



Gestion collective du droit d'auteur pour la musique et initiatives européennes à l'ère d'internet: des accords de représentation réciproque aux plateformes ouvertes

Enrico Bonadio
City University London
Grande-Bretagne

Traduction
Nadia Pazolis-Gabriel
Alliance Française de Washington, Etats-Unis
E-mail : nadpaz3[at]gmail.com

Session:

**148 — Copyright law and legal deposit for audiovisual materials —
Audiovisual and multimedia with Law Libraries**

Résumé :

Il est maintenant largement connu que de nos jours de nouveaux canaux de distribution de la musique sont disponibles (Internet, téléphonie mobile, numérique terrestre, etc.), permettant une dissémination au-delà des frontières. On a tenté d'adapter les accords de représentation traditionnels des sociétés de collecte aux nouvelles formes de distribution, avec en vue de fournir aux usagers des licences de droit d'auteur multi-territoriales (par exemple, l'accord Simulcast). Après avoir analysé ces tentatives, l'auteur défendra la thèse que les nouveaux moyens de distribution de la musique dans la communauté européenne nécessitent une politique d'attribution de licence au niveau communautaire.

Ce texte se penchera sur les étapes prises par la Commission Européenne ces dernières années pour établir un système d'octroi de licences à échelle communautaire pour la vente de musique en ligne. Nous porterons une attention particulière à la Recommandation de la Commission en 2005 sur l'octroi de licences d'œuvres musicales en ligne. Par cette « norme douce », la Commission recommandait que les droits suivants soient accordés aux détenteurs de droit d'auteur :

- (i) Autoriser à toute société de collecte existante la concession de licences pour des œuvres dans l'ensemble de l'UE ;*

- (ii) Déterminer l'étendue territoriale de toute licence quel que soit l'Etat membre de résidence, ou la nationalité de la société de collecte ou de l'ayant droit ;*
- (iii) Retirer n'importe lequel des droits en ligne et transférer la gestion multi-territoriale de ces droits à une autre société de collecte.*

L'auteur soutiendra qu'en adoptant un tel système, c'est-à-dire en éliminant des intermédiaires (sociétés de collecte), on créerait un environnement plus compétitif pour l'octroi de licences transfrontalières, un environnement dans lequel il existerait une concurrence entre sociétés de collecte pour attirer les propriétaires de droit d'auteur, générant ainsi des services plus diversifiés et de meilleure qualité.

On analysera également la réaction des marchés après la Recommandation. Il semble en effet qu'il y ait eu une légère progression vers des systèmes d'octroi de licences communautaires. Certains s'attendaient à ce que ce geste soit provoqué par un processus concurrentiel déclenché par la possibilité pour l'ayant droit de s'adresser à la société de collecte de son choix, comme le suggère la Recommandation de la Commission. Il semble cependant que certains systèmes d'octroi de licences communautaires ont récemment été proposés différemment, c'est-à-dire en créant de nouvelles plateformes transfrontalières qui centralisent plusieurs répertoires. Celles-ci sont parfois conçues comme des « plateformes ouvertes » prêtes à attirer de plus en plus d'ayants droit. Même les sociétés de collecte peuvent avoir un intérêt à centraliser leur répertoire sur ces nouvelles plateformes. Nous les étudierons.

Enfin, l'auteur analysera un outil récemment proposé et qui pourrait s'avérer utile pour établir une infrastructure pour l'octroi de licences multi-territoriales : la Global Repertoire Database [base de données mondiale sur les œuvres musicales]. En gros, cette base de données serait un dépôt centralisé du droit d'auteur et des droits connexes, et fournirait les informations nécessaires pour identifier (i) les œuvres protégées ou les enregistrements sonores, (ii) les propriétaires des droits de ces œuvres, (iii) les représentants de ces propriétaires. Cet outil fournirait aussi un lien entre les données relatives aux œuvres protégées et les données relatives aux enregistrements sonores qui représentent ces œuvres.

1. Introduction

Ce texte porte sur l'octroi de licences collectives de la musique en ligne et sur les étapes prises par la Commission Européenne ces dernières années pour établir un système d'octroi de licences à échelle communautaire. J'examinerai également certains business models et systèmes d'octroi de licences récemment apparus avec la perspective de stimuler les ventes de musique en ligne dans la Communauté Européenne, ainsi que d'autres propositions comme la Global Repertoire Database.

Avant d'analyser les aspects pertinents, je vais m'arrêter sur quelques recommandations et déclarations récentes relatives aux œuvres musicales : (a) la déclaration du directeur

général de l'OMPI en février 2011, et (b) la communication de la Commission de mai 2011.

(a) En février 2011, le directeur général de l'OMPI, M. Francis Gurry soulignait le besoin des sociétés de collecte d'améliorer leur rôle. A ses yeux, l'infrastructure était dépassée puisqu'elle « représente un monde de territoires distincts [...], et non le monde multinational de l'Internet ou la convergence des formes d'expression numériques. » Il a insisté en particulier sur le fait qu'il nous faut une infrastructure mondiale permettant l'octroi de licence à échelle du globe, une infrastructure « grâce à laquelle il serait aussi facile de concéder légalement sous licence des œuvres culturelles sur l'Internet que d'y obtenir illégalement ces œuvres. »

(b) Dans sa communication de mai 2011, la Commission Européenne insistait sur la possibilité de soumettre une proposition pour créer un cadre juridique pour la gestion collective du droit d'auteur afin de permettre l'octroi de licence au niveau multi-territorial et paneuropéen. En effet, la Commission espère la création d'un système de gestion des droits à échelle européenne qui faciliterait l'octroi de licences transfrontalier.

2. La logique d'un octroi de licences collectives et les accords de représentation réciproque

Comme on le sait, l'octroi de licences collectives est le système par lequel les détenteurs de droits (par exemple un artiste ou un producteur de disques) autorisent les sociétés de collecte à concéder des licences de droit d'auteur à un utilisateur (par exemple une discothèque, une station de radio, et plus récemment des services de musique numérique comme Spotify, i-Tunes, etc.). L'octroi de licences collectives est donc important parce qu'il garantit des gains économiques significatifs et des économies d'échelle pour les détenteurs de droits tout comme pour les utilisateurs commerciaux, et assure la distribution d'œuvres protégées au consommateur final.

Du côté de l'offre, les économies d'échelle sont assurées puisque les sociétés entreprennent des négociations de licences et passent des accords au nom de nombreux détenteurs de droits de manière collective : ceci diminue le coût marginal de l'activité d'octroi de licence au bénéfice des détenteurs de droits.

Du côté de la demande aussi, l'octroi de licences collectives produit des économies d'échelle. En effet, un tel système permet une structure de marché rentable et efficace :

- (i) En offrant à l'utilisateur qui cherche à obtenir une autorisation un guichet unique, et
- (ii) En garantissant à l'utilisateur un accès à tout le répertoire de la société.

Cela dit, les sociétés de collecte peuvent-elles accorder à l'utilisateur des licences qui couvrent des répertoires étrangers, c'est-à-dire de la musique gérée par des sociétés étrangères ? Oui, elles le peuvent : grâce aux accords de représentation réciproque signés entre de nombreuses sociétés de collecte dans les dernières décennies. En effet, les

sociétés de collecte nationales ont créé un réseau d'accords réciproques qui donne à chaque société de collecte (« société de gestion ») le droit d'autoriser l'exploitation, sur son propre territoire, d'œuvres musicales qui appartiennent au répertoire d'une autre société de collecte (« société affiliée »). Ces accords permettent à l'utilisateur d'obtenir des licences « multi-répertoire ». Ainsi, les sociétés de collecte font toutes parties d'un réseau supranational d'accords de représentation réciproque et sont capable d'offrir un répertoire plus large à leurs titulaires de licences.

Cependant, conformément à la plupart des accords réciproques plus anciens, les sociétés de collecte peuvent seulement accorder l'exploitation de musique pour leur propre territoire. Selon cette première génération d'accords de représentation, un utilisateur commercial qui veut vendre de la musique dans plusieurs pays devrait donc contacter chaque société nationale et obtenir de chaque état une licence (c'est la « clause d'exclusivité territoriale »).

En d'autres termes, de tels accords traditionnels permettent à l'utilisateur d'obtenir une licence « multi-répertoire » mais pas « multi-territoriale ». Ces accords pourront donc être coûteux pour les propriétaires de droit d'auteur, puisque les détenteurs de droits sont obligés de payer toutes les sociétés concernées¹.

3. La deuxième génération d'accords de représentation réciproque

Cependant, ces dix dernières années, certaines sociétés de collecte ont passé différents types d'accords de représentation réciproque qui permettent à l'utilisateur d'obtenir des licences non seulement « multi-répertoire » mais aussi « multi-territoriales ». D'après cette deuxième génération d'accords - qui ne contiennent pas de « clause d'exclusivité territoriale » - un utilisateur peut obtenir une licence valide dans n'importe quel pays qui est partie à l'accord. Les licences multi-territoriales sont donc très utiles, surtout du point de vue de l'utilisateur commercial, puisqu'elles l'exemptent de l'obtention d'une licence d'autant de sociétés de collecte qu'il y a de pays où sa musique sera distribuée.

Un tel système semble plus approprié au développement d'Internet, qui implique un usage massif de musique au-delà des frontières territoriales. De plus, il se trouve être plus approprié pour l'industrie de la radiodiffusion, étant donné que la télévision par satellite est souvent diffusée depuis un Etat membre différent de celui où se trouvent les téléspectateurs.

¹ Qu'en est-il de la légalité, dans la législation européenne sur la concurrence, des anciens accords de représentation réciproque (qui n'étaient pas multi-territoriaux) ? Dans l'affaire Tournier et Lucazeau, la CJE avait décidé qu'ils sont conformes à l'article 101 du traité TFUE, à condition qu'aucune activité concertée n'ait pu être démontrée. A l'époque en effet (fin des années 80), ces accords étaient économiquement justifiés dans un contexte où le contrôle physique (et non numérique) de l'utilisation du droit d'auteur était obligatoire. La CJE avait notamment décidé que le comportement parallèle adopté par toutes les sociétés de collecte (s'abstenir d'accorder des licences valides dans d'autres pays) pouvait être justifié par les difficultés pratiques auxquelles elles seraient confrontées si elles devaient « organiser leur propre système de gestion et de contrôle dans un autre pays ».

Cependant, cette deuxième génération d'accords de représentation - selon la manière dont ils ont été conçus - pourrait soulever des problèmes de concurrence et, de ce fait, certains ont été examinés de très près par la Commission Européenne. Voyons quelques exemples de ces accords réciproques.

(a) *L'accord « Simulcast »*

L'accord Simulcast a été signé le 16 novembre 2000 par les sociétés de collecte de 31 pays, dont tout l'espace économique européen (à l'exception de l'Espagne et de la France)². Simulcast vient de l'anglais « Simulcasting » pour « simultaneous broadcasting » [diffusion simultanée], et a lieu quand les radiodiffuseurs transmettent des programmes radio ou télé simultanément sur Internet.

L'accord Simulcast a permis aux radiodiffuseurs de n'obtenir qu'une seule licence des sociétés de collecte, qui était non seulement multi-répertoire mais aussi multi-territoriale : les radiodiffuseurs ont donc eu l'autorisation de transmettre des programmes terrestres simultanément sur Internet dans plusieurs pays en raison d'une seule et unique licence³.

La Commission Européenne s'est félicitée de l'approche multi-territoriale des dites licences, mais n'a pas été en mesure d'accepter une clause spécifique incluse dans l'Accord : la *Customer Allocation Clause* [clause de résidence économique], selon laquelle une société de collecte a le pouvoir de n'accorder une licence multi-territoriale qu'aux stations dont le signal a pour origine le territoire dans lequel elle se trouve. Cela signifiait que les radiodiffuseurs de l'EEE ne pouvaient obtenir une licence de la société de leur choix, et qu'ils étaient donc obligés de contacter la société de collecte de leur propre pays d'origine pour obtenir la dite licence. La Commission a choisi de déclarer la clause en question non conforme avec les règles de l'Union Européenne en matière de concurrence, notamment l'article 101 du traité TFEU, et a imposé le retrait de la clause⁴.

En effet, d'après la Commission, ce que l'on devrait éviter est que les sociétés de collecte soit en position de monopole sur leurs territoires en ce qui concerne la concession de licences multi-territoriales. Les radiodiffuseurs, au contraire, devrait pouvoir demander à n'importe quelle société de collecte - y compris en dehors de leur pays d'origine - d'obtenir ces licences : les utilisateurs commerciaux devraient donc être libre de choisir la société la plus efficace pour l'attribution d'une licence en Europe. Le retrait de la clause ci-dessus de l'accord Simulcast a donc été imposé avec l'intention de promouvoir

² L'accord concernait les droits des producteurs

³ Avant cet accord, les radiodiffuseurs de la Communauté Européenne étaient obligés de demander une licence dans chaque territoire où leur signal était disponible et où les documents protégés étaient diffusés, ce qui s'avérait très compliqué, lourd et coûteux. Cependant, comme nous l'avons vu, cela convenait à l'ancien modèle d'accords réciproques mentionné plus haut, qui permettaient aux sociétés de collecte d'accorder des licences pour leur territoire national uniquement.

⁴ L'article 101 du traité TFUE interdit les accords entre entreprises qui seraient susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun, et en particulier des accords qui limitent ou contrôlent les marchés.

et d'étendre la concurrence parmi les sociétés notamment en termes de coût et de qualité de la licence collective.

Comme l'a demandé la Commission, la *Customer allocation clause* a été retirée et l'accord Simulcast a finalement été accepté⁵. C'est la première décision de la Commission Européenne qui concerne la licence collective dans un but d'exploitation commerciale de musique en ligne (décision du 8 octobre 2002, JO L 107/58)

(b) *L'accord de Santiago*

La Commission Européenne a tenté d'appliquer la même condition que l'accord Simulcast (élimination de la *Customer allocation clause*) à un autre accord de licence multi-territoriale appelé « Accord de Santiago ».

Cet accord a été signé en octobre 2000 par cinq sociétés de collecte, auxquelles se sont jointes toutes les sociétés de l'EEE (à l'exception de la société portugaise). Il concernait le droit des auteurs relatifs aux représentations publiques de leur répertoire sur Internet. Les licences couvraient le webcasting, le streaming, la musique à la demande, ainsi que les vidéos musicales en ligne⁶.

Comme la première version de l'accord Simulcast, cet accord stipulait que les utilisateurs désireux d'obtenir des licences multi-territoriales le ferait avec une société de collecte dans leur propre pays (à nouveau la *Customer allocation clause*). D'après la Commission, le résultat pratique aurait été un verrouillage des territoires nationaux, transposant à Internet le monopole national que les sociétés de collecte ont traditionnellement exercé dans le monde hors ligne. Un tel résultat aurait constitué une violation de (ce qui est aujourd'hui) l'article 101 TFUE⁷.

⁵ La Commission a envisagé l'exemption de l'accord sous (ce qui est aujourd'hui) l'article 101(3) TFUE. Ceci a été justifié par le besoin de répondre à une pression concurrentielle croissante et à un marché changeant régi par la mondialisation, la vitesse du progrès technologique et la nature généralement plus dynamique des marchés. Pour elle, l'accord comportait « un certain nombre d'éléments proconcurrentiels, qui peuvent contribuer sensiblement au progrès technique et économique dans le domaine de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins. » (octobre 2002). Une autre condition imposée par la Commission était la suivante : les sociétés de collectes étaient dans l'obligation de déduire les royalties des frais administratifs et la fixation des taxes n'était autorisée que par rapport aux royalties. Cette condition aurait permis aux utilisateurs de rechercher les sociétés de collecte les moins chères, les plus efficaces, et aux moindres coûts administratifs.

⁶ Comme avec l'accord Simulcast. De plus, l'accord de Santiago a essayé d'adapter le cadre traditionnel d'octroi de licence au monde en ligne en permettant à chacun des sociétés participantes d'octroyer des licences multi-répertoire et multi-territoriales.

⁷ Par exemple, d'après la Commission, une compagnie britannique qui veut proposer de la musique sur Internet devrait pouvoir acquérir des droits auprès de n'importe quelle société de collecte en Europe plutôt que juste la société nationale. En effet, le manque de concurrence entre les sociétés nationales d'Europe met un frein au succès d'un marché unique en son genre dans le domaine de l'octroi de licence, au détriment des utilisateurs commerciaux et des consommateurs. Les sociétés de collecte - dit la Commission - devrait être obligées de faire jouer la concurrence au bénéfice des compagnies qui offrent de la musique en ligne et des consommateurs qui les écoutent. La Commission, en particulier, soutenait que l'exclusivité territoriale permise par l'accord de Santiago à

La Commission a donc recommandé que soit imposée la même condition que pour le cas Simulcast, à savoir l'élimination de la *Customer allocation clause*. Aucune décision finale n'a été prise par la Commission et l'accord de Santiago est arrivé à terme fin 2004⁸.

(c) *L'accord de Barcelone*

La même *Customer allocation clause* se trouvait dans l'accord de Barcelone du BIEM adopté en 2001⁹. Celui-ci établissait un système d'octroi de licence multi-pays entre sociétés de collecte sur les droits de reproduction mécanique pour l'exploitation de l'ensemble de leurs répertoires diffusés par voie électronique, dont le webcasting et le streaming à la demande ou le téléchargement depuis Internet. La Commission s'est opposée à la *Customer allocation clause*. L'accord a donc été abandonné¹⁰.

4. *Vers un système d'octroi de licence européen dans le domaine de la musique en ligne*

De ce qui précède, nous pouvons déduire que :

- (i) Le système traditionnel d'octroi de licence qui exige une autorisation pour chaque pays où les produits sont exploités est devenu anachronique.
- (ii) En effet, contrairement à il y a 10-15 ans, il existe de nouveaux moyens de distribuer la musique, comme Internet, la téléphonie mobile, le numérique terrestre, etc. Ceci permet une dissémination par delà les frontières nationales. Ces nouveaux canaux de distribution sont aujourd'hui pertinents : la téléphonie mobile par exemple représente environ 16% des revenus musicaux numériques.
- (iii) On a tenté d'adapter les accords de représentation traditionnels des sociétés de collecte aux nouvelles formes de distribution, avec en vue de fournir aux usagers des licences de droit d'auteur multi-territoriales (par exemple, l'accord Simulcast).
- (iv) Les nouveaux modes de distribution de la musique en Europe exigent une nouvelle politique au niveau communautaire.

chacune des sociétés participantes n'était pas justifié par des raisons techniques et était inconciliable avec la portée mondiale d'Internet.

⁸ En réponse à l'objection de la Commission, les sociétés de collecte soutenait que la restriction territoriale était nécessaire pour empêcher la recherche du marché le plus avantageux. Ironiquement, à cause de l'action de la Commission, les sociétés ont abandonné le service multi-pays. A la place, les fournisseurs de services en ligne ont été forcés d'aller voir chaque société nationale pour l'affranchissement des droits d'auteur, augmentant ainsi considérablement la charge sur les services de musique en ligne paneuropéens.

⁹ Bureau International des Sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique (BIEM). Cette organisation coordonne les accords de licence officiels entre différents pays. Le BIEM est basé à Neuilly-sur-Seine et représente 44 sociétés issues de 42 pays.

¹⁰ L'accord a été abandonné, forçant à nouveau les fournisseurs de service en ligne à la charge supplémentaire que représente la recherche d'affranchissement pays par pays.

- (v) Avec un système à échelle de l'UE, les compagnies qui veulent gérer et vendre de la musique en ligne dans le monde entier verraient leurs coûts diminuer.

Les préoccupations décrites ici sont d'autant plus urgentes que le fossé entre les industries musicales européenne et américaine s'agrandit. Par exemple, en 2004 déjà, les recettes de la musique en ligne en Europe occidentale s'élevait à 27,2 millions d'euros, contre 207 millions aux Etats-Unis, soit 7 fois plus de recettes aux Etats-Unis qu'en Europe occidentale¹¹.

La Commission Européenne s'est récemment penchée sur ces questions.

En avril 2004 notamment, la Commission a publié une communication au Conseil et au Parlement Européen, reconnaissant que de nombreux opérateurs préconisent en général la demande de plus de licences communautaires¹². Il y est dit que « *Dans ce contexte, les autorisations communautaires s'appliquent de façon générique à l'octroi de licences par une seule société de gestion, en une transaction unique, pour une exploitation dans toute la Communauté.* » Aussi, la Commission a reconnu que, afin de sauvegarder le fonctionnement de gestion collective et d'octroi de licence dans tout le marché interne, une approche législative au niveau communautaire était nécessaire.

Par la suite, en juillet 2005, la Commission a publié un document de travail intitulé « *Etude pour une initiative communautaire pour la gestion collective transfrontalière des droits d'auteur* » (« l'Etude »), qui mettait en avant les problèmes principaux concernant les licences collectives de musique en ligne dans l'UE. Dans ce document, la Commission confirmait que le but principal devrait être un mouvement vers des licences paneuropéennes. Elle a donc pris en considération trois options principales.

- (a) La première option était de ne rien faire. Cette option fut immédiatement éliminée par la Commission.
- (b) La deuxième option nécessiterait l'élimination des restrictions territoriales et des clauses de résidence du client dans les accords réciproques traditionnels contractés par les sociétés de collecte. Ce choix est basé en substance sur le système de licences multi-répertoire et multi-territoriales envisagé dans la dernière version de l'accord Simulcast. C'est une option qui regarde en aval, soit au niveau des utilisateurs commerciaux (comme iTunes, Spotify, etc.).

¹¹ Les chiffres suivants confirment également cette tendance, montrant surtout que 8% seulement des européens connectés achètent de la musique sur le Net, contre 15% aux Etats-Unis. Tandis que les ventes numériques représentent 5% des ventes européennes, les chiffres américains sont de 13% (mais le Royaume-Uni est en tête, avec 44% de toutes les recettes de musique numérique). D'autre part, le rapport sur l'état de la musique numérique de l'IFPI en 2010 montre qu'un européen dépense moins de 2 euros en moyenne pour de la musique numérique, contre 8 euros pour un américain, et 7 euros pour un japonais.

¹² La proposition d'une concession de licence directe au sein des frontières européennes n'est pas une idée nouvelle. Par exemple, au 19^e siècle la société de collecte SACEM fonctionnait comme ça au Royaume-Uni. La pratique de percevoir des royalties et autres rémunérations pour la représentation d'un répertoire français n'a cessé que quand le Royaume-Uni a créé sa propre société de collecte.

(c) La troisième option est de donner aux ayants droit le choix d'autoriser une certaine société de collecte à octroyer des licences de leurs œuvres dans toute l'UE. C'est une option qui regarde en amont, soit au niveau des ayants droits.

L'Etude a conclu que l'option la plus satisfaisante pour parvenir à de nouvelles structures de licences transfrontalières pour le en ligne était la troisième option.

5. La Recommandation de la Commission Européenne relative à la gestion collective transfrontalière dans le domaine des services licites de musique en ligne

Après l'Etude, en octobre 2005, la Commission a adopté une Recommandation sur l'octroi de licence pour les droits en ligne d'œuvres musicales. Ce faisant, la Commission optait pour une « norme douce » (c'est-à-dire une recommandation), plutôt qu'une approche législative (comme une directive ou autre disposition réglementaire). La Recommandation concluait que les ayants droit devraient se voir accorder le droit de choisir leur société de collecte. Elle soutenait ainsi le système de la troisième option. La Recommandation stipule notamment que les ayants droit devraient pouvoir :

- (i) Autoriser toute société de collecte existante d'octroyer une licence pour leurs œuvres dans toute l'UE ;
- (ii) Déterminer l'étendue territoriale de la licence, sans tenir compte de l'Etat membre de résidence ou de la nationalité de la société de collecte et de l'ayant droit ;
- (iii) Retirer n'importe lequel des droits en ligne et transférer la gestion multi-territoriale de ces droits à une autre société de collecte.

En particulier, que se passerait-il si les ayants droits se voyaient accorder le droit d'approcher la société de collecte de leur choix ? En donnant aux ayants droits une telle liberté de choix, le système de la troisième option :

(a) Marginaliserait le rôle des accords de représentation réciproque ; et

(b) Mettrait en place le choix et la concurrence en amont (c'est-à-dire au niveau entre les ayants droit et les sociétés de collecte).

Le principe majeur derrière un tel système est que le pouvoir qu'a une société de collecte d'octroyer des licences territoriales et de répertoire en ligne ne devrait pas provenir des accords de représentation réciproque entre sociétés de collecte, mais des ayants droit qui concluent leurs contrats directement avec la société de collecte de leur choix. En éliminant ces intermédiaires en faveur d'une adhésion directe dans une seule société de collecte, ce système serait bénéfique aux ayants droit ; par exemple, ce système ne forcerait pas les ayants droit à payer autant de frais de retenue qu'il y a de sociétés de collecte, et leur permettrait de voir leurs revenus augmenter.

De plus, on peut penser qu'un tel système pourrait créer un environnement plus concurrentiel pour l'octroi de licences transfrontalières, un environnement dans lequel existerait une concurrence entre sociétés de collecte pour attirer les ayants droit, et donc qui les encouragerait à fournir des services plus diversifiés et de meilleure qualité¹³.

Premièrement, on estime qu'un environnement véritablement concurrentiel pourrait être créé, un environnement dans lequel - si une société propose des services trop chers ou pas efficaces - les ayants droit pourraient passer à une autre société dont les services seraient plus conformes à leurs besoins individuels.

Deuxièmement, ce système permettrait aussi aux sociétés de créer des répertoires propre à un genre donné (des niches), en se spécialisant dans certains domaines (ce qui n'est pas encouragé, par exemple, dans l'accord Simulcast, où chaque société de collecte propose aux utilisateurs commerciaux des répertoires identiques). On peut imaginer par exemple que les ayants droit confient à la société A l'octroi de licence de musique latino-américaine pour la distribution via la téléphonie mobile, à la société B pour la distribution en streaming et par téléchargement, la société C pour les autres œuvres par simulcasting, et ainsi de suite. Un tel système serait donc un système dynamique et donnerait aux sociétés de collecte l'occasion de développer des marchés de niche en raison de la nature spécifique à la fois de leur répertoire et des formes d'exploitation et de distribution de la musique.

6. *Considérations critiques du « système de la troisième option »*

Le « système de la troisième option » analysé plus haut est acclamé par plusieurs opérateurs et commentateurs comme le plus approprié. D'autres, cependant, l'ont critiqué pour plusieurs raisons.

¹³ Comme l'a montré l'Etude de 2005, le système en question devrait être plus concurrentiel que celui envisagé dans l'accord Simulcast. En effet, d'après l'Etude, des accords tels que ceux de la version finale de Simulcast (que la Commission a tout de même approuvé) présentent un service « statique », capable de geler, et non de promouvoir, la concurrence entre les sociétés de collecte. Pourquoi des accords tels que ceux de Simulcast ne proposent-ils qu'un service « statique » ? Je vous donne un exemple simple (également souligné dans l'Etude).

Supposons que les 27 sociétés nationales des pays de l'UE passent des accords de représentation réciproque qui ne mentionnent pas de « restriction territoriale » ni de « clause de résidence » (comme dans Simulcast). De tels accords permettraient sans doute aux 27 sociétés d'accorder aux utilisateurs des licences multi-répertoire et multi-territoriales de manière illimitée, couvrant ainsi les 27 pays de l'UE (et les utilisateurs seraient libres de contacter n'importe quelle société de collecte dans l'UE). Cependant, il n'y aurait aucune différence dans les services offerts par les 27 sociétés, aucune société n'ayant son propre répertoire, plus ou moins attractif et spécifique ; en effet, toutes ces sociétés de collecte - en raison du réseau de réciprocité « symétrique » - offriraient aux utilisateurs commerciaux un répertoire identique. Ces utilisateurs ne seraient donc pas incités à passer d'une société à une autre parce que les services rendus par n'importe laquelle des 27 sociétés seraient immuables. C'est pourquoi la concurrence entre sociétés de collecte serait purement « statique ».

En revanche - comme le souligne l'Etude de 2005 - donner aux ayants droit la possibilité de choisir librement et de pouvoir passer d'une société à l'autre pourrait créer un environnement concurrentiel, qui obligerait les sociétés à faire jouer une véritable concurrence entre elles, et en particulier d'offrir un service plus diversifié et de meilleure qualité aux ayants droit.

(i) Tout d'abord, les bénéficiaires des ayants droit seraient plus importants que les coûts subis par certains utilisateurs commerciaux. En effet, nous devons prendre en compte qu'il y a toujours des utilisateurs qui ont besoin d'un répertoire important et qui aimeraient obtenir une licence globale multi-répertoire d'une seule société de collecte : ces utilisateurs ne sont donc pas intéressés par des répertoires spécialisés mais préféreraient obtenir une licence communautaire couvrant un répertoire global et intégral.

Au contraire, en adoptant ce système, les dits utilisateurs pourraient subir des coûts de transaction plus élevés parce que - afin d'obtenir un répertoire plus important - il leur faudrait contacter plus d'une société de collecte : en d'autres termes, ces utilisateurs commerciaux perdraient le guichet unique dont ils ont l'habitude. Au lieu de ça, le système en question préfère une « fragmentation du répertoire » (qui, dans une certaine mesure, est arrivé après la Recommandation, comme nous le voyons au paragraphe suivant).

(ii) Deuxièmement, à cause de la concurrence féroce pour attirer les ayants droit, les sociétés de collecte pourraient avoir tendance à faire payer aux propriétaires le prix le plus bas (une « course vers le fond »). Au bout du compte, cela pourrait se faire au détriment des ayants droit, exposés à une mauvaise gestion de leurs œuvres en plus d'une faible rémunération. Ceci pourrait ensuite avoir des effets négatifs sur les incitations à créer de nouvelles musiques¹⁴.

(iii) Troisièmement, on s'est demandé si ce système de troisième option prend convenablement en considération l'intérêt des artistes mineurs, par exemple les artistes connus uniquement dans leur pays. En effet, ils n'ont pas forcément les moyens d'autoriser une société de collecte à octroyer des licences de leurs œuvres dans un autre Etat membre. La barrière de la langue et des difficultés organisationnelles peuvent d'ailleurs représenter des risques insurmontables¹⁵. Certains pensent donc que le système proposé pourrait comporter un risque de discrimination envers les petits ayants droits nationaux. Ces inquiétudes ont aussi été exprimées par le Parlement Européen dans la Résolution (adoptée le 13 mars 2007). Selon le Parlement, les sociétés de collecte ne doivent pas perdre de vue leur rôle de protecteur des plus petits détenteurs de droits d'auteur.

(iv) Enfin, certains ont déjà fait remarquer que le système en question pourrait marginaliser les petites sociétés de collecte, au bénéfice de 3 ou 4 grosses sociétés de collecte. On pense par exemple aux sociétés de collecte des petits membres européens qui seraient défavorisés par rapport aux sociétés française, britannique, allemande ou espagnole (elles sont en position de négociation et ont les moyens de gérer des répertoires à travers toute l'UE, et sont donc capables d'attirer plus de propriétaires de droits). En

¹⁴ Dans le cas du CISAC, la Commission a refusé cet argument, se référant aux mécanismes de prix de l'accord Simulcast où les royalties des ayants droit étaient garanties par un montant fixe.

¹⁵ Par exemple, la société de collecte Suisse pense que « la proximité compte pour les individus », et qu'il est important que les individus soient en contact direct avec leur société locale, avec qui ils partagent une langue commune et une certaine confiance.

fait, les petites sociétés de collecte nationales s'inquiètent que leur rôle soit marginalisé si elles suivent le système recommandé par la Commission. Il en résulterait un appauvrissement de la production et de la variété musicale du pays. En effet, comme je le disais plus haut, nous devons prendre en compte que l'un des buts des sociétés de collecte est la promotion des activités sociales et culturelles¹⁶.

7. *Après la Recommandation : la montée timide des « plateformes » d'octroi de licences*

Que s'est-il passé après la Recommandation ?

La 3 janvier 2008, la Commission a publié la « *Communication sur les contenus créatifs en ligne dans le marché unique* », qui soulignait le besoin d'améliorer les mécanismes actuels d'octroi de licence pour permettre le développement de licences multi-territoriales (notons que la Communication ne concerne pas uniquement la musique mais s'étend au contenu en ligne).

Quelle a été la réaction des marchés ? Il semble qu'il y ait eu une légère progression vers un système d'octroi de licence communautaire. Certains s'attendaient à ce que ce geste soit provoqué par un processus concurrentiel déclenché par la possibilité pour l'ayant droit de s'adresser à la société de collecte de son choix, comme le suggèrent l'Etude et la Recommandation de la Commission.

Il semble cependant que certains systèmes d'octroi de licence communautaire aient été créés de manière différente, c'est-à-dire en créant de nouvelles plateformes transfrontalières qui regroupent plusieurs répertoires. Certaines de ces plateformes sont conçues comme des « plateformes ouvertes » prêtes à attirer de plus en plus de détenteurs de droits ; même les sociétés de collecte pourraient avoir un intérêt à regrouper leurs répertoires dans ces nouvelles plateformes¹⁷.

Analysons ces plateformes :

a) Centralised European Licensing and Administrative Service (CELAS). CELAS GmbH, joint-venture entre la société de collecte *Gema* et la société de collecte britannique *PRS for Music*, est une entité créée en 2007 et basée à Munich. CELAS a été créé pour permettre l'octroi de licences transfrontalières et propose des services administratifs au niveau paneuropéen pour l'exploitation en ligne et mobile (soit un marché spécifique). Au début, l'entité était théoriquement « ouverte à tout types de détenteurs de droit » mais elle n'octroie actuellement de licences que pour les droits mécaniques du répertoire

¹⁶ Qu'en est-il de la gestion individuelle ? Est-ce qu'aujourd'hui les détenteurs de droits peuvent individuellement gérer leurs droits sans l'aide des sociétés de collecte ? Selon une première école de pensée, les Digital Rights Management (DRM [gestion des droits numériques]) permettent désormais une gestion individuelle. Mais les sociétés de collecte trouvent cette hypothèse un peu rapide étant donné le coût élevé pour mettre en place les DRM que les particuliers ne peuvent pas se permettre.

¹⁷ Voir aussi la déclaration citée plus haut de la Confédération Internationale des Editeurs de Musique, envoyée à la Commission Européenne le 23 avril 2010 (disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/hearing20100423/panel_1_icm_p_en.pdf)

anglo-américain d'EMI Music. Les licences couvrent toutes les formes d'exploitation interactives et quelques formes d'exploitation non-interactives, dont les sonneries, le téléchargement, le streaming et le webcasting. En 2008, CELAS a passé des accords avec plusieurs utilisateurs commerciaux, dont 7digital, iTunes, Nokia, Real, et Omnifone. Avant la fin janvier 2009 par exemple, des licences avaient été accordées à plus de 20 des plus gros fournisseurs numériques européens. Le 26 janvier 2008, CELAS signait le tout premier accord européen avec l'opérateur mobile Omnifone.

(b) Pan-European Digital Licensing (PEDL) [Licences numériques paneuropéennes]. L'initiative PEDL a été lancée en juin 2006 par la Warner Chappell Publishing. Certaines sociétés de collecte ont rejoint l'initiative : PRS for Music (Royaume-Uni), STIM (Suède), SACEM (France), SGAE (Espagne), BUMA-STEMRA (Pays-Bas), SABAM (Belgique), et SPA (Portugal). Ces sociétés de collecte ont été désignées comme agents concédants de licences non exclusifs de Warner/Chappell Music et proposent des licences pour le numérique et le mobile du répertoire anglo-américain de Warner/Chappell. En principe, toute société de collecte européenne peut rejoindre l'initiative, à condition de respecter un ensemble de critères destiné à assurer transparence, efficacité et responsabilité.

c) L'initiative ARMONIA. En janvier 2007, SGAE et la SACEM (les sociétés de collecte espagnole et française) ont signé un Protocole d'accord pour mettre en place un cadre commun pour l'octroi de licences d'exploitation d'œuvres en ligne et mobiles. Plus tard, la société de collecte italienne, SIAE, a rejoint l'initiative. La plateforme ARMONIA - gérée conjointement par SGAE, la SACEM et SIAE - est conçue pour accorder des licences au niveau communautaire. Armonia représente actuellement les répertoires des sociétés de collecte française, espagnole et italienne en Europe et en Amérique Latine, avec les œuvres anglo-américaines de Universal Music Publishing et les œuvres latino-américaines de Sony, EMI Music Publishing et Peer Music.

L'essor de ces plateformes confirme qu'une nouvelle tendance se dessine doucement, une tendance à accorder des licences musicales non seulement via n'importe laquelle des sociétés de collecte existante, mais via de nouvelles plateformes de plus en plus importantes dans lesquelles non seulement les sociétés de collecte mais aussi les détenteurs de droits regroupent leurs répertoires^{18 19}.

¹⁸ Cependant, jusqu'ici, seule l'initiative CELAS semble vraiment marcher : nous n'avons pas d'informations précises sur le nombre de licences accordées à ce jour par les autres plateformes.

¹⁹ Dans certains de ces cas, la distribution et l'adhésion resterait locale, c'est-à-dire au niveau de la société nationale, seule la fonction d'octroi de licence étant centralisée. Il existe aussi des aspects négatifs à ces plateformes :

(i) D'abord, la conséquence d'un tel changement est que l'accès à un répertoire mondial n'est plus possible par un guichet unique, et les utilisateurs commerciaux se voient donc obligés de négocier des licences individuelles avec chacune des nouvelles plateformes afin de fournir une offre complète aux consommateurs (c'est encore la « fragmentation du répertoire »)

(ii) Ensuite, on a noté que ces plateformes impliquent seulement les gros éditeurs. On a notamment souligné qu'il y a eu un transfert de pouvoir des sociétés de collecte vers les gros éditeurs. Les fournisseurs de musique en ligne sont de plus en plus dépendants des répertoires des gros éditeurs, puisqu'ils ne pourraient pas proposer une offre acceptable aux consommateurs si il leur manquait plus d'un de ces répertoires. En effet, ceux-ci sont un passage obligé pour les utilisateurs

8. *Quelle est la prochaine étape dans l'UE ?*

Est-ce que la tendance que l'on vient de montrer sera encouragée par l'UE ? Ou bien est-ce que l'UE va confirmer l'option choisie par la Recommandation de 2005, celle de donner aux détenteurs de droits le droit de choisir la société de collecte qu'ils veulent ? On ne le sait toujours pas. Le 22 janvier 2011, Michel Barnier, Commissaire européen au Marché Intérieur, a souligné qu'un instrument législatif sera bientôt proposé avec pour but de faciliter « *la transition vers une gestion collective plus fluide et plus simple, au bénéfice des citoyens, des créateurs et des services innovants. Nous voulons plus de transparence dans les relations avec les utilisateurs et les ayants droit.* » En revanche, dans sa Communication de mai 2011, la Commission Européenne a noté que le nouveau mécanisme devrait permettre la création de « courtiers en droit » capables d'octroyer des licences et de gérer le répertoire musical mondial de manière multi-territoriale. La Commission semble donc saluer et préconiser les plateformes que j'ai mentionnées plus haut. Il reste à voir si l'instrument que la commission finira par adopter sera une directive d'harmonisation ou bien une norme douce (comme une recommandation).

A mon avis, la Commission va prendre une initiative après la décision de l'instance d'appel de l'affaire CISAC, qui doit être prononcé très prochainement. Que sont les accords de la CISAC ? C'est une série d'accords de représentation réciproque conclus par 24 sociétés de collecte de l'EEE membres de la CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs). Un premier cadre général avait été établi en 1936. Plus récemment, ces accords ont autorisé l'octroi de licence pour les nouvelles formes d'exploitation : le satellite, le câble, et la diffusion de musique sur Internet. Les accords de représentation CISAC contiennent en gros les clauses que j'ai mentionnées au début : les clauses de restriction territoriale, qui empêchent les sociétés de collecte de proposer des licences aux utilisateurs commerciaux en dehors de leur territoire national. L'effet de ces clauses pour les utilisateurs commerciaux qui veulent offrir des services paneuropéens (comme le groupe de diffusion RTL ou le fournisseur de musique en ligne britannique Music Choice, qui étaient plaignants dans l'affaire) est qu'ils ne peuvent pas recevoir une licence couvrant plusieurs Etats membres, mais doivent négocier avec chacune des sociétés de collecte nationales. Les accords CISAC contiennent aussi une « clause d'adhésion » qui empêche les propriétaires de droit d'auteur de choisir une société de collecte, ou bien de passer de l'une à l'autre.

Bien sur, la Commission Européenne n'était pas vraiment satisfaite des clauses ci-dessus. C'est pourquoi elle a dit en juillet 2008 que les accords restreignaient la concurrence en limitant la possibilité des détenteurs de droits et des utilisateurs de proposer leurs services en dehors de leur territoire national. La Commission a décidé notamment que c'était une

commerciaux. Ils leur permettent de capturer la plupart des utilisateurs commerciaux, qui n'ont pas d'autre choix que d'accepter les termes (et peut-être les prix anticoncurrentiels) imposés par les nouvelles plateformes.

(iii) On a aussi souligné que ces plateformes n'impliquent que de grosses sociétés de collecte, et pas les plus petites, comme les sociétés de collecte des petits pays de l'UE. A ce sujet, la Résolution du Parlement Européen de 2007 a souligné les risques associés à ces plateformes, surtout quand il s'agit de petites sociétés de collecte, et en particulier la menace que présente pour la diversité culturelle une représentation médiocre des répertoires moins populaires au sein des nouvelles joint-ventures.

violation de l'Art. 101 TFUE et a demandé à ce que les accords et les pratiques soient modifiés. Un recours a été introduit devant la Cour Générale et la décision devrait être bientôt connue^{20 21}.

9. Une réponse mondiale possible : la Global Repertoire Database

Un outil qui pourrait s'avérer utile pour établir une infrastructure pour l'octroi de licences multi-territoriales dans le monde est la Global Repertoire Database. L'industrie musicale travaille en ce moment à la création de cette base de données, afin qu'il soit plus facile et plus rapide de mettre sur le marché les nouveaux services de musique en ligne.

En gros, cette base de données, sollicitée par plusieurs éditeurs musicaux tels Universal Music Publishing, serait un dépôt centralisé du droit d'auteur et des droits connexes, et fournirait les informations principales pour identifier (i) les œuvres protégées ou les enregistrements sonores, (ii) les propriétaires des droits de ces œuvres, (iii) les représentants de ces propriétaires, (iv) et fournirait aussi un lien entre les données relatives aux œuvres protégées et les données relatives aux enregistrements sonores qui représentent ces œuvres.

Elle permettrait aux utilisateurs d'identifier facilement (i) les droits qu'ils exploitent dans le contexte d'un quelconque service, et (ii) les propriétaires ou les représentants à contacter pour des licences afin d'assurer leurs services de manière légitime. La base de données fournirait aussi les données nécessaires pour la gestion de licence, y compris les rapports d'exploitation et de distribution de royalties. La base de données améliorerait considérablement la transparence, l'efficacité, la simplification et l'harmonisation de l'octroi de licence.

En effet, l'industrie estime que 100 millions d'euros pourraient être économisés chaque année en frais administratifs qui pourraient être reversé aux compositeurs et à l'industrie.

Le besoin de quelque chose semblable à une telle base de données a récemment été confirmé par le directeur de l'OMPI Francis Gurry dans la déclaration de février 2011 mentionnée plus haut : « un registre musical international constituerait une étape capitale et nécessaire dans l'établissement de l'infrastructure de licences mondiales. » On peut dire que ce serait à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle de créer et gérer

²⁰ En particulier, la Commission était convaincue que le retrait des restrictions permettrait aux propriétaires de droits de choisir quelle société de collecte gérerait ces droits, par exemple selon la qualité du service, l'efficacité de la collecte, ou le niveau des frais de gestion. Les utilisateurs pourraient aussi plus facilement obtenir des licences pour diffuser de la musique sur Internet, par câble ou par satellite dans plusieurs pays grâce à une seule société de collecte qu'ils auraient choisie.

²¹ La décision a aussi été mise en question par des organisations qui n'étaient pas citées, à savoir CISAC et EBU (European Broadcasting Union), représentant les intérêts des radiodiffuseurs. Ce dernier a demandé à intervenir auprès de CISAC et de la société de collecte slovène Sazas. Entre temps, la Cour Générale et la CJE ont refusé d'accorder les mesures intérimaires demandées par la société de collecte hongroise qui avait voulu l'interruption des parties du dispositif de la décision de la Commission

une base de données internationale, de rassembler les informations sur qui détient quels droits relatifs à des œuvres musicales spécifiques.