial sur un pied d'égalité, de renforcer la protection des titulaires de droits, de garantir une authentique diversité culturelle et de stimuler une concurrence équitable sur le marché intérieur.

101 Doc. COM (2004)261.

102 Katalin Lévai PE 371.935v02-00, 30 mars 2006

103 PE 374.024v02-00

Il considère encore que la mobilité des ayants droits devra être assortie des mesures appropriées visant à sauvegarder et à promouvoir la diversité des expressions culturelles, à garantir une proportion équitable des droits d'auteur quelle que soit la nationalité ou le lieu de résidence de l'ayant droit, à ne pas permettre aux titulaires de droits les plus lucratifs de renforcer leur domination au détriment des titulaires de droits de moindre rapport.

Malgré cette réaffirmation de l'intérêt des accords de représentation réciproque, l'avis estime néanmoins que doit être soutenue l'idée selon laquelle une société doit être habilitée à fournir aux utilisateurs commerciaux, où que ce soit dans l'Union européenne, une licence paneuropéenne et multirépertoires pour les utilisations en ligne et considère que l'existence de guichets uniques devrait être au centre de la coopération étroite entre les gestionnaires collectifs de droits.

Elle invite la Commission à évaluer l'impact d'une licence globale (sic) pour les utilisations en ligne et de ses incidences sur la situation économique et sociale des auteurs.

Interpellée par l'argument de la diversité culturelle, qu'elle reprend à son compte, Madame Levaï a complété le rapport de mars 2006 par un document de travail daté du 23 août 2006¹⁰⁴ dans lequel elle reprend le grief de détournement de procédure démocratique vis-à-vis des méthodes de la Commission et somme vertement cette dernière de partager avec le Parlement les informations résultant de la veille mise en place.

Elle en appelle surtout à adopter, dans le cadre de la co-décision, un acte législatif contraignant sous la forme d'une directive- cadre d'harmonisation tout en considérant que cette intervention doit se faire au regard des positionnements des acteurs sur le marché, en vue de permettre un ajustement des méthodes de coopération des gestionnaires de droits aux nouveaux services. Elle estime que " cette législation devrait fournir des outils visant à stimuler le changement, **sans imposer un modèle spécifique pour les marchés en question** (Internet, téléphonie mobile, interactif, non-interactif, etc.) "

(113). Elle propose par conséquent de suivre les options politiques suivantes :

- reconnaître que les contributions des titulaires de droits et des gestionnaires collectifs de droits à des fins sociales et culturelles sont importantes pour la solidarité sociale et la diversité culturelle
- approuver et soutenir la recommandation mais en y intégrant les principes du " mandat " des titulaires de droits et de la bonne gouvernance des gestionnaires vis-à-vis des titulaires et viser à rationaliser la concession de licences collectives dans l'UE.

A cet égard, le document de travail estime que de nouveaux modèles de coopération entre les gestionnaires collectifs de droits dans le cadre de l'option 3 ou en dehors peuvent se développer.¹⁰⁵

Le document de travail considère qu'il faut donc permettre le lancement d'une pluralité de modèles, de manière à ce que tous les acteurs se voient accorder les droits dont ils ont besoin, étant donné que différents services en ligne peuvent nécessiter différentes formes de politiques de concessions de licences à l'échelle de l'UE et que les titulaires devraient être en mesure de s'adapter aux besoins du marché.

(114). Elle conclut que toute initiative au niveau communautaire devrait offrir les garanties suivantes :

- un degré élevé de " mandat " et de protection des titulaires de droits ;

104 PE 376.760v01-00

105 Document de travail, p. 4.

- un équilibre approprié et équitable entre titulaires de droits chez les gestionnaires collectifs de droits ;
- un niveau approprié de bonne gouvernance chez les gestionnaires de droits ;
- la promotion de la diversité culturelle ;
- un niveau élevé de sécurité juridique pour les utilisateurs et des guichets uniques pour l'autorisation des droits ;

(115). On perçoit que le document de travail semble poursuivre un objectif de consensus auquel l'option 3 ne correspondrait qu'imparfaitement aux yeux du rapporteur. Ainsi, il est sous-entendu qu'aucune démarche dogmatique et monolithique ne devrait être favorisée de manière à laisser s'établir par le marché des solutions éventuellement multiples qui soient les plus adaptées aux besoins exprimés.

Néanmoins, bien que le document de travail ne l'exprime pas très clairement, le rapporteur apprécie l'efficacité potentielle de l'option 3 avec une certaine circonspection dans l'état développé du document de travail.

Elle estime en effet que dans son scénario " retrait des droits des accords de gestion ", le système conduirait à la création de plateformes multiples accordant un accès à leur répertoire propre, et serait en contradiction avec l'objectif de faciliter l'obtention des autorisations car proposerait un guichet unique monorépertoire au lieu d'un guichet véritablement unique.

Elle considère en outre qu'une telle option serait impraticable en raison du concours de titularités sur une même œuvre (auteurs, éditeurs, voire producteurs de phonogrammes) et qu'elle dégagerait les sociétés de gestion collective de l'obligation de respecter le cadre légal relatif aux règles de gouvernance, au contrôle des redevances, au mécanismes d'arbitrage.

Dans l'hypothèse d'une réinjection des droits (retrait suivi d'une reconstitution d'une plateforme multi-répertoire par des accords), le système serait susceptible de conduire à une désolidarisation entre les répertoires grand public et les répertoires niches selon les genres, opérant au détriment des répertoires régionaux et locaux, le tout en permettant aux gros éditeurs d'augmenter les prix sans considération pour les petits éditeurs et auteurs insuffisamment populaires.

(116). De façon générale, la recommandation a suscité des réactions aussi nombreuses que critiques¹⁰⁶. Il ne nous appartient pas de toutes les répertorier ici mais d'en dégager quelques éléments saillants.

(117). Seuls certains éditeurs ont perçu l'intérêt de la recommandation. A cet égard, le GESTE a fait valoir son plein soutien à l'initiative. Il estime que l'industrie musicale émergente souffre le plus de la stratégie défensive des sociétés de gestion et considère par conséquent que " si l'instauration d'un système de gestion collective paneuropéen permet d'améliorer les conditions de transparence et de concurrence nécessaires aux activités économiques des éditeurs, ceux-ci ne peuvent que soutenir ce projet¹⁰⁷ ".

(118). Les sociétés de gestion collective des producteurs de phonogrammes ont déploré l'abandon de l'option 2 retenu dans les accords Simulcast et préconisent le retour à cette solution dont ils considèrent qu'elle n'a pas conduit à la baisse des tarifs supposée constituer la résultante naturelle de ce mécanisme.

¹⁰⁶ Voir par ex J. Drexler précité, ou S. von Lewinski, Comments on the European Commission's Recommendation on Collective Cross-boarder Management of Online Music Rights, présenté à Fordham, avril 2006.

¹⁰⁷ M. Pouyat (responsable juridique du GESTE), Les conditions de l'avènement d'un marché de la musique en ligne transparent et concurrentiel, Concurrences 2006, n° 2, p. 20.

(119). Les sociétés de gestion des droits d'auteur ont, par la voie du GESAC, souligné l'importance du changement de cap réalisé par la DG Markt par rapport à l'option 2. Elles se sont félicitées de ce que le modèle économique proposé par la recommandation retenait la nécessité de préserver les auteurs et de ne pas céder aux tentations de la concurrence par les prix véhiculée par l'option 2. Néanmoins, elles ont déploré le manque de réalisme de l'option 3¹⁰⁸ et ont proposé une voie alternative visant à rénover les accords de représentation réciproque de telle manière à supprimer les systèmes de territorialité "forcée" au profit d'un accord sur les méthodes de perception et de répartition entre parties.

Selon elles, le modèle qui pourrait être envisagé "consisterait à donner aux usagers la possibilité de négocier auprès d'une ou plusieurs sociétés de leur choix l'obtention de licences en ligne à caractère national, supranational, paneuropéen concernant le répertoire mondial. Il importerait de prévoir en contrepoint des conditions précises visant à éviter un "forum shopping" préjudiciable aux titulaires de droits, ces conditions devant bien entendu être conformes au droit de la concurrence."

Pour cela, il n'apparaîtrait pas opportun de rompre avec le régime des accords de représentation réciproque, qui ont le mérite :

- que chaque société d'auteurs partie au système puisse offrir la totalité du répertoire musical mondial, permettant ainsi aux exploitants de négocier une seule autorisation avec un interlocuteur unique ; ce qui correspond notamment aux besoins d'opérateurs nationaux ou desservant le monde entier (comme les simulcasters ou webcasters) ;
- de respecter l'habitude qu'ont la plupart des ayants droit de confier la gestion de leurs droits à leur société nationale, tout en laissant la liberté à ceux qui le souhaitent de confier la gestion de leurs droits à une autre société ;
- de laisser à chaque société d'auteurs de l'UE la potentialité d'exercer son activité de gestion dans le domaine du en ligne et ainsi de préserver sa capacité d'action dans les secteurs traditionnels et en matière d'action culturelle ;
- de fournir un cadre éprouvé à la gestion des droits des auteurs.

Toutefois, l'élargissement du champ territorial des accords de représentation réciproque et la possibilité offerte aux exploitants de s'adresser à plusieurs sociétés d'auteurs en Europe ne sont envisageables, sans remettre en cause les droits des créateurs, que si les sociétés d'auteurs peuvent, dans l'élaboration de leurs accords, mettre en place certaines règles destinées à harmoniser les conditions d'autorisation et à assurer une gestion optimale des droits d'auteur.

" Ces conditions et garanties, que chaque société d'auteurs devrait s'engager à respecter pour se voir confier la gestion du répertoire des autres dans le domaine du en ligne, viseraient :

- Le tarif applicable

Dans le domaine des diffusions à la demande, où chaque acte d'exploitation est bien circonscrit géographiquement par la localisation des consommateurs, l'application de la rémunération en vigueur dans le pays de destination, acceptée par la Commission dans la décision " Simulcasting ", pourrait constituer le principe de base. Ce principe apparaît par contre lourd et complexe à mettre en œuvre pour des formes d'exploitation telles que le streaming et le

108 Document du GESAC, juillet 2005 : *L'option 3 a le mérite de se réclamer de l'objectif de mettre en place un régime équilibré qui prenne en compte le besoin de protection des créateurs à l'occasion de la délivrance de licences transfrontières, et contient des éléments positifs à cet égard; cette option apparaît toutefois peu réaliste, n'offre pas de point d'entrée unique pour l'obtention des licences, risque de conduire à une désorganisation de la gestion des droits dans l'UE et à une recrudescence de la piraterie. Enfin, cette option risque de conduire à une rupture de l'équilibre entre titulaires de droits, au détriment des plus faibles d'entre eux, de mettre en cause la diversité culturelle et de compromettre la liberté de choix des consommateurs.*

webcasting qui ont vocation à atteindre de manière non différenciée les auditeurs de nombreux pays. La possibilité d'élaborer un tarif européen pourrait dès lors être envisagée.

- Les commissions de gestion

Les sociétés d'auteurs devraient convenir entre elles pour les opérations qu'elles ont à effectuer pour le compte de l'autre, de l'application de commissions de gestion maximales de nature à couvrir strictement les coûts qu'elles supportent.

- Les règles de distribution

Le modèle en place pour la radiodiffusion apparaît la référence normale pour le simulcasting et le webcasting ; en revanche, dans les formes d'exploitation à la demande, la répartition de la rémunération perçue aux ayants droit devrait, pour des raisons à la fois pratiques et de principe, être normalement assurée par la société du pays où est situé le consommateur.¹⁰⁹ Ceci impliquerait toutefois que les deux sociétés d'auteurs en cause conviennent que le total des commissions perçues par elles et les délais d'acheminement des rémunérations aux ayants droit ne soient pas supérieurs à ce qu'ils seraient si la société perceptrice procédait elle-même aux opérations de répartition.

- La transparence –notamment par des procédures de contrôle et des outils techniques de gestion standardisés et compatibles entre eux.
- Revoir les principes de la loi applicable et compétence juridictionnelle afin de déterminer la règle du jeu quelle que soit la société qui délivrera l'autorisation.
- Action à l'égard des sites illicites selon la règle voulant que chaque société agisse à l'égard des exploitants situés sur son territoire d'exercice. ”

(120). Les utilisateurs institutionnels sont, en majeure partie, mécontents du système préconisé qui ne leur permet pas d'obtenir une licence multi-territoire qui couvre l'ensemble des répertoires.

Tout particulièrement les radiodiffuseurs estiment que “ même si elle était suivie uniquement pour son intention première, la recommandation aurait des conséquences extrêmement négatives et regrettables pour les organismes de radiodiffusion. Quant à ses incidences pour les propres activités en ligne des radiodiffuseurs, elles seraient au fin mot désastreuses. ”¹¹⁰ Ils attirent l'attention sur la nécessité de préciser la loi applicable à l'acte d'utilisation pour retenir celle de l'émission et non celle de la réception, sans préjudice de l'ajustement de la rémunération à la portée géographique de l'utilisation.

Quant aux consommateurs par la voie du BEUC¹¹¹, ils dénoncent la précipitation avec laquelle a été faite l'étude d'impact et stigmatisent les risques de concentration en faveur des grands éditeurs américains, au détriment des auteurs comme des utilisateurs.

(121). Des réactions ont également été recueillies auprès d'entités gérant des droits d'auteur mais dans des secteurs différents de la musique en ligne. La plupart, bien qu'ils estiment que la recommandation ne s'adresse pas à eux, s'alarment néanmoins des principes de la recommandation

109 Voir la proposition de Directive du 20 Juillet 2005 modifiant la Directive 77/388/CE en ce qui concerne le lieu de taxation des services.

110 UER, 20 mars 2006, Réponse à la recommandation de la Commission européenne sur les licences collectives pour les services de musique transfrontaliers.

111 Réaction du BEUC, sur le site de la DG Markt, “ We question the assumption of genuine competition altogether. The proposed scheme rather seems to replace one monopolistic structure with another: the emergence of collecting societies according to the form of exploitation or the type of works will impose a new monopolistic structure.”

et de son extension possible à leur égard¹¹², soit à la faveur d'une lecture osée, soit par une intervention législative subséquente.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, cette extension si elle ne correspond à l'analyse de marché qui a présidé à l'élaboration de la recommandation est susceptible de se réaliser au gré d'une éventuelle directive d'harmonisation dont les principes directeurs reprendraient la recommandation. Toutefois, la position du Parlement est, à l'heure où ces lignes sont écrites, peu déterminée.

4. Conséquences possibles de la recommandation en termes de politique concurrentielle et économique

(122). Cette partie identifie les effets potentiels sur les différents acteurs (sociétés de gestion collective, titulaires de droits et utilisateurs) de la structure concurrentielle qui résultera de la mise en œuvre de la recommandation. Ces effets seront comparés à ceux qui résulteraient des deux autres options envisagées par l'étude d'impact. Elle analyse également les obstacles susceptibles d'entraver la réalisation des objectifs visés par la Commission à travers la mise en œuvre de cette recommandation.

4.1. Le cadre d'analyse des différentes options : les marchés à deux versants

(123). L'examen de la situation concurrentielle des sociétés de gestion collective selon les trois options peut se faire dans le cadre analytique des marchés à deux versants. Un marché à deux versants peut être défini de façon simple¹¹³ comme un marché sur lequel une ou plusieurs plateformes rendent possibles des interactions entre utilisateurs finaux et essaient d'attirer les deux versants "à bord" par une tarification adéquate. Les sociétés de gestion collective agissent comme des plateformes permettant aux titulaires de droits d'interagir avec les utilisateurs commerciaux.

(124). Sur un marché national où une société de gestion collective agirait en monopole et offrirait une licence générale non fractionnée de son répertoire, on pourrait représenter ce marché par le schéma suivant :

Sur le versant des utilisateurs, la société de gestion nationale fixe les prix de redevance de la licence générale C_k selon le type d'utilisateur commercial et le type d'utilisation qu'il fait de cette licence.

Sur le versant des titulaires de droits, la société de gestion redistribue des rémunérations R_t . Ce sont

112 Voir la réaction des associations de producteurs de films qui s'inquiéteraient que les pratiques actuelles soient déstabilisées au profit de nouvelles méthodes dont il n'est pas certain qu'elles soient les plus adaptées aux besoins des intéressés.

In fine, les organisations professionnelles de producteurs français signataires de la présente rappellent que les droits de propriété intellectuelle constituent des droits privés. De ce fait même, toute méthode de gestion doit trouver son fondement et sa légitimité dans l'approbation des ayants droit, véritables propriétaires des droits sur les œuvres.

Liberté de choix quant à l'étendue des droits mis en gestion collective et quant à la société chargée de les mettre en œuvre, non discrimination entre ayants droit, et définition d'un corpus de règles permettant d'assurer au niveau européen un minimum de transparence dans la gouvernance et la gestion des SPRD, auraient pu être les éléments d'une 4^{ème} option qui a été inexplicablement laissée de côté par l'étude de la DG Marché Intérieur.

113 Jean-Charles Rochet et Jean Tirole, "Defining Two-Sided Markets", 2004.

les sommes collectées qui reviennent au titulaire t au prorata qualifié de l'utilisation de ses œuvres dans le répertoire Qt, desquelles sont déduites des frais de gestion (on appelle fdg le pourcentage déduit au titre des frais de gestion) et des sommes destinées à des actions culturelles et sociales (on appelle fsc le pourcentage déduit au titre des actions culturelles et sociales).

4.2. Structure concurrentielle et conséquences pour les acteurs résultant des scénarios envisagés par l'étude d'impact et la recommandation

4.2.1 Option 1 : ne rien faire

(125). Suite à l'abandon des accords de Santiago et de Barcelone, il n'existe pas aujourd'hui de licence multi-répertoire multi-territoire pour les droits en ligne, hormis l'application des accords notifiés par l'IFPI pour les droits des producteurs de phonogrammes. Les utilisateurs transfrontaliers ne peuvent obtenir des différentes sociétés de gestion nationales que des licences multi-répertoire mono-territoire ou des licences mono-répertoire multi-territoire.

Demande d'autorisation

Dde déterritorialisée

Autorisation déterritorialisée

- ***Conséquences pour les utilisateurs***

(126). Il n'existe pas de concurrence entre sociétés de gestion collective sur le versant des utilisateurs. De plus, les utilisateurs encourent des coûts de transactions liés à la nécessité d'obtenir des licences multiples afin d'obtenir une couverture multi-répertoire multi-territoire.

L'étude d'impact¹¹⁴ reprend l'estimation de ces coûts de transaction donnée par l'EdiMA, l'organisation représentant les fournisseurs de musique en ligne. Pour cette organisation, le coût

114 Etude d'impact, p. 31

direct de négociation d'une seule licence s'élève à 9 500 euros, se décomposant entre les coûts de personnel interne, les coûts de conseil juridique et les coûts de déplacement. En supposant qu'il existe une seule société de gestion collective par Etat membre, les coûts de transactions liés à la négociation de 25 licences multi-répertoire mono-territoire s'élèveraient à 237 500 euros.

- ***Conséquences pour les titulaires de droits***

(127). Sur le versant des titulaires, il existe théoriquement une concurrence entre sociétés de gestion collective européennes, sur les droits en ligne comme sur tous les autres droits, dans la mesure où les titulaires sont libres de choisir la société de leur choix. Ils devraient donc pouvoir choisir la société lui offrant les meilleurs services au moindre coût.

Cependant, ce choix est en pratique contraint par les déductions opérées par les sociétés affiliées. En effet, le calcul coûts-bénéfices du titulaire inclura ces déductions multiples et ira majoritairement à la société de gestion du pays où les sommes collectées qui lui reviennent sont les plus importantes. Il existe des pertes de revenus liées aux déductions multiples couvrant les frais de gestion des sociétés affiliées. De plus, certains accords dits de type B, ne prévoient pas l'échange des sommes collectées¹¹⁵.

- ***Conséquences pour les sociétés de gestion***

(128). En l'absence d'action réglementaire, les technologies numériques de distribution et de contrôle des œuvres ont un impact sur les sociétés de gestion.

En premier lieu, les DRMs facilitent le contrôle de l'usage, l'identification, la collecte et la redistribution des droits. Des investissements dans la mise en place de ces technologies

¹¹⁵ Cette circonstance a été soulignée dans l'étude d'impact. Les accords de type B sont des accords de représentation réciproque dans lesquels les parties admettent de ne pas opérer l'ensemble des redistributions des sommes collectées sur un territoire aux ayants droit des sociétés sœurs en raison des coûts de transaction trop élevés d'une telle ventilation et identification des ayants droit. Ces accords s'illustrent surtout à propos des droits des artistes interprètes où la gestion collective n'est apparue qu'assez récemment dans de nombreux Etats membres de l' Union. L'infrastructure du système n'y est donc pas encore pleinement mature.

pourraient donc diminuer les coûts de gestion supportés par les sociétés de gestion. De plus, en permettant l'exercice de ces fonctions à distance, elles font apparaître des économies d'échelle potentielles à un niveau supranational. Il peut ainsi devenir profitable pour les sociétés de gestion d'externaliser certaines de ces fonctions à des structures spécialisées au niveau européen. La question est alors de savoir si elles y seront incitées en l'absence de concurrence¹¹⁶.

En second lieu, il apparaît que certains titulaires de droits réclament de façon vigoureuse un contrôle plus direct sur la gestion collective de leurs droits et les termes et conditions de leur relation contractuelle. C'est l'idée avancée par MCPS-PRS dans sa contribution du 28 juillet 2005, qui en conclut qu'un modèle similaire à celui découlant de l'option 3 se mettra en place organiquement sans intervention de la Commission¹¹⁷.

Les motivations de la Commission pour agir sont triples

(129). Il s'agit en tout premier lieu de satisfaire le besoin de licences paneuropéennes qui émane des nouveaux utilisateurs de musique en ligne¹¹⁸. Avec la numérisation, de nouvelles utilisations commerciales sont en effet apparues : la webradio (simulcasting ou webcasting) et la musique en ligne à la demande par streaming ou téléchargement. Ces nouveaux services ne sont pas limités par les frontières nationales. La satisfaction de ce besoin est pour la Commission le moyen d'atteindre un objectif plus large : la stimulation du potentiel de croissance des services en ligne licites en Europe.

(130). La Commission lie également à cet objectif global l'augmentation de la confiance des titulaires de droits dans leurs revenus liés l'utilisation paneuropéenne de leurs œuvres. Elle souhaite voir les titulaires de droits profiter de l'impact positif de la concurrence entre sociétés de gestion collective sur la rationalisation de leur gestion et leur transparence. La gestion directe

116 Les sociétés de gestion collective estiment d'ores et déjà être soumises à cette pression concurrentielle par le simple fait de la recommandation, cf réponse du GESAC et la proposition de développer des DRMs communs pour garantir l'efficacité du système notamment par son interopérabilité.

117 Etude d'impact, p.18

118 Les besoins exprimés par les utilisateurs de musique en ligne portent sur des licences mondiales et non simplement européennes.

paneuropéenne est également vue comme un moyen d'éliminer les déductions successives de frais de gestion du système d'accords de représentation réciproque.

(131). Enfin, la Commission souhaite que le marché européen profite de l'impact positif de la concurrence entre sociétés de gestion sur la rationalisation, la transparence, l'efficacité des sociétés de gestion collectives.

4.2.2. Option 2 : Eliminer les clauses de restriction territoriale et de résidence économique présentes dans les accords de représentation réciproque

(132). L'option 2 envisagée par l'étude d'impact cherche à créer une licence multi-territoire multi-répertoire dans le cadre du système d'accords de représentation réciproque en éliminant de ceux-ci les clauses de restriction territoriale et de résidence économique (ces dernières pour les accords gouvernant l'octroi de licences multi-territoire).

Cette option instaure une concurrence entre sociétés de gestion collective sur le seul versant des utilisateurs du marché. Elle est comparable au principe de l'accord Simulcast qui a été validé par la Commission. Moins opérationnelle que cet accord, elle ouvre des perspectives plus larges quant à la structure concurrentielle résultante.

4.2.2.1. L'accord et la décision Simulcast

(133). La question de la délivrance d'une licence adaptée à l'environnement numérique et à la diffusion d'œuvres sur Internet avait déjà occupé le devant de la scène lors de la notification par les titulaires de droits voisins des accords dits " simulcast " ¹¹⁹ afin que la Commission apprécie leur validité au regard du droit de la concurrence. Les producteurs de phonogrammes avaient proposé un système de licence multi-répertoire multi-territoire afin de répondre aux besoins de la diffusion par *Simulcasting*.

(134). La Commission avait " adoubié " le système moyennant une considérable modification de la structure des accords puisqu'elle avait obligé les titulaires à abandonner la clause de résidence économique par laquelle l'utilisateur était forcé de demander la licence auprès de la société de gestion de l'État dans lequel il était établi, poussant ainsi ces sociétés à se faire concurrence sur " les frais de gestion " spécifiquement liés à la délivrance de la licence unique, ces frais d'administration devant être individualisés dans le prix total de la licence proposée aux utilisateurs.

À cette occasion, la Commission avait déjà manifesté son hostilité à tout système qui d'une part,

¹¹⁹ Sur ce point, décision de la Commission du 8 octobre 2002, COMP/C2/38.014, IFPI. *Simulcasting* et, v. notamment V-L. Benabou, La décision Simulcasting : gestion collective, Internet et concurrence, trois ingrédients pour une nouvelle recette : *Légipresse* 2003, n° 200, p. 35.

restreindrait la mobilité des adhérents et qui d'autre part, obligerait les utilisateurs à traiter avec une société de gestion particulière en vertu d'un principe de proximité. La suite est connue. Les sociétés de gestion collective des droits d'auteur qui, à travers les accords de Santiago¹²⁰, avaient également proposé un système de licence multi-répertoire-multi-territoire, ont finalement renoncé à leur projet après que la Commission a subordonné son aval à l'abandon de la clause de résidence économique.

4.2.2.2. La structure concurrentielle résultant de l'option 2 et ses effets sur les acteurs

(135). Le paramètre principal de concurrence du modèle résultant de l'option 2 est le prix de la licence. Il n'est pas précisé, dans l'étude d'impact, que cette concurrence en prix soit limitée aux seuls frais d'administration, comme cela avait été arrêté dans la décisions Simulcast.

On peut considérer que les 25 différentes sociétés de gestion européennes proposeraient la même licence agrégée multi-territoire. La pression concurrentielle entraînerait une pression baissière sur le prix des licences. Cette baisse des prix serait permise par un ou plusieurs des comportements suivants :

- la baisse des coûts de gestion totaux des sociétés de gestion collective qui peut elle-même résulter d'un accroissement de l'efficacité interne des sociétés mais également d'une baisse du niveau des services rendus aux membres,
- la diminution des contributions culturelles et sociales
- et enfin, la baisse de la rémunération des auteurs.

- ***Conséquences pour les sociétés de gestion***

(136). Un point important est que les sociétés de gestion collectives européennes sont de tailles très variées, offrent des niveaux de service de plus ou moins grande qualité et encourent des niveaux de coûts de gestion très différents.

On peut également envisager que la concurrence sur le versant des utilisateurs entraîne une différenciation de l'offre des sociétés de gestion vers des licences fractionnées du répertoire agrégé. Cette différenciation augmenterait vraisemblablement les coûts de gestion des sociétés collectives.

- ***Conséquences pour les utilisateurs***

(137). Pour les utilisateurs, cette option pourrait être bénéfique leur permettant d'obtenir une licence multi-répertoire multi-territoire, voire des licences de niche de cette licence unique, et cela à des prix concurrentiels.

- ***Conséquences pour les titulaires***

(138). En revanche, l'option 2 comporte de grands risques pour les titulaires de droits : celui de voir baisser la qualité des services qui leur sont rendus par leurs sociétés de gestion et surtout celui de voir leurs rémunérations diminuer. L'étude d'impact rappelle qu'à ce titre, cette option pourrait être également être dommageable pour les utilisateurs de musique, diminuant les incitations à la création¹²¹. De plus, l'étendue de la licence multi-répertoire pourrait être réduite. En effet, d'une part, la baisse des rémunérations pourrait pousser les titulaires de droits vers la gestion individuelle sur la base d'une analyse coûts-avantages biaisée par une forte baisse de leurs revenus en gestion

120 Th. Desurmont, Les accords de Santiago : *A&M* 2002, n° 2, p. 135.

121 Etude d'impact, p. 30

collective. D'autre part, l'équilibre tout entier des accords de représentation réciproque, pourrait être brisé, certaines sociétés de gestion collective pouvant les quitter afin d'éviter une concurrence qui conduirait leur répertoire à être licencié dans des termes trop peu rémunérateurs.

(139). C'est à ces motifs que l'option 2, auparavant privilégiée par les services de la Commission (ceux de la DG Concurrence en particulier), a été purement et simplement rejetée. Cette formule ne semble plus devoir prospérer devant les autorités communautaires même si, sur ce point, apparaissent certaines dissonances entre la DG Concurrence et la DG Marché Intérieur. La DG Marché Intérieur estime ainsi que l'objectif recherché ne doit pas être atteint au détriment des intérêts des titulaires de droits. Il faut rappeler que dans l'accord Simulcast, ces effets négatifs avaient été amoindris, la concurrence sur les prix de la licence unique étant limitée aux " frais de gestion " spécifiques à la délivrance de la licence multi-territoire.

D'autres réflexions ont été menées par les acteurs sur la possibilité d'offrir une licence multi-répertoire multi-territoire dans le cadre d'accords de représentation réciproques n'incluant pas de restrictions géographiques tout en évitant le risque de " forum shopping ". Dans un document de travail de juillet 2005, la GESAC a ainsi soumis une proposition détaillée pour construire un système parallèle d'accords réciproques multi-territoire multi-répertoire harmonisant les conditions de délivrance de la licence (notamment par la fixation conjointe des coûts des redevances intermédiaires¹²²).

4.2.3. L'option 3 retenue par la recommandation

(140). La recommandation a retenu l'option 3 qui compense les risques liés à l'instauration de la concurrence sur le versant des utilisateurs en l'introduisant sur le versant des titulaires. Elle donne aux titulaires la possibilité de confier directement au gestionnaire de leur choix les droits en ligne de ses œuvres pour toute l'Europe. Plus précisément, on rappellera que la recommandation pose les principes suivants pour les titulaires de droits :

- " le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, au gestionnaire collectif de leur choix, quels que soient l'Etat membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits " (article 3)
- la libre détermination des droits en ligne qu'ils confient à la gestion collective (article 5 a)
- la libre détermination de la portée territoriale du mandat des gestionnaires collectifs de droits (article 5 b)
- le droit de retirer tout droit en ligne et d'en transférer la gestion à un autre gestionnaire collectif de droits à condition de donner un préavis raisonnable (article 5 c)

La recommandation précise que les droits en ligne transférés à un autre gestionnaire de droit doivent être retirés de tout accord de représentation réciproque avec des gestionnaires de droits tiers et cela sans préjudice d'autres formes de coopération entre gestionnaires collectifs de droits (article

¹²² Voir supra n° 46.

5 d).

- *La structure concurrentielle de l'option 3*

(141). La structure concurrentielle issue de la recommandation est donc duale. Les titulaires qui le souhaitent peuvent donner des mandats paneuropéens à un gestionnaire collectif de leur choix. Mais ils peuvent également les laisser dans le système d'accords de représentation réciproque. L'étude d'impact¹²³ précisait que le choix de confier ses droits en ligne pour l'ensemble de l'Union Européenne à un gestionnaire collectif était un choix additionnel.

Selon cette étude, les titulaires devraient également avoir l'option d'être représentés indirectement par les accords de représentation réciproque. De même, les sociétés mandatées pour offrir des licences paneuropéennes devraient rester parties prenantes des accords de représentation réciproque pour offrir, parallèlement à leur répertoire paneuropéen, le répertoire européen agrégé traditionnel.

Sur le marché des licences paneuropéennes, la concurrence entre sociétés de gestion collective est introduite sur les deux versants, celui des titulaires de droit et celui des utilisateurs. Pour les deux types de licences, paneuropéenne ou agrégée traditionnelle, la concurrence entre gestion individuelle et gestion collective est introduite par la liberté des titulaires de déterminer ceux des droits en ligne qu'ils confieront à la gestion collective (article 5 a)¹²⁴.

- ✓ *La structure concurrentielle du marché des licences paneuropéennes*

(142). Sur le marché des licences paneuropéennes, la pression baissière sur les prix de licences due à la concurrence sur le versant des utilisateurs est compensée par l'introduction d'une concurrence sur le versant des titulaires de droits. Ainsi, les sociétés de gestion collective se trouvent dans une situation concurrentielle de plateforme qui doit attirer les deux versants "à bord" :

- Les titulaires de droits en leur offrant des rémunérations attrayantes et des services de qualité
- Les utilisateurs en leur offrant des licences à dont le prix et l'étendue leur conviennent

(143). ***Sur le versant des titulaires de droits***, les sociétés de gestion collective sont en concurrence à la fois entre elles et avec la gestion individuelle facilitée par les solutions technologiques numériques.

La concurrence entre sociétés de gestion pour attirer les titulaires peut se jouer sur le niveau des rémunérations distribuées. Des rémunérations plus élevées pourraient être obtenues grâce à la négociation du prix des licences. Elles peuvent également être accrues par une augmentation de l'efficacité interne des sociétés de gestion collective et de l'efficacité des fonctions de contrôle et de poursuite des utilisateurs contrevenants, tout cela notamment grâce à l'utilisation de solutions technologiques (la mise en concurrence sur le versant des titulaires contribuerait par ce biais à

123 Etude d'impact, p. 18

124 Le marché des licences agrégées traditionnelles offertes.

l'innovation organisationnelle en matière de DRMs) ou à l'externalisation de certaines fonctions. Enfin, de plus hautes rémunérations peuvent également venir de la réduction des contributions volontaires des sociétés de gestion collective aux actions culturelles et sociales.

Les sociétés de gestion collective peuvent également se faire concurrence sur la qualité des services proposés aux membres, la bonne gouvernance et la transparence de la gestion. On peut imaginer par exemple, à l'instar de l'étude d'impact, une concurrence sur des paramètres tels que la rapidité avec laquelle les redevances sont reversées aux ayants droit et le niveau de détail de l'information sur les usages réalisés de ses œuvres protégées.

Enfin, les sociétés de gestion collective peuvent se livrer une concurrence pour attirer, parmi les titulaires de droits, ceux qui sont les plus rémunérateurs. Dans le cas où elles n'ont pas d'obligation légale de gérer les droits de tous les titulaires en faisant la demande, elles peuvent également vouloir sélectionner leurs membres sur ce critère.

(144). *Sur le versant des utilisateurs du marché*, la concurrence peut porter sur le prix des licences offertes aux utilisateurs, notamment lorsqu'il est loisible d'opérer une segmentation par micro-marché des usages. Par ailleurs, pour la première fois, la concurrence porte aussi sur le répertoire licencié lui-même.

Les sociétés pourraient se faire concurrence sur leur répertoire de plusieurs manières :

- en essayant d'offrir un répertoire général le plus large possible
- en essayant d'offrir un répertoire des musiques les plus utilisées et populaires
- parallèlement, en suivant des trajectoires de différenciation par genre musical

Les offres ciblées selon la popularité de la musique et/ou le genre musical peuvent découler de deux comportements différents des sociétés de gestion collective. Elles peuvent tout d'abord développer des offres de licences partielles de leur répertoire paneuropéen. Dans les cas où elles n'ont pas d'obligation de gérer, elles peuvent également sélectionner leurs membres selon des critères de genre ou de popularité.

✓ *Le marché parallèle de la licence agrégée traditionnelle*

(145). En parallèle de ce marché de licences paneuropéennes subsisterait l'offre d'une licence agrégée traditionnelle permise par les accords de représentation réciproque et qui serait offerte par tous les gestionnaires, à la fois ceux qui auraient été mandatés pour gérer des licences paneuropéennes et ceux qui ne l'auraient pas été. Le caractère multi-territoire de cette licence multi-répertoire n'est abordé dans l'étude d'impact qu'au détour d'une phrase la qualifiant de licence classique "option 2"¹²⁵. La structure concurrentielle entre sociétés de gestion sur le versant utilisateur est par conséquent difficile à déterminer. Sur le versant des titulaires, la possibilité pour les titulaires de gérer individuellement leurs droits en ligne crée également une pression concurrentielle sur les sociétés de gestion collective.

Cependant, ces licences seront en concurrence avec les licences paneuropéennes sur les deux versants du marché. Leur compétitivité dépendra du nombre des titulaires de droits qui choisiront de rester dans le système de représentation indirecte et de l'attractivité de leur offre pour les utilisateurs.

- **Les effets de la recommandation sur les acteurs**

- ✓ *Les effets de la recommandation sur les utilisateurs*

(146). Les effets de la recommandation sur les utilisateurs sont difficiles à déterminer. Les utilisateurs peuvent profiter de l'offre de licences fractionnées, mieux adaptées à leurs besoins. Ils profiteraient également de l'accroissement de la transparence des sociétés de gestion collective. Enfin, l'effet de la concurrence entre titulaires sur l'introduction d'innovations technologiques leur profiterait également. Cependant, d'autres effets sont moins évidents.

(147). Les utilisateurs économisent-ils en coûts de transaction par rapport à l'option 1 ? Dans la majorité des cas, les utilisateurs devront négocier des licences avec plusieurs sociétés de gestion paneuropéennes et supporter les coûts de transaction associés. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les utilisateurs devront faire appel à plusieurs sociétés de gestion et encourir ainsi les coûts de transaction liés à cette " domiciliation multiple ". On peut imaginer trois cas hypothétiques de " domiciliation unique " dans une société de gestion où les utilisateurs ne supporteraient pas ces coûts de transaction multiples.

- Dans le cas d'une différenciation par genre, les utilisateurs intéressés uniquement par ce genre particulier pourraient bénéficier d'une offre plus adaptée et de ne contracter qu'avec une seule société de gestion.
- Dans le cas d'une différenciation par la qualité où une société de gestion offrirait un répertoire " populaire " suffisamment exhaustif, certains utilisateurs pourraient également décider de ne contracter qu'avec cette dernière.
- Le dernier cas est celui où la concurrence aboutirait au monopole d'une société de gestion sur les licences paneuropéennes.

De plus, exception faite de l'hypothèse d'un monopole sur les licences paneuropéennes, les utilisateurs supportent un nouveau coût de transaction par rapport à la licence multi-répertoire précédente : celui de la définition exacte des différents répertoires proposés par les différentes sociétés de gestion collective européennes. Le bilan en termes de coûts de transaction ne peut donc pas simplement se faire en comparant le nombre de sociétés de gestion collectives à mandat paneuropéen aux 25 sociétés européennes à mandat national. Il faudrait prendre en compte les nouveaux coûts de transaction associés à la localisation des différents répertoires.

La règle contraignant au retrait des droits confiés au gestionnaire européen des accords de représentation réciproque est également de nature à accroître les coûts de transaction pour l'obtention d'une licence par un opérateur établi dans un Etat tiers, exploitants de droits en ligne.

(148). Les utilisateurs vont-ils profiter d'une baisse de prix des licences du fait de la concurrence ? Il s'agit également de savoir dans quelle mesure les sociétés de gestion seront en concurrence sur leurs répertoires. La concurrence des sociétés de gestion sur le versant des utilisateurs sera nulle à moyen terme si le jeu concurrentiel aboutit à une position de monopole, elle sera limitée dans tous les autres cas. Si les répertoires des différentes sociétés sont incontournables, les sociétés de gestion collective, elles, seront en position de monopole sur leur produit. De même, si la différenciation se fait par genres musicaux, la société collective ayant réussi à rassembler un répertoire de genre sera en situation de monopole par rapports aux utilisateurs de ce genre. Enfin, sur un marché à deux versants où les titulaires sont en situation de " domiciliation unique " tandis que les utilisateurs sont majoritairement en " situation de domiciliation multiple, on peut penser que les sociétés de gestion chercheront à attirer en priorité les premiers.

- ✓ *Les effets de la recommandation sur les titulaires de droits*

(149). Les titulaires de droits semblent favorisés par cette option. Un bénéfice certain des titulaires pour ceux ayant opté pour la gestion directe est l'économie des déductions multiples liées opérées par les sociétés affiliées et la disparition des accords de type B. De plus, la concurrence entre sociétés de gestion favorisera certainement la qualité des services qui leur sont rendus et agira vraisemblablement à la hausse sur le pourcentage des sommes collectées qui leur sera distribué voire sur le niveau total de leur rémunération.

(150). Cependant, une incertitude subsiste quant à l'accès de tous les titulaires à ces gains. En effet, il n'est pas fait mention dans la recommandation de garanties d'accès aux sociétés de gestion pour les titulaires. Le risque serait alors de voir la gestion directe des droits en ligne être réservée à certains titulaires en fonction de leur genre musical ou de leur popularité.

Par ailleurs le système ne peut être pleinement efficace, s'agissant d'une œuvre dans la réalisation de laquelle entre plusieurs ayants droit (co-auteurs, producteurs..) que si tous adhèrent à la même structure de délivrance des autorisations. A défaut de quoi, les coûts de transaction pour les utilisateurs deviendraient dirimants.

(151). En conclusion, on peut décliner l'effet de la recommandation sur l'objectif de stimulation du potentiel de croissance des services en ligne en Europe selon la disponibilité des œuvres pour les fournisseurs de service en ligne et selon l'augmentation de la confiance des titulaires dans les revenus liés à l'exploitation en ligne de leurs œuvres. L'effet de la recommandation sur les titulaires de droits est positif. On peut cependant émettre la réserve qu'en l'absence d'obligation de gérer pour les sociétés de gestion collectives européennes, certains titulaires de droits pourraient être exclus de ces bénéfices. En ce qui concerne les utilisateurs en ligne de musique, les effets sont plus ambivalents.

Outre les effets sur la structure concurrentielle, se pose la question de l'effectivité de la recommandation. Il pointe certains obstacles à l'application des principes recommandés par la Commission.

4.3. Les obstacles à l'effectivité de la recommandation

(152). Deux points principaux remettent en cause l'effectivité de la recommandation. Il s'agit de l'absence d'harmonisation d'une part des catégories de droits numériques et d'autre part des réglementations nationales concernant le fonctionnement et le statut des sociétés de gestion collective et plus généralement, le droit d'auteur.

4.3.1. La non-harmonisation des catégories de droits numériques remet en cause la mobilité des titulaires de droits

(153). Un premier obstacle à l'effectivité de la recommandation tient à l'absence de catégorisation européenne unifiée des droits numériques. La mobilité des titulaires de droits entre les différentes sociétés de gestion collective pour les droits numériques ne sera effectivement possible que dans la mesure où la définition des différentes catégories de ces droits aura été harmonisée entre sociétés de gestion collective.

Pour l'instant, la situation est celle d'une grande liberté dans la détermination des types de catégories et des possibilités dérivées de fractionnement.

Ainsi que l'a très bien entériné la déclaration commune GESAC-Editeurs¹²⁶, il importe de remédier à cette disparité pour permettre une véritable mobilité des ayants droit. Si en effet les catégories ne sont pas homothétiques, le titulaire ne pourra pas exercer son choix en toute liberté et risque de se retrouver à devoir gérer individuellement une partie des droits qu'il ne pourra pas réattribuer à une autre société ou à voir surgir une concurrence entre gestionnaires sur ce segment.

Bien que l'initiative des gestionnaires de droits d'opérer une coordination des catégories soit de nature à lever l'obstacle, elle ne pourra le faire que partiellement. En effet, comme l'avait déjà montré l'affaire Simulcast, la délivrance d'une autorisation paneuropéenne suppose l'identification d'un droit dans le chef de l'auteur au regard de la législation applicable.

Or, l'harmonisation des droits et tout particulièrement des limites et exceptions n'est actuellement pas totale. La structure (droit exclusif/ licence légale) des droits est également de nature à engendrer des incertitudes sur le champ de l'autorisation et sur la qualité pour agir du gestionnaire européen. Par ailleurs l'absence de concertation sur les modalités de retrait (délais, modes de rémunération pour les autres droits) accroît les risques d'insécurité juridique liés à la mobilité des répertoires. Ce phénomène est susceptible de dissuader les utilisateurs d'adhérer pleinement au système, à supposer même que les coûts de transaction ne soient pas dirimants.

4.3.2 . La non harmonisation des réglementations nationales

(154). Le second point nuisant à l'effectivité de la recommandation est l'absence d'harmonisation des réglementations nationales concernant le fonctionnement et le statut des sociétés de gestion collective. Cette absence pose un problème de " flou juridique " et fausse la concurrence que souhaite instaurer la commission entre elle.

(155). Ainsi la question épineuse de la loi applicable à l'autorisation s'agissant d'une diffusion transfrontière continue d'opposer les acteurs. Pour les radiodiffuseurs¹²⁷, il s'agit non pas de simplement exclure la radiodiffusion du champ d'application de cette Recommandation, " mais au contraire d'introduire :

- 1) une garantie législative, par présomption légale irrévocable, que les radiodiffuseurs soient assurés d'obtenir des licences couvrant le répertoire mondial pour tous leurs services en ligne et hors ligne, par un système de guichet unique; et
- 2) une confirmation explicite que le même principe de la règle du droit applicable pour la radiodiffusion par satellite, notamment celle du pays où l'acte matériel de radiodiffusion prend source, c'est-à-dire le pays d'où les signaux porteurs du programme sont transmis, doit être appliqué a fortiori aux services des radiodiffuseurs en ligne. "

(156). Parmi les différences de réglementations des sociétés de gestion collective européennes, certaines peuvent fausser la concurrence que cherche à mettre en place la Commission. On a déjà

126 Déclaration commune de juin 2006, déjà citée.

127 Voir à ce propos la position de l'Union Européenne des Radiodiffuseurs, du 20 mars 2006, Réponse à la recommandation de la Commission européenne sur les licences collectives pour les services de musique transfrontaliers : http://www.ebu.ch/CMSimages/fr/leg_pp_licencescollectives_musique_fr_200306_tcm7-43476.pdf

mis en lumière les ruptures de concurrence qui peuvent résulter des obligations légales différentes pesant sur les sociétés de gestion. En particulier, ces dernières ont différentes obligations quant à l'accès des titulaires de droit. Ainsi, Josef Drexl¹²⁸ souligne l'importance de l'article 6 de la loi allemande sur la gestion du droit d'auteur qui crée pour les sociétés de gestion une obligation de gérer, "Wahrmungszwang", à l'égard des titulaires de droits. Si certaines sociétés de gestion peuvent sélectionner leurs membres tandis que d'autres ne le peuvent pas, la concurrence sera faussée.

De même, de nombreuses sociétés de gestion européennes sont contraintes d'affecter une partie de leurs perceptions au financement d'activités culturelles et sociales. Ces obligations légales sont différentes et pèsent de façon plus ou moins lourde sur les coûts des sociétés de gestion. Ces différences, elles aussi, faussent la concurrence.

5. En termes de politique culturelle et sociale

5.1. Conditions d'entrée dans les sociétés de gestion collective

(157). Ainsi qu'on l'a déjà souligné la recommandation est muette sur les conditions d'entrée dans une société de gestion collective, s'intéressant davantage aux modalités de retrait. Les principes de non-discrimination qu'elle met en exergue s'intéressent essentiellement à la question de la nationalité et de la résidence. Il n'est pourtant pas exclu que dans le modèle préconisé la discrimination s'opère au regard du succès d'un auteur ou d'un répertoire spécialisé. Dans les deux cas, la société de gestion surtout si elle intervient sur un segment niche, aura le loisir de conditionner l'accès à ses prestations à des conditions plus drastiques.

Ce silence conjugué au risque de concentration évoqué plus haut pourrait conduire à abandonner progressivement les principes mutualistes qui caractérisent la gestion collective. Il pourrait conduire à augmenter la "fracture numérique", seuls les ayants droit puissants ayant la chance d'être retenus dans des sociétés paneuropéennes performantes, à raison soit des coûts de transaction et des barrières à l'entrée, soit des habitudes culturelles.

(158). Il apparaît que le système préconisé doit, à tout le moins, s'accompagner de dispositions contraignantes instaurant, à l'instar du droit allemand, une obligation de contracter pour les gestionnaires paneuropéens.

5.2. Obligations sociales, culturelles et contractuelles mises à la charge des SGC

(159). La recommandation reste encore taise sur la question des charges culturelles et sociales qui pèsent sur les sociétés de gestion. En l'absence d'harmonisation, il est difficile de savoir ce qu'il advient des affectations autoritaires de redevance : devront-elles s'appliquer pour l'ensemble des droits gérés, quel que soit le lieu d'établissement de la société de gestion ? Devront-elles être ventilées selon la résidence de l'apporteur ? Seront-elles amenées à disparaître à raison d'une délocalisation des gestionnaires européens vers des pays moins gourmands ?

L'interrogation est pourtant fondamentale ainsi qu'il a été démontré plus haut, non seulement en raison de la rupture de concurrence induite entre les acteurs, mais aussi car les sociétés de gestion occupent souvent une place importante dans le financement de la création et dans la stimulation de l'action culturelle, voire dans l'aide sociale.

128 J ; Drexl, op. cit.

5.3. Contribution à la diversité culturelle

(160). Que ce soit par les effets de concentration ou par la disparition de sommes allouées à la création, la recommandation risque d'appauvrir l'offre culturelle¹²⁹. On ne doit pas mésestimer la prépondérance que la musique et la langue anglaise prendront inéluctablement dans ce cas de figure. Certains utilisateurs, pour éviter de multiplier les autorisations, préféreront se cantonner à une ou deux des méga-sociétés de gestion collective et se désintéresseront par conséquent des autres répertoires, dont ils n'auront pas demandé la licence.

(161). Les incertitudes liées à la loi applicable ne permettent pas de purger la question de la charge des coûts des poursuites. Le gestionnaire européen va-t-il déléguer l'action en contrefaçon à la société établie sur le territoire où l'exécution forcée pourra être entreprise ou en traiter directement ? N'existe-t-il pas là encore un risque que le gestionnaire européen délaisse des expressions minoritaires dans la mesure où les coûts de la défense de l'œuvre sont disproportionnés avec son succès, et ce d'autant plus qu'il ne sera plus le gardien d'une culture nationale ?

(162). Enfin, les flous terminologiques qui accompagnent la recommandation ne masquent qu'imparfaitement la perte d'influence des auteurs au profit des éditeurs dans le système préconisé. Ainsi, le texte ne parle que de "titulaires de droits" et non d'auteurs, titulaires qu'il définit comme *toute personne physique ou morale qui possède des droits en ligne* (article 1 g). La diversité des positions des titulaires – auteurs, artistes interprètes, producteurs de phonogrammes – n'est pas évoquée au bénéfice d'un vocabulaire globalisant.

Aucun mécanisme de protection des auteurs en tant que tels n'est d'ailleurs assuré ni au stade de l'adhésion, ni à celui du paiement des redevances. Le vocabulaire employé s'écarte encore de la notion de société de gestion collective pour préférer celle de "gestionnaire de droits". De là à penser que ces nouveaux gestionnaires géreront en direct les droits des éditeurs sans que l'auteur ne bénéficie plus de la puissance de masse de la société de gestion collective pour lui assurer une rémunération directe sur les utilisations, il n'y a qu'un pas.

Une des mesures d'accompagnement de la recommandation serait donc de l'assortir de garde-fous empêchant la confiscation des droits de l'auteur au profit de l'éditeur lorsque le droit est géré collectivement. Il est donc important, à l'instar des décisions GEMA¹³⁰, de reconnaître la validité des mécanismes évitant que l'éditeur ne soit pleinement subrogé dans les droits de l'auteur¹³¹ lorsqu'il choisit de ne pas exercer ses droits de manière individuelle..

129 S. Von Lewinski, intervention au colloque de Fordham, avril 2006 : the model favoured by the Commission's Recommendation is very unlikely to reach its proclaimed goals but is likely to favour only the popular, mainly anglo-american mainstream music produced by multinational, mostly American companies and to worsen the chances of market access and proper representation for European, non-English and other non-mainstream music.

130 Décision GEMA du 4 décembre 1981, aff. IV/29971, J.O.C.E. n° L. 94 du 8 avril 1982, p. 12.

131 Supra n° 63.

Bibliographie sommaire

Sur la recommandation elle-même

- J. Drexler in R.M. Hilty et C. Geiger (éd.), La balance des intérêts en droit d'auteur: Les thèses, Actes de la conférence organisée par l'Institut Max Planck pour la propriété intellectuelle à Berlin du 4 au 6 nov. 2004, Munich, 2006 www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm.
- Dr Tilman Lueder, Working toward the next generation of copyright licenses, Presented at the 14th Fordham Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 20-21, 2006 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/docs/lueder_fordham_2006.pdf
- F. Siiriainen, Théorie générale de la gestion collective, Fasc, 1552, Jurisclasseur PLA.
- S. von Lewinski, Comments on the European Commission's Recommendation on Collective Cross-boarder Management of Online Music Rights, présenté à Fordham, avril 2006
- Dossier Concurrence et Gestion collective des droits de propriété intellectuelle; Concurrences, n° 2, 2006.
 - B. De Carlan, C. Paoli, A-M. Pecoraro, Le renouveau numérique : quel droit sur quel produit ? Concurrences, n° 2, 2006, p. 10
 - M. Mercedes Fraboni, Competition for Collective Management in Europe : A Necessity or a Paradox, Concurrences, n° 2, 2006, p. 15.
 - Th. Desurmont, H. Calvet, Gestion collective et droit de la concurrence : un couple vraiment désuni, Concurrences, n° 2, 2006, p. 18
 - M. Pouyat, Les conditions de l'avènement d'un marché de la musique en ligne transparent et concurrentiel, Concurrences, n° 2, 2006, p. 20.
 - M. Mendes Pereira, Collective Copyright Management and Competition Law : Myths and Legends Haunting the Battle for the Virtual World, Concurrences, n° 2, 2006, p. 24.

Sur les aspects plus généraux

- V-L. Benabou, Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire, Bruylant, Bruxelles, 1997.
- V-L. Benabou, La décision Simulcasting : gestion collective, Internet et concurrence, trois ingrédients pour une nouvelle recette : *Légipresse* 2003, n° 200, p. 35
- V-L. Benabou, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2006, n° 18, chron. Transversales.
- A. Bertrand, Le conflit SACEM/Discothèques: une guerre judiciaire pleine de précédentes, *R.D.P.I* 1993, n°47, p. 31
- P. Boiron et B. Honorat, La décision Simulcast : vers la mise en concurrence des sociétés de gestion collective, *Com. Com. Elec.* janvier 2004, p. 19.
- J. Castelain et R. Milchior, Le droit d'auteur et le droit communautaire, 1985, Paris II, dactyl...
- Claude Crampes, David Encaoua et Abraham Hollander, Competition and Intellectual Property in the European Union, février 2005.
- A. Françon, Le conflit entre la SACEM et les discothèques devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, *RIDA*, avril 1990, n° 144, p. 51
- A. Françon, Encyclopédie Dalloz Droit Communautaire, fascicule Droit d'auteur, n° 91, p. 11.
- Th. Desurmont, La SACEM et le droit de la concurrence, *RIDA* avril 1989, n° 140, p. 131
- Th. Desurmont, Les accords de Santiago, *A&M* 2002, n° 2, p. 135
- L. Idot, Le principe de subsidiarité en droit de la concurrence, *D.* 1994, chron., p. 37.
- J.-C. Rochet et J. Tirole, Defining Two-Sided Markets, 2004
- F. Siiriainen, Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective, Thèse, Nice, 1999, dactyl.
- J.-L. Tournier, Le conflit SACEM / Discothèques une guerre judiciaire sans précédent, *RIDA* avril 1989, n° 140, p. 3.