

Annexe 4 : Clause d'exclusivité dans les contrats de réciprocité : fragmentation territoriale lors de l'exploitation des droits envers les utilisateurs

1. Description générale

Les gestionnaires collectifs de droits se sont mis d'accord pour limiter, via la conclusion d'accords de représentation réciproque,¹ leur activité directe à l'Etat où ils avaient leur siège. Les utilisateurs de musique ne pouvaient par conséquent pas obtenir de licence auprès d'un gestionnaire ayant son siège à l'étranger, et ne pouvaient par conséquent pour l'utilisation d'œuvres musicales étrangères, obtenir cette licence que par leur société de gestion nationale. Les titulaires de droits ont donc toujours été représentés à l'étranger par leur gestionnaire collectif de droits national qui donnait à son tour un mandat à une société sœur pour représenter le titulaire de droits dans le pays concerné. Un titulaire de droits ne pouvait pas non plus s'affilier directement auprès d'un gestionnaire collectif de droits étranger, même pas pour la gestion de ses droits dans ce pays.

Par ce réseau d'accords de représentation réciproque, conclu entre gestionnaires collectifs de droits, le territoire de la Communauté a en fait été fragmenté par Etat membre.

2. Jurisprudence communautaire sur les accords de représentation réciproque

2.a Suppression de la clause d'exclusivité

Déjà en 1968, la Commission a exprimé des objections à l'égard des clauses d'exclusivité prévues dans les accords de représentation réciproque de "l'Union Européenne de Radiodiffusion". Ces clauses d'exclusivité portaient tant sur la limitation de l'activité au territoire de l'Etat membre du siège du gestionnaire collectif de droits, que sur la limitation de l'affiliation aux ressortissants de son propre territoire national.

Les accords concernant les droits de reproduction mécaniques du BIEM² contenaient les mêmes principes et la Commission a exprimé en 1970 des objections semblables à l'égard de ces accords.

Ces objections n'ont toutefois pas débouché sur une décision de la Commission, au motif que les intéressés avaient déjà modifié les clauses litigieuses dans les accords de représentation réciproque.³

2.b. Situation de fait

¹ L'article 1.i) de la Recommandation définit l'accord de représentation réciproque comme tout accord bilatéral entre des gestionnaires collectifs de droits, aux termes desquels un gestionnaire collectif de droits accorde à un autre le droit de représenter son répertoire sur le territoire de l'autre.

² BIEM est l'abréviation de « Bureau International des Sociétés Gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique ».

³ LIASKOS, Evangelos-Panayiotis, *La gestion collective des droits d'auteur dans la perspective du droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 390, note en bas de page 879.

Bien que la Commission ait émis des objections à l'égard des clauses d'exclusivité prévues dans les accords de représentation réciproque, il s'est avéré en pratique que les gestionnaires collectifs de droits ne modifiaient pas leurs pratiques et refusaient toujours d'octroyer une licence à un utilisateur établi dans un autre Etat membre.

La Cour de Justice s'est prononcée sur ces pratiques concertées en 1989 sur base d'une question préjudicielle posée par une juridiction française.⁴

Les parties demanderessees étaient une dizaine d'exploitants de discothèques qui, sur la base du réseau d'accords de représentation réciproque, devaient s'adresser à la société de gestion française SACEM, pour obtenir une licence afin de diffuser de la musique dans leurs discothèques. Les exploitants de discothèques avaient toutefois constaté que les sociétés de gestion étrangères, dont le répertoire anglo-américain était joué dans les discothèques, demandaient des redevances de licences moins coûteuses que la société de gestion française SACEM. Les exploitants de discothèques voulaient par conséquent uniquement une licence de la SACEM pour son répertoire français. En revanche, pour le répertoire anglo-américain, les exploitants de discothèques voulaient s'adresser directement aux sociétés de gestion à l'étranger. Les sociétés de gestion étrangères refusaient toutefois un accès direct à leur répertoire, au moyen d'une relation contractuelle directe avec un utilisateur à l'étranger.

Dans son arrêt, la Cour constate que les accords de représentation réciproque ont un double but. Il s'agit d'une part, de soumettre l'ensemble des œuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même État, et, d'autre part, de permettre aux sociétés de gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre État, 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 contrôles sur place.

La Cour a décidé qu'une concertation entre sociétés de gestion nationales, qui aurait pour effet de refuser systématiquement l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs étrangers doit être considérée comme entraînant une pratique concertée restrictive de la concurrence et susceptible d'affecter le commerce entre les États membres. 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 entre autre être le cas lorsque les sociétés de gestion des autres États 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.

Ensuite, la Cour a décidé que le découpage du répertoire global en différents sous-ensembles commercialisables pourrait entraîner des difficultés pratiques. D'une part, les discothèques perdraient l'avantage d'avoir une liberté totale dans le choix des œuvres musicales qu'elles diffusent. D'autre part, la différenciation entre œuvres

⁴ Cour de Justice 13 juillet 1989, Tournier, n° 395/87, *Rec.* 1989, p. 2521, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0395:FR:HTML> ; Cour de Justice 13 juillet 1989, Lucazeau, n° 110/88, 241/88 et 242/88, *Rec.* 1989, p. 2811, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0110:FR:HTML>.

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.

L'attitude des sociétés de gestion n'est donc pas nécessairement due à une politique délibérée visant à ne pas se faire concurrence, mais peut s'expliquer par un comportement visant à limiter à la fois dans l'intérêt des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et dans celui des utilisateurs, les frais de gestion de ces contrats et le contrôle de l'utilisation des œuvres musicales protégées.

3. Application aux droits en ligne

Ce système était également d'application pour les droits en ligne. Pour ceux-ci, la situation est toutefois plus compliquée puisque l'exploitation en ligne n'est pas limitée au pays où l'œuvre est initialement proposée, mais s'étend le plus souvent au territoire de plusieurs Etats (caractère multiterritorial de l'exploitation), de sorte que l'utilisateur a en réalité besoin d'une licence multiterritoriale. Dans les accords de représentation réciproque classiques, un gestionnaire collectif de droits ne peut toutefois octroyer une licence que pour son territoire national, de sorte que l'utilisateur doit s'adresser à différents gestionnaires collectifs de droits pour obtenir une licence multiterritoriale. Le modèle classique des accords de représentation réciproque, sur papier ou dans les faits, était difficile à maintenir tel quel dans l'environnement en ligne. Les arguments des arrêts SACEM,⁵ pour le maintien des accords de représentation réciproque ou pratiques parallèles, à savoir la manière la plus efficace de gestion et de contrôle, sont également moins prononcés dans le monde en ligne: la gestion et le contrôle à distance sont éventuellement possibles par exemple via les DRM et les mesures de protection technique.

Les précurseurs d'un nouveau système d'accords de représentation réciproque ont été les producteurs de phonogrammes réunis au sein de l'IFPI⁶ qui ont établi un nouveau contrat de représentation réciproque pour le simulcasting. Sur base de ce nouveau système, les gestionnaires collectifs de droits peuvent octroyer des licences multiterritoriales pour leurs droits voisins aux utilisateurs. Ainsi, les utilisateurs ne doivent plus s'adresser à différents gestionnaires collectifs de droits nationaux, mais ils peuvent se limiter à un seul gestionnaire collectif de droits (le "guichet unique" ou "one stop shop") qui peut leur fournir une licence pour le territoire de l'EEE. De cette manière, une concurrence est apparue entre les gestionnaires collectifs de droits. Cette concurrence entre les gestionnaires collectifs de droits reste toutefois limitée, puisqu'ils proposent tous le même produit, à savoir une licence pour un répertoire identique.⁷ La rémunération payée pour la licence n'est pas non plus soumise à une concurrence des prix, puisque le nouveau système prévoit qu'une rémunération doit

⁵ Voir page 2 et 3 point 2.b.

⁶ IFPI est l'abréviation de "International Federation of the Phonographic Industry" et est une association professionnelle internationale dont les membres comprennent un grand nombre de producteurs de disques et de vidéos musicales. Ces producteurs sont à leur tour affiliés auprès de gestionnaires collectifs de droits pour la gestion de leurs droits voisins.

⁷ Commission of the European Communities - Staff working document - Impact assessment reforming cross-border collective management of copyright and related rights for legitimate online music services, SEC (2005) 1254, Bruxelles, 11 octobre 2005, p.27.

être payée dans chaque pays où le signal peut être reçu, c'est-à-dire le principe du pays de destination. Dans chaque pays de destination, cette redevance est déterminée unilatéralement par les gestionnaires collectifs de droits du pays concerné. La Commission a toutefois donné son accord pour l'utilisation de ces accords de représentation réciproque types.⁸ L'accord a ensuite été étendu au webcasting.⁹

Les sociétés de gestion d'auteurs et compositeurs d'œuvres musicales, inspirées par l'accord simulcast IFPI, ont convenu de conclure à leur tour un nouveau système d'accords de représentation réciproque dans le cadre des accords de Santiago (droit de communication publique et de mise à disposition pour le téléchargement de musique ou streaming) en 2000 et de Barcelone (droits de reproduction, y compris le webcasting, fourniture sur demande par des actes de streaming et téléchargement) en 2001. Ces nouveaux accords permettent à un gestionnaire collectif de droits d'octroyer des licences multiterritoriales, mais uniquement par le gestionnaire collectif de droits du pays où l'utilisateur a sa "résidence économique". Pour obtenir une licence multiterritoriale, les utilisateurs ne peuvent donc s'adresser qu'au gestionnaire collectif de droits du pays où ils ont leur résidence économique. Selon la Commission, les gestionnaires collectifs de droits représentant les auteurs ont consciemment choisi un modèle différent des producteurs. Sur base de ce modèle les auteurs seraient mieux servis par le gestionnaire collectif de droits situé sur le territoire de l'utilisateur,¹⁰ et ceci pour des raisons de confiance, langue, patrimoine culturel commun et proximité géographique.

La Commission a entamé une procédure d'objections contre les accords de Santiago et Barcelone sur base de l'article 81 du traité CE.¹¹ Cette procédure concerne toutefois uniquement l'application de ces accords à certains modes d'exploitation: internet, transmission de musique par satellite et par câble. Les modes d'exploitation traditionnels ne sont pas visés par la procédure d'objections.

Les objections de la Commission sont les suivantes:

- les limitations pour les titulaires de droits dans le choix du gestionnaire collectif de droits, au motif qu'ils ne peuvent s'affilier qu'auprès de leur gestionnaire collectif de droits national ;
- la délimitation territoriale, les utilisateurs étant obligés de demander une licence auprès du gestionnaire collectif de droits de leur lieu de résidence ;
- les conséquences de ce réseau d'accords de représentation réciproque, puisqu'ils assurent une exclusivité sur leur territoire national.

A la suite de cette procédure, les gestionnaires collectifs de droit européen n'ont pas prolongé ces accords qui sont dès lors devenus caduques. Le seul système applicable

⁸ Décision de la Commission du 8 octobre 2002 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/C2/38.014 – IFPI "Simulcasting"), *J.O.* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58 – 84, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/l_107/l_10720030430fr00580084.pdf.

⁹ http://www.ifpi.org/content/section_news/20031111.html.

¹⁰ Commission of the European Communities - Staff working document – Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright, Bruxelles, 07 juillet 2005, p. 25.

¹¹ EU Press Release, Competition : Commission sends Statement of Objections to the International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) and its EEA members, 7th of February 2006.

est donc l'ancien système décrit d'accords de représentation réciproque.¹² Afin de garantir le libre choix du gestionnaire collectif de droits pour les titulaires de droits et les utilisateurs, la Commission a donc adopté la présente Recommandation.¹³

Entre-temps, la procédure d'objections se poursuit et un certain nombre de gestionnaires collectifs de droits ont pris des engagements. Les principaux engagements sont l'obligation de supprimer les "dispositions relatives à l'affiliation" et les "dispositions territoriales" des accords de représentation réciproque. En ce qui concerne la délimitation territoriale, les signataires s'engagent à:

- octroyer des licences relatives à leur propre répertoire pour une exploitation sur internet ou une transmission par satellite ou par câble pour l'ensemble du territoire de l'EEE;
- octroyer des licences multiterritoriales relatives aux droits de représentation pour tous les sites internet accessibles dans l'EEE, à condition que le gestionnaire collectif de droits réponde à certains critères portant essentiellement sur les tarifs, les prélèvements, l'infrastructure administrative, les capacités techniques, la transparence et les règles de répartition,;
- octroyer des licences relatives aux droits d'exécution à des canaux exploités sur base multiterritoriale, à condition que le gestionnaire collectif de droits réponde aux conditions qualitatives précitées, et est établi sur le territoire où le signal a été émis ou où l'utilisateur final est le groupe cible de l'émetteur,.

La Commission envisage actuellement de mener une étude de marché, après quoi elle prendra une décision.¹⁴

Il semble toutefois que la Commission va refuser toute clause d'exclusivité pour l'utilisation en ligne, la retransmission par satellite ou par câble.

Bien que la procédure d'objections de la Commission ne vise pas tous les gestionnaires collectifs de droits, la décision aura certainement des conséquences pour l'ensemble de ceux-ci.

¹² Il convient toutefois de faire remarquer que la SABAM, à la suite de la non-prolongation des accords de Santiago et de Barcelone, a signé un accord avec la SACEM concernant les exploitations de I-Tunes et avec la BUMA/STEMRA pour les exploitations de OD2 et Free Record Shop, dans lesquels il a été convenu qu'ils peuvent représenter leurs répertoires mutuels en cas d'octroi de licences pour l'exploitation multiterritoriale, et ce de même sur le territoire belge: LIBERT, C., Réponse de la SABAM à l'invitation de la Commission européenne à présenter des observations, Bruxelles 22 juin 2007, p. 6-7.

¹³ LUEDER, T., *Working toward the next generation of copyright licenses*, Presented at the 14th Fordham Conference on International Intellectual Property Law & Policy, April 20-21, 2006, p. 14; DREXL, J., « Les sociétés de gestion collective », *Rencontres franco-allemandes*, 29 mai 2006, p. 10, O:\PUBLICATIONS\RENCONTRES franco-allemandes\5-R-gestion-collective\textes\Drex1-D.doc.

¹⁴ Communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans l'affaire COMP/38698 — CISAC, n° 128/06, *J.O.* n° C 128 du 9 juin 2007, p. 12 – 14, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2007/c_128/c_12820070609fr00120014.pdf.