



**HAL**  
open science

# Les sociétés d'auteurs et le droit communautaire de la concurrence

Ryane Meralli-Ballou

► **To cite this version:**

Ryane Meralli-Ballou. Les sociétés d'auteurs et le droit communautaire de la concurrence. Droit. Université Paris Sorbonne, 1983. Français. NNT : . tel-03253999

**HAL Id: tel-03253999**

**<https://theses.hal.science/tel-03253999v1>**

Submitted on 8 Jun 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES SOCIETES D'AUTEURS

ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

*Thèse pour le doctorat de troisième cycle*

*présentée et soutenue publiquement le 21 Juin 1983 par*

*Ryane MERALLI-BALLOU*

*Président : M. André FRANCON*

*Suffragants : M. Philippe FOUCHARD*

*M. Claude JOUBERT*

LES SOCIETES D'AUTEURS

ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

*Thèse pour le doctorat de troisième cycle*

*présentée et soutenue publiquement le 21 Juin 1983 par*

*Ryane MERALLI-BALLOU*

*Président : M. André FRANCON*

*Suffragants : M. Philippe FOUCHARD*

*M. Claude JOUBERT*

L'UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS  
n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les  
thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

J'exprime ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur André FRANCON qui m'a préconisé cette direction de recherche, puis guidé conseillé au cours de mon travail et particulièrement pour la patience dont il a su faire preuve à mon égard.

J'adresse mes plus vifs remerciements

à Monsieur Phillipe FOUCHARD, Professeur à l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris-2), pour l'honneur qu'il m'a fait en acceptant de participer au jury,

à Monsieur Claude JOUBERT, Directeur Délégué de la Sacem qui a bien voulu accepter de participer au jury,

à Monsieur Michel GAUTREAU, Directeur du Service Juridique de la Sacem, pour les renseignements qu'il m'a donnés et l'aimable aide qu'il m'a fournie,

à Madame BESSE-DESMOULIERES, Directrice de la Bibliothèque de Droit européen, qui m'a permis de consulter la documentation de Droit européen.

INTRODUCTION

L'auteur créateur de l'oeuvre a souvent recours aux services d'un professionnel pour l'exploitation de ses droits. C'est le rapport traditionnel entre l'écrivain et son éditeur. Ce dernier se charge de la publication et de la promotion de l'ouvrage.

Dans le domaine de l'édition papier (oeuvre littéraire ou musicale) et des arts plastiques, le rapport bilatéral est fort satisfaisant. Mais il apparaît très vite limité lorsque l'oeuvre est du domaine des arts dramatiques ou musicaux et peut faire l'objet d'une représentation publique. Pour pouvoir prélever des droits, il faut vérifier toutes les utilisations qui sont faites de l'oeuvre. Une telle surveillance dépasse les capacités d'une personne seule. En France, cette lacune a été perçue par les auteurs d'oeuvres musicales dès le milieu du siècle dernier (1), mécontents de constater que leurs prestations ne faisaient l'objet d'aucune rémunération, ils ont décidé avec leurs éditeurs de créer un organisme professionnel : la SACEM, la Société des Auteurs, des Compositeurs et des Editeurs de Musique. La SACEM fut chargée de surveiller l'utilisation des prestations de ses adhérents, de la perception des droits afférents à cette utilisation et de leur répartition au prorata des prestations de chacun des membres.

Devant le succès de cet organisme, l'idée s'est imposée de créer des sociétés similaires dans d'autres domaines du droit d'auteur. Ainsi a été fondée la SACD qui regroupe les

---

(1) Schmidt op. cit. p. 135 n° 118

auteurs d'art dramatique et dont l'objet est la gestion des droits tirés de la représentation des oeuvres théâtrales et lyriques mises en scène dans leur totalité, catégorie des droits que l'on désigne par "les grands droits". En matière de droit de reproduction le principal groupement est la SPADEM, qui gère les droits relatifs aux dessins et modèles. Enfin dans le domaine littéraire, a été fondée la Société des Gens de Lettres.

La gestion des contrats de concessions de droits n'est pas la seule activité des sociétés d'auteurs. L'accent doit aussi être mis sur leur caractère de groupement professionnel, réunissant des auteurs indépendants, pour leur permettre de mieux faire valoir leurs droits professionnels mais aussi sociaux.

La structure sociétaire a servi de modèle dans tous les pays. Et à l'heure actuelle, de tels organismes professionnels existent dans tous les domaines de la création artistique et littéraire. Ces organismes, que l'on désigne communément sous le nom de "sociétés d'auteurs", regroupent aussi les éditeurs dont les intérêts sont complémentaires à ceux des auteurs. Cette complémentarité revêt un double aspect économique et moral. Conscients de leur communauté d'intérêts, les auteurs ont, dès l'origine de la fondation de l'organisme professionnel, demandé aux éditeurs de venir s'associer à eux et de faire front commun face aux "utilisateurs", terme qui désigne toutes les personnes physiques ou morales amenées à utiliser les prestations des auteurs.



Le développement des techniques de diffusion et de reproduction a, par la suite, renforcé l'utilité et révélé toute la nécessité de tels organismes professionnels. La société d'auteur est devenue le partenaire indispensable lors de l'exploitation des droits. Elle seule possède un réseau complet de surveillance, elle seule peut s'occuper de la perception, de la centralisation et de la répartition des recettes au prorata des prestations de chaque adhérent. Tout en réservant une partie des sommes à ses frais de fonctionnement et à la subvention des oeuvres sociales et culturelles.

Dans la majorité des pays les sociétés de gestion des droits d'auteur sont en situation de monopole (1). Elles regroupent la majorité des auteurs d'un même genre d'oeuvres et peuvent ainsi supporter les frais découlant de la surveillance et de la perception. L'importance économique des sociétés d'auteurs, leur donne la possibilité de négocier au mieux, les intérêts de leurs adhérents face à des utilisateurs "puissants", tels que les stations de radiophonie. Cette opinion a été bien exprimée par Monsieur Satanovsky lors du Congrès de la Conférence internationale des sociétés d'auteurs en 1962 (CISAC) :

"Il est un principe fondamental selon lequel certaines activités excèdent la capacité individuelle et doivent être perfectionnées, en tant qu'instrument de défense et de

---

(1) Aux USA, il existe deux sociétés qui regroupent les auteurs d'oeuvres musicales.

diffusion par la coopération professionnelle collective, toujours supérieure à la somme des efforts individuels." (1)

Toutes les sociétés ne gèrent pas directement les droits de leurs adhérents. Certaines sociétés, tels la SACD qui regroupe les auteurs et compositeurs d'oeuvres dramatiques, constituent seulement des groupements professionnels comparables aux syndicats. Ainsi la SACD élabore des contrats d'abonnements en coopération avec les directeurs des théâtres, et ces contrats s'appliquent sur le même principe que les conventions collectives du droit du travail. Les cocontractants : l'auteur et le directeur de théâtre acceptent de se conformer aux prescriptions du contrat d'abonnement au mieux, d'adopter des clauses plus favorables que celles prévues par le contrat d'abonnement, celui-ci représente un statut minimum garanti aux adhérents de la SACD (2).

Dans d'autres situations, la société d'auteur pourra intervenir en tant que conseil ou soutien pour ses adhérents.

Comme l'a dit le Docteur Mouchet, la société d'auteur est devenue "le véritable protagoniste du droit d'auteur" à notre époque (3).

---

(1) Grampone : Fonctionnement et contrôle des sociétés d'auteurs in Riela, n° 107, 1981, p. 23, qui cite Monsieur Satanovsky.

(2) Dietz : Le droit primaire des contrats d'auteurs dans les Etats membres de la CEE, op. cit. p. 193.

(3) Grampone, note 1 ci-dessus, op. cit. p. 24.

Après la guerre, sous l'impulsion de quelques hommes, la nécessité s'est faite sentir de reconstruire l'économie européenne sur une base différente. De faire reposer l'idée de paix et de coopération sur des fondements économiques et non seulement idéologiques. Un traité établissant une communauté économique a été signé entre l'Allemagne, la France, l'Italie et les Pays du Benelux (Belgique, Pays-Bas et Luxembourg). Par la suite en 1973, s'y sont joints la Grande-Bretagne, l'Irlande et le Danemark et enfin en 1981, la Grèce.

La principale originalité, de ce Traité signé à Rome le 25 mars 1957, touche au principe de la "libre circulation" des marchandises, des services et des hommes afin d'établir une véritable communauté régionale.

L'article 30 de ce traité dispose :

"Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres sans préjudice des dispositions ci-après".

La question qui nous intéresse ici, est celle de savoir si le Traité de Rome s'applique au droit d'auteur et par là même aux organismes qui interviennent lors de la mise en oeuvre de ce droit, c'est à dire aux sociétés d'auteurs.

Une très vive controverse s'est développée sur la question de l'applicabilité du Traité de Rome au droit d'auteur. Le principe de la non-applicabilité a été soutenu par Hepp et par Monsieur Gotzen (1). Ils considèrent que le droit d'auteur,

---

(1) Hepp : L'exercice du droit de propriété littéraire et artistique dans la CEE in "Le Droit d'auteur" 1964, p. 311.  
Gotzen : Le droit de destination de l'auteur. Ed. Larcier Bruxelles 1975. Compte rendu par M. Desbois in RIDA 1975 n° 85 p. 216.

dont les perspectives sont morales et culturelles, ne peut être influencé par les perspectives économiques du Traité.

Monsieur Gotzen se réfère directement au Traité de Rome et démontre que celui-ci ne fait aucune référence au droit d'auteur. C'est là, selon lui, une preuve irréfutable que les préoccupations économiques du Traité n'influencent en rien les droits d'auteur. Le Traité mentionne expressément la propriété industrielle, c'est donc sciemment que le droit d'auteur a été écarté.

Plus modérée, la majorité des spécialistes accepte le principe de l'application du Traité au droit d'auteur. Comme le dit Monsieur Françon (1), si le droit d'auteur comporte des attributs d'ordre moral, il inclut aussi des attributs d'ordre pécuniaire et ce second aspect de par ses conséquences économiques entre dans le champ d'application du Traité. Celui-ci ne mentionne pas le droit d'auteur mais il y fait référence indirectement, dans l'article 106. Cet article dans son alinéa 3° "indique que les Etats membres s'engagent à ne pas introduire entre eux de nouvelles restrictions aux transferts afférents aux transactions invisibles, énumérées à la liste qui fait l'objet de l'annexe III du présent Traité". "Or, si l'on se reporte à cette annexe, on voit que celle-ci

---

(1) Françon : "le droit d'auteur et le Traité de Rome" in RIDA 1979 n° 100, p. 147.

Colombet : op. cit. p. 407.

visé... les droits d'auteur" (1). Monsieur Dietz, sans écarter cet argument souligne cependant que l'article 106 concerne les modalités d'application du principe de la libre circulation et non la reconnaissance des droits eux-mêmes (2).

L'argument le plus favorable à la thèse qui soutient que le Traité vise le droit d'auteur mais l'écarte de son champ d'application est celui tiré de l'article 222 qui dispose

"Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres".

Les autorités communautaires n'admettent pas une interprétation qui aboutirait à écarter tous les droits de propriété du champ d'application du Traité et notamment la propriété industrielle. L'article 222 tel qu'il est interprété par les autorités communautaires ne permet pas selon Monsieur Bonet, "l'assimilation des propriétés intellectuelles au droit de propriété classique" (3).

Quant à l'article 234 du Traité qui dispose :

"Les droits et obligations résultant des conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du Présent Traité, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent Traité".

"Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent Traité, le ou les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées ..."

---

(1) Françon, op. cit. p. 144 (voir note 1 page précédente)

(2) Dietz, op. cit. p. 16 n° 33.

(3) Bonet, Propriétés intellectuelles. RTDE n° 1 janvier 1981, p. 97.

Il résulte de l'application jurisprudentielle que cet article ne s'applique qu'aux rapports des Etats membres et des Etats tiers, dans la mesure où les dispositions en sont compatibles avec le Traité (1).

Etant admis que le Traité s'applique au droit d'auteur, il faut analyser les modalités de cette application.

Le Traité pose deux règles fondamentales qui sont :

- d'une part le principe de la libre circulation
- et d'autre part celui de la libre concurrence.

Le premier principe : la libre circulation a fait l'objet de nombreuses études (2), il suffit d'en retracer ici l'essentiel.

\*

\*        \*

En voulant établir une zone d'échange privilégiée le Traité a été amené à limiter les droits privatifs reconnus par les législations nationales. Les principes de libre échange sont contenus dans deux articles principaux, l'article 30 (3) qui vise la libre circulation des marchandises et l'article 59(4)

---

(1) Musik-Vertrieb Membran et K-Tel International c/ la Gema, CJCE 20 janvier 1981, aff 55/80, Rec 1981 p. 147. Conclusions de l'avocat général Warner. Cf. les observations de M. Françon RTD Com. 1981 p. 538.

(2) Cf. la bibliographie.

(3) Article 30 : "Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes les mesures d'effet équivalent sont interdites entre les Etats sans préjudices des dispositions ci-après."

(4) Article 59 : "Dans le cadre des dispositions ci-après, ces restrictions à la libre circulation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services, ressortissant d'un Etat tiers et établis à l'intérieur de la Communauté."

qui vise lui, la libre prestation des services.

L'article 30 supporte une série d'exceptions qui sont contenues dans l'article 36 qui dispose :

"Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale".

"Toutefois ces interdictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres."

Toute la difficulté vient de la dernière proposition énoncée dans le premier alinéa de l'article 36. Comment faut-il appliquer le régime des exceptions et quelle en est la portée ?

Une première thèse se prononçait en faveur de l'application de la théorie de l'abus de droit (1) : l'usage normal du droit de propriété conformément à la législation nationale échappe au droit communautaire. Mais les autorités communautaires ont écarté cette thèse; elles se sont inspirées de la législation allemande et ont retenu la théorie dite des "droits inhérents". En vertu de ce principe, les autorités communautaires distinguent l'exercice du droit, de son existence. Chaque

---

(1) Bonet, op. cit. p. 105

législation est souveraine pour affirmer l'existence d'un droit mais l'exercice de celui-ci pourra être influencé par la mise en oeuvre des principes énoncés par le Traité. Monsieur Focsaneanu a critiqué cette opinion qui aboutit à son avis, à nier le droit lui-même (1). La conséquence en est que la législation nationale peut être "entravée" par la mise en oeuvre du Traité. Si l'oeuvre est divulguée dans un Etat membre par le titulaire du droit ou avec son accord, après cette première mise en circulation, l'oeuvre pourra circuler librement dans les autres Etats membres. Le pouvoir discrétionnaire de l'inventeur est épuisé après la première divulgation.

La théorie de l'épuisement du droit répond de façon fort satisfaisante à la double nécessité de préserver la souveraineté nationale et l'établissement de la suprématie communautaire.

La question de l'application de l'article 36 et de son interprétation jurisprudentielle au droit d'auteur restait en suspens.

Depuis l'arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 1981 dans l'affaire Gema, le doute n'est plus permis. La Cour y affirme très clairement que l'expression "propriété industrielle et commerciale inclut la protection que confère le droit d'auteur" (2).

---

(1) Focsaneanu, La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de concurrence. Chap. IV. Propriétés intellectuelles et concurrence. RMC 1975, p. 351.

(2) Musik Vertrieb Membran et K. Tel International c/ Gema aff. 55-57/80, CJCE 20 janvier 1981. Rec 1981, p. 147.



Et dans son arrêt, la Cour de Justice tire toutes les conséquences : ainsi l'auteur ne peut se prévaloir d'une différence dans les taux de redevance appliqué dans les différents Etats membres, pour interdire l'exportation de son oeuvre vers les autres Etats membres ou pour réclamer un complément de redevance lors de l'entrée de son oeuvre dans un autre Etat membre. Exigence qui aboutit à nier le principe de la libre circulation. Si dans un premier temps la Commission avait semblé admettre le principe d'un complément de redevance (1), la Cour dans son arrêt cité ci-dessus infirme cette interprétation et rejette toute idée d'un complément de redevance. Il appartient à l'auteur de choisir au mieux de ses intérêts le pays de la première mise en circulation.

Les seules limites admises par la jurisprudence au principe de la libre circulation en matière de droit d'auteur sont celles qui résultent d'une exploitation illégale des droits de l'auteur. Ainsi l'auteur pourra faire interdire la circulation des oeuvres contrefaites (2).

D'autre part, la Commission semble favorable à une rapide harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur dans chaque Etat membre; afin d'éviter toutes les difficultés qui peuvent entraver la mise en oeuvre du principe de la libre circulation des oeuvres (3).

---

(1) Gema, décision du 20 juin 1971 JOCE.n° L134, p. 16 et s.

(2) Cass. Com. 20 février 1980, Nakache c/ Sté d'exploitation des Ets. Colin Expansion, RTD Com 1980 p. 544. Observations Françon.

(3) Bulletin des Communautés Européennes, supplément 6/77 L'Action communautaire dans le secteur culturel.

Les milieux intéressés s'inquiètent des conséquences de principe de la libre circulation des marchandises, tel qu'il est appliqué au droit d'auteur par la jurisprudence. Monsieur Françon souligne la sévérité de cette application par rapport à celle faite en matière de propriété industrielle<sup>1)</sup>. L'illégitimité de tout complément de redevance lors de l'importation de l'oeuvre dans un pays où la redevance est plus élevée paraît particulièrement sévère. En effet dans certains pays et notamment en Grande-Bretagne, les dispositions législatives aboutissent à ce que toutes les négociations s'établissent sur la base du taux de licence légale qui est de 6,25 %. Ne pas admettre, de complément de redevance, lors de l'entrée de l'oeuvre dans un autre Etat membre, aboutit à étendre la disposition législative britannique à toute la Communauté.

Un autre sujet d'inquiétude est la trop large application du principe de la libre circulation et son extension à des produits non-originaux de la Communauté. Ainsi les éditeurs américains et britanniques ont décidé en vertu d'un accord et dans l'intérêt commun que chaque groupe disposerait d'une zone d'influence exclusive où il serait seul à opérer. L'Europe occidentale et le Canada étant déclarés zones libres, c'est à dire que chaque groupe peut y vendre ses productions (2). Les éditeurs britanniques craignent que les copies produites aux

---

(1) Cf. note 2 page 11. . Obs. Françon RTD Co 1981 p. 539

(2) Reimer : "Copyright law and the free movement of Goods" in EIC volume 12, 1982, p. 493.

Etas-Unis et vendues en Europe occidentale puissent circuler librement et être importées en Grande-Bretagne. Ils souhaitent vivement que le principe de la libre circulation soit réservé aux marchandises d'origine européenne.

Si le principe de la libre circulation des marchandises est strictement appliqué au droit d'auteur, la Cour de justice semble plus souple en ce qui concerne l'application du principe de la libre prestation de service au droit d'auteur. Comme le montre les arrêts ci-dessous (1). La Société belge Ciné Vog avait obtenu, par accord signé avec le producteur du film "le Boucher" la Société des Films La Boétie, le droit exclusif de distribuer ce film en Belgique, Et ce pour une durée de sept ans à compter de la première projection publique de ce film, qui eut lieu le 15 mai 1970.

Le film fut ensuite retransmis à la télévision allemande, le 5 janvier 1971, la Société belge de distribution par câble, Coditel, a capté l'émission allemande et l'a rediffusée à ses abonnés.

---

(1) TGI de Bruxelles 19 juin 1975 RIDA n° 86 p. 124.  
- Cour d'Appel de Bruxelles. 2e chambre civile. 31 mars 1979. Commentaire Françon RTD Co 1980 n° 2 p. 340.  
- Cour de Justice des Communautés. 18 mars 1980 RIDA n° 105 1980 p. 156. Note Françon.  
- Cour de Cassation belge, 3 septembre 1981 RIDA 114, octobre 1982. p. 19 Corbet "Revue de la jurisprudence belge."  
- Cour de justice des Communautés 6 octobre 1982. RIDA n° 115 p. 120 Note Françon.

La Société Ciné Vog, se prévalant de son droit exclusif de distribution en Belgique, a saisi le Tribunal de Bruxelles qui a condamné la Société Coditel pour infraction aux droits d'auteurs détenus par Ciné Vog.

En appel, Coditel soutenait que l'accord, passé entre la Société des Films la Boétie et la Société Ciné Vog, était nul en vertu de l'article 85 du Traité de Rome et contraire à l'article 59 du même traité. La Cour de Bruxelles a confirmé le jugement de première instance, sous réserve des incidences de droit communautaire. Et elle a posé deux questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés.

"1. Les restrictions interdites par l'article 59 du Traité instituant la CEE sont-elles uniquement celles qui s'opposent à la prestation de services entre ressortissants établis dans les Etats membres différents ou comprennent-elles aussi les restrictions à la prestation de service entre ressortissants établis dans un même Etat membre mais qui concernent une prestation dont la substance provient d'un autre Etat membre ?"

"2. En cas de réponse affirmative au premier membre de la question précédente, est-il conforme aux dispositions du Traité relatives à la libre prestation des services que le cessionnaire des droits de représentation d'un film cinématographique dans un Etat membre invoque son droit pour faire interdire au défendeur de représenter ce film dans cet Etat par sa voie de la télédistribution, alors que ce film ainsi représenté est capté par le défendeur dans ledit Etat membre

après avoir été diffusé dans un autre Etat membre, par un tiers, avec le consentement du titulaire originaire du droit ?"

La Cour de Justice a souligné l'originalité de l'oeuvre cinématographique dans son attendu 12. Différence de nature qui justifie à son avis la différence de régime.

La Cour de Justice a répondu de la façon suivante aux questions posées par la Cour d'Appel de Bruxelles :

"Les dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services ne s'opposent pas à ce qu'un cessionnaire des droits de représentation cinématographique dans un Etat membre invoque son droit pour faire interdire la représentation de ce film dans cet Etat, sans son autorisation par voie de télédistribution, si le film ainsi représenté est capté et transmis après avoir été diffusé dans un autre Etat membre par un tiers, avec le consentement du titulaire originaire du droit".

L'Arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles rendu sur renvoi, a fait droit aux demandes de Ciné Vog.

La Société Coditel s'est pourvue en cassation. La Cour de Cassation belge a formulé une nouvelle question préjudicielle sur la base de l'article 85. Article que la Cour d'Appel de Bruxelles avait écarté comme non applicable au droit d'auteur.

La Cour de Cassation belge a formulé ainsi sa question:

"Lorsqu'une société propriétaire des droits d'exploitation d'un film cinématographique, accorde par contrat à une

société d'un autre Etat membre un droit exclusif de représentation de ce film dans cet Etat, pendant un délai déterminé, ce contrat est-il susceptible en raison des droits et des obligations qu'il contient et du contexte économique et juridique dans lequel il se situe de constituer une entente interdite entre entreprises par l'application de l'article 85 paragraphes 1 et 2 du traité ou ces dispositions sont-elles inapplicables soit parce que le droit de représentation du film ferait partie de l'objet spécifique du droit d'auteur et que, dès lors, l'article 361 du Traité ferait obstacle à l'application de l'article 88, soit parce que le droit que fait valoir le cessionnaire du droit de représentation résulte d'un statut légal lui conférant une protection erga omnes qui échappe aux éléments contractuels et de concertation visé par ledit article 85."

A l'encontre de toute attente (1), la Cour de Justice a répondu que :

"Un contrat concédant un droit exclusif de représentation d'un film pour une période déterminée, sur le territoire d'un Etat membre, par le titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre, ne révèle pas en soi, des interdictions prévues par l'article 85 du Traité, mais il appartient, le cas échéant, à la juridiction nationale de vérifier si, dans un cas d'espèce,

---

(1) Cf. les observations présentées par la Commission et les observations de Mr Françon concernant la position de la doctrine, op. cit. p. 126. Supra note 1 p. 14.

les modalités d'exercice du droit exclusif concédé par ce contrat se placent dans un contexte économique ou juridique dont l'objet ou l'effet serait d'empêcher ou de restreindre la distribution de films ou de fausser la concurrence sur le marché cinématographique, eu égard aux particularités de celui-ci."

Comme le souligne, Monsieur Françon, cette solution est inattendue, car la Cour de Justice après avoir précisé que "la distinction entre l'existence et l'exercice vaut aussi à propos de la libre circulation des services" et admis "que l'exercice de ce droit est susceptible, selon les circonstances de tomber sous le coup des prohibitions des ententes formulées par l'article 85".

La Cour de Justice édicte ici comme principe l'application que la "licence exclusive en matière de représentation cinématographique ne réalise pas une entente interdite" certes elle réserve l'exception tirée de l'affectation du marché en cause et de l'atteinte à la concurrence. Alors que jusqu'à présent et dans les applications se rapportant à la libre circulation des marchandises et à ses limites (article 36) la Cour de Justice avait toujours condamné la licence exclusive comme contraire à l'article 85.

Mr. Bonet (1) dans son article intitulé les "propriétés intellectuelles" rappelle l'évolution jurisprudentielle en

---

(1) Bonet : Propriétés intellectuelles, RTDE 1981 p. 105 et s.

la matière. Dans l'affaire Consten Grundig (1) la Cour de Justice avait admis que l'article 36 ne limitait pas le champ d'application de l'article 85. Et elle a par la suite dans l'arrêt Parke Davis (2) admis l'influence de l'article 36 sur l'article 85. Et elle a dans l'affaire Sirena (3) affirmé très clairement que l'article 36 constituait un principe général de droit communautaire, qui bien que cité dans le cadre de la libre circulation des marchandises s'appliquait aussi à la libre concurrence, et que les droits de propriété industrielle et commerciale pouvaient être mis en cause de leur exercice par les dispositions des articles 85 et 86.

Le principe de la libre circulation des marchandises a été étendu au droit d'auteur. La première affaire ne concernait que les droits voisins : droits du producteur de phonogrammes dans l'affaire Deutsche Grammophon. Mais l'arrêt du 20 juin 1981 opposant la société K-Tel à Gema concernait directement le droit d'auteur.

Les points touchant la mise en oeuvre de l'article 36 et 59 étant un tant soit peu éclaircis, il faut remarquer combien les règles de la libre circulation et de la libre concurrence sont imbriquées les unes aux autres.

---

(1) Grundig Consten du 13 juillet 1966, aff. 56-58/64 RCJE p. 430.

(2) Parke Davis - 29 février 1968, aff. 24/64 RCJE p. 82.

(3) Sirena, 18 février 1971, aff. 40/70 RCJE p. 69.



Le principe de la libre circulation et son application au droit d'auteur a été très largement étudié, il ne paraît pas opportun d'y consacrer des développements plus longs; moins nombreuses sont les études consacrées à la libre concurrence. Il a paru particulièrement intéressant d'étudier l'application du principe de la libre concurrence aux sociétés d'auteurs. Ces organismes présentent la double originalité de gérer des droits civils au sein d'une structure sociétaire, sans revêtir un statut de société commerciale.

Nous examinerons successivement l'application de l'interdiction des ententes contenue dans l'article 85 (1ère partie) aux sociétés d'auteurs et ensuite celle de l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante visée par l'article 86 du Traité de Rome (2ème partie).

PREMIERE PARTIE

L'APPLICATION DE L'ARTICLE 85 DU TRAITE DE ROME

AUX SOCIETES D'AUTEURS

L'article 85 du Traité dispose :

"1. Sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont 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 à l'intérieur du Marché Commun et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) de répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) d'appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion des contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois les dispositions du 1. peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises

- à toute décision ou catégorie de décisions d'association d'entreprise et,

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) de donner à ces entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence."

La question qui nous intéresse est de savoir si les sociétés d'auteurs, en tant qu'organismes professionnels, sont concernées par cet article. Et si la législation économique du droit communautaire de la concurrence leur est applicable en tant qu'organismes relevant du droit civil ?

C'est plus de dix ans après l'entrée en vigueur du Traité de Rome que sont intervenues les premières décisions concernant les sociétés d'auteurs (1).

En 1971, la Commission a examiné en détail les statuts et la situation des principales sociétés d'auteurs des Etats membres. Dans le cadre de cet examen, elle a surtout relevé le caractère abusif de certaines dispositions des statuts de ces organismes. Nous retrouverons en détail dans la

---

(1) Gema, décision du 20 juin 1971, JOCE L 134, p. 16 et s.

seconde partie consacrée à l'examen de l'article 86, les différentes décisions de la Commission (1). La Commission a aussi examiné les contrats de représentation réciproque signés entre les différentes sociétés d'auteurs des Etats membres.

C'est à la lumière des décisions de la Commission et de la Cour de Justice en matière de droit d'auteur et de propriété industrielle qui a largement influencé la matière, que sera faite l'étude de l'interdiction des ententes telle qu'elle est appliquée aux sociétés d'auteurs.

Après avoir cerné la notion de parties qui participent à une entente (chapitre 1) nous analyserons les comportements interdits (chapitre 2), les conditions de l'interdiction (chapitre 3), nous étudierons ensuite les ententes qui sont exceptionnellement admises par le texte (chapitre 4). Les règles de mise en oeuvre sont similaires dans le cadre de l'article 85 et de l'article 86, il a semblé opportun de les examiner dans le cadre de cette première partie, la procédure y présente plus de particularités vu les exceptions que supportent ce texte (2).

Les caractéristiques de la procédure devant les juridictions nationales (chapitre 5) seront mises en évidence par rapport à la procédure en vigueur devant les autorités communautaires (chapitre 6).

---

(1) Voir infra 2ème partie p. 63

(2) L'idée de présenter la procédure de mise en oeuvre, commune aux articles 85 et 86, dans une partie distincte (3ème partie), si elle a été envisagée dans un premier temps, a été par la suite écartée. Le déséquilibre créé par une troisième partie n'a pas paru satisfaisant.

## CHAPITRE I

### LES PARTIES A L'ENTENTE

La législation de la concurrence concerne les agents économiques et l'article 85 paragraphe 1 vise les entreprises.

Quel sens faut-il donner à ce terme ?

Les sociétés d'auteurs dont l'objectif n'est pas de réaliser des profits (1) et qui agissent en tant qu'organismes professionnels (2) sont-elles visées par l'article 85, paragraphe 1 ? (section I).

Tous les auteurs ne confient pas la gestion de leur droit à des sociétés d'auteurs, faut-il obliger ces auteurs à adhérer à des sociétés d'auteurs (3) ou les assimiler à des "entreprises" au sens de l'article 85 du Traité ?

La situation des artistes, interprètes et exécutants est ici similaire à celle des auteurs. Dans certains pays dont la France, leur situation pécuniaire est semblable à celle des auteurs, cette solution est le résultat de la jurisprudence,(4) mais elle n'a pas été entérinée par la loi, ce qui lui donne un caractère aléatoire même si elle correspond à la réalité.

---

(1) "Les sociétés d'auteurs sont des sociétés civiles, qui, même lorsqu'elles sont cessionnaires des droits d'auteur appartenant à leurs adhérents, exploitent les droits dans l'intérêt de leurs membres et non pour leur avantage propre. Elles agissent donc à titre gratuit." Plaisant. Edition Jupiter. Article 85 mise à jour 121 novembre 1981.

(2) Dietz : op cit. introduction et p. 234 n° 563 ets.

(3) Cohen Jehoram : "La place de l'auteur dans la société et les rapports juridiques entre les auteurs et les entreprises de divulgation". Le droit d'auteur 1978, p. 404 et s.

(4) Françon. Chronique de propriété intellectuelle in RTD Com 1981 n° 3 p.544.

Dans certains pays, notamment en Allemagne (G.V.L.) et en Italie (S.I.A.E.) les artistes interprètes et exécutants sont aussi regroupés en société pour la gestion et la défense de leur droit. Et dans le but d'un meilleur fonctionnement, Monsieur Gotzen (dans son étude élaborée pour le compte de la Communauté), préconise que les organismes représentatifs semblables aux sociétés d'auteur soient constitués (1).

Et de façon plus pragmatique, l'artiste-interprète cumule souvent les qualités d'auteur et d'interprète. Il semble donc opportun dans ce chapitre de se poser la question du sort qui est réservé à l'artiste-interprète exécutant (Section II)

Nous évoquerons au cours des développements la jurisprudence élaborée en matière de propriété industrielle. Les solutions données dans ce domaine ayant été étendues par les autorités communautaires au droit d'auteur, comme il a été signalé dans l'introduction (2).

## SECTION I

### L'ENTREPRISE, NOTION ET APPLICATIONS

C'est après avoir cerné l'entité juridique désignée par le terme "entreprise" (I) que nous analyserons l'application de la notion aux sociétés d'auteurs (II).

---

(1) Gotzen : "Le droit des interprètes et exécutants dans la CEE". Etude réalisée pour la CEE n° 99 p. 84.

(2) Cf. supra : Introduction p. 11

## I - L'ENTITE JURIDIQUE

L'entité juridique concernée peut être une personne physique ou morale, une société mère ou sa filiale.

### A - Une personne physique ou morale

Aucune définition précise de l'entreprise n'est donnée dans le Traité de Rome, bien que ce soit là une des notions clé du droit de la concurrence. Encore aujourd'hui, plus de vingt-cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité, on peut souligner le flou des solutions.

Certains spécialistes, dont Messieurs de Roux et Voillemot (1) estiment superflues les longues discussions; si les rédacteurs du Traité n'ont pas cru nécessaire d'explicitier la notion, cela vient du fait qu'ils faisaient référence à la notion, la plus courante, c'est à dire à toute entité juridique, sujet de droits et d'obligations; le Traité fait appel à une conception étendue de l'entreprise, vu sa perspective d'ensemble qui est économique.

Monsieur Goldman (2) reconnaît lui aussi cette définition large de l'entreprise qui est, selon lui, "un ensemble coordonné de personnes et de biens constitué dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but."

---

(1) Gide, Loyrette, de Roux et Voillemot op. cit. p. 19.

(2) Goldman op. cit. n° 253 p. 322.



Cette définition met l'accent sur le caractère "structuré" "organisé" de l'entité en cause.

Les autorités communautaires n'ont pas en tant que telles défini la notion d'entreprise. Mais les décisions qui analysent les rapports entre les sociétés-mères et leurs filiales permettent de mieux percevoir cette notion.

#### B - Une société-mère ou sa filiale

Le terme "entreprise" est utilisé au pluriel dans le texte de l'article 85. Il faut être en présence de deux ou plusieurs entreprises, mais est-il nécessaire que les entreprises concernées soient indépendantes les unes par rapport aux autres, pour que leur comportement tombe sous l'interdiction de l'article 85 ?

Dans le cadre du Traité instituant la Communauté économique du charbon et de l'acier (CECA), les entreprises avaient créé des filiales pour pouvoir mettre en oeuvre des politiques différentes (1). La création d'une filiale avait pour objectif que chaque entreprise prenne en main le risque de son activité propre. La Cour de Justice a estimé que les accords signés par les sociétés-mères et leur filiale constituaient des ententes prohibées par l'article 85.

La question est plus délicate en ce qui concerne le Traité de Rome, les sociétés-mères et leur filiale n'ont

---

(1) Gide, op. cit. p. 30. Affaires jointes 17 et 20/61 RCJE 1961 p. 615.

pas une véritable autonomie économique. Les solutions qui vont être examinées concernent essentiellement la propriété industrielle.

Dans une première affaire concernant un accord de distribution exclusive signé entre la Société Grundig et son représentant exclusif en France, la Société Consten SARL (1), la commission dans ses observations a considéré que l'accord d'exclusivité en cause tombait sous le coup de l'article 85 et ce, malgré l'interpendance des deux sociétés; la Commission s'était surtout référée à l'autonomie juridique des deux entreprises. La Cour a adopté le point de vue de la Commission.

En 1969, dans l'affaire Christiani et Nielsen (2), la Commission a repris le même argument d'autonomie juridique pour condamner un accord entre une société-mère et sa filiale, contrôlée à cent pour cent. Mais dans sa décision du 30 juin 1970 concernant les Sociétés Kodak (3), la Commission n'a plus fait référence au critère d'autonomie juridique et elle a entériné l'accord. Elle semblait fonder sa décision sur le critère d'autonomie économique.

Par la suite, ce critère économique a été mis en avant pour déterminer si la filiale pouvait être considérée

---

(1) CJCE 13 juillet 1966, aff. 56 et 58/64 RCJE 1966 p. 429.

(2) Décision Christiani et Nielsen du 18 juin 1969. Aff. IV 22548 JOCE n° L 165 du 5 juillet 1969.

(3) Décision Kodak du 30 juin 1970. Aff. IV 24055 JOCE n° L 147 du 7 juillet 1970.

comme une entreprise à part entière. Et ce, notamment dans les affaires Sterling Drug Centraform, Continental Can et surtout Deutsche Grammophon (1). La Cour a décidé "l'article 85 ne vise pas les accords ou pratiques entre des entreprises appartenant au même groupe en tant que société-mère et filiale, si ces entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et si de tels accords ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises".

Monsieur Plaisant a déduit les critères qui permettent d'affirmer que la filiale n'est pas une entreprise distincte :

- le contrôle à cent pour cent de la filiale par la société-mère,
- l'absence d'autonomie et d'indépendance de la filiale,
- l'absence de cloisonnement du marché par la société-mère et la filiale.

En ce qui concerne les rapports entre la société-mère et la filiale, la jurisprudence est floue et mouvante (2).

Pour ce qui est de la définition de l'entreprise on peut retenir les deux critères d'autonomie juridique et économique, sans pour autant pouvoir préciser la part de chacun.

---

(1) Centraform Sterling Drug / Centraform Winthrop. Aff. 15/74 et 16/74, 31 octobre 1974 RCJE 1974 p. 1167 et 1183.

(2) Plaisant. Editions Jupiter. Mise à jour III juillet 1980 n° 14.

Cette notion d'entreprise s'applique-t-elle aux sociétés d'auteurs ?

## II - LA NOTION D'ENTREPRISE ET LES SOCIÉTÉS D'AUTEURS

Les sociétés d'auteurs ont un statut civil dans les Etats membres de la Communauté. La législation qui les concerne est plus ou moins élaborée suivant les pays (1).

En Allemagne, aux Pays-Bas et au Luxembourg, la législation est précise, aussi bien en ce qui concerne l'exercice de l'activité que le contrôle. Au Danemark il n'existe qu'une législation touchant à l'exercice de l'activité. En Grande-Bretagne, il n'existe pas de réglementation particulière, les auteurs disposent cependant d'un recours auprès d'une autorité spécialement habilitée pour demander le contrôle des activités de la société. En France, seules existent des dispositions éparses reconnaissant les sociétés d'auteurs, mais aucune réglementation d'ensemble n'institue un contrôle. Quant à la Belgique, elle ne possède aucune réglementation. Seule l'Italie s'est dotée d'une société investie d'une mission de service public.

A partir de ce constat des différentes réglementations en vigueur dans les Etats membres, la question qui se pose est celle de savoir si le droit communautaire peut palier à l'insuffisance ou à l'absence de législation nationale. Les sociétés d'auteurs réunissent des auteurs et des éditeurs, leur regroupement en une structure organisée pour l'exploitation des droits leur confère une véritable force économique. Les

---

(1) Dietz : op. cit. n° 645 et s.

sociétés d'auteursse préoccupent plus de faciliter la tâche des auteurs que de réaliser des profits (1) et leur fonctionnement les rapproche plus des organisations professionnelles que des sociétés commerciales (2). La législation économique établissant la CEE leur est-elle dès lors applicable ?

Les autorités communautaires sont plus sensibles au volume de leur activité et elles ne tiennent pas compte de leur objet spécifique : le droit d'auteur; elles les assimilent à des "entreprises".

A - Une assimilation complète par les autorités communautaires

La Commission et la Cour européenne n'ont pas établi de différence entre les sociétés qui gèrent les droits d'auteur et les autres sociétés. Une des premières décisions de la Cour de Justice concernait une société titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur et laissait subsister un doute quant à l'application du droit de la concurrence aux sociétés d'auteurs. Les autorités communautaires ont par la suite pleinement confirmé cette solution.

Le préalable évoqué ci-dessus, concernait la société Deutsche Grammophon, titulaire d'un droit voisin du droit d'auteur, le droit du fabricant de phonogrammes (3). Cette

---

(1) Plaisant, voir note 2 supra p. 30

(2) Dietz, voir note 1 supra 31

(3) Deutsche Grammophon c/ Metro Affaire 78/70 du 6 juin 1971. RCJE 1971 p. 487. Conclusions de l'avocat général. Décision commentée par de nombreux spécialistes :  
Françon : Rida n° 100 p. 129  
Rotondi : Mélanges Bastian 1974 p. 389  
Bonet : RTDE 1981 n° 1 p. 97.

société fournissait des supports de sons à sa filiale française, la société France-Polydor. Cette filiale française a vendu des supports de son à la société allemande Metro qui les a réimportés en Allemagne, et les a revendus sur le marché allemand à un prix inférieur à celui pratiqué par la Deutsche Grammophon et ses concessionnaires allemands.

La Société Deutsche Grammophon a pu obtenir de la juridiction allemande compétente, qu'il soit interdit à Metro de vendre, sur le territoire allemand, des supports de sons importés et ce sur le fondement du droit d'auteur allemand. La loi allemande confère au fabricant de phonogramme un droit voisin du droit d'auteur.

La société Metro a saisi à son tour la Commission européenne en vertu de l'article 3 du Règlement 17/62 (1) et elle a fait, parallèlement, appel de l'ordonnance de référé qui lui avait interdit de vendre des supports de son importés en RFA. Avant de se prononcer, la Cour d'Appel de Hambourg a saisi la Cour de Justice d'une question préjudicielle, en vertu de l'article 177 du Traité.

Dans son arrêt, la Cour de Justice a constaté avec prudence que l'exercice d'un droit peut être entravé par la mise en oeuvre du Traité, dont les dispositions prévalent sur celles des droits nationaux. C'est là, la distinction

---

(1) "Si la Commission constate sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du Traité, elle peut obliger, par voie de décision, les entreprises et les associations d'entreprises à mettre fin à l'infraction constatée."

entre l'existence et l'exercice que nous avons examinée dans l'introduction au paragraphe consacré à la libre circulation des marchandises (1).

Le droit d'auteur allemand est ici supplanté dans son application par les règles prévues par le Traité de Rome. L'existence d'un droit privatif national ne peut faire obstacle au principe de la libre circulation des marchandises dans la Communauté.

On peut remarquer que le monopole conféré par le droit d'auteur est obtenu sans aucune formalité préalable, la tentation est alors grande de s'en prévaloir et de faire obstacle aux règles du Traité de Rome.

Bien que l'accord de non-exportation signé par la filiale Polydor et la Société-mère Deutsche Grammophon ne portait pas atteinte à la concurrence, vu que la filiale était sous la dépendance totale de la société-mère, on n'était pas en présence de plusieurs entreprises. Cet accord de non-exportation portait atteinte à la règle de la libre circulation. La Cour a pris le biais de l'article 36 pour condamner, l'accord liant la société-mère et sa filiale française.

En droit d'auteur proprement dit, la Commission a introduit une action contre la Gema (2). Société allemande de gestion de droits d'auteur. L'assimilation de cette société à une entreprise passible des règles des articles 85 et 86 n'a pas fait l'objet de longs développements. La Commission a

---

(1) Cf. supra p. 11 et s.

(2) Gema. décisions de la Commission n° 71/224 JOCE nL 134 du 20 juin 1971 et n° 72/268 JOCE L 166 du 24 juillet 1972.

seulement déclaré :

"La Gema exerce une activité d'entreprise consistant en une prestation de service à l'égard tant des compositeurs, des auteurs, des éditeurs que des utilisateurs de musique."

Pour la Commission, il ne fait pas de doute que la Gema est une entreprise au sens de l'article 85 comme de l'article 86, les deux textes visent la même entité juridique (1). Cette solution a été vivement critiquée par la doctrine mais néanmoins confirmée par la Cour de Justice dans ses arrêts concernant la Sabam, société belge de gestion des droits d'auteur (2).

#### B - Les réserves doctrinales

Parmi les spécialistes les plus réticents à l'application du Traité de Rome au droit d'auteur, on peut relever les noms de Hepp et Gotzen. Monsieur Gotzen dont nous avons déjà examiné les positions en introduction (3) insiste sur le caractère culturel du droit d'auteur, raisonnement qui permet s'il est poussé jusqu'au bout, d'exclure du champ d'application

---

(1) Cf. de Roux, Voillemot, Cf. Braun, Hirsh.

(2) Sabam : Arrêt 127/73 du 21 mars 1974 RCJE 1974 p. 318 et s. Conclusions de l'avocat général Dayras qui dit :  
"L'article 86, comme l'article 85, est donc applicable à toute entreprise ayant une activité économique, c'est à dire se livrant à un échange non gratuit de biens ou services. Une société dont l'objet est d'exploiter et de gérer, à titre onéreux, les droits d'auteur "exerce une activité d'entreprise consistant en prestations de services à l'égard, tant de compositeurs, auteurs et éditeurs que des utilisateurs de musique", ainsi que le révèle la Commission dans sa décision Gema."

(3) Cf. surpa p. 6 et s.



du Traité de Rome tous les organismes qui gèrent des droits d'auteur.

La majorité de la doctrine accepte de façon plus réaliste l'application du Traité aux sociétés d'auteurs et de façon plus large au droit d'auteur.

Monsieur Françon constate que "le droit d'auteur comporte "des retombées économiques" (1).

Selon Monsieur Dietz, en attendant une harmonisation complète du droit d'auteur dans la Communauté, une application "modulée" serait particulièrement bienvenue en matière de droit d'auteur (2). C'est à dire que tout en respectant le Traité, il est nécessaire de prévoir certains aménagements lors de son application à certains domaines du droit.

Il est difficile d'ignorer le caractère réaliste de l'opinion de la Commission lorsqu'elle déclare : "qu'en concédant et en gérant des droits d'auteur de musique à titre onéreux, ces sociétés d'auteurs exercent une activité d'entreprise consistant en prestations de services à l'égard tant des compositeurs, auteurs et éditeurs que des utilisateurs de musique" (3) et que dès lors ces sociétés sont assimilables à des entreprises auxquelles les règles du Traité de Rome sont applicables. Mais leur structure les rapproche plus des organisations syndicales que des sociétés commerciales à but lucratif, le particularisme de leur activité, les amènent à remplir une

---

(1) Françon, le droit d'auteur et le Traité de Rome, RIDA 100 1979, p. 121 cf. p. 147.

(2) Dietz, le droit d'auteur dans la CEE.

(3) Gema, décision du 20 juin 1971 L 134 p. 20.

mission d'intérêt public et semble justifier la non-application ou tout du moins une application modérée des règles du Traité à leur égard.

C - Les sociétés d'auteurs sont des "entreprises chargées d'une mission d'intérêt général"

L'article 90 du Traité dispose :

"1. Les Etats membres en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité et notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus.

2. Ces entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ou présentant le caractère de monopole fiscal sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de la concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie."

La question de l'applicabilité du Traité à une société d'auteur, chargée d'une mission d'intérêt général, était clairement posée à la Cour de Justice dans l'affaire opposant la société belge de Radiodiffusion et Télévision (BRT) à la société belge des auteurs et compositeurs de musique (SABAM) (1).

Les faits étaient les suivants :

---

(1) BRT c/ Sabam affaire 127/73 arrêt du 30 janvier 1974 RCJE 1974 p. 53.  
BRT c/ Sabam Affaire 127/73 arrêt du 23 mars 1974 RCJE 1974 p. 318.

La Sabam qui est chargée en Belgique et à l'étranger de la gestion des droits de ses adhérents, comptait parmi ses membres : Messieurs Davis et Rozenstraten qui avaient signé un contrat type de cession de droits pour leurs oeuvres présentes et futures. En 1969 ces deux auteurs ont aussi conclu un accord de cession d'une de leur oeuvre ("Sperciebonen") avec la BRT. Devant le succès remporté par cette oeuvre de commande, la société Fornior, fabricante de phonogrammes, a décidé de reproduire la chanson.

La Sabam et la BRT ont toutes deux saisi les autorités compétentes pour que soit interdite la reproduction de l'oeuvre par la société Fornior.

Au cours de l'instance, la BRT a introduit une requête en intervention pour contester la validité des contrats signés par les deux auteurs et la Sabam; contrats qui stipulaient la cession globale des oeuvres présentes et futures des auteurs.

Le Tribunal de Bruxelles a estimé que la disposition en cause pouvait être interdite sur le fondement de l'article 86 du Traité de Rome. La Sabam disposait d'une situation de monopole pour la gestion des droits en Belgique. Le Tribunal de Bruxelles a saisi la Cour de Justice de quatre questions préjudicielles :

Les deux premières questions concernaient l'application de l'article 86 proprement dit et la définition de l'abus prohibé par cet article. Nous les retrouverons dans nos développements ultérieurs (1).

---

(1) Cf. infra 2ème partie chapitre 2 p.163

Les deux questions qui nous intéressent ici, sont celles qui touchaient à l'application de l'article 90. Ces questions étaient les suivantes :

D'une part, quelle interprétation faut-il donner à "l'expression entreprise chargée de la gestion des services d'intérêt économique général" et "cette notion implique-t-elle que l'entreprise doit bénéficier de certains privilèges qui sont refusés à d'autres entreprises".

D'autre part : "les dispositions de l'article 90, paragraphe 2, du traité, engendrent-elles au profit des particuliers, des droits que le juge national doit sauvegarder."

Dans ses conclusions, Monsieur l'avocat général Mayras, souligne que la question du Tribunal de Bruxelles qui touche à l'application de l'article 90, semble inspirée par la décision prise par la Commission dans l'affaire Gema. Cette société, chargée de la gestion des droits d'auteur en Allemagne avait soutenu qu'elle était chargée d'un service économique d'intérêt général, par la loi fédérale du 9 septembre 1965. La Commission n'avait pas retenu cette qualification et avait relevé à l'examen de la loi fédérale ci-dessus mentionnée, que la Gema à l'instar, des autres sociétés devait fournir certaines garanties financières. Les obligations supplémentaires imposées à la Gema découlaient de sa situation de monopole de fait, non d'une mission particulière.

Monsieur Mayras remarque que la notion "d'intérêt général" dépasse celle de "service public" mais que pour s'en prévaloir il faut un acte et investiture de l'autorité publique.

Or tel n'est pas le cas pour la Sabam qui ne peut se prévaloir d'aucune investiture.

Dans son attendu, la Cour de Justice a repris le point de vue de l'avocat général.

"Une entreprise que l'Etat n'a chargé d'aucune mission et qui gère des intérêts privés, même s'il s'agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi, ne relève pas des dispositions de l'article 90, paragraphe 2 du Traité."

La Cour a clairement résolu le problème : une entreprise ne peut sur sa seule initiative se prévaloir d'une mission d'intérêt général.

La situation serait différente dans le cas d'un monopole public, tel que, celui dont bénéficie la société italienne de gestion des droits d'auteurs, la SIAE.

Il faut remarquer que le statut d'entreprise publique ne permet pas, pour autant, à l'entreprise d'échapper aux règles du droit de la concurrence (1). Certaines des règles peuvent être assouplies, si cela est justifié par la mission particulière qui incombe à l'entreprise. Mais l'entreprise n'est pas au-dessus des lois.

L'assimilation de la société d'auteur à une entreprise ne fait plus aucun doute. Qu'en est-il d'un auteur ou d'un artiste interprète et exécutant "isolé" ?

---

(1) Cf. article 90 du traité supra p. 37  
Sacchi, 30 avril 1974 aff. 155/73 RJCE p. 409.

## SECTION II

### L'ASSIMILATION DES ARTISTES, INTERPRETES ET EXECUTANTS AUX ENTREPRISES

Comme nous l'avons dit au début de ce chapitre, la situation des artistes interprètes et exécutants est très proche de celle des auteurs. Les mêmes personnes cumulent souvent les deux qualités. En France, la jurisprudence assimile les artistes aux auteurs, dans certains autres pays, comme l'Allemagne et l'Italie, il existe des organismes similaires aux sociétés d'auteurs qui regroupent les artistes. Mais ce n'est pas là le cas le plus fréquent, faut-il assimiler l'artiste qui exploite directement ses droits à une entreprise, qui relèverait des articles 85 et 86 du Traité ?

En principe, les auteurs sont regroupés en société mais certaines personnes refusent d'adhérer à ces organismes(1), la situation de l'artiste et de l'auteur peuvent-elles être assimilées?

#### I - LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA NON-ASSIMILATION DE L'ARTISTE A UNE "ENTREPRISE"

Selon certains spécialistes dont MMs Braun, Gleiss et Hirsch, l'artiste ne peut être assimilé à une entreprise au sens du droit de la concurrence; "si un particulier exploite une oeuvre de l'esprit ou encore une invention, il n'en devient pas de ce seul fait, une entreprise au sens de l'article 85" (2).

---

(1) Cohen Jehorma, op. cit. p. 405.

(2) Braun, Gleiss, Hirsch, op. cit. p. 58 n° 3 in fine.

En ce qui concerne les contrats d'exclusivité qui lient l'artiste à une entreprise de reproduction, on peut se demander si l'article 85 leur est applicable. Cet article utilise le terme "entreprises" au pluriel. L'éditeur de phonogrammes répond certainement à la qualification "d'entreprises" mais en est-il de même pour l'artiste-interprète-exécutant ? En vertu de quel critère cette assimilation peut-elle être opérée ?

L'examen des décisions des autorités communautaires, nous permettra de cerner les critères qui peuvent être retenus.

## II - LES DECISIONS DES AUTORITES COMMUNAUTAIRES

Les préalables en matière de propriété industrielle : La Commission avait admis à deux reprises (1) que l'inventeur personne physique pouvait être assimilé à une entreprise. Monsieur Plaisant (2) souligne "qu'un principe est certain : L'existence d'une entreprise suppose une indépendance suffisante de celle-ci, son intervention sur le marché comme entité propre."

La décision de la Commission du 7 décembre 1977 concernait directement les artistes interprètes (3).

La Radio-télévision italienne RAI voulait retransmettre en mondio-vision, le 7 décembre 1977, une représentation

- 
- (1) AOIP Beyarel décision du 2 décembre 1975 - JOCE n° L 6/8 du 13 mars 1976.  
BASF Reuteur décision du 26 juillet 1976 - JOCE n° L 254/40 du 7 septembre 1976.
- (2) Plaisant édition Jupiter - article 85 p. 2 n° 9 - mise à jour juillet 1980.
- (3) RAI Unitel décision du 15 juin 1978 - 78/516 JOCE n° L 157 p. 39.

donnée à la Scala de Milan du Don Carlos de Verdi. La société allemande Unitel s'y est opposée. Elle se prévalait d'engagements exclusifs qui la liaient aux principaux interprètes de cette manifestation.

Une des clauses dudit engagement prévoyait que les artistes n'accepteraient pas d'autre contrat sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'Unitel.

La Commission a eu connaissance de l'annulation de la retransmission, en mondio-vision, de la représentation de la Scala de Milan. Elle a formulé une demande de renseignements, en vertu de l'article 11 du règlement 17/62. Unitel n'a fourni aucun des renseignements demandés. Les contrats en cause bénéficiaient à son avis de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3. Finalement, c'est par voie de décision que la Commission a pu obtenir les renseignements nécessaires. La Commission a remarqué que la clause d'exclusivité aboutit à interdire à l'artiste signataire, toute nouvelle prestation, dans un autre Etat membre de la Communauté. Le problème se pose en termes similaires en matière de licence de brevet. Nous examinerons les solutions adoptées par la Commission en ce domaine dans la suite des développements (1).

La Commission, après avoir examiné les conditions de l'application de l'article 85 paragraphe 1, et notamment l'atteinte à la concurrence, conclue que l'effet de l'exclusivité a été sensible, la retransmission télévisuelle a été

---

(1) Cf. infra chapitre 4 p.



annulée dans toute la Communauté et que l'accord conclu entre Unitel et les interprètes a affecté le marché communautaire. De nombreux spécialistes, déplorent ici l'influence du droit allemand de la concurrence, où la notion d'entreprise est analysée de façon très extensive et où toute activité est considérée par rapport à l'influence qu'elle exerce sur la concurrence(

S'il est difficile d'ignorer qu'Unitel est une entreprise au sens de l'article 85, il semble plus délicat d'assimiler des artistes à des entreprises.

La Commission a perçu la difficulté (2) comme en témoigne le flou de la formulation de sa décision :

- 
- (1) Gotzen : Les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète et exécutant. Etude réalisée pour la CEE n° 28 et s.
- (2) a) "Considérant que la Commission estime jusqu'à présent que des artistes constituent une entreprise au sens de l'art 85, 1, lorsqu'ils exploitent commercialement leurs prestations artistiques; qu'il se pose bien sûr la question de savoir si un contrat conclu par un artiste a des effets sensibles sur la concurrence; que dans de nombreux cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'artistes peu connus, ce caractère sensible semble devoir être nié, mais qu'il est en revanche évident lorsqu'il s'agit d'artistes très célèbres; que dans l'affaire en cause, les contrats ont empêché la RAI de réaliser une émission en mondiovision à partir de la Saala de Milan; que l'on ne peut donc imaginer d'effet plus sensible;"
- "la question de savoir si les chanteurs constituaient une entreprise peut toutefois être laissée en suspens".
- b) "que le règlement 67/67 n'est pas applicable aux services et qu'il ne l'est donc pas non plus à l'exploitation des prestations artistiques."
- .....
- c) "Qu'un accord d'exclusivité conclu entre Unitel et un chanteur empêche celui-ci d'exploiter autrement sa prestation artistique dans tous les Etats membres de la Communauté, qu'il est donc susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres; qu'il appartient en outre à la Commission de décider s'il y a infraction à l'art. 85, qu'une entreprise invitée à fournir des renseignements sur un accord ne peut pas refuser de les fournir pour le motif qu'elle estime que l'accord n'a aucun effet sur le commerce entre Etats membres"

"Les artistes constituent une entreprise au sens de l'article 85 paragraphe 1, lorsqu'ils exploitent commercialement leurs prestations artistiques".

Et la Commission souligne :

"que dans de nombreux cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'artistes peu connus, le caractère sensible semble devoir être nié..." (1).

Dans la définition de l'entreprise il entre aussi une "idée d'organisation" mais les artistes ne travaillent pas au sein d'une structure, au contraire, ils agissent seuls et au gré des possibilités.

Malgré les réserves présentées par la doctrine (2) la Commission a assimilé, l'artiste isolé à une entreprise. Le seul point faible de son raisonnement est qu'il n'a pas encore été confirmé par la Cour de Justice. Pour ce qui est de l'auteur, tout laisse à penser que la solution serait la même, bien que dans la décision évoquée ci-dessus, la question fut laissée en suspens.

---

(1) Cf note 2 de la page précédente.

(2) Gotzen : op. cit. n° 30.

"Ira-t-on alors jusqu'au classement arbitraire des interprètes en deux catégories, où seuls les artistes "indépendants" auront à souffrir des entraves d'un contrôle de l'autorité publique sur les exclusivités qu'ils accordent ? On le voit, assimiler tout interprète qui se fait payer à une entreprise ce n'est pas seulement forcer le sens usuel des mots, c'est également ouvrir la porte à des discriminations intolérables."

## CHAPITRE II

### LES ACCORDS, LES DECISIONS D'ASSOCIATIONS ET LES PRATIQUES

#### CONCERTEES EXISTENT-ELLES ENTRE LES SOCIETES D'AUTEURS

Après avoir déterminé que l'article 85, paragraphe 1, s'applique aux sociétés d'auteurs, il nous faut analyser, le contenu de l'interdiction édictée par ce même article qui dispose :

"Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées... et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."

Cette liste d'exemples donnée par l'article 85, paragraphe 1 n'est pas exhaustive. Le fait principal qui est

interdit est l'acte de volonté qui porte atteinte à la concurrence. Il nous faut examiner, si les sociétés d'auteurs participent à des ententes prohibées. Il faut auparavant déterminer l'acte de volonté (section I) et analyser ensuite la liste des exemples cités par l'article 85 (section II).

## SECTION I

### L'ACTE DE VOLONTE

L'article 85 prohibe les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées.

La première remarque qui se présente à l'esprit est qu'il doit s'agir d'un acte de volonté. Le simple jeu du marché, même s'il produit un effet semblable à une entente, ne peut être incriminé. Pourquoi'il soit prohibé le comportement en question, doit découler d'un contrat que l'on désignera comme un accord, une décision d'association ou une pratique concertée. L'examen successif de ces trois concepts permettra d'en apprécier les différences.

#### I - L'ACCORD

Il se présentera, en principe, sous forme d'un écrit, qui rendra compte de la volonté concomittante de plusieurs entreprises, de vouloir entraver le libre jeu de la concurrence. Il est générateur d'obligations pour chacune des parties qui en tire aussi des avantages.

L'accord se présente comme un véritable contrat, dont les sujets sont des entreprises, dont l'objet est l'ensemble des concessions que se font les parties et la cause l'avantage que chaque partie rétrocède à l'autre.

A partir de la notion de cause, il semble difficile d'assimiler à un accord, les liens qui unissent une société-mère à sa filiale. Comme il a été dit lors de l'examen de la notion d'entreprise (1).

La société-mère contrôle de façon plus ou moins étendue, les activités de sa filiale, ces sociétés agissent nécessairement de concert, l'indépendance juridique n'est pas le critère déterminant. Dans ses observations devant la CJCE lors de l'affaire Deutsche Grammophon, la Commission a écarté les arguments présentés par le gouvernement allemand (2). Celui-ci soutenait que l'article 85, paragraphe 1, ne s'appliquait pas aux accords entre une société-mère et sa filiale vu leur lien de dépendance. La Commission a souligné que si l'atteinte à la concurrence est réalisée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, ce n'est pas le lien de filiation unissant les parties qui peut légitimer l'accord.

La Cour de Justice n'a pas examiné le problème en ces termes-là et c'est finalement en vertu de l'atteinte portée à la libre circulation des marchandises (article 36 du Traité) que la société Deutsche Grammophon a été condamnée.

---

(1) Cf supra, chapitre I, p. 28

(2) Affaire Deutsche Grammophon c/ Metro 8 juin 1971 78/70 RJCE 1971 p. 496 b) I).

Les autorités communautaires s'attachent plus au résultat qu'à la forme de l'accord, ainsi dans l'affaire de "l'entente sur la quinine" (1) il y avait eu un échange de lettres. Selon la Commission, ces lettres révélaient de façon suffisamment claire l'intention des parties de détourner les règles normales du jeu du marché.

Selon d'autres décisions, il suffit que le contrat en cause ait une quelconque incidence sur d'autres accords, pour que ceux-ci, soient dans leur ensemble considérés comme contraires aux buts du Traité (2).

La constitution d'une nouvelle société par deux sociétés au moyen d'un accord tomberait aussi, sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, ce serait notamment le cas du groupement d'intérêt économique français prévu par l'Ordonnance n° 67/821 du 23 septembre 1967. Telle est l'opinion de MM. Braun, Gleiss et Hirsh (3).

La Commission avait reproché aux sociétés d'auteurs d'avoir signé des accords de représentation exclusive entre elles (4). Les sociétés d'auteurs ne peuvent surveiller l'utilisation des oeuvres de leurs adhérents dans les autres pays. Elle recourt au réseau de surveillance de leur consocier étrangère, sous le bénéfice de la réciprocité. Ces contrats de

---

(1) Entente Internationale de la Quinine 69/240 JOCE L 192 du 5 août 1969 p. 5 IV 266/23.

(2) Epstein "pratique de la Commission en matière de concurrence" RMC janvier 1980 n° 233 p. 9.

(3) Braun, Gleiss, Hursh, op. cit. p.

(4) Premier rapport sur la concurrence p. 77 note 2.

représentation sont assimilables à des accords. Nous reviendrons dans la suite de nos développements sur le caractère exclusif de cette réciprocité (1).

Il ressort de ces explications, que sous réserve, des exceptions admises par l'article 85, paragraphe 3, que nous examinerons ultérieurement, tous les accords sont interdits en vertu du paragraphe 1, de l'article 85. D'autres catégories d'ententes peuvent tomber sous le coup des prohibitions et notamment la décision d'association.

## II - LA DECISION D'ASSOCIATION

La terminologie du Traité semble ici, beaucoup plus précise, l'acte de volonté qui est générateur, du comportement prohibé se caractérise par son aspect pluraliste. Il ne s'agit pas de deux volontés parallèles dont les objectifs sont différents, mais au contraire, d'une volonté commune portant sur le même objectif.

La forme précise de la décision n'a pas d'importance; il suffit que la volonté d'association soit claire. La notion de décision d'association ne pose pas de grandes difficultés et il n'y a aucune jurisprudence sur la question. Comme pour les accords, il est nécessaire que d'autres conditions soient remplies, notamment qu'il y ait atteinte à la concurrence, pour que l'article 85 paragraphe 1 s'applique.

La pratique concertée est, elle, plus délicate à cerner, comme nous allons le constater.

---

(1) Cf *infra* p.53

### III - LA PRATIQUE CONCERTÉE

Cette fois-ci, on s'attache directement au résultat, indépendamment de l'acte générateur. Le résultat révèle l'existence d'un accord. Dans l'affaire des matières colorantes (1), la Cour de Justice a développé l'idée d'une véritable présomption de pratique concertée. Les entreprises en cause avaient augmenté le prix des matières premières de façon successive et parfaitement coordonnée, chacune sur son territoire propre.

Leur but à terme était de stabiliser les prix au niveau le plus élevé afin de supprimer tout intérêt à faire jouer la loi de l'offre et de la demande entre les différents participants à l'entente. Pour défendre leur position devant la Cour de Justice, les entreprises soutenaient que l'alignement de leur prix résultait d'un comportement, parfaitement spontané.

La Cour de Justice a assimilé cette "spontanéité" à de la concertation. La régularité des hausses successives laissait deviner l'entente et dans ce cas, selon la Cour, il y a une véritable présomption d'accord, mais faute d'une preuve écrite la seule qualification admissible est celle de pratique concertée.

Selon la Cour "le parallélisme des comportements peut constituer l'indice sérieux de l'existence d'une concertation des pratiques lorsqu'elle aboutit à des conditions de concurrence, qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché."

---

(1) Impérial Chemical Industries c/ Commission Aff. 48/69 du 14 juillet 1972 RCJE 1972 p. 619.



Cette analyse, nous démontre la différence qui existe entre l'accord proprement dit et la pratique. L'accord se concrétise par un acte de volonté tandis que la pratique ne se révèle que par son résultat sur le marché en cause. Il faut noter que le libre jeu de la concurrence, est lui, tout à fait souhaitable et licite. L'alignement adviendra aussi bien à la hausse qu'à la baisse, ce qui est une preuve de son caractère spontané.

Vu qu'elle n'est pas matérialisée par un écrit, la pratique est délicate à cerner. Si la présomption de pratique est admise, c'est en face d'un résultat nuisible. Mais de prime abord rien de tel n'apparaît.

Cette catégorie d'entente paraît peu courante en matière de droit d'auteur où l'écrit garde une place traditionnellement privilégiée.

Parallèlement à cette formule générale qui désigne toutes les catégories d'ententes éventuelles, le second alinéa de l'article 85 paragraphe 1 cite une série de comportements prohibés, et qui pourraient être le résultats d'entente .

## SECTION II

### LES COMPORTEMENTS PROHIBES PAR L'ARTICLE 85, PARAGRAPHE 1

L'énumération de l'article 85 paragraphe 1, n'est pas exhaustive. Le texte dénonce les comportements les plus typiquement nuisibles à la concurrence. D'autres conditions, l'atteinte à la concurrence, l'affectation de commerce, doivent

être remplies pour que l'entente soit prohibée. Nous examinerons ces autres conditions dans le chapitre suivant. Il nous faut examiner, auparavant les cas de figure désignés par le texte comme contraires aux buts du Traité, sous l'aspect qui nous intéresse ici, c'est à dire celui des ententes qui lient les sociétés d'auteurs. L'examen, des décisions prises par les autorités communautaires en matière de propriété industrielle, nous permettra de mieux saisir ces composantes du problème. La situation de l'inventeur est proche de celle de l'auteur. Les autorités communautaires ont pris plusieurs décisions touchant les droits de propriété industrielle (1). Il nous faut savoir si ces solutions s'appliquent au droit d'auteur.

I - "FIXER DE FACON DIRECTE OU INDIRECTE LES PRIX D'ACHAT OU DE VENTE OU D'AUTRES CONDITIONS DE TRANSACTION"

Les faits de l'affaire Deutsche Grammophon sont, à cet égard exemplaires (2) :

- 
- (1) Les dispositions générales :-Le règlement 17  
-Le guide pratique concernant l'application des articles 85,86  
-le Règlement 19/65

Les dispositions particulières au droit de la propriété industrielle : les contrats de cession ou de licence.  
La Communication de 1962 qui admet 4 sortes de clauses en matière de brevet :

- limitation à certains modes d'exploitation
- limitation à l'utilisation de certains procédés
- limitation territoriale de la fabrication
- limitation quantitative des produits

) sous certaines réserves

- (2) Deutsche Grammophon c/ Metro du 8 juin 1971 aff 78-70  
Rec 1970 p. 487.

La société Deutsche Grammophon avait fait signé des contrats d'exclusivité à ses concessionnaires, ces contrats imposaient le prix de vente des supports de son. La société Metro, qui n'était pas liée par un tel contrat, a réimporté en Allemagne, des supports de son achetés en France, chez le concessionnaire français de Deutsche Grammophon : la société Polydor-Paris (filiale à 99,5 % de la société Deutsche Grammophon).

La société Deutsche Grammophon (DG) a assigné la société Metro devant le tribunal allemand pour lui interdire de vendre des disques importés, sous sa marque, sans son autorisation. Elle fondait sa demande sur l'article 85 de la loi allemande sur le droit d'auteur.

Pour sa défense la société Metro a invoqué l'article 36 du Traité de Rome, instituant la CEE. La juridiction allemande a saisi la Cour de Justice d'une question préjudicielle. La Commission, dans ses observations, présentées devant la Cour de Justice, a souligné que les licences exclusives avec prix de vente imposé telles qu'elles sont établies entre la société D.G. et ses concessionnaires, équivalent à une interdiction d'importation susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et de restreindre la concurrence (1).

D.G. se prévalait uniquement de l'article 85 de la loi allemande, sur le droit d'auteur pour interdire l'importation des disques en Allemagne. Mais selon la Commission ce

---

(1) Cf. les observations de la Commission p. 496.

moyen aboutit à vouloir faire respecter la clause de fixation des prix. Dans la mesure où la société Deutsche Grammophon se prévaut de ladite loi pour faire obstacle à la libre circulation des marchandises et maintenir son pouvoir de fixer les prix sur le marché allemand.

Selon la Commission la Société D.G. n'invoque : "le paragraphe 85 de la loi allemande sur le droit d'auteur que pour mieux exécuter un accord qui tombe sous le coup de l'article 85 du Traité".

Il faut noter deux choses ici, d'une part le seul grief retenu a été celui de "prix imposé" non de l'exclusivité en tant que telle, d'autre part, on se trouvait ici, non en présence d'un droit d'auteur mais d'un droit voisin : le droit du producteur de phonogrammes. Le problème touchait directement la libre circulation des marchandises, la Cour de Justice n'a pas examiné le problème de l'applicabilité de l'article 85 à l'accord signé entre D.G. et sa filiale française Polydor-France (1).

D'autre part la Commission approuvée par la Cour de Justice a condamné le principe des recommandations sur les prix émanant d'un groupement sectoriel (2). Ces recommandations permettent aux partenaires d'une branche "de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique des prix suivie par les autres partenaires, d'anticiper alors les

---

(1) Cf supra nos développements sur la société-mère et filiale P.

(2) Groupement des fabricants belges de papier peint RCJE 1975 p. 1491 aff. 73/74 du 26 novembre 1975.

fluctuations et d'évincer les risques du marché".

II - "LA LIMITATION OU LE CONTROLE DE LA PRODUCTION; LES DEBOUCHES OU DU DEVELOPPEMENT TECHNIQUE OU DES INVESTISSEMENTS"

C'est là le deuxième exemple cité par le texte de l'article 85. Cette clause permet d'englober de nombreux comportements et notamment tous les accords de spécialisation et de non-exportation.

Trois arrêts importants sont intervenus en matière de propriété industrielle : l'arrêt Consten Grundig, Park Davis et Sirena.

- L'Arrêt Grundig (1)

La société Grundig avait constitué un réseau de distributeurs exclusifs dans les Etats membres. Chaque entreprise, bénéficiaire de la concession, s'engageait à ne pas exporter vers les autres pays membres. De plus chaque entreprise concessionnaire pouvait déposer la marque "G. Int" (Grundig internationale) en son propre nom. Le marché était ainsi doublement "cloisonné", d'une part par l'accord exclusif et d'autre part par le droit des marques.

C'est sur plainte de la société Unef, qui voulait importer en France en provenance d'Allemagne des appareils Grundig que la Commission a été saisie de l'accord conclu entre Grundig et Consten le concessionnaire français de Grundig.

---

(1) Grundig Consten c/ Commission, 13 juillet 1966 Aff. 56 et 58/64 RCJE 1966 p. 430.

La Commission a considéré que cet accord était contraire à l'article 85 paragraphe 5. La Cour de Justice, saisie par Grundig Consten, a approuvé la Commission. Elle a souligné le but anticoncurrentiel poursuivi. La Cour a écarté l'argument tiré du droit national et engendré par le dépôt de la marque. Selon elle, le dépôt de la marque résultait d'un accord nul.

- Dans l'arrêt Park Davis (1) il s'agissait de s'opposer à l'importation de produits fabriqués dans un autre Etat membre. Le produit encause "Chloramphénicol" bénéficiait dans le pays d'importation d'un brevet de médicament et il provenait d'un autre Etat membre où de tels brevets n'existent pas.

La Cour de Justice était saisie, en vertu de l'article 177 du Traité, par la Cour d'Appel de la Haye. Après avoir souligné le caractère particulier du brevet, la Cour de Justice relève que "son usage" tombe sous le coup des articles 85 et 86. Elle laisse à la juridiction nationale le soin de vérifier l'existence d'une entente ou d'un abus de position dominante.

Ce qui permet de dire qu'en l'absence d'un accord ou d'un abus de position dominante, le titulaire d'un brevet peut s'opposer à l'importation de produits semblables non-brevetés provenant d'un autre Etat membre.

La Cour de Justice a été saisie, à nouveau d'une question préjudicielle concernant le droit des marques (2).

- La Société italienne Sirena bénéficiait de la marque Prep à la suite d'une cession.

---

(1) Park Davis and Co c/ Centrafarm 29 février 1968 Aff. 24/67 RCJE 1968 p. 82.

(2) Sirena c/ Eda 18 février 1971, Aff. 40/70 L RCJE 1971 p. 69.

La même marque avait été cédée par le titulaire original, Mark Allen, à une société allemande. Des produits allemands portant ladite marque ont été importés en Italie. La société Siréna a agi en contrefaçon contre l'importateur. Les défendeurs se prévalaient des dispositions des articles 86 et 85 du Traité et déclaraient que l'accord signé en 1937 dont bénéficiait Sirena était nul.

La Cour a répondu à la question de l'application du Traité dans le temps, dans son attendu 12. Les dispositions du Traité s'appliquent aux ententes nées avant son entrée en vigueur, dès lors qu'elles poursuivent leurs effets après. La Cour de Justice a confirmé ici, la distinction entre l'existence et l'exercice du droit. Et elle a déclaré que "l'article 85 du Traité est applicable dès lors que sont empêchées, en invoquant le droit de marque, les importations de produits originaires de différents Etats membres du fait que leurs titulaires ont acquis cette marque ou le droit d'en faire usage, en vertu, soit d'accords entre eux, soit d'accords conclus avec des tiers...".

De ces trois affaires il ressort, clairement qu'un droit privatif (brevet, marque) ne peut mettre en échec les règles prévues par le droit de la concurrence.

Le raisonnement par analogie semble permis en matière de droit d'auteur (1). Nous avons vu au paragraphe précédent

---

(1) Dans l'arrêt K Tel, la Cour de Justice a clairement assimilé le droit d'auteur à la propriété industrielle. CJCE 10 janvier 1981. Aff. 55-57/80; RCJE 1981 p. 147.

la solution adoptée en matière de droit voisin (1).

La décision de la Commission dans l'affaire "the Old man and the sea" est révélatrice à cet égard (2). La Commission a considéré que, l'interdiction d'exporter des livres dans certains Etats membres, prévue dans le contrat de licence, était contraire à l'article 85. Cette interdiction restreignait les échanges entre les Etats membres.

### III - LES CONTRATS DE REPARTITION TERRITORIALE

Les ententes concernant la limitation des débouchés sont aussi interdites par le texte de l'article 85. Il n'est pas nécessaire pour que l'accord soit prohibé que soit visé précisément un des exemple cités par le texte. Il suffit que toutes les conditions de la prohibition soient remplies.

En ce qui concerne la répartition territoriale des activités, les sociétés d'auteurs, possède chacune sa sphère géographique qui correspond au territoire national de l'Etat membre dont elle est ressortissante. Cette division naturelle est renforcée par une série de contrats de représentation réciproque. Par ces contrats, chaque société d'auteur rétrocède à ses consocieurs des autres pays, le droit exclusif d'exploiter

---

(1) Cf supra l'affaire Deutsche Grammophon. p 53

(2) Bulletin CE 1977 n° 1 p. 34

Cf aussi 8° rapport sur la Concurrence 1979 n° 118  
"Ashley Courtenay's British hotel Guide" et l'interdiction de vente en RFA.

"La Commission considère d'une façon générale, que lorsqu'un exemplaire d'un livre a été vendu dans un Etat membre par le titulaire des droits d'auteur ou avec son consentement cet exemplaire doit pouvoir circuler, aussi librement dans toute la CEE que des produits couverts par un brevet ou une marque".



son répertoire sur le territoire national de chacune d'elles, moyennant l'exclusivité réciproque en sa faveur. Ainsi chaque société opère exclusivement sur son territoire, elle y perçoit tous les droits, surveille l'usage qui est fait de tous les répertoires qu'elle gère et reverse des sommes fixées par accord à sa consœur étrangère (1).

Ce système est fort satisfaisant pour les utilisateurs, qui au moyen d'une seule autorisation, peuvent accéder à un très large répertoire. Il est difficile à chaque société d'établir un réseau complet de surveillance dans chaque pays. Mais néanmoins cet accord de représentation réciproque ne tombe-t-il pas sous la prohibition de l'article 85 ?

La Commission, lors du contrôle des sociétés d'auteurs, a dénoncé le caractère exclusif de ces contrats. A son avis, si ce contrat présente de nombreux avantages pratiques, son caractère exclusif n'est lui, guère justifié (2).

---

(1) Contrat de représentation réciproque élaboré sous l'égide de la CISAC (Conférence internationale des sociétés d'auteur). Voir en annexe n°1 un exemplaire de ce contrat.

(2) Gema, Sacem, Sabam, SIAE.

Cf. surtout le premier rapport sur la concurrence 1971 p. 76 et s. note 2.

" Les conditions en sont actuellement réunies, ou sont en voie de l'être. Cf. réponse de la Commission à la question écrite n° 349/71 du 12 octobre 1971; JO n° C 125 du 18 décembre 1971, p. 8."

" Le marché des prestations de services consistant dans la gestion des droits d'auteur d'oeuvres musicales présentait dans la Communauté des caractéristiques justifiant que la Commission ait entrepris l'examen des conditions qui président à son fonctionnement en vue de leur appréciation au regard des règles communautaires de concurrence. La situation de monopole de fait (cas de la Gema et des sociétés comparables en France, en Belgique et aux Pays-Bas) ou de droit (cas de la société exerçant ses activités en Italie) des sociétés de droit d'auteur dans le territoire des divers Etats membres, la limitation concordante de l'activité directe de toutes les sociétés à leur territoire délimité

Finalement, la Commission n'a pas eu à prendre de décision. Les sociétés d'auteur ont accepté de supprimer la clause d'exclusivité. Comme le souligne Mr Mestamacker, les sociétés d'auteurs ont la possibilité de surveiller certains utilisateurs et notamment les plus importants : les stations de radiodiffusion (1).

---

Suite de la note (2) de la page précédente :

et l'existence d'accords d'exclusivité réciproque entre les sociétés pour l'exploitation de leur répertoire, avaient pour effet que tout compositeur, auteur ou éditeur établi dans un Etat membre était tenu-la gestion individuelle des droits d'auteurs étant matériellement impossible dans la plupart des cas- de recourir aux services de la société de droits d'auteur qui y a son siège."

"La similitude des situations prévalant dans les autres Etats membres avait conduit la Commission à engager en même temps qu'à l'égard de la Gema des procédures à l'encontre de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) et de la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SABAM). Ces deux sociétés ont déjà modifié une partie des réglementations mises en cause, tandis que les autres modifications seront apportées prochainement; le "Bureau voor musiekauteursrecht" (BUMA) s'y est rallié sans procédure officielle de la Commission. Par ailleurs, la Gema a retiré le recours en annulation de la décision de la Commission qu'elle avait intenté devant la Cour de Justice. En ce qui concerne la "Società italiana degli autori editori" (SIAE), par voie de décision prise en application de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n° 17 (décision de la Commission du 9 novembre 1971; JO n° L 254 du 17 novembre 1971, p. 15), la Commission lui a demandé de lui fournir les renseignements nécessaires pour pouvoir poursuivre régulièrement la procédure."

(2) Mestmacker : "Copyright in Community law" numéro special, supplément n° 3 1976 "Journal of world trade law".

"It is easy and comparatively inexpensive to control the big customers; there is no reason why an organization should not be able to exercise this control in a country other than that where it is established. This kind of competition is restricted by the mutual and exclusive transfer of rights."

Dans cette mesure on comprend l'obligation imposée à ces sociétés de supprimer le caractère exclusif des accords réciproques. Et de ne pas reproduire de tels comportements au moyen d'ententes,

Certains usagers des sociétés d'auteurs, notamment ceux de la SACEM, ont dénoncé des pratiques entérinant l'exclusivité. Ils ont pris contact avec des sociétés d'auteurs étrangères pour bénéficier de contrats d'exploitation directe, en ce qui concerne le répertoire de ladite société et qui pratique des tarifs moins élevés que la SACEM. Mais les sociétés étrangères ont refusé de leur accorder directement des droits d'exploitation.

La Cour d'Appel de Douai n'a rien trouvé d'illégal dans le refus des sociétés d'auteurs étrangères (1). Il est à son avis compréhensible qu'elles ne puissent établir un réseau complet de surveillance dans chaque pays et qu'elles recourent dès lors à celui de leur conseiller. La Cour d'Appel a remarqué que le principe de l'exclusivité ne figurait pas dans le contrat qui liait la SACEM et les deux sociétés étrangères mises en cause. "Il faudrait, pour que l'entente prohibée soit établie, qu'il soit démontré que les sociétés le font en vertu d'un accord de principe avec la SACEM".

Cette jurisprudence a été confirmée par le Tribunal de Grande Instance de Paris dans une affaire récente opposant

---

(1) Cour d'Appel de Douai. 24 octobre 1979 - 1979 Rida n° 103 p. 165.

la SACEM à un de ses cocontractant, la Société Princesse,<sup>(1)</sup> avait assigné la SACEM sur le fondement de l'article 59 bis et suivants de l'ordonnance du 30 juin 1945 (art. 50 de la loi du 19 juillet 1977) (2) et des articles 85 et 86 du Traité.

---

(1) S.A. Princesse c/ SACEM Jugement du TGI de Paris 1ère chambre civile 1ère section, 21 mai 1980 inédit.  
S.A. Princesse c/ SACEM Jugement sur renvoi. TGI de Paris 1ère chambre civile, 1ère section, 15 décembre 1982  
RIDA N° 117 AVRIL 1983 P 187

- (2) Art. 50 : "Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment :
- en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient, de vente ou de revente;
  - en favorisant la hausse ou la baisse artificielles des prix;
  - en entravant le progrès technique;
  - en limitant l'exercice de la libre concurrence par d'autres entreprises".

"sont prohibées sous réserve des dispositions de l'article suivant. Ces prohibitions s'appliquent à tous les biens, produits ou services nonobstant toutes dispositions contraires. Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit. Cette nullité peut être invoquée par les parties et par les tiers, elle ne peut être opposée aux tiers par les parties. Elle est éventuellement constatée par les tribunaux de droit commun à qui l'avis de la commission de la concurrence, s'il en est intervenu un, doit être communiqué".

"sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou sur une partie de celui-ci une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de sa puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché".

Elle dénonçait l'utilisation abusive faite par la SACEM de son monopole de fait, sur le marché intérieur et le fait d'avoir conclu avec les sociétés des accords de représentations exclusives, accords qui prévoient que la SACEM appliquerait le même tarif à tous les répertoires.

La décision finale du Tribunal de Grande Instance a été rendue après la consultation de la Commission de la concurrence.

La décision soulevait plusieurs problèmes qui relevaient aussi de l'article 86 du Traité, nous les retrouverons lors de la seconde partie de cette étude (1).

La Commission de la concurrence a statué sur la base des dispositions législatives françaises. Mais le Tribunal de Grande Instance de Paris, qui était saisi sur la base des dispositions françaises et communautaires, a souligné dans un préambule le caractère similaire de ces deux catégories de dispositions et le fait qu'elles inspiraient toutes deux sa décision.

La demande de la société Princesse de saisir la Cour de Justice des Communautés a été écartée :

"l'ensemble des règles de droit interne et de droit communautaire alléguées par les parties ne se distinguent pas suffisamment pour justifier une analyse distincte des moyens invoqués; que, par ailleurs, les articles 85 et 86 du Traité de Rome sont clairs et n'imposent pas, en l'espèce, la saisine de la Cour de Justice des communautés européennes, sur le fondement de l'article 177 de ce Traité".

---

(1) Cf infra p. 63 seconde partie.

En ce qui concerne l'article 85 du traité : la Société Princesse reprochait à la SACEM d'avoir conclu des accords avec les sociétés d'auteurs étrangères. Accords qui prévoient la représentation réciproque exclusive et l'application d'un tarif national unique à tous les répertoires, bien qu'en réalité ce tarif soit différent et moins élevé que celui pratiqué par la SACEM.

Le Tribunal de Paris s'est fondé sur l'avis de la Commission de la Concurrence, et celle-ci a rejeté le grief d'entrave au fonctionnement normal du marché. Le Tribunal n'a examiné que l'accord entre la SACEM et la Performing Right Society (PRS) les autres sociétés n'ayant pas été "attirées" à la cause. En ce qui concerne l'accord signé entre la SACEM et la Performing Right Society, le Tribunal a répondu :

"Attendu que cette convention ne crée pas entre les parties une situation constituant en droit une entente illicite, car il n'est conféré au mandataire aucune exclusivité, que d'autre part, la société PRS est libre de demander, en contrepartie de son autorisation, un traitement au moins égal à celui qui est accordé par son mandataire aux oeuvres de son propre répertoire".

Dans son avis la Commission de la Concurrence a souligné :

"5) que dans l'avenir, la SACEM entraverait le fonctionnement normal du marché si elle organisait ses relations avec les discothécaires et les sociétés d'auteurs étrangères de manière à jouir d'une exclusivité de fait, notamment si elle

imposait à des disothécaires justifiant de la perspective d'un accord direct avec une société d'auteur étrangère un contrat global couvrant les oeuvres inscrites au répertoire de celle-ci".

Le Tribunal souligne que des contacts ont été pris par des disothécaires et la PRS. Mais cette société estime que vue les difficultés techniques du contrôle, une licence directe ne semble pas possible et "elle serait certainement plus onéreuse pour l'exploitant que celle accordée par la SACEM".

Il nous faut examiner maintenant si le contrat de société lui-même peut être considéré comme limitatif de la concurrence. Les auteurs cèdent tous leurs droits à une seule société de gestion (1).

La Commission dans l'affaire Gema a dénoncé l'abus "dans le fait que la Gema lie ses membres par des obligations, qui ne sont objectivement justifiées et qui, en particulier, entraînent inégalement le passage des membres à une autre société" (2).

---

(1) Castelain et Milchior - thèse : le Droit d'auteur et le Marché commun, Paris II, 1983. op. cit p. 191. Ils posent le problème au point de vue des ententes. Mais le problème n'est pas envisagé sous ces termes par les autorités communautaires. Comme l'explique Mr l'avocat général Mayras dans ses conclusions lors de l'affaire BRT/Sabam (p. 325).

"Toutefois ce qui est en cause, ce n'est pas le principe de l'affiliation à une société de droits d'auteur, mais, d'une part l'étendue et la rigueur de la cession exclusive des droits imposée par l'article 10 des statuts et reprise par l'article 11 des contrats types, d'autre part, les clauses interdisant, en pratique, à ses affiliés toutes relations directes avec les sociétés d'auteurs étrangères."

(2) Gema décision 71/224 CEE - JOCE L 134 du 20 juin 1971 en particulier p. 22.

Mais le principe de la cession n'a jamais été mis en cause comme le souligne Monsieur l'avocat général Mayras, il s'agit seulement d'en limiter l'étendue (1).

Monsieur Mestamacker, qui s'appuie sur les arguments de Mr Mayras (2), arrive à la conclusion que l'article 85 n'a pas lieu d'être appliqué. D'autre part la présence des éditeurs ne semble pas changer les données du problème, et cette présence qui est connue n'a jamais été mise en cause (3).

Les sociétés d'auteurs ont accepté de modifier leurs statuts, il est désormais possible à un auteur de céder ses droits à plusieurs sociétés (4). Cette attitude est encouragée par la Cour de justice dans ses décisions concernant la libre circulation des marchandises (5).

---

(1) Cf note 1 page précédente.

(2) Op. cit. p. 60 Annexe 2.

"Accordingly, due to lack of any perceptible restriction of competition, Article 85 (I) is not applicable to the establishment of performance rights organizations dealing with copyrights"

Opinion qui est aussi reprise par Mr Dietz n° 44 et s. p. 20 et par la Commission dans son 1er rapport sur la Concurrence 1971 p. 77 n° 84.

(3) MM. Castelain et Melchior introduisent cette distinction qui peut selon eux justifier une différence de régime, op. cit. p. 200.

A contrario Dietz. Op. cit. n° 43 p. 20.

(4) Nous retrouverons cette question dans le cadre de l'article 86, infra p.

(5) Music vertrieb Membran et K Tel International c/ Gema attendu 25 :

"Il convient de faire remarquer en outre que, dans le cadre d'un marché commun caractérisé par la libre circulation des marchandises et la liberté des prestations de services, l'auteur, agissant directement ou par l'intermédiaire de son éditeur, est en mesure de choisir librement le lieu, dans l'un quelconque des Etats membres, où il met son oeuvre en circulation. Il peut faire ce choix en fonction de son intérêt, dans lequel interviennent non seulement le niveau de



Cela nous amène à examiner un autre comportement dénoncé par l'article 85.

IV - L'APPLICATION DE CONDITIONS DISCRIMINATOIRES POUR DES PRESTATIONS EQUIVALENTES

Cette interdiction figure aussi dans l'article 86 du Traité, dans le cadre de l'article 85, elle trouve son origine dans une entente, alors que dans le cadre de l'article 86 elle résulte de l'exploitation abusive d'une position dominante.

La Commission des Communautés européennes avait, dans sa décision contre la Gema, et les autres sociétés d'auteurs (1), considéré comme contraire au Traité, le fait que lesdites sociétés d'auteurs appliquaient un régime différent aux auteurs nationaux et aux auteurs étrangers.

Cette discrimination touchait aussi bien le taux de la redevance, les avantages sociaux que la participation à la vie de la société. Mais ces décisions étaient fondées sur l'article 86. C'est pour cette raison que nous les examinerons plus en détail dans la suite de nos développements (2).

---

Suite de la note (5) de la page précédente.

rémunération assuré dans l'Etat membre en questions, mais encore d'autres facteurs, tels par exemple les possibilités de distribution de son oeuvre et des facilités de commercialisation, qui sont d'ailleurs accrues grâce à la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la Communauté. Dans ces conditions, on ne saurait permettre à une société de gestion de droits d'auteur d'exiger, à l'importation dans un autre Etat membre, le paiement d'une rémunération supplémentaire en fonction de la disparité de rémunération existant dans les différents Etats membres."

(1) Gema 71/224 JOCE L 134 du 20 juin 1971 et 1er rapport sur la Concurrence 1971 p. 71 et s.

(2) Cf. infra p. 130.

Récemment certains usagers de la SACEM ont prétendu que celle-ci appliquait un tarif différent aux usagers et faisait bénéficier certains d'entre eux de tarifs plus avantageux (1). Certaines des juridictions saisies ont écarté ce grief en se fondant sur le fait que les usagers, qui bénéficiaient d'un tarif plus avantageux, avaient adhéré à un syndicat qui les soumettait à un contrôle rigoureux. Ce qui permettait à la SACEM d'alléger ses opérations de vérification. Tout adhérent au syndicat pouvait bénéficier de ce tarif avantageux. La discrimination n'existe pas vu les avantages tirés, lors des procédures de vérification qui sont allégées vis-à-vis des adhérents du syndicat et justifient une différence de de tarif.

Le même grief était soutenu par la société Princesse et son syndicat : Syndis , devant le Tribunal de Grande Instance de Paris (2). Comme il a été dit, cette juridiction a demandé l'avis de la Commission de la Concurrence. Dans son avis, la Commission de la Concurrence a retenu le grief d'entrave au fonctionnement du marché (3). Le Tribunal de Grande

- 
- (1) Décisions inédites : c/ Blue Note - Sacem c/ Monseigneur et autres.
- (2) Société Princesses c. Sacem. TGI de Paris 21 déc. 1982
- (3) Avis de la Commission de la Concurrence :
- "1) que la Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) entrave le fonctionnement normal du marché de l'exploitation des droits d'auteur des oeuvres musicales :
- a) en imposant à la Société Princesse le tarif tel que fixé dans le contrat litigieux alors que d'autres utilisateurs exerçant la même profession bénéficient d'avantages particuliers;
- b) en se livrant à des pratiques discriminatoires suivant l'adhésion à telle ou telle organisation syndicale ou professionnelle".
- Cf annexe 3.

Instance de Paris après avoir examiné les avantages accordés par la SACEM à certains adhérents a conclu que l'avis de la Commission sur ce point était "sans portée" la Commission n'ayant pas eu connaissance de tous les éléments du problème.

Après avoir examiné les relations entre la SACEM et certains syndicats, le Tribunal constate :

"Que cette tentative de conciliation, destinée à prévenir une procédure judiciaire en favorisant sous le contrôle d'une organisation syndicale la solution amiable des litiges permet d'assurer une meilleure garantie de recouvrement des redevances sans nécessairement engager des frais importants et rend possible une diminution des coûts de contrôle et de vérification car l'adhérent est notamment tenu de produire une copie conforme des déclarations de recettes établies par les services fiscaux."

Et il a pu en déduire que les avantages accordés à certains syndicats ont une "cause réelle et sérieuse". Il ne tenait qu'à la société Princesse et à son syndicat de conclure un tel accord avec la SACEM. Le Tribunal a donc rejeté le grief de discrimination. Le dernier comportement dénoncé par l'article 85 paragraphe 1 concerne les contrats liés.

#### V - LES CONTRATS LIÉS

Ce texte figure aussi dans l'article 86, il s'agit de prévenir les conditions supplémentaires imposées aux cocontractants. Ces conditions sont accessoires mais elles sont présentées comme étant indissociables du contrat principal.

La Commission dans le cadre de l'article 86 reprochait à la Gema de lier ses membres pour une durée trop longue et dépassant celle nécessaire à la réalisation de son objet. Mais elle a visé directement la condition de "transaction inéquitable" (1).

Nous retrouverons cette question plus en détail lors de l'étude de l'article 86. Il n'a pas semblé possible d'examiner ici toutes les clauses admises dans les contrats de cession des droits de propriété industrielle, vu l'ampleur du sujet qui dépasserait largement le cadre de cette étude (2).

Il nous faut examiner maintenant les conditions d'application des ententes interdites.

---

(1) Gema L 134 p. 15 JOCE 1971.  
et voir infra 2ème partie p.

(2) Il suffit de se reporter aux études faites sur la question notamment : Bonet "les propriétés incorporelles" RTDE 1981 n° 1 p.  
Castelain et Milchior qui dans leur thèse "le droit d'auteur et le Marché Commun" examinent longuement la question p.92 à 116 et p. 123 à 168.

CHAPITRE III

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PROHIBITION

DE L'ARTICLE 85, PARAGRAPHE 1

Après avoir vu la nature des comportements prohibés et toujours dans le cadre de l'examen des termes de l'article 85 paragraphe 1, il nous faut étudier maintenant les conditions d'application de l'article 85. Il faut d'une part que l'accord soit susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et d'autre part qu'il ait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun.

Nous examinerons successivement la condition d'affectation du commerce entre les Etats membres (section I) puis l'atteinte portée à la concurrence (section II).

Les conditions d'application sont les mêmes dans le cadre de l'article 86, mais pour une meilleure compréhension des textes il a paru opportun de les examiner ici.

SECTION I

L'AFFECTION DU COMMERCE ENTRE LES ETATS MEMBRES

Une importante controverse s'est développée sur le terme "affecter". Que recouvre exactement ce terme ? C'est après en avoir déterminé le sens, que nous en examinerons la portée géographique.

I - LA CONTROVERSE SUR LE TERME "AFFECTER"

Quel sens faut-il donner à ce terme ? Faut-il par une interprétation restituer la nuance négative qui figure dans certaines versions du Traité, notamment les versions néerlandaises et italiennes ? Ou faut-il interpréter ce terme de façon neutre ? Et considérer que toutes les affectations quel'elles soient sont prises en considération.

Dans une première affaire touchant ce problème, la Commission, approuvée par la Cour, a considéré qu'il suffit "qu'une restriction de la concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1, fasse que le commerce entre Etats membres, se développe sous d'autres conditions qu'il ne l'aurait fait sans cette restriction et que son influence sur les conditions du marché revête quelque'importance, pour qu'il y ait affectation du commerce entre Etats membres" (1).

La Cour de justice a confirmé ce point de vue et a jugé : "Il importe notamment de savoir si l'accord est susceptible de mettre en cause soit de manière directe ou indirecte, actuellement ou potentiellement, la liberté du commerce entre Etats membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats." (2).

Mais en posant les conditions dans cet ordre, les autorités communautaires sont amenées à examiner en premier lieu, s'il y a une atteinte à la concurrence et ce, avant d'examiner la condition d'affectation du commerce entre Etats membres.

---

(1) Grundig Consten JOCE n° 161 du 20 octobre 1964.

(2) Grundig Consten c/ Commission 13 juillet 1966 RCJE 1966 p. 429.

Monsieur Goldman critique cette inversion dans l'ordre d'examen des conditions. Le critère d'applicabilité du droit de la concurrence est l'affectation du commerce entre les Etats membres, condition qui subordonne celle de l'atteinte portée à la concurrence. L'inversion de l'examen des conditions, telle que la pratiquent les autorités communautaires, aboutit à nier la logique du texte. L'examen de la condition d'affectation doit constituer un préalable; si le commerce entre les Etats membres n'est pas concerné, le droit communautaire n'a pas de raison d'être appliqué (1).

La notion "d'affectation du commerce" englobe une consonnance géographique qu'il nous faut examiner maintenant.

## II - L'APPLICATION GEOGRAPHIQUE DU CRITERE D'AFFECTION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

Le texte de l'article 85, paragraphe 1, se réfère au "commerce entre Etats membres" sans autre précision. Que faut-il entendre par commerce entre Etats membres ?

A - Si l'affectation du commerce ne touche que le commerce d'un seul Etat membre, l'entente ne sera pas prohibée, en vertu des textes communautaires. Cette interprétation s'appuie sur l'article 1, paragraphe 2 du Règlement 67/67 du Conseil (2) qui dispose :

---

(1) Goldman op. cit. n° 241 et s. p. 278 2ème édition.

(2) Règlement 67/67 du Conseil JOCE 57 du 25 mars 1967 p. 849.

"Le paragraphe 1, de l'article 85 n'est pas applicable aux accords auxquels ne participent que des entreprises d'un même Etat membre et qui concernent la revente des produits de cet Etat membre."

B - A contrario, le droit communautaire s'appliquera à un accord liant des entreprises d'un même Etat membre, si les dites entreprises exercent leurs activités dans d'autres pays de la Communauté.

C - La situation la plus courante sera celle du commerce entre Etats membres qui est affecté lorsque l'accord lie des entreprises appartenant à des Etats membres différents. L'accord passé, par des entreprises situées dans des Etats membres différents, que ce soit un accord de fixation des prix ou de limitation des débouchés, a de fortes chances d'affecter le commerce entre Etats membres.

D - Il en est de même de l'accord passé entre une entreprise étrangère à la Communauté et une entreprise d'un Etat membre, comme nous le démontre l'affaire opposant la Société Time Limit à la Sabam (1).

Cette affaire est intéressante à un double point de vue, la situation est différente selon que l'on se place

---

(1) Time Limit Reditune c/ Sabam - Tribunal Civil de Bruxelles  
30 octobre 1975 RIDA 1977 n° p. 130.

Sabam c/ Time Limit Reditune - Cour d'Appel de Bruxelles  
26 octobre 1978 RIDA 1979 n° p. 198.

Time Limit Reditune c/ Sabam - Cour de Cassation Belge  
9 avril 1981 inédit. Cf annexe 4.



avant ou après l'entrée de la Grande Bretagne dans le Marché Commun, le 1er janvier 1973.

La société Time Limit Reditune louait en Belgique des bandes enregistrées importées de Grande-Bretagne, le fabricant des bandes, la société de reproduction Carlton Facilities Ltd était liée aux sociétés d'auteurs anglaises par un accord qui prévoyait que les bandes fabriquées par leur co-contractants seront uniquement destinées, à la location, pour l'usage privé, en Grande-Bretagne. La location a été confiée à la société international Library Service Ltd et sa filiale Time Limit Reditune Ltd. La filiale belge de Time Limit Reditune a conclu un accord avec la société d'auteur belge la Sabam. Cet accord daté du 26 janvier 1965 prévoyait que Time Limit pourrait reproduire sur bande toute oeuvre du répertoire de la Sabam. Les bandes étaient exclusivement réservées à la location pour l'usage privé. L'accord prévoyait aussi l'autorisation de louer et de distribuer sur le territoire belge des bandes importées de Grande-Bretagne. Cette dernière autorisation était accordée moyennant une redevance de 6,4 % versée à la Sabam.

Time Limit a régulièrement versé la redevance à l'importation fixée par la Sabam et ce, jusqu'au 30 juin 1969, mais à partir de cette date elle a refusé de verser la redevance de 6,4 %. A son avis, le droit de reproduction avait été perçu en Grande-Bretagne et le prélèvement d'un nouveau droit par la Sabam était contraire au principe de la libre circulation des marchandises. A la suite, de la décision de

Commission contre la Gema (1) la Sabam a proposé de réduire ladite redevance à compter du 1er juillet 1971 et d'appliquer une redevance de 1,75 %. La société Time Limit a refusé de payer cette redevance, même réduite, et a porté l'affaire devant le Tribunal de Bruxelles.

Celui-ci a scindé le problème et a envisagé deux périodes; chaque période méritait une solution différente. Selon le Tribunal, si la redevance était bien due avant l'entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché Commun, elle ne l'était plus après cette date, la Grande-Bretagne étant devenue un Etat membre à part entière, à partir du 1er janvier 1973.

La perception d'une redevance était dès lors contraire au principe de la libre circulation des marchandises. La Sabam a fait appel de ce jugement, la Cour d'Appel de Bruxelles, dans son arrêt du 26 octobre 1978, a repris la distinction entre la période antérieure et postérieure à l'entrée de la Grande Bretagne dans le Marché Commun. Elle a confirmé que, pour la période postérieure à cette entrée, la double redevance exigée par la Sabam était contraire au principe de la libre circulation.

Mais elle a aussi, condamné le prélèvement opéré par la Sabam avant l'entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché Commun. L'interdiction d'exporter, prévue par les sociétés britanniques, n'a pas eu les mêmes conséquences dans les divers Etats membres, notamment en France et aux Pays-Bas où aucune redevance n'a été perçue. Selon la Cour d'Appel de

---

(1) Gema 2 juin 1971. JOCE L 134 du 20 juin 1971.

Bruxelles il faut considérer, qu'il y a eu une entente "au moins tacite entre les sociétés d'auteurs britanniques, celle-ci a abouti à une discrimination au détriment des entreprises de location opérant sur le marché belge et a donc eu, sinon pour objet, du moins pour effet, de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun".

Selon la Cour d'Appel l'entente conclue entre des entreprises extérieures au Marché Commun peut affecter celui-ci. La Cour d'Appel a écarté l'argument tiré de la décision de la Commission dans l'affaire Gema, pour justifier la perception d'une redevance à taux réduit, représentant la différence entre la redevance perçue en Grande-Bretagne et celle perçue en Belgique. La Cour d'Appel a souligné que dans la décision Gema, la Commission avait affirmé "que la double redevance prélevée sur les disques importés et réimporter d'autres Etats membres par les commerçants indépendants, restreint le commerce des disques entre Etats membres".

La Cour d'Appel de Bruxelles a refusé de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice, la solution du problème pouvait à son avis être déduite des précédentes décisions de la Cour de Justice.(1)

Et la Cour d'Appel se fonde sur les décisions Deutsche Grammaphon et Centrafarm pour affirmer que "le droit de reproduction est certes un des aspects patrimoniaux du droit d'auteur lui-même mais, de même qu'en matière de brevets, on ne saurait aller jusqu'à inclure dans les droits constituant l'objet spécifique de cette propriété celui de réglementer

---

(1) Cf Gema 2 juin 1971 JOCE L 134 du 20 juin 1971.

les limites à l'intérieur desquelles les supports matériels de la reproduction pourront être commercialisés; que dès lors pareil droit conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice, est susceptible de tomber sous le coup des articles 30, 85 et 86 du Traité instituant la CEE".

La Sabam s'est pourvue en cassation en soulevant les moyens tirés d'une part de la dénaturation de la loi belge sur le droit d'auteur et, d'autre part de la violation des articles 30, 36 et 85 du Traité de Rome.

La Cour de Cassation belge dans son arrêt du 9 avril 1981 (1) a rejeté le premier moyen en toutes ces branches et a affirmé :

"qu'ainsi l'arrêt (de la Cour d'Appel de Bruxelles) ne décide pas contrairement à ce que soutient le moyen que le droit de limiter territorialement l'auteur de reproduire l'oeuvre ne ferait pas partie au regard du droit belge de l'objet spécifique du droit d'auteur."

En ce qui concerne l'autre moyen tirée de la violation des articles 30, 36 et 85 du Traité, la Cour de Cassation a repris l'argument présenté par la Cour d'Appel, et qui est déduit de la jurisprudence de la Cour de Justice; cet argument jurisprudentiel rejette toute limitation apportée à l'article 30, article du Traité qui fixe le principe de la libre circulation des marchandises.

La jurisprudence admet l'application de l'article 36 article qui apporte des aménagements au principe de la libre circulation en distinguant l'existence du droit de son exercice.

---

(1) Cf. annexe

L'existence du droit ne peut être mise en cause par le Traité mais son exercice peut être limité par la mise en oeuvre du Traité. Cette disposition est aussi étendue à l'article 85.

La Cour de Cassation se fonde sur ce dernier point pour rejeter le pouvoir et reconnaît que "l'exercice d'un droit puisse être limité par la mise en oeuvre du Traité".

Cette dernière solution a été confirmée par la Cour de Justice, dans une affaire plus récente où le problème se posait dans des termes similaires. La société K-Tel avait importé des disques de Grande-Bretagne en Allemagne. La Gema, société allemande de gestion des droits, réclamait à la société K-Tel importatrice des disques la différence entre la redevance versée par elle en Grande-Bretagne et celle applicable en Allemagne. La société K-Tel a refusé de payer une nouvelle redevance et a saisi le Tribunal de Francfort-sur-le Main, celui-ci a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés (1).

Aucune entente n'était à l'origine de la situation en question et c'est sur le fondement de l'article 36 que la Cour de Justice a nié le droit de la Gema d'exiger une nouvelle redevance, quelqu'en soit le montant. Le droit à redevance est épuisé après la première mise en circulation.

Monsieur Françon (2) remarque que le taux de redevance appliqué en Grande-Bretagne est déterminé en fonction

---

(1) Music Vertrieb Membran et K-Tel International c/ Gema, aff. 57-58/80 du 20 janvier 1981 - RIDA juillet 1981 p. 186.

(2) Françon - RTDCO 1981 n° 3 p. 539.

du taux de licence légale qui est de 6,25 %. Sans qu'il s'agisse d'une licence obligatoire, ce taux de licence influence toutes les négociations contractuelles, et il est devenu en pratique un taux plafond. En effet la loi anglaise prévoit que les utilisateurs de second rang ne devront que 6,25 %, dès lors qu'une première divulgation de l'oeuvre a eu lieu avec le consentement de l'auteur. Aussi, aucun cocontractant n'accepte de rémunérer l'auteur à un taux plus élevé que le taux légal (de 6,25 %), afin d'éviter de faire le jeu de ses concurrents.

Et Monsieur Françon souligne :

" En refusant d'appliquer aux oeuvres le taux de redevance pratiqué dans l'Etat membre importateur, la Cour de Justice n'a-t-elle pas donné une portée communautaire à la disposition légale britannique et lésé les auteurs dont les oeuvres sont reproduites en Grande Bretagne ? "

Sur ce dernier point, la Cour souligne qu'il ne tient qu'à l'auteur de choisir au mieux de ses intérêts le pays de la première mise en circulation. Cette solution semble ignorer les vivacités culturelles et linguistiques des Etats membres de la Communauté.

Cette longue analyse de la jurisprudence permet d'affirmer que quelqu'en soit l'origine, la double redevance, n'est pas admise, et elle est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres, même si elle est le fait d'une entreprise établie dans un Etat tiers à la Communauté. (1)

---

(1) Cf l'analyse de la Cour d'Appel de Bruxelles.

E - Il faut examiner maintenant le cas d'un accord passé par des entreprises appartenant au Marché Commun et dont l'objet se réalise à l'extérieur de celui-ci. Un tel accord peut-il affecter le commerce entre les Etats membres ?

Dans l'affaire qui opposait la société Greenwich à la Sacem, la Cour de Justice a donné une réponse positive (1). Les circonstances étaient les suivantes : Francis Lay and François de Roubaix, tous deux compositeurs, avaient adhéré à la Sacem et lui avaient cédé le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la représentation de toutes leurs oeuvres pour le monde entier. La société Labrador, elle-même membre de la Sacem, avait édité les oeuvres des deux compositeurs et les avait ensuite cédées à la société Greenwich, productrice de film. Celle-ci se considérait comme seule titulaire des droits cédés et refusait de payer des redevances à la Sacem au titre de l'exécution publique. Elle considérait qu'elle était seule titulaire des droits, tout du moins pour les pays non statutaires, Etats tiers à la Communauté, c'est à dire les pays où la perception des droits est faite auprès du producteur du film et non auprès des exploitants des salles. Assignée par la Sacem au paiement des redevances, la société Greenwich a appelé la société Labrador en garantie. Elle a

---

(1) Sacem c/ Greenwich.

- TGI de Paris 26 avril 1974 RIDA n° 81 juillet 1974 p. 144.
- Cour d'Appel de Paris 7 mai 1976 RIDA n° 89 juillet 1976 p. 138.
- Cour de Cassation décembre 1979 RTDE 1979 p. 515.
- Cour de Justice affaire 22/79 du 25 octobre 1979 RIDA n° 103 1980 p. 136.
- RCJE Conclusions de l'avocat général Warner p. 3294.
- Cour de Cassation 1<sup>ère</sup> chambre civile 10 juin 1980 RIDA n° 106 octobre 1980 p. 118.

invoqué l'article 86 du Traité pour faire déclarer nuls les contrats liant la Sacem aux deux compositeurs dont elle exploitait les oeuvres. Son argumentation s'appuyait sur la décision de la Commission contre la Gema, décision qui avait dénoncé le caractère abusif des engagements exigés par la Gema de ses adhérents.

Le Tribunal de Paris a admis la demande de la Sacem en recouvrement des redevances. La Cour d'Appel de Paris a confirmé ce jugement et elle a rejeté la demande d'une question préjudicielle formulée par Greenwich. A son avis il n'y a pas lieu d'appliquer le droit communautaire aux contrats exécutés à l'Extérieur du Marché Commun.

La Cour de Cassation, saisie à son tour, a posé la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice :

"L'article 86 s'applique-t-il en ce qui concerne l'exécution dans des pays tiers de contrats conclus sur le territoire des Etats membres par des parties dépendant de ceux-ci" ?

Après un très long examen des faits et sur les observations de l'avocat général Warner, qui a souligné le caractère limité de la question posée et rappelé les précédents en la matière les affaires Sabam, BRT et la Gema (1)-, la Cour de Justice a noté dans son arrêt la nécessité de l'existence d'une exploitation abusive, qu'il appartient au juge national de vérifier. Dans l'hypothèse où cette première condition est

---

(1) BRT c/ Sabam Fornior Rec 1974 p. 313 et Gema JOCE L 134 p. 15 1971.



réalisée, les contrats mêmes exécutés à l'extérieur de la Communauté peuvent affecter le commerce entre les Etats membres.

Et la Cour a répondu de la façon suivante :

"Si une société d'exploitation des droits d'auteur des compositeurs de musique devait être considérée comme une entreprise qui exploite de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, la circonstance que cette exploitation ne concernait, dans certains cas, que l'exécution dans des pays tiers de contrats conclus sur le territoire d'un Etat membre par des parties dépendant de cet Etat ne fait pas obstacle à l'applicabilité de l'article 86 du Traité."

Sur renvoi, la Cour de Cassation dans son arrêt du 10 juin 1980, tout en reconnaissant que "le fait que l'exploitation des droits d'auteur ne concernait que l'exécution dans des pays tiers de contrats conclus sur le territoire d'un Etat membre par des parties dépendant de cet Etat, ne fait pas obstacle à l'applicabilité de l'article 86 du Traité CEE", a rejeté le pourvoi en constatant que les contrats conclus entre la Sacem, Francis Lay et François de Roubaix étaient intervenus en 1958 et 1962 dates auxquelles la cession des droits pour tous les pays et pour une longue durée était considérée comme normale (les décisions de la Commission contre Gema et les autres sociétés d'auteurs datent de 1971). Selon la Cour de Cassation, la Cour d'Appel a pu à bon droit décider que la cession en cause "n'affectait pas le commerce entre les Etats membres et n'entravait pas le fonctionnement normal du marché

et qu'il n'était pas prouvé en conséquence que les agissements de la Sacem présentaient un caractère abusif".

Ce qui nous intéresse ici, c'est l'affirmation concernant la portée du droit communautaire : le lieu d'exécution, des contrats conclus par des parties dépendant des Etats membres peuvent affecter le commerce dans la Communauté.

F - Il est aussi admis que le comportement de deux ou plusieurs sociétés, étrangères au Marché Commun, peut affecter le commerce entre Etats membres, encore qu'il soit plus difficile dans ce cas aux autorités communautaires d'exercer leur contrôle ou d'imposer leur décision.

Pour que la condition d'affectation du marché soit remplie, il suffit que l'affectation du commerce soit susceptible de se produire, il n'est pas nécessaire qu'elle se produise dans la réalité, l'éventualité justifie l'application des règles communautaires.

L'article 85 paragraphe 1 prévoit une deuxième condition qui est l'atteinte portée à la concurrence.

## SECTION II

### LE CARACTERE ANTICONCURRENTIEL DE L'ENTENTE

Sont prohibés les accords "qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun".

Les trois termes "empêcher", "restreindre" et "fausser" sont similaires, en juxtaposant les termes, les rédacteurs du Traité ont adopté une interprétation extensive de l'atteinte.

I - L'OBJET OU L'EFFET DE L'ACCORD

L'entente sera prohibée si elle a pour objet de porter atteinte à la concurrence; l'objet désigne la volonté non équivoque des parties à l'entente de faire échec aux règles de la concurrence. Il est difficile d'imaginer que les parties se lient par un accord ayant un objet illégal. L'utilisation des moyens moins directs paraît plus probable. L'entente aura dans ce cas pour effet de porter atteinte à la concurrence, indépendamment de l'acte de volonté qui est à son origine.

Ainsi dans l'affaire *Time Limit* (1), la Cour d'Appel de Bruxelles a déclaré que, vu qu'une seule redevance a été perçue en France et aux Pays-Bas en ce qui concerne la Belgique: "les clauses dont il s'agit apparaissaient comme le résultat d'une entente au moins tacite entre les sociétés d'auteurs. Celle-ci a abouti à une discrimination au détriment des entreprises de location opérant sur le marché belge et a donc eu sinon pour objet, du moins pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun".

Le texte de l'article 85 est extrêmement large et il englobe tous les comportements. Mais il faut que l'atteinte soit sensible, comme nous allons le constater à travers la jurisprudence.

---

(1) Affaire *Time Limit*.

Pour les faits, Cf nos développements supra p. 75.

## II - L'ATTEINTE PROPREMENT DITE

La concurrence visée par l'article 85, n'est pas le modèle théorique mais la notion réaliste de concurrence "praticable". On admet qu'il y a une concurrence suffisamment efficace lorsque les entreprises ne limitent pas de façon excessive ou artificielle leur activité. Selon le texte, il n'est pas nécessaire que le jeu de la concurrence soit totalement supprimé, il suffit qu'il soit étroitement limité. Encore faut-il que l'atteinte portée soit sensible mais peu importe que l'atteinte soit actuelle ou seulement éventuelle.

En ce qui concerne les contrats de représentation réciproque conclus par les sociétés d'auteurs entre elles : ces contrats défavorisent la libre jeu de la concurrence, chaque société s'assigne un territoire d'intervention et accepte de ne pas intervenir sur le territoire des autres sociétés. Cela aboutit à un cloisonnement du marché, chaque société est en monopole sur son territoire et peut y appliquer le tarif qui lui convient sans avoir à se soucier de la concurrence faute d'existence de celle-ci.

La clause d'exclusivité a été supprimée sur la demande de la Commission mais le principe des contrats de représentation est maintenu (1). Les développements consacrés à l'examen du contenu des ententes et particulièrement ceux consacrés au paragraphe I c) de l'article 85 sont valables ici (2).

---

(1) Premier rapport sur la Concurrence p. 77 note 2 in fine.

(2) Cf supra p. 59.

D'autre part la Commission a aussi dénoncé, le système d'admission des auteurs des autres Etats membres appliqué par les sociétés d'auteurs. Système qui prévoit que chaque société demandera le consentement de sa consœur concernée d'admettre parmi ses membres un auteur originaire d'un autre Etat membre. Cette clause, restreint la concurrence, chaque société accepte de ne pas recruter les adhérents des autres sociétés, même s'il lui est possible de leur offrir un service meilleur marché et de meilleure qualité.

L'admission de la qualité de membre de plusieurs sociétés ne peut pas nuire aux sociétés d'auteurs vu la divisibilité du droit d'auteur.

Les sociétés d'auteurs, compte tenu des remarques de la Commission, ont supprimé la clause d'exclusivité dans les contrats de représentation réciproque et aussi celle qui prévoyait l'autorisation préalable de la société du pays d'origine de l'auteur avant l'admission de ce dernier, dans une autre société d'auteur.

L'atteinte à la concurrence se mesure, selon la jurisprudence (1) par rapport aux conditions de la concurrence telles qu'elles auraient pu exister en l'absence de l'accord.

Comme l'a souligné Mr Mayras dans ses conclusions devant la Cour de Justice, dans l'affaire BRT Sabam, il est certain qu'en l'absence des sociétés d'auteurs, la situation de l'auteur serait plus déséquilibrée, face à des organismes puissants.

---

(1) Cf. BRT Sabam p.325.

Mr Mestmäcker (1) souligne que dans l'élaboration et la production d'une oeuvre il intervient plusieurs auteurs de nationalité différentes, seul un organisme bien équipé peut procéder à l'évaluation des droits de chacun des auteurs. Dès lors les sociétés d'auteurs ont intérêt à présenter un répertoire mondial (du moins aussi vaste que possible) pour faciliter la tâche des organismes utilisateurs et éviter toutes les violations du droit d'auteur. Vu les avantages considérables qui en découlent :

- la possibilité au moyen d'un seul contrat de pouvoir utiliser le répertoire mondial,

- l'utilisation sans risque de violation et sans problème de détermination du titulaire du droit, tâche qui se révèle souvent délicate et qui suppose l'examen de nombreux contrats et de leur conséquence suivant chaque catégorie de législation,

- l'annulation de tous les risques de contrefaçon et donc un meilleur respect des droits des auteurs.

Il semble donc que la condition d'atteinte, même si elle est réalisée ne permet pas de condamner, dans son intégrité principe du contrat de représentation réciproque.

---

(1) Mestmäcker, op. cit. p. 71 et 74.  
Cf. annexe

## CHAPITRE IV

### LES DEROGATIONS AUX ENTENTES INTERDITES

Avant d'examiner les sanctions prévues par l'article 85, paragraphe 2, nous allons examiner les possibilités de dérogation à l'interdiction des ententes, prévues par le paragraphe 1 de ce même article. Bien qu'aucune exemption ne soit prévue en faveur des sociétés d'auteurs, il semble utile de définir le contenu pour établir une comparaison avec les exemptions individuelles.

Il existe deux grandes catégories de dérogations aux ententes : l'attestation négative et l'exemption que certains spécialistes désignent par "notification".

L'attestation négative confirme que l'entente ne remplit pas les conditions d'application de l'article 85 paragraphe 1. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une dérogation; toute entreprise ou association d'entreprises, peut obtenir une telle attestation. Au vu des éléments qui lui sont fournis par la demanderesse, la Commission atteste que les règles de l'article 85, paragraphe 1 n'ont pas lieu de s'appliquer. Cette procédure est décrite dans l'article 2 du règlement 17 du Conseil en date du 6 février 1962 (1).

---

(1) Article 2, Règlement 17 :

La Commission peut constater, sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées, qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du Traité.

Au contraire, l'exemption est, elle, une véritable dérogation aux règles de l'article 85, paragraphe 1 et elle résulte d'une procédure beaucoup plus formaliste; il faut que toutes les conditions prévues par l'article 85, paragraphe 3, soient remplies.

Dans les deux cas le résultat est similaire, mais l'attestation négative revêt un caractère plus précaire, elle est délivrée par la Commission à l'examen des seuls éléments fournis par la demanderesse. La similitude des procédures tient à leur force obligatoire et elles vont s'imposer aux juridictions des Etats membres.

Nous n'allons pas examiner longuement l'attestation négative qui ne fait pas l'objet de règles particulières. Le texte de l'article 2 du règlement 17 précise, qu'une telle demande peut être formulée par toute entreprise ou association d'entreprises et que la Commission ne délivre l'attestation qu'au vu des éléments qui lui sont communiqués. La décision obtenue peut être remise en cause sur l'intervention d'éléments nouveaux.

Nos développements seront consacrés à l'examen de l'exemption prévue à l'article 85 paragraphe 3. Deux sortes d'exemptions sont prévues par le texte :

Une exemption individuelle, sous condition de notification et une exemption par catégorie. Le Conseil a habilité la Commission pour déterminer le contenu des exemptions par catégorie, en vertu de deux règlements :



Le Règlement 19/65 du 2 mars 1965 (1) et le Règlement 2821/71 du 20 décembre 1971 .

La Commission n'a fait qu'un usage partiel de ces deux habilitations (2).

Le premier concerne les accords d'exclusivité et les accords relatifs à la propriété industrielle. C'est le règlement 67/67 du 22 mars 1967 (3) pris par la Commission et qui prévoit l'exemption de certains accords d'exclusivité entre entreprises dépendant d'Etat membre différent. Un projet est actuellement en cours en ce qui concerne les accords portant sur les licences de brevets d'inventions .

Le second Règlement d'habilitation n'a, lui aussi, fait l'objet que d'une utilisation partielle par la Commission, il porte sur les accords de spécialisation, c'est le Règlement 2779 du 29 décembre 1972 (4).

Comme il a été dit, aucune exemption par catégorie ne concerne les sociétés d'auteurs, il faut raisonner à partir des exemptions individuelles. Certains spécialistes suggèrent

---

(1) JOCE L 36 du 6 mars 1965 p. 533.

(2) Bonet RTDE 1981 n° 1 p. 115 qui fait le point sur la question.

(3) Règlement 67/67 de la Commission du 22 mars 1967. JOCE L 157 du 25 mars 1967.

(4) JOCE L 292 du 29 décembre 1972.

qu'un règlement par catégorie soit adopté en ce domaine.(1)  
Pour le moment, aucun projet n'est en cours et la Commission ne semble pas envisager une telle exemption.

Il faut donc raisonner à partir du cas général.  
Deux séries de conditions doivent être remplies pour bénéficier de l'exemption, à savoir des conditions positives : l'entente doit contribuer à l'amélioration de la production et le gain qui en résulte doit être équitablement partagé entre les utilisateurs et des conditions négatives : les restrictions doivent être indispensables et la concurrence ne doit pas être éliminée.

C'est après avoir examiné le contenu exact des deux séries de conditions, que nous analyserons la procédure d'obtention.

#### SECTION I

##### LES CONDITIONS POSITIVES

Il faut que l'entente contribue à l'amélioration de la production, de la distribution ou à la promotion du progrès technique ou économique (I) et que cet avantage soit partagé par tous les utilisateurs (II).

##### I - L'AMELIORATION DE LA PRODUCTION, DE LA DISTRIBUTION OU LA PROMOTION DU PROGRES TECHNIQUE OU ECONOMIQUE

L'article 85, paragraphe 3, ne mentionne que l'amélioration de la production et de la distribution mais cette

---

(1) Goldman op. cit. n° 265 2e édition et  
Dietz, op. cit. n° 33

expression doit être interprétée dans un sens large. Elle englobe toute amélioration sensible qui compense les inconvénients ressentis au niveau de la concurrence. L'amélioration s'apprécie par rapport à la situation telle qu'elle existerait en l'absence de l'accord, il faut procéder à un bilan économique.

En ce qui concerne les sociétés d'auteurs, leur apparition a été un véritable progrès, c'est pour mieux défendre leur droit que les auteurs se sont réunis en association (1). La centralisation des oeuvres a facilité l'accès au répertoire, ce résultat a été profitable aux auteurs comme aux utilisateurs. Si l'on considère comme un accord le contrat qui lie la société à ses adhérents, cet accord pourrait bénéficier d'une exemption. Comme le souligne Mr l'avocat général Mayras : "L'exploitation personnelle est matériellement irréalisable elle supposerait des moyens très puissants et exigerait des frais sans nul doute excessifs". Cette même idée de l'impossibilité ou se trouve l'artiste-interprète en tant que "particulier en position économique inférieure" a été reprise par la Commission dans sa décision concernant la G.V.L. : Société allemande de gestion des droits des artistes, exécutants et interprètes (2). Comme il a été dit en introduction, la situation des artistes est, du point de vue de la gestion des droits, comparable à celle des auteurs. Il existe des sociétés de gestion des droits

---

(1) BRT Sabam - Rec 1974 p.324 .

(2) GVL décision 81 10 30 de la Commission IV 29839 JOCE L 370 du 28 déc. 1981 p. 49.

des artistes, interprètes, exécutants, que dans quelques pays (1). Monsieur Gotzen, dans son étude consacrée aux contrats d'exportation des droits des artistes interprètes, préconise la création de telles sociétés dans les autres Etats membres (2).

Le regroupement des auteurs en société à certainement favorisé la distribution et facilité la tâche des utilisateurs. Ces derniers peuvent au moyen d'une seule négociation utiliser le répertoire mondial. Le monopole de la société d'auteur est loin de se présenter comme un pis aller pour les auteurs, il leur permet au contraire de mieux défendre leur droit.

Plus le répertoire de la société est vaste, plus la tâche des utilisateurs est facilitée. La société se charge de déterminer les différents titulaires des droits et de répartir les droits; tâche qui est souvent délicate vu le nombre d'intervenants ((3)).

Certains spécialistes proposent que l'affiliation des auteurs à une société de gestion soit rendue obligatoire par les dispositions nationales (4). Afin d'éviter toutes les difficultés d'accès aux oeuvres des auteurs indépendants, Mr Cohen Jehoram considère que le droit de diffusion doit supplanter le droit privatif de l'auteur.

---

(1) GVL en Allemagne - SIAE en Italie.

(2) Gotzen "les contrats d'exploitation des droits de l'artiste interprète exécutant". Etude élaborée à la demande de la Commission de la CEE. Etudes du secteur culturel XII / 47/80 p. 82 et s.

(3) Cf. supra les développements sur l'atteinte portée à la concurrence p.87 .

(4) Cohen Jehoram "la place de l'auteur dans la société et les rapports juridiques entre les auteurs et les entreprises de divulgation". Le droit d'auteur 1978 p. 404 et s.

Si cette idée "d'affiliation obligatoire" était acceptée dans un proche avenir, cela renforcerait encore le caractère utile de la société d'auteur et lui confèrerait une légitimité définitive.

Plus délicate est la solution en ce qui concerne les accords de réciprocité signés par les sociétés d'auteurs des différents pays (1). La Commission a critiqué le caractère exclusif de cette représentation, et n'a pas accordé d'exemption vu que ces accords portaient atteinte à la concurrence en limitant les échanges (1). Mais les sociétés ont supprimé le caractère exclusif de la représentation, ce qui permet de dire que leur accord de représentation réciproque remplit maintenant les conditions de l'exemption.

La société d'auteur présente un avantage aussi bien pour l'adhérent que pour l'utilisateur.

Pour obtenir l'exemption il est nécessaire que l'avantage soit démontré, il peut consister en une promotion du progrès économique ou technique mais cette formule doit être interprétée de façon large.

Peut-on assimiler le progrès culturel au progrès technique ?

Il semble que oui, vu l'assimilation opérée en certains domaines entre les deux catégories de droit : la propriété industrielle et le droit d'auteur, notamment en matière de libre circulation des marchandises (2).

---

(1) Cf. supra chapitre 3 p. 87 et note n° 3 page précédente,

(2) Cf. supra p. 9 et l'introduction et la décision Gema K-Tel

Un projet d'exemption par catégorie est à l'étude en matière de propriété industrielle (1). La question de l'admission d'un projet similaire en matière d'accord de représentation réciproque entre les sociétés d'auteurs pourrait être envisagée.

Il semble difficile de nier l'avantage que constitue pour les utilisateurs l'accès, au moyen d'un seul contrat ou d'une seule négociation, au répertoire de toutes les sociétés d'auteurs.

Une exemption par catégorie pourrait être utile, dans la mesure, où les contrats signés par les sociétés sont nombreux et ils ne sont pas limités aux Etats membres. Et vu que la jurisprudence considère que le commerce dans le Marché Commun peut-être affecté, dès lors qu'une seule des parties dépend d'un Etat membre (2).

La deuxième condition posée par l'article 85 paragraphe 3, concerne le profit qui résulte de l'entente, comme nous allons l'analyser maintenant.

## II - UNE PART EQUITABLE DU PROFIT DOIT ETRE RESERVEE AUX UTILISATEURS

Tout d'abord, par "profit" il faut entendre tout gain pécuniaire; le profit peut résulter d'un allègement des formalités, d'une garantie de recouvrement des créances, d'une négociation plus équitable face à un cocontractant puissant.

---

(1) Bonet op. cit. p. 112.

(2) Cf. supra chapitre 3 p.74.

Il faut procéder à un bilan économique, l'exemption est accordée lorsque le solde est positif. Elle est refusée dans le cas contraire. Une difficulté surgit lorsque le solde est nul. La Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation (1) Il faut aussi que la part du profit réservé aux utilisateurs soit équitable; l'appréciation du profit doit se faire in concreto, par rapport à la situation en cause. Il suffit que ce profit soit versé aux utilisateurs dans leur ensemble, sans qu'il soit nécessaire qu'il soit réservé au dernier utilisateur. Enfin le terme "utilisateur" doit être compris dans un sens large, dans le cadre des sociétés d'auteurs il s'agira aussi bien des auteurs-adhérents que des usagers du répertoire. Véritable avantage qui bénéficie à tous, l'entente doit remplir encore d'autres conditions, négatives celles-ci, pour pouvoir bénéficier de l'exemption.

## SECTION II

### LES CONDITIONS NEGATIVES

Il y en a deux, l'entente doit présenter un caractère indispensable (I) et elle ne doit pas éliminer la concurrence (II).

#### I - LE CARACTERE INDISPENSABLE DES RESTRICTIONS IMPOSEES A LA CONCURRENCE

L'entente doit être le seul moyen qui permette d'obtenir l'avantage recherché. Si l'on raisonne à partir des

---

(1) La légitimation de l'entente par l'article 85 paragraphe 3. Laurent, Dalloz 1979, Cf, p. 197.

contrats de représentation exclusive entre les sociétés d'auteurs, le caractère exclusif de la représentation ne paraît pas indispensable (1). Certes chaque société d'auteur ne peut établir un réseau de surveillance complet dans chaque pays. Néanmoins, elle a la possibilité de surveiller le gros de l'utilisation de son répertoire à l'étranger; elle peut aisément surveiller les stations de radiodiffusion (2). Et il est possible d'envisager que chaque société d'auteur négocie son propre répertoire directement avec les stations de radiodiffusion des pays étrangers, sans passer par le biais de sa consocier du pays concerné. Un tel contrat direct favoriserait la concurrence; il permettrait aux stations de radiodiffusion de mieux faire valoir leurs intérêts et aux sociétés d'auteurs de contrôler leur revenu à l'étranger. Pouvoir proposer un répertoire à la fois national et étranger conforte la position de la société d'auteur.

Le principe des cessions exclusives entre sociétés d'auteurs est contraire au droit de la concurrence, vu que cette exclusivité n'est pas indispensable. C'est la raison pour laquelle la Commission a refusé le bénéfice de l'exemption aux accords passés par les sociétés d'auteurs (3).

Récemment la Gema a présenté une demande d'attestation négative ou d'exemption, pour la nouvelle formulation du paragraphe 3 e) de ses statuts (4). Cette clause concerne

---

(1) Cf. supra, chapitre 3 section 2 in fine p. 38

(2) Mestmacker p. 72-73, cf. annexe 2.

(3) Premier rapport sur la concurrence 1971, p. 77 note 2.

(4) Gema 4 décembre 1982 L 94/12 JOCE du 8 avril 1982 annexe 5.



la limitation des accords entre les membres de la Gema et les utilisateurs du répertoire. Dans sa première décision du 6 juin 1971 (1), la Commission avait vu dans cette limitation de la liberté de disposer de l'adhérent une condition de transaction inéquitable imposée à ses membres, par une entreprise en position dominante. La Commission consciente de la nécessité pour la Gema d'éviter "une intégration verticale" avait suggéré d'autres formes plus parcellaires de limitation et le choix de moyens "moins restrictifs".

Et c'est à la suite de cette première interdiction, que la Gema a présenté une nouvelle formulation de ses statuts le 4 décembre 1981.

Ainsi, afin de ne pas favoriser "la commercialisation du potentiel d'utilisation", la Gema propose les clauses suivantes :

§.3 ... e) : "que le cédant ne peut associer, directement ou indirectement, à ses recettes les partenaires tarifaires de la Gema ou d'autres sociétés d'exploitation, afin que ceux-ci n'accordent pas un traitement préférentiel injustifié à certaines oeuvres du cédant, lorsqu'ils utilisent le répertoire de la Gema".

La Commission a considéré que la disposition envisagée présentait un caractère indispensable, "la commercialisation du potentiel d'utilisation" des oeuvres d'un auteur, "sapait" la tarification établie par la Gema et défavorisait l'utilisation des autres oeuvres de son répertoire.

---

(1) Gema 20 juin 1971 L 134 p. 23 in fine.

Il en est de même de la manipulation des redevances. La Commission a considéré que cette disposition "constitue un moyen non abusif mais efficace d'empêcher des pratiques décrites. Il n'y a donc pas abus de position dominante au sens de l'article 86".

Dès lors, l'intérêt des cédant "doit nécessairement passer au deuxième plan."

Mais la Commission n'a accordé l'exemption que pour la clause concernée des statuts, sans préjuger de l'intégralité des statuts. D'autre part, elle n'a pas tranché ici la question de savoir si la clause pouvait être considérée comme une entente entre la Gema et ses adhérents. Elle a cependant souligné que "le complément aux statuts n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre la concurrence au-delà de ce qui est inhérent à la nature et aux buts d'une société d'exploitation".

La seconde condition posée par le texte est l'absence d'élimination de la concurrence.

## II - L'ABSENCE D'ELIMINATION DE LA CONCURRENCE

La restriction doit être strictement limitée, sans exiger une proportionnalité entre les restrictions et l'avantage, il faut néanmoins que le caractère avantageux soit prédominant. Plus la concurrence est vive, mieux l'entente sera admise; au contraire, sur un marché protégé, elle n'aura plus sa place. La restriction apportée à la concurrence par l'action d'une exemption n'est tolérée que pour une période déterminée.

En effet, l'exemption comporte une limite temporelle qui sera précisée par la Commission dans sa décision.

D'autre part, avant même la fin de la période, l'exemption peut être retirée si les partenaires ne respectent pas les charges imposées par la Commission ou s'ils abusent de l'exemption.

Ce sont donc des conditions rigoureuses qui sont exigées pour bénéficier de l'exemption. Mais la procédure d'obtention est, elle aussi, très lourde, comme nous allons le constater maintenant.

### SECTION III

#### LA PROCEDURE D'OBTENTION DE L'EXEMPTION

Après avoir examiné la procédure proprement dite (I), nous analyserons le sort de la demande en suspens devant la Commission et son influence sur les décisions prises par les juridictions nationales (II).

#### I - LA PROCEDURE PROPUREMENT DITE

Selon le règlement 17 du Conseil du 6 février 1962, qui régit l'application des articles 85 et 86 du Traité, toutes les ententes dont les titulaires veulent bénéficier d'une exemption doivent être notifiées à la Commission.

Un délai spécial de notification était prévu pour les ententes conclues avant 1962, date de publication du règlement 17. La Commission est seule compétente pour accorder l'exemption, sous réserve du contrôle de la Cour.

La Commission peut demander aux parties d'apporter des modifications ou de réduire la portée de l'entente; elle peut aussi soumettre la validité de l'accord à certaines conditions.

Les accords par catégorie sont dispensés de la notification.

Contrairement à l'exemption qui est une décision formelle de la Commission, l'attestation, comme son nom l'indique, n'est que le constat d'un état de fait. L'exemption constitue, elle, une véritable autorisation temporaire de faire exception à l'application des règles de la concurrence. La demande est obligatoire, la procédure de vérification est longue, bien que le résultat soit similaire dans les deux cas : les règles de la concurrence ne vont pas s'appliquer. Et la décision va s'imposer aux juridictions des Etats membres.

Seule la procédure diffère; aucune condition ne doit être remplie pour obtenir une attestation; il suffit que l'entente ne soit pas prohibée en vertu des règles de l'article 85 paragraphe 1.

## II - LA DEMANDE DE DEROGATION

On retrouve ici la similitude entre l'attestation négative et l'exemption.

Qu'il s'agisse d'une attestation négative ou d'une demande d'exemption, un certain délai peut s'écouler avant que la Commission ne prenne une décision. Dès que la Commission est saisie, les autorités des Etats membres sont incompétentes, en vertu de l'article 6 du règlement 67/67. Si la décision d'exemption lie certainement les autorités nationales, la solution est beaucoup plus floue en ce qui concerne l'attestation

négative, bien que la doctrine dominante (1) soit disposée à étendre la solution adoptée en matière d'exemption.

Une autre difficulté concerne les procédures en cours devant la Commission. Celle-ci n'accorde pas toujours une attestation négative ou une exemption. Elle peut classer momentanément la demande. Ce classement provisoire, né de la pratique, pose de sérieuses difficultés. Ainsi, un accord d'exclusivité liait plusieurs grands parfumeurs à leurs distributeurs, accord qui tenait compte du prestige, de la qualité des services rendus à la clientèle ou des quantités écoulées (2).

Les parfumeurs avaient notifié ces accords à la Commission, celle-ci leur avait répondu par une simple lettre, qui déclarait que l'article 85 paragraphe 1, n'avait pas lieu de s'appliquer, vu la faible part du marché concernée par les accords en cause.

Certains distributeurs auxquels les parfumeurs avaient opposé un refus de vente, ont saisi les juridictions nationales sur le fondement des textes du droit pénal national (3).

Ayant à statuer sur un tel recours, le Tribunal Correctionnel et le Tribunal de Commerce de Paris ont posé une série de questions préjudicielles à la Cour de Justice.

---

(1) Braun, Gleiss, Hursh 1977, n° 317.

(2) Cour de Justice affaires 253/78 et 1 à 3/79, 37/79 et 99/79 inédites.

(3) Kovar : Difficulté de la répression des ententes et protection juridique des intéressés : un équilibre difficile D. 1981, chr p. 133, qui cite ces décisions.

La Cour de Justice (1) s'est attachée au caractère formel de la réponse de la Commission, pour déclarer que, faute d'avoir été publiée, la lettre en question n'avait aucune valeur. Malgré son contenu, elle ne représentait ni une attestation négative, ni une exemption et, dès lors, elle ne pouvait lier les juridictions des Etats membres.

Cette décision a été vivement critiquée par la doctrine (2). En effet, les parties avaient correctement rempli leurs obligations. Faute d'une décision de la Commission, elles n'étaient plus à même d'exercer un recours. Elles avaient, en toute bonne foi, pu penser, que leur comportement bénéficiait de l'approbation de la Commission.

En conclusion, si l'exemption aboutit au même résultat que l'attestation, c'est par un cheminement bien différent. Véritable exception, au principe de la prohibition des accords portant atteinte à la concurrence, l'exemption n'est accordée que de façon restrictive par la Commission.

---

(1) Cf. page précédente, note 2.

(2) Cf. page précédente, note 3.

CHAPITRE V

LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 85 PAR LES

JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES

Après avoir examiné, dans les chapitres précédents, les problèmes soulevés par l'application des règles de fond de l'article 85, il nous faut examiner maintenant le problème plus technique de leur mise en oeuvre. La première question est de savoir si l'article 85 peut être appliqué par les juridictions des Etats membres; un premier élément de réponse se trouve dans l'article 87, qui donne compétence au Conseil pour réglementer l'application des articles 85 et 86.

Article 87

"1) Dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du présent traité, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'assemblée, arrête tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes, figurant aux articles 85 et 86.

Si de telles dispositions n'ont pas été adoptées dans le délai précité, elles sont établies par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur proposition de la Commission et après consultation de l'assemblée.

2) Les dispositions visées au paragraphe 1 ont pour but notamment :

- a) d'assurer le respect des interdictions visées à l'article 85 paragraphe 1 et à l'article 86, par l'institution d'amendes et d'astreintes.
- b) de déterminer les modalités d'application de l'article 85 paragraphe 3, en tenant compte de la nécessité d'une part d'assurer une surveillance efficace, et d'autre part de simplifier, dans toute la mesure du possible, le contrôle administratif,
- c) de préciser, le cas échéant, dans ces diverses branches économiques, le champ d'application des dispositions des articles 85 et 86,
- d) de définir le rôle respectif de la Commission et de la Cour de Justice dans l'application des dispositions
- e) de définir les rapports entre les législations nationales d'une part et d'autre part les dispositions de la présente section ainsi que celles adoptées en application du présent article."

C'est en vertu de cet article que le Conseil a adopté le règlement 17 du 6 février 1962 (1). L'article 1 affirme sans nuance, l'applicabilité directe du Traité par les juridictions des Etats membres, mettant ainsi fin, à toutes les controverses qui s'étaient développées sur la question. La Cour a aussitôt appliqué ce texte et sa première décision date du mois d'avril de la même année (2)

---

(1) Règlement 17 du 6 février 1962. JOCE n° 13 du 21 février 1962 p. 204 à 262.

(2) Aff. Bosch affaire 13/61 du 6 avril RCJE 1962 p. 93.



Le Traité a une autorité supranationale; il crée des droits subjectifs au profit des particuliers qui peuvent les faire valoir devant les juridictions des Etats membres dont ils sont ressortissants. Cette solution, qui est habituellement admise en France, a fait l'objet de vives controverses et d'interprétations variées dans les autres Etats membres de la Communauté.

Le règlement d'application des articles 85 et 86, pris par le Conseil le 6 février 1962, a levé tous les doutes, comme il a été dit ci-dessus. Son article 1 affirme :

"Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85 paragraphe 1 du Traité et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 sont interdits sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement." (1)

Toutes les juridictions des Etats membres sont-elles également compétentes pour appliquer le droit communautaire de la concurrence ?

Pour répondre à cette question, nous examinerons dans une première section l'étendue de la compétence des juridictions des Etats membres, puis dans une seconde section le problème des concours de compétence entre la juridiction d'un Etat membre et d'une autorité communautaire.

---

(1) Cf. note (1) page précédente

## SECTION I

### LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES

L'article 9 du règlement 17/62 mentionne la compétence des autorités des Etats membres pour appliquer l'article 85 , paragraphe 1. Quelles sont les juridictions ainsi visées ? Et quelles sont les autorités compétentes pour conférer une telle compétence à une juridiction nationale ?

C'est après avoir défini la notion "d'autorité compétente" dans un premier paragraphe que nous examinerons dans un second paragraphe, l'étendue de la compétence de chaque catégorie de juridiction.

#### I - LA NOTION "D'AUTORITE COMPETENTE" DES ETATS MEMBRES

Le règlement 17, dans son article 9, fait référence à la notion d'autorité compétente de l'Etat membre, mais il ne la définit pas, la compétence des juridictions spécialisées en droit de la concurrence ne fait pas de doute, ce sera le cas notamment en RFA de l'Office fédéral des cartels et en France de la Commission de la concurrence (1). Mais la question reste entière pour toutes les autres juridictions. Sont-elles compétentes pour appliquer les règles de la concurrence ? Si l'on se réfère à l'article 1 du règlement, toutes les juridictions sont à même d'appliquer le Traité; mais l'article 9 de ce même règlement est beaucoup plus restrictif et il se réfère

---

(1) Goldman - 3e édition n° 363 et s.  
Loy articles 85 et 86 du Traité l'application par les autorités nationales RTDE n° 3 1980 p. 1.

uniquement à la notion "d'autorité compétente" des Etats membres. Comment peut-on expliquer cette divergence ?

La Cour de Justice distingue la compétence à titre principal par rapport à celle à titre incident. Si on adopte ce raisonnement, une autre difficulté surgit, quelle est l'autorité habilitée à qualifier une juridiction "d'autorité compétente" ? Cette habilitation relève-t-elle de la compétence communautaire ou de la compétence nationale ? Si l'on estime que cela relève de la compétence des Etats membres, on va se trouver devant une grande diversité de juridictions compétentes selon les différents Etats membres. Solution qui paraît contraire à l'esprit harmonisateur du Traité.

Mr le Professeur Goldman proposait d'habiliter les autorités communautaires afin de faire prévaloir l'unité d'interprétation (1).

La solution de la Cour de Justice est plus "empirique", elle s'attache à la fonction de la juridiction saisie dans un litige déterminé (2).

La compétence des "autorités compétentes" et toutes les autres juridictions étant admises pour saisir la Cour de Justice, à qui appartient la détermination des modalités de la saisine ? Exclusivement aux autorités communautaires. Décider le contraire aboutirait à habiliter les Etats membres de compétences communautaires, ce qui serait une atteinte directe à l'article 87 du Traité qui réserve cette catégorie de compétence au seul Conseil.

---

(1) Goldman op. cit. p. 447 n° 363 b in fine.

(2) Arrêt Haecht affaire 56/69 du 14 juillet 1972 Recueil 1972 p. 927.

Après avoir vu que la notion "d'autorité compétente" est déterminée par les Etats membres eux-mêmes, il nous faut analyser l'étendue de la compétence de la juridiction saisie.

## II - L'ETENDUE DE LA COMPETENCE DE LA JURIDICTION SAISIE

La compétence des juridictions des Etats membres, que ce soit à titre incident ou principal, est limitée à l'application des paragraphes 1 et 2 de l'article 85. La Commission a compétence exclusive pour accorder les dérogations aux ententes interdites prévues à l'article 85, paragraphe 3.

Comme nous l'avons dit dans le paragraphe précédent, toutes les juridictions des Etats membres ne sont pas compétentes au même degré. La Cour de Justice, par l'interprétation qu'elle donne de l'article 9 du règlement 17/62, distingue la compétence à titre principal des seules "autorités compétentes" de la compétence à titre incident de toutes les juridictions (1).

La différence de terminologie des articles 1 et 9 du Règlement 17/62 est-elle justifiée ? (2) Dans le cadre d'un

---

(1) Cf. note 2 de la page précédente.

(2) Article 1 du Règlement 17/62

Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85 paragraphe 1, du Traité et l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché au sens de l'article 86 du Traité sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, sous réserve des dispositions des articles 6, 7 et 23 du présent règlement.

Article 9

1. Sous réserve du contrôle de la décision par la Cour de Justice, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1, inapplicables conformément à l'article 85 paragraphe 3, du Traité.

litige, une juridiction de droit commun doit pouvoir appliquer toutes les règles en vigueur et en tirer les conséquences par rapport au litige dont elle est saisie. Cette solution est rendue plus compréhensible lorsqu'on a présent à l'esprit le principe de l'autorité relative de la chose jugée; les conséquences tirées par la juridiction ne concernent que les parties en présence; elles n'ont pas d'effet à l'égard des tiers.

Saisie à titre incident, la juridiction peut décider que l'entente est nulle et que les obligations de chaque partie sont sans objet. Mais la juridiction ne peut pas déclarer la nullité de l'entente elle-même. Pour ce qui est des juridictions spécialisées et qui ont la qualité d'autorité des Etats membres, elles sont compétentes à titre principal pour appliquer l'article 85 paragraphe 1 et 2, c'est à dire pour annuler une entente. Leur compétence a pour seule limite la compétence exclusive de la Commission.

La Cour de Justice a, dès le mois d'avril suivant la publication du règlement 17/62, confirmé cette interprétation,

---

Suite de la note 2 de la page précédente

2. La Commission est compétente pour appliquer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1, et de l'article 86 du Traité, même si les délais prévus à l'article 5 paragraphe 1, et l'article 7 paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés.
3. Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1, et de l'article 86 conformément à l'article 88 du Traité, même si les délais prévus à l'article 5 paragraphe 1, et à l'article 7 paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés.

dans l'affaire Bosch (1). Dans l'affaire Bilger, où elle était saisie à titre incident de la question de la compétence des autorités des Etats membres, et ce, en vertu de l'article 88, qui prévoit des règles de droit transitoire; la Cour semblait affirmer, de façon similaire, la compétence de toutes les juridictions nationales, pour appliquer les règles de l'article 85, paragraphes 1 et 2 (2). Par la suite, dans l'affaire BRT/Sabam, la Cour est revenue à la distinction établie dans l'arrêt Bosch (3). Elle était saisie à titre principal, de la question de savoir, si une juridiction nationale peut surseoir à statuer, pour poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de Justice, lorsque la Commission est déjà saisie de la question de fond.

La Cour a répondu, en soulignant que l'effet direct, des dispositions du Traité de Rome, avait pour conséquence que, "les particuliers pouvaient se prévaloir des droits, que leur reconnaît le Traité, devant toutes les juridictions; ces dernières si elles sont saisies à titre incident, peuvent pour des raisons de sécurité juridique, surseoir à statuer". Ce sursis est facultatif; dans toute la mesure du possible ces juridictions sont tenues d'appliquer directement le Traité.

Le problème du sursis nous amène à étudier plus précisément, les concours de compétence entre les juridictions des Etats membres et les autorités communautaires.

---

(1) Bosch aff 13/61 du 6 avril 1961 RCJE 1962/8 p. 93.

(2) Bilger aff 43/69 du 18 mars 1969 RCJE 1970/16 p. 12.

(3) Sabam/BRT aff 127/73 du 30 janvier 1974 RCJE 1974/1 p. 51.

## SECTION II

### LES CONCOURS DE COMPETENCE

L'article 9, paragraphe 3 du règlement 17/62 distribuée, de la façon suivante, les compétences entre les différentes autorités en présence :

"aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1 et de l'article 86, conformément à l'article 88 du Traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 2, pour procéder à la notification, ne sont pas expirés."

Nous allons examiner, dans un premier paragraphe, les concours de compétence entre les juridictions des Etats membres et la Commission, puis dans un second paragraphe nous analyserons l'absence de concours de compétence entre la Cour de Justice et les autorités des Etats membres.

#### I - LES CONCOURS DE COMPETENCE ENTRE LES JURIDICTIONS NATIONALES ET LA COMMISSION

Il nous faut analyser le paragraphe 3, de l'article 9 du Règlement 17 avant d'étudier le contenu de l'article 5 du même règlement.

En effet l'article 9 paragraphe 3 vise la question de la délimitation des compétences que nous venons d'évoquer et l'examiner dans un tel ordre répond mieux à la compréhension des problèmes.

A - Le paragraphe 3, de l'article 9 du Règlement 17

L'hypothèse du cumul des compétences visé par cet article n'existe que lors de l'application de l'article 85, paragraphe 1. En ce qui concerne le paragraphe 3, la Commission a une compétence exclusive. Quant au paragraphe 2, il édicte les conséquences d'une entente interdite, c'est à dire la nullité de plein droit, il est subordonné à la réalisation des conditions visées par l'application de l'article 85, paragraphe 1.

Dans le cadre du cumul, lors de l'application du paragraphe 1 de l'article 85, le sursis à statuer est obligatoire en vertu de l'article 9, paragraphe 3, lorsque la Commission a engagé une procédure. Pour comprendre la portée de cette disposition, il faut délimiter avec précision la compétence de la juridiction de l'Etat membre d'une part et celle de la Commission d'autre part.

Nous nous intéresserons ici à une procédure à titre principal, pendante devant une juridiction qui a la qualité "d'autorité compétente", qui peut donc appliquer le droit communautaire de la concurrence. Le sursis à statuer, est facultatif, lorsque la juridiction est saisie à titre incident.

Pour déterminer la limite de la compétence de chacun des organes, il faut définir, la notion d'engagement de la procédure, car c'est à partir de cet "acte d'engagement" de la procédure par la Commission que la juridiction devra se dessaisir. Dans l'affaire des matières colorantes (1), la Cour a établi deux critères, permettant de cerner la notion

---

(1) Aff des matières colorantes, aff. 17/74 du 23 octobre 1974  
RCJE 1974 p. 1063.



d'engagement de la procédure par la Commission. D'une part, il faut, un acte d'autorité de la Commission, et d'autre part cet acte doit révéler une volonté tendant à la prise d'une des décisions visées par les articles 2, 3 ou 6 du règlement 17. Ces articles visent successivement l'attestation négative, interruption de l'infraction et enfin la procédure de l'article 85, paragraphe 3 (1).

Sont des actes d'engagement de la procédure, les actes suivants :

Les demandes de renseignements formulées, en vertu de l'article 11, du règlement 17; les demandes de vérification visées par les articles 13 et 14 du même règlement 17 et qui sont adressées aux autorités compétentes des Etats membres. A fortiori, est qualifié d'acte d'engagement de la procédure, l'acte où la Commission retient des griefs contre une des parties.

Dans l'affaire Sabam/BRT I (2), intéressant une société d'auteur, la Cour a, plus précisément, délimité la notion d'engagement de la procédure. Il s'agissait de savoir si le Tribunal de Bruxelles devait se dessaisir car la Commission avait déjà engagé une procédure contre la Sabam, sur le fondement de l'article 86. Le Tribunal de Bruxelles avait saisi la Cour de Justice d'une question préjudicielle. Malgré cette saisine, la Sabam soutenait en appel l'irrecevabilité d'une

---

(1) Cf. supra chapitre IV.

(2) Sabam/BRT I : conclusions de l'avocat général Mayras, p. 71, paragraphe 1. Cf. supra chapitre I, les faits p. 37.

telle question. Le Tribunal de Bruxelles était à son avis une "autorité compétente", au sens de l'article 9 du règlement 17, qui devait se dessaisir au profit de la Commission. La Cour de Justice a répondu négativement et elle a affirmé, que l'effet direct des dispositions des articles 85 et 86, du Traité impliquait que toutes les juridictions saisies d'une question de droit communautaire doivent se prononcer, ce qui a pour effet de rendre recevable la question préjudicielle qui lui était posée par le Tribunal de Bruxelles.

Selon la Cour de Justice, "dénier" la compétence des juridictions pour l'application des articles 85 et 86, aboutirait à priver les particuliers des droits qu'ils tiennent directement du Traité". Mais cette solution a été donnée dans le cadre d'une question préjudicielle posée en vertu de l'article 177 du Traité; certes, la Cour n'a à aucun moment souligné la spécificité de la procédure de l'article 177 et la solution peut être étendue au problème qui nous intéresse, à savoir le fait que la Commission soit saisie ne rend-il pas tout concours devant la Cour de Justice irrecevable ? Ou bien les juridictions des Etats membres restent-elles subsidiairement compétentes

L'article 9 paragraphe 3 du règlement 17, ne vise que les autorités compétentes; le Tribunal de Bruxelles ne fait pas partie de cette catégorie de juridiction. Selon la Cour de Justice, la juridiction saisie peut surseoir à statuer, pour des raisons de sécurité juridique. Dans son arrêt, la Cour de Justice ajoute "au contraire elle (la juridiction saisie) poursuivra la procédure lorsqu'elle constatera soit que le

comportement litigieux n'est manifestement pas susceptible d'exercer des effets sensibles sur la concurrence au sens des échanges entre les Etats membres, soit que l'incompatibilité de ce comportement avec l'article 86 ne fait pas de doute".

Par cet attendu, la Cour souligne le caractère facultatif du sursis pour les juridictions qui n'ont pas la qualité d'autorité compétente et semble vouloir réduire le nombre de procédures pendantes devant elle. Elle n'a pas suivi les conclusions de l'Avocat Général Mayras, qui était favorable à une interprétation extensive de la notion d'autorité compétente et au sursis. Cette dernière thèse aurait eu pour conséquence de rendre la question préjudicielle et le sursis obligatoires, dans tous les cas et de faire prévaloir l'interprétation des autorités communautaires. L'avocat général avait écarté dans ses conclusions l'argument tiré du retard, dans l'obtention de la solution du litige et du préjudice causé aux parties. Selon lui, le juge national peut engager une action en carence contre la Commission, "ce qui pourrait inciter celle-ci à prendre sa décision dans des délais convenables" (1).

Monsieur le Professeur Goldman (2) a, lui aussi, opté pour cette interprétation large du sursis, qui lui paraît plus compatible avec tous les intérêts en présence. Et il faut, selon lui, faire prévaloir l'unité d'interprétation. Une autre difficulté est apparue lors de l'application de ces règles en ce qui concerne l'application des dispositions transitoires.

---

(1) Cf. BRT/Sabam I p. 82 .

(2) Goldman, op. cit. n° 363.

Il nous faut étudier maintenant l'autre cas de concours de compétence.

B - L'article 5 du Règlement 17/62

"1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1 du Traité, existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 3, doivent être notifiés à la Commission avant le 1 novembre 1962. Toutefois, par dérogation à ce qui précède, les accords, les décisions et pratiques concertées auxquels ne participent que deux entreprises doivent être notifiés avant le 1er février 1963.

"2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable si ces accords, décisions et pratiques concertés appartiennent aux catégories visées à l'article 4, paragraphe 2; ils peuvent être notifiés à la Commission".

Les accords anciens et les accords nouveaux, pour bénéficier des attestations négatives et des décisions de non application de l'article 85, paragraphe 3, devaient être notifiés avant le 1er novembre 1962. L'article 87 du Traité prévoyait une réglementation provisoire (1), et pendant cette période, la nullité de plein droit était suspendue. Mais vu le nombre de demandes pendantes devant la Commission, les décisions restèrent en suspens pendant une longue période. La Cour consciente des inconvénients causés à tous par ces délais,

---

(1) Cf. supra p.106.

a élaboré la théorie de la validité provisoire, qu'elle a présentée la première fois dans l'arrêt Bosch .

Toutes les juridictions, devant lesquelles sont invoquées, les demandes d'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 3, et les demandes d'attestations négatives, doivent considérer ces ententes comme valables, jusqu'à ce que la Commission infirme cette validité. Mais quel est le point de départ de cette validité provisoire ? Selon Mr Megret (1), pour les juridictions allemandes, la validité provisoire produit un effet immédiat, tandis que pour les juridictions françaises et belges, il s'agit seulement de surseoir à statuer; la solution est la même que celle prévue par l'article 9 paragraphe 3, du même règlement.

La Cour de Justice, dans l'arrêt Bosch (2), est favorable à la solution adoptée par les juridictions allemandes, il s'agit d'un concours latent de compétence, semblable à celui de l'article 9, paragraphe 1. Ce texte confère une compétence exclusive à la Commission pour appliquer l'article 85, paragraphe 3. La juridiction nationale saisie ne peut que surseoir à statuer et tirer en son temps (après la décision de la Commission), les conséquences d'une entente nulle ou valable. Mais provisoirement, l'entente doit être assimilée à une entente valable.

---

(1) Megret, op. cit. p. 161 n° 88 et s.

(2) Arrêt Bosch, aff 13/61 du 6 avril 1961, Rec 1961 p. 93.

II - L'ABSENCE DE CONCOURS ENTRE LES JURIDICTIONS NATIONALES  
ET LA COUR DE JUSTICE

L'article 177 dispose :

"La Cour de Justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel,

a - sur l'interprétation du présent Traité.

b - sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté.

c - sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un Etat membre, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de Justice de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de Justice."

Le Traité est d'application directe, c'est-à-dire que toute juridiction saisie d'une question de droit communautaire doit appliquer les dispositions du Traité. Parfois la juridiction saisie d'un tel problème ne sait pas quelle interprétation donner à la règle de droit dont elle est saisie; elle peut, en vertu de l'article 177, poser une question

préjudicielle à la Cour de Justice. Celle-ci va lui fournir les éléments pour l'interprétation de la disposition qui présente des difficultés.

Mais la question posée à la Cour de Justice ne peut être qu'une question de droit et non de fait, et la juridiction devra surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de Justice ait rendu sa décision.

La procédure de la question préjudicielle est particulière; elle se distingue des autres règles régissant les recours devant la Cour de Justice. Il s'agit de savoir, maintenant, si toutes les juridictions amenées à appliquer le Traité, peuvent poser des questions préjudicielles, et s'il est des cas où cette question est obligatoire.

Nous allons examiner, successivement ces deux questions

A - Toutes les juridictions peuvent-elles poser une question préjudicielle ?

Le texte de l'article 177, ne le précise pas; il faut donc se référer à la jurisprudence. On doit se rappeler, la difficulté de détermination de la notion d'autorité d'Etat membre. (1)

Nous avons vu, lors de l'examen de cette question, que la Cour dans l'affaire Sabam/BRT I, a décidé que quelle que soit la juridiction, celle-ci peut poser des questions préjudicielles à la Cour, qui considère que leur "dénier ce droit aboutirait à priver les particuliers des droits qu'ils détiennent directement du Traité".

---

(1) Cf. supra Section I paragraphe 1.

La réponse revêt une force particulière, car, dans le litige en cause, la Cour d'Appel de Bruxelles prétendait que le Tribunal ne pouvait poser une question préjudicielle à la Cour de Justice, ce Tribunal n'ayant pas la qualité d'autorité compétente, et que par ailleurs, la Commission, était déjà saisie de la question de fond.

La Cour n'a pas suivi cette argumentation; elle a admis la question préjudicielle du Tribunal de Bruxelles, elle a cependant nuancé sa réponse, en remarquant que la juridiction ne posera pas de question, si la solution est évidente. Pour admettre cette recevabilité extensive de la question préjudicielle la Cour se réfère uniquement, à la sécurité juridique.

Actuellement, toutes les juridictions des Etats membres peuvent saisir la Cour d'une question préjudicielle, mais cependant seules les juridictions peuvent le faire. Les particuliers ne sont pas admis à formuler de tels recours. D'autre part, seule la juridiction qui a saisi la Cour de Justice d'une question préjudicielle peut la dessaisir.

Dans l'affaire BRT/Sabam (1) la Cour d'Appel de Bruxelles voulait dessaisir la Cour de Justice de la question préjudicielle posée par le Tribunal de Bruxelles; question qu'elle ne trouvait pas pertinente. La Cour de Justice a refusé de se dessaisir; seule la juridiction qui l'a saisie peut la dessaisir.

---

(1) Cf. supra p. 116.



B - Les situations où la question préjudicielle est obligatoire

L'article 177 in fine impose la question préjudicielle lorsque la décision de la juridiction saisie n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne. Que faut-il entendre par cette formulation ? S'agit-il d'une juridiction saisie en dernier ressort ? Faut-il inclure les recours en cassation ?

Si on inclut les juridictions dont les décisions sont susceptibles d'un recours en cassation, cela aboutit à admettre une question obligatoire de la part de toutes les juridictions. Ainsi en France toutes les décisions pourraient faire l'objet d'un recours en cassation.

C'est au contraire la conception restrictive qui prévaut en doctrine. La question préjudicielle n'est obligatoire que pour les juridictions dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours, par exemple en France, les décisions de la Cour de Cassation (1).

Si on admet la conception restrictive, il faut savoir dans quels cas, la juridiction doit poser ladite question. Si la solution est claire, il n'y a aucune raison de poser une question, et ainsi apparaît la difficulté de déterminer ce qui est clair et ce qui ne l'est pas. La Cour de Justice ne peut, elle, répondre qu'à la question qui lui est posée; elle ne peut

---

(1) Goldman, op. cit. n° 363.  
Loy "L'application en France du droit communautaire de la concurrence" RTDE 1980 n° 3 p. 1.

traiter du fond du problème, à savoir si la question nécessite ou non une interprétation. Mais si la question a déjà été posée, elle peut faire référence à une de ses décisions précédentes, et appliquer la même solution.

En conclusion nous avons vu, que toutes les juridictions nationales sont à même d'appliquer le droit communautaire de la concurrence. Et seules les juridictions saisies à titre principal sont tenues de surseoir à statuer lorsque la Commission est saisie.

Reste à étudier maintenant la compétence des autorités communautaires.

CHAPITRE VI

LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 85

PAR LES AUTORITES COMMUNAUTAIRES

La Commission est l'organe clé de la mise en oeuvre de l'article 85. La Commission est un organe permanent, indépendant des Etats membres. Sa seule préoccupation lors de la prise des décisions est l'intérêt communautaire. Ses décisions sont collégiales, ce qui en consolide la portée. La Commission dispose de plusieurs catégories de pouvoirs. En premier lieu, en vertu de l'article 87, le Conseil a habilité la Commission à adopter des textes réglementaires pour l'application des articles 85 et 86. La Commission peut élaborer des actes de portée générale par voie de règlement. D'autre part, elle a été chargée par le Conseil de veiller à l'application des textes de l'article 85 et de l'article 86. Elle peut, en vertu de ce second pouvoir, prendre des décisions individuelles.

La Cour de Justice, elle, est surtout chargée d'une mission de contrôle, elle a un pouvoir de révision sur toutes les décisions de la Commission. Et elle peut, comme nous l'avons dit dans le chapitre précédent, être sollicitée par les juridictions des Etats membres, pour interpréter le Traité.

Nous étudierons dans une première section l'instruction auprès de la Commission, dans une deuxième section, la décision de la Commission, dans une section troisième le pouvoir d'interprétation de la Cour de Justice et enfin, dans une quatrième section, son pouvoir de contrôle.

## SECTION I

### L'INSTRUCTION AUPRES DE LA COMMISSION

Avant d'aborder cette question de l'instruction, il faut déterminer les différents modes de saisine de la Commission. La Commission peut se saisir d'office : cela fait partie de la mission qui lui a été confiée par le règlement 17, article 3 paragraphe 1 (1).

Elle peut être saisie sur plainte d'un Etat membre, ou d'une personne physique ou morale qui fait valoir un intérêt légitime.

Enfin, elle peut être saisie par une entreprise qui participe à une entente, qui demande une attestation négative ou qui veut bénéficier de l'article 85, paragraphe 3.

Quelque soit le mode de saisine et quelque soit la demande, la Commission va procéder à une instruction préparatoire; l'originalité de cette instruction préparatoire est d'être contradictoire. La Commission va inviter les parties à justifier leur comportement et en fonction de cette réponse, elle va ou non engager formellement la procédure. Il faut donc distinguer deux phases dans l'instruction, d'une part, l'instruction préparatoire proprement dite, et d'autre part, l'engagement formel de la procédure.

---

(1) Article 3, règlement 17.

"Si la Commission constate, sur demande ou d'office, une infraction aux dispositions de l'article 85 ou de l'article 86 du Traité, elle peut obliger, par voie de décision, les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée."

Nous allons analyser les deux phases dans un paragraphe différent.

## I - L'INSTRUCTION PREPARATOIRE

Cette phase de la procédure se caractérise par sa souplesse; si la personne physique ou morale modifie son comportement, la Commission sera dans l'obligation de supprimer ou du moins de modifier sa demande. La Commission peut obtenir les informations dont elle a besoin par une demande de renseignements ou par une enquête (lorsqu'elle veut appréhender le comportement de plusieurs entreprises d'un même secteur économique), ou enfin par la procédure plus directe de la vérification. Nous allons examiner, chacune de ces modalités de l'instruction.

### A - La demande de renseignements

Elle est prévue par l'article 2 du règlement 17. En principe, elle sera adressée au gouvernement, ou à l'autorité compétente de l'Etat membre, ou directement à l'entreprise concernée; dans ce dernier cas, la Commission en communiquera une copie à l'autorité compétente. La Commission doit, la première fois, adresser une demande simple, dans laquelle elle définit le but de sa démarche, les renseignements qu'elle désire connaître; elle fixe un délai de réponse et rappelle les sanctions dont est passible le destinataire, s'il fournit des renseignements faux ou insuffisants.

Si elle n'obtient pas de réponse, ou si la réponse est insuffisante, la Commission peut procéder par voie de

décision; sa demande sera, dès lors, susceptible de recours devant la Cour de Justice des Communautés.

La Commission utilise souvent cette dernière procédure. En matière de droit d'auteur, elle a été obligée de demander des renseignements par voie de décision à la SIAE (1), qui est la société italienne de gestion de droit d'auteur. Parallèlement, à l'examen des statuts de la société allemande Gema, la Commission avait décidé d'examiner les statuts et les comportements de toutes les sociétés d'auteurs des Etats membres. La SIAE ne semble pas avoir répondu à la Commission, il faut noter qu'elle est la seule société d'auteur de la CEE à bénéficier d'un monopole légal.

Une autre affaire où la Commission a été obligée de demander des renseignements, par voie de décision, concerne une société d'exploitation de droit voisin du droit d'auteur. Il s'agit de l'affaire RAI/Unitel, que nous avons examinée dans le premier chapitre de ce travail (2). La Commission voulait des renseignements, pour pouvoir apprécier si les contrats d'exclusivité conclus par certains artistes et Unitel, étaient conformes aux prescriptions de l'article 85. Unitel

---

(1) Cf. supra p.42 .

(2) Les considérants de la Commission :

" 2. Considérant que, pour pouvoir poursuivre normalement la procédure, la Commission doit savoir quelle est la structure juridique d'Unitel.

3. Considérant que, pour pouvoir statuer définitivement, sur la base de l'article 85, la Commission doit enfin savoir quelles sont les personnes qui détiennent des participations dans Unitel, et quelle est l'importance de ces participations et connaître les autres sociétaires."

avait empêché la retransmission en mondio-vision, d'un opéra de Verdi, représenté à la Scala de Milan, en se prévalant des contrats d'exclusivité, la liant aux principaux interprètes de cette représentation lyrique.

La demande de renseignements est la procédure la plus courante. Cependant, d'autres sortes de procédures peuvent être utilisées par la Commission. Et notamment, l'enquête par secteur.

#### B - L'enquête par secteur

Si la Commission décide d'obtenir des renseignements sur tout un secteur économique où il lui semble que la concurrence est faussée, elle a la possibilité de procéder globalement, par la voie de la publication au journal officiel de la Communauté. Cependant elle doit veiller à ce que le secret des affaires soit garanti. Elle n'a pas utilisé cette procédure en ce qui concerne les sociétés d'auteurs, bien qu'elle ait décidé de vérifier le comportement de plusieurs d'entre elles.

La similitude des situations qui prévaut dans les autres Etats membres avait conduit la Commission à engager en même temps qu'à l'égard de la Gema des procédures contre les sociétés des principaux Etats membres. La Sabam et la Sacem ont modifié leur réglementation, la BUMA s'est ralliée à la décision de la Gema sans procédure officielle de la Commission, la SIAE (société italienne) n'a pas répondu à la Commission, celle-ci a été obligée de demander les renseignements par voie

de décision conformément à l'article 11, paragraphe 5 du Règlement 17 (1).

Par ailleurs, la Gema a retiré le recours en annulation de la décision de la Commission qu'elle avait intenté devant la Cour de Justice (2).

Le choix de la procédure individuelle s'explique peut-être ici par le fait que la Commission ne visait que le comportement des sociétés d'auteurs gérant les droits des auteurs de musique, et ces sociétés sont en nombre réduit.

La Commission dispose d'une dernière sorte de procédure que nous allons étudier maintenant.

#### C - La vérification

Les agents de la Commission se rendent sur place, au siège social de la personne visée. La Commission peut aussi charger l'autorité compétente de l'Etat membre de procéder à sa place. La vérification, comme la demande de renseignements, peut être formulée par voie de décision. Dans ce cas, elle pourra faire l'objet d'un recours devant la Cour de Justice. Les gouvernements des Etats membres doivent tous prêter leur concours aux agents de la Commission. Moins utilisée que la demande de renseignements, la vérification va surtout permettre un contrôle sur pièces.

---

(1) Premier rapport de la Commission sur la concurrence p. 77 et s.

(2) Idem.



## II - LA PHASE DEFINITIVE DE L'INSTRUCTION

Cette phase va se caractériser par son aspect contradictoire. Sur la base des informations qui lui ont été fournies, la Commission va communiquer ces griefs à l'entreprise visée. La communication des griefs doit être aussi précise que possible, car dans sa décision finale, la Commission ne pourra retenir, que les points sur lesquels les intéressés auront pu formuler des observations écrites. Le règlement 99/663, du 25 juillet 1963, prévoit les modalités d'audition des intéressés. Ce n'est que si, les arguments et les justifications présentées par la personne visée ne sont pas pertinents, que la Commission pourra formuler une décision.

### SECTION II

#### LA DECISION

Deux sortes de décisions peuvent être prises par la Commission, des décisions favorables ou défavorables aux entreprises. Avant d'analyser le contenu de ces deux sortes de décisions, il nous faut examiner les dernières mesures, que la Commission doit prendre avant de rendre sa décision. La Commission peut adresser une recommandation à l'entreprise concernée, pour qu'elle fasse cesser l'infraction. Elle doit auparavant, consulter le Comité économique et social et c'est là le dernier acte d'instruction.

La Recommandation : En vertu du paragraphe 3, de l'article 3, du règlement 17/62, la Commission peut adresser une recommandation à l'entreprise, pour qu'elle modifie son comportement.

L'entreprise n'est pas obligée de se conformer à cette recommandation, mais dans la majeure partie des cas, elle le fait (1):

Si l'entreprise modifie son comportement, la Commission va suspendre les poursuites.

La consultation du Comité économique et social : Avant toute décision, quelqu'en soit le contenu, la Commission doit consulter le Comité. Il est composé des différents groupes d'intérêts des Etats membres (représentants, des employeurs, des syndicats, et des consommateurs). Le Comité émet un avis, en vertu de l'article paragraphe 6, du règlement 17/62. Le Comité consultatif peut émettre cet avis, même si certains de ses membres sont absents et n'ont pas été représentés. Le résultat de la consultation fait l'objet d'un compte-rendu écrit qui sera joint au projet de décision. Il n'est pas rendu public.

Bien qu'elle ne soit pas obligée de suivre l'avis, ce n'est qu'après l'obtention de celui-ci, que la Commission pourra communiquer sa décision. C'est cette décision proprement dite que nous allons analyser, maintenant.

#### I - LES DECISIONS FAVORABLES AUX ENTREPRISES

Elles se présentent sous deux formes : l'attestation négative et la notification. Ces deux décisions ne revêtent pas un caractère définitif, ce qui engendre une insécurité juridique.

---

(1) Cf. les rapports de la Commission sur la Concurrence.  
Le premier rapport : p. 4, 21, 24; 2ème rapport : p. 31;  
3ème rapport p. 51.

L'attestation négative délivrée en vertu de l'article 85, paragraphe 1, ne l'est que compte tenu de la situation présente et en fonction des éléments dont la Commission a pu avoir connaissance (1).

Quant à la notification de l'exemption qui est une demande de non-applicabilité de l'article 85, paragraphe 3, la Commission considère que sa décision est révocable et susceptible de modification (article 3 paragraphe 3 du règlement 17/62). La décision peut aussi être assortie de charges et de conditions; dans ce cas là, elle ne prendra effet que le jour où les charges et conditions seront remplies.

D'autre part, avant de délivrer ces décisions positives, la Commission doit les publier, pour informer les tiers. La Commission ne retiendra que les griefs des tiers formulés dans une plainte.

## II - LES DECISIONS DEFAVORABLES AUX ENTREPRISES

Il va s'agir de la nullité d'une entente, d'un accord ou de l'interdiction d'une pratique concertée ou d'une position dominante.

En vertu des articles 85 et 86 du Traité, les ententes et les positions dominantes sont nulles de plein droit, mais encore faut-il, pour pouvoir en tirer toutes les conséquences, que la nullité soit constatée. Toutes les décisions de la Commission doivent être motivées. La nullité ou l'interdiction doit être limitée à la finalité communautaire. Les autres

---

(1) Cf. supra chapitre 4 p.90 .

dispositions contractuelles ne seront pas affectées, sauf annulation explicite. Les effets de la nullité ou de l'interdiction peuvent être invoqués devant le juge national. La demande présentée à un juge peut être une demande d'indemnité, de cessation de l'infraction ou de publication du jugement.

Seule la Commission peut prononcer des sanctions pénales (amendes); les juridictions des Etats membres ne peuvent le faire. Et, avant toute sanction, la Commission doit communiquer les griefs à la personne concernée. Le caractère volontaire ou involontaire de l'infraction va influencer la Commission au niveau des sanctions qu'elle devra prononcer.

Comme nous l'avons dit dans l'introduction, la Commission est l'organe le plus important, pour la mise en oeuvre du droit de la concurrence. On peut se demander si l'importance de son rôle, ne ralentit pas trop l'obtention des décisions.

Après avoir analysé le rôle des juridictions des Etats membres et celui de la Commission, il nous faut examiner maintenant le rôle de la Cour de Justice. Elle a surtout une mission de contrôle, selon l'article 177 du Traité (1). Elle est composée de onze juges assistés de cinq avocats généraux, tous indépendants des Etats membres. La Cour a un pouvoir de contrôle sur toutes les décisions de la Commission et sur certains actes du Conseil. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, elle peut être sollicitée par les juridictions des Etats membres pour interpréter le Traité.

---

(1) Cf. supra p. 121..

C'est après avoir examiné le recours en interprétation que nous analyserons les pouvoirs de contrôle de la Cour.

### SECTION III

#### LE POUVOIR D'INTERPRETATION DE LA COUR DE JUSTICE

Nous avons souligné, lors de l'examen de la question préjudicielle, dans le chapitre précédent, l'originalité du recours en interprétation, procédure qui n'est pas réservée à l'article 86 mais qu'il a semblé opportun d'examiner ici. Nous ne reviendrons pas sur la compétence des juridictions des Etats membres à présenter de tels recours. Il nous faut examiner ici, l'étendue de la saisine de la Cour (I) et la portée de sa décision (II).

#### I - L'ETENDUE DU POUVOIR D'INTERPRETATION DE LA COUR

La Cour peut interpréter tous les actes émanant des autorités communautaires, en premier lieu le Traité de Rome lui-même, mais aussi les directives et les règlements pris par le Conseil ou la Commission. La Cour est, le plus souvent, sollicitée pour interpréter le Traité, mais elle a aussi été amenée à interpréter le règlement 17/62, comme nous l'avons dit lors de l'examen de l'affaire Sabam/BRT (1).

Cependant seules les juridictions des Etats membres peuvent saisir la Cour; les gouvernements, les particuliers

---

(1) Cf supra p.116 .

ne sont pas admis à former de tels recours en interprétation. Ils doivent, dans le cadre d'un litige, s'adresser aux juridictions nationales, qui seront mieux à même de mesurer la nécessité de poser une question préjudicielle à la Cour. Les rédacteurs du Traité, en refusant la recevabilité des questions préjudicielles présentées par les particuliers, ont voulu éviter l'encombrement de la Cour.

En ce qui concerne le contenu de la question, faut-il que la Cour se limite aux termes de la demande ou peut-elle "pallier" le caractère limité de la question ? Dans l'affaire Greenwich/Sacem, (1).

La haute juridiction française demandait à la juridiction européenne de se prononcer sur : "l'application de l'article 86 du Traité de Rome, en ce qui concerne l'exécution dans des pays tiers de contrats conclus sur le territoire d'Etats membres par des parties dépendant de ceux-ci."

Dans cette même affaire, la Cour d'Appel de Paris n'avait pas perçu la nécessité de poser une question préjudicielle et avait décidé que, dans ce cas, le traité ne s'applique pas. Plus prudente, la Cour de Cassation a eu recours à l'interprétation de la Cour de Justice. Certes la Cour de Justice disposait d'assez d'éléments pour apprécier la portée de la question, mais son caractère limité était un sujet d'inquiétude pour la Sacem et pour la Commission (2).

---

(1) Greenwich/Sacem aff. 22/79 du 25 octobre 1979 RIDA n° 103 p.137.

(2) Greenwich/Sacem aff 22/79 du 25 octobre 1979 Conclusions de l'avocat général Warner p. 3295 RCJE 1979/8.

"Le souci exprimé par le représentant de la Sacem était qu'un arrêt de la Cour qui dirait en substance que la Cour d'Appel avait interprété de manière inexacte la référence au commerce entre les Etats membres contenue dans l'article 86, pourrait être compris" par "les juridictions de renvoi, comme disant implicitement que toutes les autres conditions d'application de l'article 86 étaient réunies".

La Commission voulait que la cour "pallie" le caractère limité de la question. L'Avocat Général M. Warner, en se fondant sur l'article 177, estime que la Cour ne peut modifier la question posée que lorsque celle-ci lui semble utiliser une formulation inappropriée, mais que dans le cas présent, la formulation était bonne et que la Cour ne pouvait modifier les termes de la demande. La Cour a suivi les conclusions de l'Avocat Général, en répondant seulement à la question qui lui était posée :

"Si une société d'exploitation des droits d'auteur des compositeurs de musique devait être considérée comme une entreprise qui exploite de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci, la circonstance que cette exploitation ne concernait, dans certains cas, que l'exécution dans des pays tiers de contrats conclus sur le territoire d'un Etat membre par des parties dépendant de cet Etat, ne fait pas obstacle à l'applicabilité de l'article 86 du Traité" (1).

---

(1) Cf supra page précédente.

C'est la portée de l'interprétation donnée par la Cour, qu'il nous faut étudier.

## II - LA PORTEE DE L'INTERPRETATION

Ces questions préjudicielles où la Cour ne répond qu'à des problèmes de droit, ont-elles une portée normative ?

En théorie non, car la Cour est tenue de répondre à chaque question qui lui est posée. Mais la pratique semble différente. En effet, dans l'affaire Sabam/BRT I, dans son attendu principal, la Cour, tout en soulignant la recevabilité de la question, sous-entend que le juge ne devra poser la question, que si une réponse n'a pas déjà été donnée dans une procédure similaire (1).

Selon certains théoriciens (2), l'interprétation donnée par la Cour "va faire corps avec le texte".

Et bien qu'aucune sanction ne soit prévue, la violation de l'interprétation sera assimilée à une violation du texte lui-même.

D'autre part, comme nous l'avons vu lors de l'affaire Sabam/BRT I, le fait que la Commission soit saisie n'empêche pas la Cour de donner son interprétation du texte. Le risque de contrariété, qui est évoqué pour refuser cette double compétence, n'est pas toujours vérifié. Ainsi l'avocat général Mayras craignait que dans ladite affaire, la Cour soit

---

(1) Aff 26/63 du 5 février 1963 RJCE 1963 p. 1.

(2) Jeantet "L'originalité de la procédure d'interprétation" JCP 1966 Ch. p 1987 n° 24.



saisie par deux fois du même problème, une fois à titre préjudiciel et une autre fois à titre principal, et qu'elle ne soit amenée à se contredire.

Mais c'est là une supposition, car en réalité la Cour n'a pas été saisie deux fois.

Enfin, seule la juridiction qui a saisi la Cour peut la dessaisir. La Cour d'Appel de Bruxelles ne pouvait dessaisir la Cour de Justice d'une question préjudicielle qui lui était posée par le Tribunal du même ressort (1).

Parallèlement à cette compétence d'interprétation, la Cour a aussi compétence pour révoquer ou reformer ces décisions des autres autorités; c'est ce pouvoir que nous allons analyser maintenant.

#### SECTION IV

##### LES POUVOIRS DE CONTROLE DE LA COUR DE JUSTICE

Il existe trois sortes de recours : les recours en annulation (I), les recours de pleine juridiction (II) et les recours en carence (III) contre les décisions des autres organes communautaires.

##### I - LES RECOURS EN ANNULATION

La Cour peut être sollicitée pour annuler les actes du Conseil ou de la Commission; ces actes doivent être des décisions; la Cour ne peut annuler des actes qui ne s'imposent pas aux destinataires, tels que des avis ou des recommandations.

---

(1) Cf supra p. 116 et s.

Les actes qui peuvent faire l'objet d'un recours en annulation sont les règlements, les directives, mais surtout les décisions de la Commission.

A - Les règlements et directives

L'article 184 du Traité dispose :

"Toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement du Conseil ou de la Commission, se prévaloir des moyens prévus à l'article 173, alinea 1, pour invoquer devant la Cour de Justice l'inapplicabilité de ce règlement". Un délai de deux mois prolongé du délai de distance est prévu pour l'introduction d'une demande en annulation."

Passé ce délai, l'acte dans son intégralité ne pourra plus être remis en cause. Cependant, dans le cadre d'un litige, un particulier pourra toujours se prévaloir de la nullité du même acte ou d'une de ses dispositions. Il ne pourra pas obtenir l'annulation de cet acte à l'égard de tous, mais il pourra se prévaloir de l'exception d'illégalité,

en ce qui concerne l'espèce qui l'intéresse, pour que ledit acte soit considéré comme nul.

B - Les décisions de la Commission

Il faut tout d'abord définir la notion de "décision". Il s'agira d'un acte ayant une force obligatoire, c'est à dire qui produit des effets juridiques à l'égard de son destinataire.

Il ne faut pas s'attacher à la forme de l'acte, mais à son contenu. Il s'agit du résultat d'un principe bien établi(1)

(1) Kovar "Efficacité de la répression des ententes et protection juridique des intéressés : un équilibre difficile"  
Dalloz 1981 Ch. p. 133 et s. n° 7

Mais il faut que l'acte émane de l'autorité compétente, et s'il y a eu délégation de pouvoir, que celle-ci respecte les formes prescrites par le texte d'habilitation.

Les actes pris en vertu de l'article 3 , paragraphe 1 du règlement 17, les notifications de l'article 85, paragraphe 3, leur révocation ou leur renouvellement, et enfin les demandes de renseignements, les vérifications, les enquêtes par secteur, sont des décisions susceptibles de recours en annulation devant la Cour.

La question plus controversée, est celle qui concerne les attestations négatives prises en vertu du paragraphe 1, de l'article 85, vu leurs effets réduits et le fait que les juridictions nationales ne sont pas tenues de s'y conformer.

Toutes les personnes intéressées peuvent former un recours en annulation, ainsi que les Etats membres.

## II - LES RECOURS DE PLEINE JURIDICTION

Il s'agit du recours prévu à l'article 17 du règlement 17, contre les sanctions pécuniaires ordonnées par la Commission, c'est à dire les actes pris par la Commission en vertu des article 15 et 16 du même règlement. Mais seul le destinataire de la décision est recevable à former un tel recours. Les pouvoirs de la Cour sont ici beaucoup plus étendus. Il lui est possible d'engager la responsabilité de la Commission, mais cela arrive rarement. Ce recours a un effet dévolutif. La Cour peut examiner tous les éléments de l'affaire pour réformer au mieux la première décision. Aucun délai n'est prévu,

mais le plus souvent le demandeur désirera obtenir la nullité; dans ce cas, la demande devra être introduite dans les deux mois de la décision

### III - LE RECOURS EN CARENCE

Prévu à l'article 175 du Traité (1) c'est en vertu de cet article que la Gema a saisi la Cour. La Gema avait introduit une plainte conformément à l'article 3, paragraphe 2 b, du règlement 17/62, pour faire constater les infractions de Radio Luxembourg. Celle-ci aurait conclu des contrats d'édition de musique légère. Ces contrats prévoyaient, que Radio Luxembourg recevrait 50 % des droits d'auteur des oeuvres éditées en commun, en contrepartie de la diffusion "intensive" de ces oeuvres aux heures d'écoute favorable. Radio Luxembourg percevait ainsi des droits d'auteurs excessifs. La Commission avait adressé une "communication des griefs" à Radio Luxembourg, mais elle n'avait pas pris de décision de condamnation.

La Gema a adressé une lettre à la Commission, la mettant en demeure de prendre position. La Commission lui fit savoir que les "éléments les plus récents" en sa possession ne justifiaient pas de donner suite à la plainte (2).

La Gema a alors, introduit un recours en vertu de l'article 175 du Traité, pour faire constater l'illégalité de

---

(1) Article 175 : Dans le cas où, en violation du présent Traité le Conseil ou la Commission s'abstient de statuer, les Etats membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de Justice en vue de faire constater cette violation.

(2) Cf. le 10e rapport de la Commission sur la concurrence, n° 30 et s.

l'inaction de la Commission. La Cour a considéré ce recours irrecevable, la lettre de la Commission informant la Gema de l'inexistence d'éléments justifiant la plainte, étant à son avis une prise de position suffisante, au sens de l'article 175 alinéa 2. Le plaignant ne peut exiger une décision formelle.

La Cour, consciente de la qualité de son rôle d'autorité suprême, tient à ne pas ignorer les conditions dans lesquelles la Commission prend ses décisions. Elle ne se contente pas de simples inadvertances de procédure pour la sanctionner. Mais si cela s'avère nécessaire, elle sait aussi protéger les particuliers.

L'examen de l'application du droit des ententes aux sociétés d'auteurs ne présente pas de particularisme, par rapport à l'application au droit commun.

Certes le principe même de la société regroupant les auteurs et du contrat qui lie chaque membre à la société n'a jamais été considéré comme une entente et l'article 85 ne s'applique pas. Mais les rapports entre sociétés d'auteurs font l'objet de l'application des prohibitions du droit des ententes.

Aucune exemption par catégorie n'a été accordée à ce jour par la Commission (mise à part la récente modification parcellaire du paragraphe III e) des statuts de la Gema) ce qui permet de dire que ces ententes sont sous la surveillance des autorités communautaires, qui ne veulent pas les faire bénéficier d'un préjugé favorable.

Cela peut s'expliquer par l'absence d'une législation unique et harmonisée, et pendant la période actuelle le mieux est de maintenir la surveillance de droit commun, comme le propose Mr Dietz, ce qui justifie aussi les interventions des autorités communautaires, en vertu de l'article 86 du Traité que nous allons étudier dans une seconde partie.

DEUXIEME PARTIE

L'APPLICATION DE L'ARTICLE 86 DU TRAITE DE ROME

AUX SOCIETES D'AUTEURS

Tout comme lors de l'examen de l'article 85, il faut pour étudier l'article 86 en analyser les termes, cet article dispose :

" Est incompatible avec le Marché Commun et interdit dans la mesure où le commerce est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises, d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat et de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- c) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- d) subordonner la conclusion des contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui par leur nature ou selon les usages commerciaux n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats".

Deux nouvelles notions apparaissent à l'examen de ce texte, l'entreprise en position dominante et l'utilisation abusive de cette position dominante. L'examen de ces deux notions nouvelles fera l'objet d'un chapitre différent, nous ne reviendrons qu'incidemment sur la notion "d'entreprise" et "d'affectation du commerce", qui ont été examinées en détail dans le cadre de l'article 85. Enfin, un dernier chapitre sera consacré à la mise en oeuvre de l'article 86.



## CHAPITRE I

### L'ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE

Pour définir l'entreprise en position dominante, il faut d'abord déterminer la notion d'entreprise elle-même. Lors de nos précédents développements, sur l'article 85, nous avons déjà examiné cette notion (1).

Il suffit de rappeler la définition retenue, définition qui a été donnée par Monsieur Goldman, l'entreprise est, selon lui : "un ensemble coordonné de personnes et de biens constitués dans un but déterminé et dont l'activité est dirigée vers la réalisation de ce but." (2). Mais il faut aussi noter les nombreuses réserves doctrinales présentées face à une définition unique, réserves qui sont inspirées par l'imprécision et la fluctuation des critères pris en compte par la définition jurisprudentielle (3).

L'article 86 s'applique aux agissements abusifs des entreprises privées et publiques. Quelque soit l'objet de leur activité même s'il s'agit d'une entreprise qui gère des droits de propriété intellectuelle (4).

L'article 86 concerne les agissements d'une seule entreprise. Si l'on est en présence de plusieurs entreprises,

---

(1) Cf supra chapitre 1, 1ère partie p. 27

(2) Goldman, op. cit. n° 253 p. 302.

(3) Cf. supra, chapitre 1, en particulier p. 29

(4) Gema 6 juin 1971, JOCE L 134 p. 15.

chacune d'elle sera considérée comme détenant de façon autonome une position dominante. Si l'on est en présence d'un groupe d'entreprises qui ont des liens entre elles, le groupe pourra être assimilé à une entreprise unique. Aussi selon la Commission (1) dans l'affaire Continental Can, l'autonomie juridique de la filiale est évincée par le fait de sa dépendance économique. La société-mère Continental Can a été condamnée solidairement avec sa filiale Euroemballages pour les agissements abusifs de cette dernière. Cette solution a été confirmée par la Cour de Justice. Cette solution peut s'expliquer par le fait que la société Continental Can avait exercé un véritable contrôle sur sa filiale européenne.

La solution de la condamnation du groupe, vue la spécificité de l'espèce jugée, paraissait encore douteuse. Elle a été confirmée dans l'affaire Zója où malgré une plus grande autonomie de la filiale, le groupe Commercial Solvens Corporation (CSC) a été condamné dans son ensemble, pour les agissements de la filiale italienne, Istituto chemioterapico Italiano (ICI)(2). Alors que la société-mère, CSC, ne détenait que 51 % du capital de sa filiale et qu'elle exerçait ses activités uniquement aux Etats-Unis. Pour sa défense, la société CSC soutenait qu'elle exerçait ses activités en dehors du Marché Commun. La Cour de Justice ne l'a pas suivie sur ce

---

(1) Euroemballage et Continental Can c/ Commission 21 février 1973. RCJE 1973 p. 215.

(2) Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvens Corporation c/ Commission. 6 mars 1974. RCJE 1974 p. 223.

terrain et a insisté sur l'importance de l'assistance technique apportée et les matières premières fournies à sa filiale, dont les activités étaient contrôlées à travers ce biais par la société-mère. L'activité de celle-ci exerçait donc une influence sur le Marché Commun. De plus la Cour de Justice a constaté qu'en ce qui concerne le produit concerné : le nitropropane, la société CSC, détient un monopole, à travers le réseau de ses filiales, monopole qui s'étendait à la production et à la distribution et qui est renforcé par l'existence d'une large avance technologique.

Dans cette affaire, la Cour de Justice a clairement affirmé l'assimilation du groupe à une société unique, l'unité économique prédomine sur l'autonomie juridique. La notion de groupe fait l'objet d'une application plus nuancée dans le cadre de l'article 85 (1) alors que dans le cadre de l'article 86 la question est abordée de façon directement économique. Critère économique, qui intervient aussi lors de la détermination de la position dominante, comme nous allons le constater.

## SECTION I

### LA NOTION DE POSITION DOMINANTE

Avant de rechercher les critères de la position dominante (II) il faut essayer de définir celle-ci (I).

---

(1) Cf. supra, chapitre 1 p. 28

## I - RECHERCHE D'UNE DEFINITION DE LA POSITION DOMINANTE

Le Traité de Rome aborde le problème de la position dominante de façon plus originale que les autres législations anticoncurrentielles (A) bien que la définition adoptée soit la même (B).

### A - L'originalité du Traité de Rome

Le particularisme du Traité tient au fait qu'il ne sanctionne pas la position dominante en soi, seule est sanctionnée son exploitation abusive. Le droit américain sanctionne, préventivement, toutes les concentrations qui peuvent favoriser l'acquisition d'une position dominante.

Le Traité CECA du 18 avril 1951 dans son article 66, paragraphe 7 (1) institue, lui aussi, un contrôle préventif, l'acquisition de la position dominante est sanctionnée en soi. La majorité des législations européennes, inspirées du Traité de Rome, ne sanctionne que les exploitations abusives de la position dominante. Ainsi la législation allemande, après avoir très précisément déterminé la position dominante, n'en réprime que les abus; la législation française ne réprime, elle aussi, que les abus et elle n'exclut pas la possibilité de valider certains comportements, le régime des exceptions s'applique

---

(1) Article 66, paragraphe 7, du Traité CECA :

"Si la Haute Autorité reconnaît que des entreprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le marché d'un des produits relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du Marché Commun, utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du présent Traité, elle leur adresse toute recommandation propre à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins".

parallèlement aux ententes et aux positions dominantes (1).

#### B - Un essai de définition

Le Traité ne donne aucune définition de la position dominante ce sont les autorités communautaires et la doctrine qui ont eu à préciser sa notion. Le droit américain a eu une grande influence en la matière; la législation "antitrust" y est beaucoup plus ancienne; les juges ont élaboré toute une série de critères extrêmement intéressante.

Pour ce qui est du Traité de Rome, il a fallu plus de dix ans pour voir apparaître les premières décisions. C'est dans le cadre des pouvoirs conférés à la Commission par le Conseil, pour la mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité, que la Commission a apporté des précisions sur la notion de position dominante. Dans son mémorandum du 1er décembre 1965, elle note (2) :

"La domination du marché ne peut être uniquement définie, à partir de la part de marché que détient l'entreprise. C'est en premier lieu, un pouvoir économique, c'est à dire la faculté d'exercer sur le fonctionnement du marché une influence notable et prévisible pour l'entreprise dominante. Cette faculté économique d'une entreprise dominante influe sur le comportement et les décisions économiques d'autres entreprises, qu'elle soit utilisée ou non dans un sens donné. L'entreprise peut évincer, quand elle le désire, les autres entreprises

---

(1) article 51 de l'Ordonnance du 30 juin 1945.

(2) Etudes, série concurrence n° 3 troisième partie de Roux Voillemot, op. cit. p. 128 n° 157 et s.

concurrentes du marché. Elle peut déjà disposer d'une position dominante et déterminer d'une façon décisive le comportement des autres entreprises, même si sa propre part du marché est relativement faible".

Par cette analyse, la Commission fait prévaloir le pouvoir économique que possède l'entreprise en position dominante sur la part du marché qu'elle détient. La définition, que donne Monsieur Goldman, dans son cours photocopié, rejoint celle de la Commission : "la position dominante est la position d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises qui peuvent faire la loi sur le marché, dans la mesure où elles ne craignent pas de concurrence appréciable." (1).

C'est à partir de ces deux définitions que nous allons essayer de dégager les critères de la position dominante.

## II - LES CRITERES DE LA POSITION DOMINANTE

Le pouvoir dont dispose l'entreprise en position dominante est mis au premier plan des définitions données ci-dessus; toutefois la part du marché détenue par l'entreprise reste un bon indice, vu son caractère concret. La Commission n'écarte pas ce critère dans son mémorandum, mais elle met plus l'accent sur le pouvoir économique et financier de l'entreprise en position dominante.

Nous allons étudier le "pouvoir" dont dispose l'entreprise en position dominante avant d'analyser sa "puissance".

---

(1) Goldman, définition donnée dans le cours photocopié à la faculté de droit 1976 à Paris.

Le terme "pouvoir" désigne l'influence que peut exercer l'entreprise en position dominante et le terme "puissance" la part du marché que détient cette même entreprise.

A - Le pouvoir dont dispose l'entreprise en position dominante

C'est sur ce critère que la Commission a mis l'accent dans son mémorandum. Cette notion revêt un double aspect, d'une part l'entreprise en position dominante peut imposer son comportement sur le marché, d'autre part elle n'est pas soumise aux pressions des autres entreprises.

L'entreprise peut influencer le marché, mais elle-même vu sa position peut rester indifférente à ce même marché. L'influence exercée par cette entreprise est notable et prévisible elle est à même de prévoir les conséquences de son action qui peuvent modifier le jeu du marché de façon sensible. Cette notion de "pouvoir" de l'entreprise en position dominante, est clairement décrite dans l'affaire Continental Can (1).

La Commission a insisté sur l'avance technologique dont bénéficiait cette entreprise, sur la très large gamme des produits qu'elle commercialisait, enfin sur la puissance économique et financière. Elle a décidé :

"Que des entreprises sont en position dominante lorsqu'elles ont une possibilité de comportement indépendant qui les met en mesure d'agir sans tenir notablement compte des

---

(1) Continental Can - décision du 9 décembre 1971, JOCE n° L7 du 8 janvier 1972. aff IV/26811.

concurrentes, des acheteurs ou des fournisseurs; qu'il en est ainsi lorsque, en raison de leur part de marché, ou de leur part de marché en liaison notamment avec la disposition de connaissances techniques, de matières premières ou de capitaux, elle ont la possibilité de déterminer les prix ou de contrôler la production ou la distribution pour une partie significative du produit en cause; que cette possibilité ne doit pas nécessairement découler d'une domination absolue permettant aux entreprises qui la détiennent d'éliminer toute volonté de la part de leurs partenaires économiques, mais qu'il suffit qu'elle soit assez forte dans l'ensemble pour assurer à ces entreprises une indépendance globale de comportement, même s'il existe des différences d'intensité de leur influence sur les différents marchés partiels."

Cette analyse de la position dominante a été confirmée par la Cour dans plusieurs arrêts, dont le plus significatif est celui rendu dans l'affaire Hoffmann La Roche (1), et qui précise au mieux, la notion de position dominante. La Cour y affirme :

"Que la position dominante visée par l'article 86 du Traité concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs".

---

(1) Hoffman La Roche c/ Commission. CJCE 15 février 1979 RCJE 1979 p. 461.



"Une telle position, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice."

Le second critère qui permet de déceler la position dominante est le critère quantitatif de la part du marché détenue par l'entreprise.

B - La "puissance" de l'entreprise en position dominante : la part du marché détenue par l'entreprise

Ce critère plus concret peut en réalité être le premier signe révélateur d'une position dominante.

Ainsi si l'entreprise est en monopole, la position dominante ne fait pas de doute.

Dans l'affaire Gema (1), la Commission a considéré que cette société qui détient le monopole de la gestion des droits des auteurs d'oeuvres musicales en Allemagne est en position dominante. En présence d'un monopole la position dominante ne fait pas de doute. La situation des sociétés d'auteurs des autres Etats membres est similaire, elles sont dans le cadre du Marché Commun toutes en situation de monopole (2).

---

(1) Gema, décision 71/224 du 2 juin 1971 JOCE L 134 du 20 juin 1971.

(2) Dietz : Rapport sur le droit d'auteur dans le Marché Commun op. cit. p.

Selon Mr Cohen Jehoram, en ce qui concerne les sociétés d'auteurs l'on se trouve "en présence d'un arrangement entre auteurs qui est d'un poids et d'une efficacité bien plus grands dans la domination du marché qu'il ne saurait jamais en être question avec des contrats types." (1)

La détermination de la position dominante est plus délicate lorsqu'on est en présence de plusieurs entreprises. La loi allemande de 1973 est très précise sur ce point (2). L'article 22 fournit toute une liste d'indices chiffrés qui permettent de déceler la position dominante. S'il s'agit d'une entreprise unique il faut qu'elle détienne le tiers du marché et son chiffre d'affaires doit être supérieur à 250 millions de marks. Si l'on est en présence de deux ou trois entreprises, il faut, pour que la présomption soit vérifiée, que l'entreprise en position dominante détienne les deux tiers du marché.

Les présomptions chiffrées sont d'une grande aide, mais il faut compléter ce premier indice chiffré par le facteur temporel, qui permettra de le consolider. Par exemple, un monopole peut être plus ou moins récent, il peut découler de circonstances extérieures à l'entreprise; des mesures restrictives à l'égard de fournisseurs situés à l'extérieur du Marché Commun peuvent modifier la position de l'entreprise en monopole dans l'Etat membre.

La part du marché ne peut être définie que par rapport

---

(1) Cohen Jehoram : "La place de l'auteur dans la société et les rapports juridiques entre les auteurs et les entreprises de divulgation". Le droit d'auteur 1978 p. 404.

(2) loi allemande du 3 août 1972 - article 22.

à un marché précis. C'est cette notion de marché qu'il nous faut délimiter maintenant.

## SECTION II

### L'EXERCICE DE LA POSITION DOMINANTE

Le marché concerné est doublement délimité, une première délimitation consiste à définir la composition matérielle de ce marché (I), et la seconde délimitation touche la localisation géographique du même marché (II).

#### I - LES CARACTERISTIQUES DU MARCHE EN CAUSE

Il s'agit de déterminer les produits et services concernés (A), mais aussi les parties en cause (B).

##### A - Les produits et les services

Le "relevant market" des produits et services se définit par rapport aux produits et services qui font l'objet de l'activité de l'entreprise. Il s'agira des produits et services concernés, mais aussi de tous les produits substituables. Mais, ne constitue pas le même marché, le marché de la chaussure pour enfant et celui de la chaussure pour adulte, les deux produits n'étant pas substituables.

Une entreprise peut être impliquée dans deux marchés différents, c'est le cas de l'entreprise qui vend des matières premières mais aussi des produits finis. L'entreprise peut avoir une position dominante sur ces deux marchés.

Il faut englober les entreprises de services comme la Commission l'a précisé dans l'affaire Gema (1). En effet la société d'auteur est une entreprise de service, elle fait signer des contrats aux utilisateurs elle collecte les redevances et les reverse aux auteurs, elle gère des oeuvres à finalité sociale.

"La Gema exerce une activité d'entreprise consistant en prestations de services à l'égard tant des compositeurs, des auteurs et des éditeurs que des utilisateurs de musique."

Cette position est confirmée par l'Avocat Général Mayras, dans ses conclusions dans l'affaire Sabam (2).

"L'article 86 comme l'article 85 est donc applicable à toute entreprise ayant une activité économique, c'est à dire se livrant à tout échange non gratuit de biens et de services".

#### B - Les marchés en cause

Toujours dans le cadre des affaires concernant les sociétés de gestion de droit d'auteur, la Commission a affirmé, la dualité du marché en cause, à savoir le marché composé par les auteurs, par rapport au marché composé par les usagers. Sur les deux marchés, la société de gestion est le seul partenaire possible.

Certes, l'auteur peut s'adresser à une société de gestion d'un autre pays, mais cette possibilité est plus théorique que réelle. En effet, lorsque l'oeuvre est écrite dans la langue maternelle de l'auteur, il lui sera difficile de la

---

(1) Cf. supra p. 23 note 1 argument II A

(2) Affaire 127/73 du 21/3/1974 Rec 1974 p. 323 (IIA1).

vendre dans un pays de langue différente. Donc l'auteur est obligé de s'adresser à la société de son pays d'origine (1) Quant aux usagers, si en théorie il leur est loisible de s'adresser à d'autres sociétés d'auteurs que celle du pays où ils sont établis, la réalité est différente. Les sociétés d'auteurs ont conclu entre elles des contrats de représentation réciproque; sur l'intervention de la Commission, les sociétés ont supprimé le caractère exclusif de la représentation. Mais, pour la vérification et la perception des droits, elles sont obligées de recourir au réseau de leur consocour des autres pays (2).

La question de la domination du marché ne va pas se poser face à un monopole. La seule question qui se pose est de savoir si l'entreprise abuse ou non de sa position. Mais avant d'examiner ce problème il faut analyser la situation géographique du marché.

## II - LE CRITERE GEOGRAPHIQUE DU MARCHE EN CAUSE

Pour que le traité s'applique, il faut que la position dominante soit détenue sur le Marché Commun, c'est là une condition d'applicabilité du texte (A); en réalité il suffit que l'effet soit ressenti sur une partie substantielle de ce marché (B).

### A - Le Marché Commun

En principe, pour que le droit communautaire s'applique, il faut que l'exploitation abusive ait lieu sur le Marché

---

(1) Françon RTDCo 1981, p.538.

(2) Cf. supra Ière partie p.60.

Commun. Le cas le plus fréquent sera celui où l'entreprise est elle-même située sur le Marché Commun. Mais une entreprise extérieure au Marché Commun peut influencer celui-ci et être condamnée par les autorités communautaires. Tel a été le cas dans l'affaire Commercial Solvens Corporation (CSC); cette société américaine a été condamnée pour les agissements de sa filiale, mais aussi pour les siens. ICI, sa filiale italienne refusait de vendre certains produits à une société concurrente. Le problème est le même que dans le cadre de l'article 85 (1).

Mais il n'est pas nécessaire que l'exploitation abusive soit exercée sur tout le Marché Commun, il suffit qu'elle soit exercée sur une partie substantielle de celui-ci, comme nous allons l'étudier maintenant.

#### B - Une partie substantielle du Marché Commun

Il n'est pas nécessaire que tout le Marché Commun soit concerné; il suffit qu'une partie importante de celui-ci le soit.

Par "une partie substantielle", il faut entendre une part assez importante du marché en cause; il faut raisonner de façon concrète. Dans l'affaire Gema, la Commission a considéré que le territoire de l'Allemagne fédérale constituait une partie substantielle du Marché Commun. Peu importe, que soit concerné un ou plusieurs pays du Marché Commun. Il ne faut pas prêter une attention particulière à la taille du marché; seule compte son importance économique.

---

(1) Cf. supra 1ère partie p. 74

De plus, on ne doit pas perdre de vue que cette condition doit être complétée par la condition d'affectation du commerce entre les Etats membres.

Nous retrouverons ce problème, lors de l'examen de l'exploitation abusive de la position dominante, dans le chapitre suivant.

En conclusion, il semble que, pour les rédacteurs du Traité, la position dominante soit une pure situation de fait, qui n'aura des conséquences que si elle est exploitée de façon abusive.

## CHAPITRE II

### L'EXPLOITATION ABUSIVE D'UNE POSITION DOMINANTE

Comme nous l'avons souligné dans le chapitre précédent, ce qui est interdit par le traité, ce n'est pas la position dominante en soi, mais seulement son exploitation abusive. Et c'est cette exploitation abusive qu'il nous faut définir, maintenant.

Le texte de l'article 86 ne définit pas la notion d'abus; certes ce texte cite des exemples qui permettent de mieux cerner le but recherché par les rédacteurs du Traité. Ce sont essentiellement, les décisions des autorités communautaires qui ont permis de saisir la notion.

La première remarque qui s'impose à l'étude de l'article 86 est le caractère objectif de la notion d'abus; l'intention de nuire n'est pas requise, l'ignorance du caractère abusif du comportement n'est pas une cause d'exemption. L'intention n'est pas un élément constitutif de l'infraction. C'est ce qui ressort des conclusions de l'avocat général Mayras, dans l'affaire BRT contre Sabam (1) :

"La notion d'abus a un caractère objectif et n'implique pas nécessairement un comportement intentionnellement fautif"

Les premières décisions positives prises en application de l'article 86 sont intervenues plus de dix ans après l'entrée en vigueur du Traité; c'est là l'indice de la difficulté d'application de ce texte.

---

(1) BRT c/ Sabam Aff 127/73 RCJE 1974 p. 324 argument B-1.



Aujourd'hui encore, les spécialistes de la matière ne sont pas toujours d'accord sur les modalités d'application du texte. Pour certains d'entre eux (1) l'abus est une notion qui se suffit à elle-même; pour les autres il faut que l'abus porte atteinte à la concurrence. Le problème est de savoir si l'atteinte à la concurrence constitue une condition "per se" ou si cette condition se confond avec les autres exigences du texte.

Selon la doctrine majoritaire, bien qu'elle ne soit pas mentionnée par le texte de l'article 86, la condition d'atteinte à la concurrence est sous-entendue par celui-ci. Puisque le texte de l'article 86 figure dans le titre réglementant la concurrence, il semble normal d'exiger la réalisation de cette condition pour pouvoir appliquer correctement l'article 86.

Selon Mr. Siragusa, la condition d'atteinte doit toujours être remplie, mais dans les exemples cités par l'article 86 paragraphe 2, l'abus est sanctionné sans cette condition d'atteinte à la concurrence, car il s'agit là d'exceptions. D'autres comportements abusifs sont possibles (voir le "notamment" qui précède la liste des exemples cités par l'article 86 et qui démontre le caractère non exhaustif de celle-ci), mais sous la condition que l'atteinte à la concurrence soit démontrée.

Le raisonnement de Mr Siragusa est fort séduisant (2), il est conforté par la jurisprudence. La Commission avait engagé

---

(1) Siragusa - Colloque de Bruges 1977, p. 401.

(2) Siragusa - "cases of abuse" in Semaine de Bruges 1977 p. 398.

une procédure contre la General Motors sur le fondement de l'article 86 paragraphe 2. La défenderesse avait invoqué l'inapplicabilité de ce texte, vu que son comportement ne portait pas atteinte à la concurrence. La Cour de Justice ne l'a pas suivie sur ce point, ce qui selon Mr Siragusa permet de penser que, selon la Cour de Justice, l'article 86, paragraphe 2 se suffit. A contrario, pour les autres cas d'abus, il faut que la condition d'atteinte à la concurrence soit remplie. Si l'abus n'a pas été retenu dans l'affaire mentionnée ci-dessus, cela tenait aux circonstances et notamment, à la promptitude avec laquelle ladite société a modifié son comportement dès les premières remarques formulées par la Commission à son égard (1).

Le facteur temporel revêt une certaine importance; l'infraction doit durer un certain laps de temps pour que ses effets nuisibles se fassent sentir sur le marché commun. Un acte isolé ne peut être assimilé à une exploitation abusive. Toute la doctrine ne partage pas ce point de vue et selon certains spécialistes, dont Mr Focsaneanu, du fait que le mot "concurrence" ne figure pas dans l'article 86, on doit en déduire que la position dominante n'a aucun lien avec la concurrence. Et ce contrairement à l'article 85 où le mot "conduurrence" figure expressement. Dans le cadre de ce dernier article, l'atteinte à la concurrence est bien une condition d'applicabilité du texte (2).

---

(1) General Motors Continental c/ Commission aff. 26/75  
RCJE 1975 p. 1367.

(2) Focsaneanu, op. cit. p. 24.

Nous étudierons l'article 86, paragraphes 1 et 2, en analysant dans une première section les cas d'abus cités par le texte, puis dans une seconde section les cas d'abus non cités par le texte et soumis à la condition d'atteinte à la concurrence.

L'analyse de la jurisprudence sera particulièrement intéressante vu que de nombreuses décisions concernent directement notre sujet : les sociétés d'auteurs.

#### SECTION I

#### LES CAS D'ABUS CITES PAR LE TEXTE DE L'ARTICLE 86, PARAGRAPHE 2

La liste des comportements prohibés par l'article 86 paragraphe 2 recoupe largement celle de l'article 85 paragraphe 3. Toutefois, l'alinéa c, de l'article 85, paragraphe 3, qui vise la répartition des marchés et des sources d'approvisionnement, ne figure pas dans l'article 86. Les deux listes ont un caractère indicatif, bien que similaires, elles méritent un éclairage différent. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction à ce chapitre, l'originalité des cas d'abus visés au paragraphe 2, de l'article 86 par rapport à ceux visés au paragraphe 1, tient au fait que la condition d'atteinte à la concurrence n'y est pas requise.

C'est à travers les décisions concernant les sociétés d'auteurs que nous allons étudier, chacun des cas d'abus visés par l'article 86, paragraphe 2.

I - LE FAIT D'IMPOSER DE FACON DIRECTE OU INDIRECTE DES PRIX  
D'ACHAT OU DE VENTE OU D'AUTRES CONDITIONS DE TRANSACTION  
INEQUITABLES

C'est après avoir examiné les prix d'achat et de vente imposés(A) que nous analyserons les autres conditions de transaction inéquitable (B).

A - Les prix d'achat et vente imposés

Dans l'affaire Deutsche Grammophon (DG), la défenderesse la société Metro reprochait à la DG d'imposer des prix à ses concessionnaires (1).

Bien qu'il ne s'agissent pas dans cette affaire d'une société d'auteur, la solution est intéressante car elle concerne les droits voisins : le droit du producteur de phonogrammes. La société DG avait d'ailleurs souligné la spécificité du droit d'auteur pour que soit écartée l'applicabilité du droit européen. La Cour de Justice ne l'a pas suivie sur ce terrain.

Après avoir constaté que le prix de vente pratiqué par DG est extrêmement élevé par rapport à celui pratiqué dans les autres Etats membres, et après avoir entendu les observations de la Commission qui avait relevé : "qu'il y a lieu de considérer qu'il y a exploitation abusive d'une position dominante lorsque le titulaire du droit applique dans l'Etat membre où il occupe cette position des prix sensiblement supérieurs

---

(1) Deutsche Grammophon c/ Metro, arrêt 8 juin 1970 RCJE 1970 p. 487.

à ceux qu'il demande dans d'autres Etats membres et que cette différence ne peut s'expliquer par des raisons objectives (frais de transport, fiscalité...)"

En rachetant les disques à la filiale française de DG France-Polydor et en les réimportant en Allemagne, la société Metro avait pu les vendre à un prix sensiblement moins élevé que celui pratiqué par les concessionnaires allemands de la DG. La Cour de Justice a décidé dans son attendu final :

"si l'écart entre le prix imposé et le prix du produit réimporté d'un autre Etat membre ne révèle pas nécessairement un abus de position dominante, il peut cependant en raison de son importance et en l'absence de justification objective, constituer un indice déterminant dudit abus."

Dans cette affaire, la différence des prix pratiqués à la vente dans les différents Etats membres permettait de déceler l'abus. La situation est beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit de prix d'achat imposé (1). Le prix d'achat est difficile à déterminer, vu le nombre de variables qui entre en jeu dans son élaboration, il faut procéder à un calcul précis des coûts. Le calcul est subjectif lorsqu'on est en face d'un monopole et que l'on ne dispose que de rares éléments de référence.

Une autre affaire concerne directement le problème des prix imposés, il s'agit de l'affaire opposant la société Princesse à la Sacem (2). Bien qu'il s'agisse ici d'une décision

---

(1) Schwarz "l'imposition des prix" in Colloque de Bruges 1977 p. 390 et s.

(2) Princesse c/ Sacem TGI de Paris, Cf annexe 3 inédit.

émanant d'une juridiction nationale, elle est intéressante car le Tribunal de Grande Instance de Paris était appelé à appliquer le droit communautaire. Nous avons déjà relaté ces faits lors de l'examen de l'article 85 (1).

La société Princesse reprochait à la Sacem d'appliquer un taux de redevance trop élevé comparé à celui des sociétés étrangères et le fait qu'elle calculait cette redevance sur toutes les recettes de quelque nature qu'elles soient.

La Commission de la Concurrence, qui avait été consultée par le TGI de Paris, n'a pas retenu, dans son avis, comme constitutif d'abus le fait d'inclure dans l'assiette de la redevance : la TVA et le service.

Dans son jugement le TGI de Paris a d'abord examiné le taux de redevance appliqué par la Sacem et qui est de 8,5 % des recettes.

Après avoir souligné la position dominante de la Sacem, le Tribunal a déclaré que cette société ne peut "imposer un taux excessif sans rapport avec la contreprestation fournie". Mais le Tribunal a estimé que le taux de 8,5 % est "raisonnable" comparaison faite avec les redevances perçues dans les domaines voisins : télévision, bals et les autres catégories de créations artistiques (l'édition, l'art dramatique).

Le TGI de Paris a ensuite examiné le problème de l'assiette sur laquelle s'applique cette redevance, l'assiette prévue comprend toutes recettes brutes c'est à dire la TVA et

---

(1) Cf. supra 1ère partie chapitre 2 p. 53.

le service compris. Selon le Tribunal la règle de la proportionnalité prévue à l'article 35 de la loi du 11 mars 1957 est respectée, donc il n'y a pas d'abus (1).

Cela nous amène à analyser la deuxième partie de la formule de l'article 86, paragraphe 2 a). Faute de pouvoir établir l'exploitation abusive par les prix elle pourra être établie par les autres conditions de transaction inéquitables.

#### B - Les autres conditions de transaction inéquitables

Selon Mr Goldman, par "autres conditions de transaction" il faut entendre : la durée, les conditions du crédit ou les modalités et les délais de livraison".

La différence de formulation de l'article 85 est ici notable, celui-ci prohibe toutes les conditions de transaction dès lors qu'elles sont établies au moyen d'une entente, l'article 86 ne vise que les conditions "inéquitables".

Dans sa décision du 20 juin 1971 contre la Gema (2) la Commission a relevé que plusieurs clauses des statuts de cette société présentaient un caractère inéquitable. Ces clauses que la Gema pouvait imposer à ses adhérents, sans que ceux-ci puissent les rejeter, permettaient de conclure que la Gema exploitait abusivement sa position dominante.

La décision de la Commission a été le "révélateur" des comportements des sociétés d'auteurs. Elle présente le

---

(1) article 35 de la loi 11 mars 1957 dispose :  
"la cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.  
Toutefois ....."

(2) Gema 20 juin 1971 JOCE L 134/15.

caractère d'une "décision de principe" et elle a inspirée toute la jurisprudence postérieure.

Nous allons examiner en détail les principales clauses "incriminées".

1 - La cession des droits

La Commission déclare :

" la cession des droits d'auteur pour toutes les catégories et pour le monde entier est par principe abusif, que les objections opposées à ce sujet par la Gema ne sont pas fondées".

Et la Commission énonce ce qui pourrait être acceptable "considérant qu'il est donc nécessaire d'établir la liberté des membres de la Gema, de décider :

- s'ils veulent céder à la Gema, ou à une autre société de droits d'auteur, tout ou partie de leurs droits pour des pays dans lesquels la Gema n'exerce pas d'activité directe;

- s'ils veulent céder totalement à la Gema leurs droits pour des pays dans lesquels la Gema exerce une activité directe, ou les répartir par catégorie entre plusieurs sociétés de droits d'auteur;

- s'ils veulent retirer à la Gema l'administration de certaines catégories après dénonciation régulière à la fin d'une année;

sans perdre de ce fait la qualité de membre ordinaire et le...."

La Commission précise dans la même partie de sa décision ce qu'il faut désigner par catégorie de droits :



Considérant que les catégories au sens de la présente décision sont :

1. le droit général d'exécution,
2. le droit de radiodiffusion, y compris le droit de transmission;
3. le droit de représentation cinématographique,
4. le droit de reproduction et de diffusion mécanique, y compris le droit de transmission,
5. le droit de production cinématographique,
6. le droit de produire, reproduire, diffuser et transmettre sur des supports pour magnétoscopes,
7. les droits d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir."

Elle prend le soin de souligner :

"la présente décision n'exclut pas que la Gema puisse exiger pour le territoire de son activité directe, dans les catégories qui lui sont confiées, la cession exclusive de toutes les oeuvres d'un compositeur ou auteur, y compris ses oeuvres futures."

2 - La répartition des droits en vertu de la "procédure de cotation".

L'autre clause inéquitable de l'avis de la Commission est la répartition des droits en vertu de la "procédure de cotation". En vertu de cette procédure, les auteurs de musique légère et de musique de danse, peuvent bénéficier de versements supplémentaires, à condition d'être "membre ordinaire" depuis

plus de trois ans, d'avoir cédé tous leurs droits à la Gema, et lorsqu'un "membre a atteint un certain niveau dans la cotation il reste classé à ce niveau même s'il ne remplit plus les conditions". Les recours ne sont possibles que devant le Conseil de surveillance, tout recours judiciaire est exclu. Les droits versés en vertu de cette procédure proviennent :

"en partie des montants non susceptibles de répartition dont l'ayant droit direct ne pourrait être déterminé, ou ne pourrait l'être que moyennant une dépense disproportionnée, ces redevances proviennent des droits d'auteur des membres et des auteurs des autres pays."

Mais "ces allocations supplémentaires" ne sont versées "qu'à certains membres bien que ces versements soient prélevés sur les contributions de tous les membres de la Gema ou auteurs d'autres pays".

C'est à dire que la Gema "ne peut verser des primes de fidélité à certains membres, si les fonds utilisés proviennent de tous les membres, que cette appréciation de la "procédure de cotation" en matière de musique légère ne met pas en cause la subvention des compositeurs contemporains de musique sérieuse, fondée sur des considérations culturelles."

### 3 - Le caractère excessif des statuts de la caisse sociale

Le dernier grief d'iniquité est celui du caractère excessif des statuts de la caisse sociale, le délai d'attente prévu par les statuts, pour pouvoir demander la liquidation des

droits est de vingt ans. La Commission a trouvé qu'un délai de cinq ans serait plus réaliste et souhaitable. D'autre part la clause prévoyant la fin de toute allocation lors de "la cessation de la filiation" paraît excessive aussi, un aménagement doit être prévu.

En ce qui concerne l'affaire Princesse contre la Sacem soumise au Tribunal de Grande Instance de Paris, plusieurs griefs étaient élevés comme constituant des conditions de transaction inéquitables. Ainsi, la société Princesse reprochait à la Sacem de lui imposer un contrat "forfaitaire" d'une durée trop courte.

Par "forfaitaire" il faut entendre un contrat qui est établi à un tarif unique pour tous les répertoires, celui propre à la Sacem et ceux de ses conseurs étrangères. Nous avons déjà lors de l'examen du contenu des ententes (1), vu que les accords de réciprocité entre sociétés d'auteurs sont admis par la Commission pour autant qu'ils ne revêtent pas un caractère exclusif. Le Tribunal de Paris se conformant sur ce point à l'avis de la Commission de la concurrence a admis que le caractère "forfaitaire" du contrat imposé par la Sacem aux utilisateurs n'avait rien d'illégal.

Pour ce qui est de la durée de validité d'une année, le TGI de Paris a souligné que le renouvellement n'avait jamais été refusé par la Sacem. Et que des négociations sont envisageables pour établir des contrats d'une durée plus longue par

---

(1) Cf supra 1ère partie chapitre 3 p. 60 et s.  
Cf annexe.

l'intermédiaire d'organismes regroupant certains utilisateurs, mais que la société Princesse s'est toujours refusée à négocier.

Le deuxième comportement abusif dénoncé par l'article 86, paragraphe 2 est la limitation des activités au moyen d'une position dominante.

## II - LE FAIT DE LIMITER LA PRODUCTION, LES DEBOUCHES OU LE DEVELOPPEMENT TECHNIQUE AU PREJUDICE DES CONSOMMATEURS

L'objet de l'interdiction est ici très large, l'accumulation des termes "production", "débouchés" et "développement" a pour effet d'englober tout le circuit économique.

C'est par le biais de cet article que la Cour de Justice sanctionne le refus de vente. Dans l'affaire Commercial Solvens Corporation, la Cour reprochait à cette multinationale et à sa filiale italienne de refuser de vendre à Zoja des dérivés pour se les réserver à titre exclusif. Limiter la production, du moins vouloir en acquérir le monopole en refusant de le vendre aux autres concurrents est constitutif d'abus 3).

Le texte de l'article 86 pose la condition supplémentaire de préjudice causé aux consommateurs, il est délicat de déceler un abus dans une autolimitation par l'entreprise de sa production ou des investissements. Les rédacteurs ont perçu la nécessité de poser une condition supplémentaire, à l'encontre de l'article 85 qui permet de sanctionner toute limitation qui trouve son origine dans une entente. Dans la décision contre la Gema, la Commission a relevé que :

l'intermédiaire d'organismes regroupant certains utilisateurs, mais que la société Princesse s'est toujours refusée à négocier.

Le deuxième comportement abusif dénoncé par l'article 86, paragraphe 2 est la limitation des activités au moyen d'une position dominante.

## II - LE FAIT DE LIMITER LA PRODUCTION, LES DEBOUCHES OU LE DEVELOPPEMENT TECHNIQUE AU PREJUDICE DES CONSOMMATEURS

L'objet de l'interdiction est ici très large, l'accumulation des termes "production", "débouchés" et "développement" a pour effet d'englober tout le circuit économique.

C'est par le biais de cet article que la Cour de Justice sanctionne le refus de vente. Dans l'affaire Commercial Solvens Corporation, la Cour reprochait à cette multinationale et à sa filiale italienne de refuser de vendre à Zoja des dérivés pour se les réserver à titre exclusif. Limiter la production, du moins vouloir en acquérir le monopole en refusant de le vendre aux autres concurrents est constitutif d'abus 3).

Le texte de l'article 86 pose la condition supplémentaire de préjudice causé aux consommateurs, il est délicat de déceler un abus dans une autolimitation par l'entreprise de sa production ou des investissements. Les rédacteurs ont perçu la nécessité de poser une condition supplémentaire, à l'encontre de l'article 85 qui permet de sanctionner toute limitation qui trouve son origine dans une entente. Dans la décision contre la Gema, la Commission a relevé que :

"La Gema empêche par son système l'établissement d'un marché unique des prestations de services des éditeurs de musique."

En vertu du paragraphe 6, lettre b) des statuts de cette société, le droit de devenir membre ordinaire est refusé aux maisons d'édition ayant leur siège en Allemagne et "qui entretiennent des relations économiques ou personnelles avec les éditeurs étrangers".

Cela aboutit à limiter les débouchés pour les éditeurs qui sont obligés s'ils veulent devenir membre ordinaire de la Gema de limiter leurs activités à l'Allemagne.

La Commission relève aussi que cela porte préjudice aux auteurs et compositeurs. Cela les "empêche de choisir librement un éditeur à l'intérieur de la Communauté".

D'autre part, la Gema refuse aussi la qualité de membre à certains auteurs ou éditeurs "s'ils dépendent sur le plan économique d'un utilisateur d'oeuvres musicales".

Selon la Gema il s'agit là "d'empêcher une intégration verticale" (1), la Commission sans rejeter cet argument remarque

---

(1) Cf. l'affaire Radio Luxembourg et la plainte formulée contre la Commission par la Gema.

La Commission n'ayant pas pris une décision expresse, la Gema a saisi la Cour de Justice d'un recours en carence. Et surtout le contenu de la plainte qui éclaire l'objet de la modification des statuts, cf. page suivante.

Cf. le 10<sup>e</sup> rapport sur la concurrence n° 30 et s.

Cf. supra le recours en carence chapitre 6 p.

que "l'interdiction dépasse la mesure équitable", la Gema "doit choisir le moyen le moins restrictif".

La Commission a proposé des solutions "équitables" à la Gema :

Récemment la Gema a présenté une modification sur cet aspect de ses statuts à la Commission (1). Sa demande visait à obtenir une attestation négative, ou une exemption telle que celle prévue par l'article 2 du Règlement 17 (2).

Cette modification des statuts tendait à prévenir les accords entre cédants et utilisateurs, et est inspirée par les modifications de la première décision Gema (3). Le texte proposé est le suivant :

"e) que le cédant ne peut associer, directement ou indirectement, à ses recettes les partenaires tarifaires de la Gema ou d'autres sociétés d'exploitation afin que ceux-ci n'accordent pas un traitement préférentiel injustifié à certaines oeuvres du cédant, lorsqu'ils utilisent le répertoire de la Gema".

La Commission après avoir relaté les précédents en la matière : sa première décision Gema et l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire BRT Sabam, désigne le principe directeur

---

(1) Gema décision de la Commission du 4 décembre 1981 - 229/71  
JOCE L 94 du 8 avril 1982. Annexe 4.

(2) Article 2 R. 17. :

"La Commission peut constater sur demande des entreprises et associations d'entreprises intéressées qu'il n'y a pas lieu pour elle, en fonction des éléments dont elle a connaissance, d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ou de l'article 86 du Traité".

(3) Gema I 2 juin 1971 p. 23. 2 derniers paragraphes

"pour apprécier le caractère inéquitable des statuts d'une société d'exploitation il convient de déterminer si ses statuts prennent suffisamment en considération tous les intérêts en présence pour que soit assuré un bon équilibre entre un maximum de liberté laissé aux auteurs, compositeurs et éditeurs pour exploiter leurs oeuvres (ci-après "liberté de disposer") et une gestion efficace des droits de ces personnes par la société d'exploitation (ci-après "intérêt catégoriel")".

La Commission reconnaît ensuite l'utilité, et l'efficacité des sociétés d'auteurs. Elle analyse les deux intérêts opposés ci-dessus définis et note :

"en raison de leur double rôle de "cédant" et de "premier utilisateur" les maisons d'édition sont tentées de saper l'action unitaire de la Gema".

"Il est donc essentiel qu'elle (la Gema) ne soit pas influencée dans son activité par des personnes qui représentent les utilisateurs ou qui en sont dépendantes sur le plan économique".

La Commission conclue :

"l'intérêt que les cédants peuvent avoir à aménager librement leurs relations juridiques avec les utilisateurs dans le domaine des rémunérations doit nécessairement passer au deuxième plan".

"La participation contractuelle de l'utilisateur aux sommes versées aux membres de la Gema, risque de mettre celle-ci en difficulté... Une telle utilisation "sape" et "brade" pour l'utilisateur les tarifs fixés par la Gema".



La Commission admet le caractère équitable et indispensable de la nouvelle disposition des statuts que la Gema se propose d'adopter et décide :

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

La Commission a finalement considéré la modification conforme à l'article 86 sans préjuger de tous les statuts. En l'absence de cette disposition les auteurs et certains utilisateurs pourraient "manipuler" la fréquence de diffusion de certaines oeuvres, au préjudice des titulaires d'oeuvres représentées par la Gema. Le répertoire de la Gema est assez vaste mais les heures de diffusion limitées, on comprend dès lors le caractère inéquitable de la diffusion des mêmes oeuvres pendant les heures d'écoute disponibles.

La Commission n'a pas examiné l'accord du point de vue de l'article 85, et elle n'a pas répondu à la demande d'exemption (1). La Commission a cependant pris soin d'examiner le caractère indispensable de la nouvelle clause avant de "délivrer l'attestation négative."

Cela nous amène à examiner le troisième cas d'abus cité par le texte de l'article 86.

---

(1) Cf. supra 1ère partie, chapitre 4 p. 98.

III - APPLIQUER A L'EGARD DES PARTENAIRES COMMERCIAUX DES CONDI-  
TIONS INEGALES A DES PRESTATIONS EQUIVALENTES EN LEUR  
INFLIGEANT DE CE FAIT, UN DESAVANTAGE DANS LA CONCURRENCE

L'entreprise en position dominante va, en raison de sa place sur le marché, imposer des conditions plus désavantageuses à certains de ses partenaires commerciaux. C'était là le principal reproche fait par la Commission aux sociétés d'auteurs. Dans le cadre de son enquête contre la Gema, la Commission a relevé que toutes les sociétés d'auteurs des Etats membres étaient en position dominante (1). Le Commission a pris une décision contre la société allemande : la Gema. Les autres sociétés n'ont pas fait l'objet de décision, elles ont accepté de modifier leurs statuts, au vu des remarques formulées par la Commission (2).

La décision de la Commission contre la Gema était fondée sur plusieurs alinéas de l'article 86 du Traité. Le principal grief retenu était celui de discrimination à l'égard des partenaires commerciaux, notamment les auteurs compositeurs des autres Etats membres, les importateurs de disques et de magnétoscopes.

Tout d'abord pour ce qui est des auteurs ressortissants des autres Etats membres, la Commission constate qu'en vertu des statuts de la Gema, ils ne peuvent devenir membre de la société, faute d'avoir un domicile fiscal en Allemagne. Or,

---

(1) Gema 20 juin 1971 JOCE L 134 p. 16 et s. particulièrement p. 20

(2) Premier rapport sur la concurrence 1971 p. 77 note 2.

seule la qualité de membre permet de participer à l'ensemble de la politique de gestion et de bénéficier de certains versements. La qualité de membre ne peut être obtenue que sur justification de revenus moyens obtenus sur une période de cinq ans. Les statuts de la Gema ne permettent pas à un auteur étranger de faire valoir les revenus qu'il a pu percevoir d'une société d'auteur établie dans un autre pays. Même si la qualité de membre était reconnue aux auteurs établis hors d'Allemagne, cette deuxième condition "opérerait une nouvelle discrimination", car l'auteur étranger ne pourrait se prévaloir des droits acquis en sa qualité de membre d'une société d'auteur d'un autre Etat membre de la Communauté.

Cette discrimination fondée sur la nationalité est aussi appliquée aux éditeurs de musique étrangers et allemands qui ont des relations économiques ou personnelles avec des éditeurs étrangers.

Les statuts de la Gema prévoient aussi que tous les membres du Conseil d'administration soient de nationalité allemande et tout changement de nationalité doit impérativement lui être notifié.

La Commission a aussi relevé le caractère abusif des exigences de la Gema vis-à-vis des importateurs de disques et de magnétoscopes. Pour ce qui est des disques, la Gema exige une redevance égale à la licence légale et ce malgré le fait qu'un droit d'auteur ait déjà été perçu par la Gema elle-même ou par une autre société d'auteur. Ces disques "sont deux fois frappés d'un droit de licence". La Gema applique un régime

différent aux commerçants importateurs de disques et aux fabricants de disques, ces derniers ne paient que le droit de licence aux sociétés d'auteurs, même si les disques sont distribués en Allemagne.

En agissant ainsi, la Gema inflige un désavantage dans la concurrence aux commerçants importateurs.

Enfin la Gema applique aussi une discrimination à l'égard des importateurs de magnétoscopes et de magnétophones en exigeant d'eux une redevance plus élevée que celle qu'elle exige des fabricants allemands des mêmes appareils (1). La Commission souligne que cette discrimination porte atteinte à la liberté de choix du consommateur allemand.

La Gema a modifié ses statuts en tenant compte de toutes les remarques formulées par la Commission.

Plus récemment, la Commission a repris le grief d'exploitation abusive d'une position dominante consistant à appliquer des conditions discriminatoires à des partenaires commerciaux ressortissants des autres Etats membres. La décision concernait G.V.L. (2), cette société gère les droits des artistes interprètes et exécutants en Allemagne. Elle remplit la qualité d'entreprise de service et elle est en position dominante en Allemagne.

La Commission, dans sa décision, relève que l'abus visé à l'article 86 doit, selon la jurisprudence de la Cour

---

(1) redevance prévue par le paragraphe 53 alinéa 5 de la loi allemande sur le droit d'auteur.

(2) G.V.L. décision du 29 octobre 1981 JOCE L 370 du 28 décembre 1981 p. 49.

de Justice, être apprécié en vertu des principes généraux du Traité et notamment de son article 7. Cet article interdit toute discrimination fondée sur la nationalité (1). GVL qui bénéficie d'un monopole de fait en Allemagne applique un régime discriminatoire aux artistes étrangers.

Dans sa décision, la Commission a longuement insisté sur la qualité de partenaire commercial de l'artiste étranger: "à l'activité de GVL qui consiste en une prestation de services, correspond une contreprestation matérielle de la part des artistes."

Les artistes sont les partenaires commerciaux "naturel" de la GVL . Elle empêche "une partie des partenaires commerciaux naturels de devenir des partenaires commerciaux effectifs en leur imposant une condition supplémentaire", la condition de domicile en Allemagne, ils sont interdépendants.

Ce traitement discriminatoire appliqué par GVL a désavantagé les artistes étrangers non domiciliés en Allemagne. "Ils n'ont pas touché, pour leur prestation en Allemagne, de redevance au titre de la deuxième exploitation". Pour justifier son comportement, GVL a évoqué la diversité des législations sur le droit d'auteur des artistes dans les différents Etats membres de la Communauté.

---

Article 7 :

- (1) "Dans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée, en raison de la nationalité. Le conseil sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de toutes les discriminations."

La Commission n'a pas admis cette justification; elle reconnaît la grande diversité des législations, mais elle souligne que, quelque soit le fondement légal ou conventionnel, tous les Etats reconnaissent un droit à redevance aux artistes. Et les "différences existantes ne peuvent en aucun cas justifier un comportement qui va jusqu'à empêcher les artistes de faire valoir leurs droits dans un autre Etat membre".

De même ne peut être admis l'argument tiré du fait que les artistes allemands ne bénéficient pas d'un droit à redevance à l'étranger. La Commission condamne l'exploitation abusive que GVL fait de sa position dominante, en appliquant un traitement discriminatoire aux artistes étrangers.

Et elle condamnerait de même, une discrimination faite par une société à l'égard des artistes allemands. Elle exige qu'un même traitement soit appliqué à toutes les oeuvres publiées dans un même pays.

Le grief de discrimination constitue le fondement de l'action engagée par plusieurs exploitants de discothèques contre la Sacem (1).

La Sacem justifie sa position en démontrant que les exploitants qui bénéficient d'un tarif plus avantageux ont adhéré à un syndicat, ce qui facilite les tâches de contrôle de la Sacem et justifie qu'ils bénéficient d'un tarif plus avantageux. Rien n'empêche les plaignants d'adhérer au même syndicat pour bénéficier des tarifs avantageux.

---

(1) Bleu note contre la Sacem, et de nombreuses autres affaires inédites.

La Cour d'Appel de Douai et le Tribunal de Valence, sans mettre en doute l'applicabilité du Traité, ont admis le bien fondé des remarques formulées par la Sacem (1).

Si l'on reprend ici la décision du TGI de Paris dans l'affaire Princesse contre la Sacem (2), le même grief de discrimination était soulevé par la société Princesse, selon cette société la Sacem n'appliquait pas le même tarif à tous les utilisateurs de la même catégorie, ce qui aboutissait à désavantager certains d'entre eux .

Dans son avis la Commission de la concurrence a considéré que la Sacem se livrait effectivement à des pratiques discriminatoires, en appliquant des tarifs différents suivant l'adhésion à telle ou telle organisation syndicale.

Le Tribunal de Paris, après avoir examiné les avantages accordés par la Sacem, à certains adhérents, avantages consistant en certains abattements sur l'assiette des redevances, a analysé les contreparties qu'en avait tiré la Sacem. Cela avait abouti à l'institution d'une commission paritaire pour le règlement des litiges et la fourniture de certains documents qui facilitait la tâche de contrôle des recettes.

De cela le Tribunal déduit que "les engagements souscrits par les adhérents du groupement "Schnoering" constituent la cause réelle et sérieuse des avantages consentis par la Sacem'

---

(1) Tribunal de Valence du 17 mars 1981 RIDA n° 108 p.1.  
Cour d'Appel de Douai de 24 octobre 1979 n° 103 p. 160.

(2) Princesse c/Sacem TGI de Paris 15 décembre 1982 inédit.  
Annexe 3.  
D'autre part la Sacem a conclu des accords similaires avec d'autres syndicats. Et elle a proposé au cours de l'instance d'étendre aux adhérents de la "syndis" dont la société Princesse est membre, le principe d'un tel protocole. Mais que la société Princesse et la Syndis n'ont pas accepté.

Et qu'il n'y a pas dès lors discrimination entre des partenaires égaux, contrairement à ce qu'a pu soutenir la Commission de la concurrence, "qui n'a pas eu connaissance des pièces versées au débat par la Sacem, postérieurement à son avis du 17 novembre 1981".

En ce qui concerne le droit communautaire, la Commission avait condamné l'attitude de la Gema mais elle avait mesuré la nécessité de lui accorder un délai de six mois pour qu'elle puisse modifier ses statuts.

La première modification proposée par la Gema a fait l'objet d'une décision, favorable de la part de la Commission, datée du 6 juillet 1976. (1).

Cette modification concernait la durée de l'engagement des membres. Dans la première décision la Commission avait dénoncé le caractère abusif de la durée de l'engagement imposé par la Gema à ses membres (vingt ans) ainsi que de l'étendue de la cession des droits (tous les droits et pour tous les pays).

Dans la modification proposée, la Gema demande une cession pour trois ans et par catégorie. Elle ne suit pas l'avis de la Commission qui préconisait un délai de un an, car cette durée trop courte ne lui permettrait pas de maîtriser son propre répertoire et comporterait le risque de voir les auteurs et utilisateurs négocier directement leurs droits.

La Commission a admis cet argument et accepté le délai de trois ans dès lors que la cession a lieu par catégorie. Ainsi, elle admet le principe d'un "équilibre entre la durée et l'ampleur de l'engagement".

---

(1) Gema décision 72/268 du 6 juillet 1972.



La Gema a donc adopté le principe de la cession par catégorie, telle qu'elle était proposée par la Commission, dans sa première décision. La Gema, a d'autre part, précisé que la dénonciation du contrat de cession n'entraînerait pas la perte de "la qualité de membre ordinaire ou le bénéfice des prestations au titre la "procédure de cotation" ou de la caisse sociale".

Exceptionnellement, la Commission a exigé que le délai de cession soit ramené au 31 décembre 1973 pour tous les contrats conclus avant sa première décision du 6 juin 1971.

La deuxième modification des statuts proposée par la Gema a fait l'objet d'une décision récente de la Commission (1) elle concernait les accords entre les membres et les utilisateurs du répertoire.

Nous avons vu dans le paragraphe précédent (2) que la Commission avait aussi admis la limitation de tels accords par la Gema afin de préserver l'intérêt de tous les adhérents et ses propres tarifs. La Gema avait dans un premier temps voulu faire appel de la décision de la Commission devant la Cour, puis elle a abandonné cette idée.(3)

La position de la Commission a été confortée par la Cour de Justice dans la décision opposant la BRT à la Sabam. Le Tribunal de Bruxelles avait posé deux questions préjudicielles à la Cour de Justice, à savoir si l'exploitation abusive est constituée par le fait qu'une société de gestion exige de

---

(1) Gema IV 29971 du 4 décembre 1981 JOCE L 94/12 8 avril 1982. Annexe 5.p. 177.

(2) Paragraphe 2 p. 177

(3) Cf. 1er rapport sur la concurrence 1971 p. 77 note 2 in fine.

ses membres la cession de tous leurs droits et que l'exercice de ces mêmes droits reste réservé à cette entreprise dans un délai de cinq ans suivant la démission de cet auteur.

La Cour, après avoir posé le principe directeur :

"qu'il convient donc de rechercher si la société de droit d'auteur en vertu de ses statuts ou des contrats qu'elle conclut avec ses adhérents, impose directement ou indirectement à ceux-ci ou à des tiers, des conditions non-équitables dans l'exploitation des oeuvres dont la sauvegarde lui a été confiée." a décidé qu'il appartient au juge au fond, "d'apprécier si, et dans quelle mesure, les pratique 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".

Malgré l'appréciation laissée aux juges du fond, la Cour insiste sur le caractère excessif de la cession qui récèle à son avis une exploitation abusive.

#### IV - LES CONTRATS LIES

Le dernier comportement dénoncé par l'article 86 est de :

"Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats." L'entreprise peut imposer grâce à sa position dominante des obligations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'obligation principale.

Dans sa décision Gema, la Commission relève que la Gema exige la cession pour tous les droits ainsi, elle oblige ses membres à se servir de tout son réseau pour la gestion de leurs droits. La Commission considère abusive cette cession de tous les droits, mais elle y voit une condition de transaction inéquitable. Elle n'a pas visé la disposition ci-dessus mentionnée.

La Commission a aussi relevé que la Gema exploite sa position dominante en prélevant des droits sur des oeuvres appartenant déjà au domaine public. "Cette redevance ne serait pas acceptée par les producteurs de disques si la Gema ne détenait pas une position dominante".

Il semble que cela est le type même de la prestation supplémentaire non justifiée, mais la Commission n'a pas envisagée le grief expressément.

Après cet examen des exemples d'abus cités par l'article 86, paragraphe 2, il nous faut examiner les cas d'abus non prévus par le texte et qui sont soumis à la condition "d'atteinte à la concurrence", comme nous l'avons souligné dans l'introduction à ce chapitre.

## SECTION II

### LES CAS D'ABUS NON CITES PAR LE TEXTE DE L'ARTICLE 86

C'est en se fiant à la doctrine majoritaire qui admet que l'abus est une notion plus extensive que les exemples cités par l'article 86 paragraphe 2 que nous allons considérer la notion d'abus. De plus nous admettrons, comme certains théoriciens,

que les faits abusifs qui ne sont pas cités par l'article 86, paragraphe 2, ne sont sanctionnés que dans la mesure où ils portent (1) atteinte à la concurrence et ce, par analogie avec l'article 85. La condition d'atteinte n'est pas posée explicitement par ce texte, et une vive polémique s'est développée pour savoir si une telle condition doit être remplie dans le cadre de l'article 86, paragraphe 1.

La jurisprudence semble prêter une grande importance à la condition d'atteinte à la concurrence; elle a la possibilité par ce biais de sanctionner tous les faits abusifs. Ce sont ces faits qualifiés d'abusifs par la Commission et par la Cour de Justice que nous allons examiner.

Devant l'imprécision des termes de l'article 86, les autorités communautaires ont dû recourir aux textes généraux qui fixent les objectifs du traité et notamment à l'article 3 paragraphe f, où il est dit : "aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité :.....  
f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché Commun."

Selon les autorités communautaires, toute atteinte à la concurrence fausse celle-ci. Un des aspects le plus courant est le changement de la structure du marché (I) et l'atteinte se détermine par le préjudice causé aux parties en présence (II).

---

(1) Siragusa, Cf. supra note 1 p. 129.

## I - LE CHANGEMENT DE LA STRUCTURE DU MARCHÉ

Un des aspects les plus traditionnels de l'abus est le refus de vente. Cependant aucun texte du Traité ne vise ce comportement; la jurisprudence a eu recours à l'article 86 paragraphe 1 pour sanctionner ce comportement.

La première affaire, où cette notion a été mise en cause, opposait la société Zoja au groupe CSC-ICI, affaire que nous avons déjà examinée pour déterminer la notion de position dominante (1).

La filiale italienne de CSC avait refusé de vendre à Zoja des matières premières qu'elles lui fournissait habituellement et dont elle était le seul distributeur.

Zoja était un de ses clients habituels, mais avait décidé récemment de fabriquer des produits finis. Le but à peine caché de CSC était d'éviter que Zoja devienne le concurrent d'ICI. Cela aboutissait à une véritable modification du marché qui portait atteinte à la concurrence.

Une autre affaire concernait encore plus directement le refus de vente; la société United Brands, fournisseur de bananes mûres, avait refusé d'approvisionner un de ses clients, la société Olsen, pour le sanctionner d'avoir participé à une campagne de promotion d'autres marques. La Cour de Justice a constaté que, bien que cet acte n'évince pas Olsen du marché, il lui porte néanmoins un grave préjudice (2).

---

(1) Cf. supra p. 149.

(2) United Brands du 14 février 1978 RCJE 1978 p. 207.

Ce sont là les principales affaires sanctionnées au titre du refus de vente; l'atteinte à la concurrence n'est pas uniquement déterminée par la modification de la structure, il faut aussi prendre en compte le préjudice causé aux partenaires en présence.

## II - LE PREJUDICE CAUSE PAR L'ABUS

L'atteinte se mesure au préjudice causé aux parties en présence. Ainsi, dans l'affaire United, le préjudice était subi par le distributeur. Celui-ci, sans être évincé du marché, ne pouvait plus distribuer une certaine gamme de produits.

Dans l'affaire Hoffman-Laroche, la Commission a dénoncé le jeu des clauses d'exclusivité qui portait atteinte à la concurrence et limitait artificiellement le choix des consommateurs (1).

## III - LE PROBLEME DES CONCENTRATIONS

Puisque les abus sont sanctionnés lorsque la concurrence est atteinte, l'annulation totale de la concurrence doit être sanctionnée a fortiori. La concentration est définie comme une atteinte majeure à la concurrence par les autorités communautaires. La principale décision en la matière est l'affaire Continental Can. Cette société avait étendu sa position dominante, en absorbant une autre société (2). Le grief fait à la

---

(1) Hoffman-Laroche du 13 février 1979 RCJE 1979 p. 461.

(2) Continental Can du 21 février 1973 RCJE 1973 p. 215.

la société Continental Can était fondé sur l'article 86, car la décision en question modifiait la structure du marché, quant à l'article 85, il ne sanctionne que les conséquences d'un comportement. A la suite de cette décision la Commission a élaboré une proposition de règlement entérinant cette jurisprudence, en se fondant sur les articles 235 et 87 du Traité.

Certains spécialistes ne sont pas disposés à admettre une telle extension du champ d'application de l'article 86 aux concentrations. Mr Goldman estime que l'interprétation de la Commission est trop systématique. Et le projet de réglementation qui se fonde sur l'article 3 aboutit à modifier le Traité. En effet si l'article vise la concurrence faussée, les seuls textes d'application sont les articles 85 et 86. Or ces textes, contrairement à l'article 66 du Traité CECA, ne visent pas la concentration; c'est donc une erreur de vouloir, par interprétation, étendre les interdictions. Enfin, Mr Goldman considère que l'article 85 est mieux à même de réglementer les concentrations, contrairement à l'article 86 sur lequel se fondent les autorités communautaires (1).

Nous ne nous étendrons pas trop longuement sur ce problème qui dépasse largement le cadre de notre étude.

---

(1) Goldman op. cit. p. 430 n° 349 et s.

### CHAPITRE III

#### LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 86

Nous avons déjà examiné dans le cadre de l'article 85 le rôle des juridictions nationales et des autorités communautaires. Il suffit dans le cadre de cette deuxième partie de faire un bref rappel (1).

L'originalité de la mise en oeuvre de l'article 86 tient au fait qu'il n'existe pas de possibilité d'exemption similaire à celle prévue par l'article 85, paragraphe 3, soit la position dominante est exploitée normalement et dans ce cas elle est licite, soit elle est exploitée de façon abusive. Un système d'exemption qui permettrait de tolérer certains "abus" pour des raisons particulières n'a pas été prévu. Le parallèle entre les articles 85 et 86 n'est pas entièrement concordant, la compétence exclusive de la Commission en ce qui concerne l'article 85, paragraphe 3 ne s'applique donc pas ici.

Par contre, l'hypothèse des concours de compétence qui découle de l'application de l'article 9, paragraphe 3 du Règlement 17 est commune aux deux articles. Ce qui a été dit à ce sujet lors de l'examen de l'article 85 est aussi valable ici. Ce texte vise le dessaisissement de la juridiction au profit de la Commission, chaque fois que celle-ci engage la procédure et a pour conséquence que la juridiction préalablement saisie doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission ait rendu sa décision.

---

(1) Cf. première partie chapitres 5 et 6.



Avant d'examiner la compétence de chaque catégorie d'organes (section II et III) il nous faut rappeler les conditions d'application de l'article 86 (section I) (1).

#### SECTION I

#### LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 86

La condition posée par le texte de l'article 86 est celle de "l'affectation du commerce entre les Etats membres" (I) mais il faut aussi évoquer la condition "d'atteinte à la concurrence" qui bien que ne figurant pas dans le texte de l'article 86, est admise comme nécessaire lors de l'application du texte (II).

#### I - LA CONDITION D'AFFECTION DU COMMERCE

Quoiqu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'échange, le commerce entre les Etats membres peut être affecté par l'exploitation abusive d'une position dominante.

Le terme "affecter" a été défini dans le cadre de l'article 85 (2). Dans son interprétation, la Cour de Justice fait référence à "toute restriction apportée au commerce entre les Etats membres" (3).

Cette condition d'affectation du commerce doit être examinée dans chaque cas d'abus. Dans l'affaire Gema, la

---

(1) Il n'a pas paru nécessaire de subdiviser cette étude en deux parties vu qu'il s'agit de notions déjà examinées lors de l'étude de l'article 85.

(2) Cf. supra chapitre 3 p. 72

(3) Consten Grundig - 13 juillet 1966 RCJE 1966 p. 429.

Commission a considéré que cette entreprise par les clauses qu'elle impose à ses partenaires commerciaux et par son comportement, empêche "l'établissement d'un marché unique des prestations de service". La Commission y voit plus la conséquence de l'abus qu'un élément constitutif de celui-ci. Et elle souligne dans ses attendus que "l'extension contractuelle du droit d'auteur à des oeuvres non protégées à une incidence directe sur le commerce entre les Etats membres en provoquant un enchérissement injustifié", d'autre part "la double redevance prélevée sur les disques importés et réimportés... restreint le commerce des disques entre les Etats membres" et enfin "que la discrimination exercée envers les importateurs de magnétophones et de magnétoscopes restreint les importations de ces appareils en provenance d'autres Etats membres vers l'Allemagne."

Dans l'affaire BRT contre la Sabam, la Cour de Justice n'était saisie que d'une question préjudicielle concernant la détermination de l'abus; elle n'a donc pas examiné la condition d'affectation du commerce.

La Commission a été plus prolixé dans sa décision concernant la société allemande de gestion des droits des artistes interprètes et exécutants, la société GVL. La Commission souligne que le commerce englobe les prestations de service. "En refusant de gérer les droits des artistes domiciliés hors d'Allemagne, GVL a fait obstacle à la réalisation d'un marché unique des prestations de service dans le marché commun". Et "un grand nombre de titulaires de droits étrangers ont été

empêchés de faire valoir leurs droits en Allemagne". "Le handicap financier subi par les artistes étrangers a également affecté leur position dans la concurrence internationale".

L'affectation du commerce est souvent déterminée par référence aux textes qui établissent les finalités du droit communautaire et notamment par référence aux articles 3 et 7 du Traité (1).

Ce qui nous amène à examiner la condition d'atteinte à la concurrence.

## II - CONDITION D'ATTEINTE A LA CONCURRENCE

Cette condition n'est pas posée par le texte de l'article 86, contrairement à l'article 85 où elle est visée expressément.

Certains spécialistes en ont déduit qu'elle n'a pas lieu d'être examinée dans le cadre de l'article 86 (2).

- 
- (1) Article 3 : "aux fins énoncées de l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent Traité :
- a) l'élimination entre les Etats membres des droits de douane et des restrictions.....
  - f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché Commun".

Article 7 : Dans le domaine d'application du présent Traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

Le conseil, sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, peut prendre, à la majorité qualifiée, toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.

- (2) Focsaneanu. La jurisprudence de la Cour de Justice des CEE en matière de concurrence - 1977 p. 114.

La majorité de la doctrine refuse ce point de vue (1). La place de l'article 86 sous le titre de la "concurrence" permet d'affirmer que cet article vise "les atteintes à la concurrence" même si cela n'est pas expressément mentionné par le texte.

La condition d'atteinte transparaît derrière celle de l'affectation du commerce. La jurisprudence ne vise pas toujours cette condition, mais elle s'en sert si nécessaire. Hormis la liste des abus cités par l'article 86, paragraphe 2, la condition d'atteinte doit être une condition à part entière.

Pour justifier cette exigence, les autorités communautaires font référence aux principes généraux du traité et notamment à ces articles 3 et 7.

L'atteinte sera caractérisée si l'exploitation abusive renforce la position dominante. Dans l'affaire Zoja/Commercial Solvens Corporation, l'abus consistait à refuser de vendre pour éliminer un concurrent.(2)

La jurisprudence est assez fluctuante quant à la gravité de l'atteinte. Selon Mr Siragusa le critère flou permet de sanctionner tous les comportements qui trouvent leur origine dans un abus.(3)

Ce qui nous amène à examiner la procédure de mise en oeuvre (4).

---

(1) Siragusa, Colloque de Bruges 1977 "cases of abuses" p. 399.

(2) ICI CSC c/ Commission RCJE 1974 p. 2232 aff 6 7/73 Cf. supra p. 144

(3) Siragusa op. cit. p. 405 et s.

(4) Nous avons consacré deux chapitres à cette mise en oeuvre dans la première partie. Il s'agit ici de faire un bref rappel et de souligner la spécificité de la mise en oeuvre de l'article 86. Cf. supra chapitres 5 et 6 de la première partie.

## SECTION II

### LE ROLE DES JURIDICTIONS NATIONALES

L'application de l'article 86 est beaucoup plus aisée. La juridiction de l'Etat membre saisie est compétente pour appliquer le paragraphe 1, ainsi que le paragraphe 2 de l'article 86. La Commission n'a pas de compétence exclusive pour appliquer certaines dispositions comme dans le cadre de l'article 85.

La seule hypothèse où il y a concours de compétence entre la juridiction et la Commission est l'hypothèse prévue par l'article 9 du règlement 17/62 paragraphe 3.

Cet article dispose :

"Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1, et de l'article 86 conformément à l'article 88 du Traité, même si les délais prévus à l'article 5 paragraphe 1, et à l'article 7 paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés".

Nous avons déjà analysé cet article dans le cadre de l'article 85 (1). Il suffit de rappeler ici la solution retenue par la Cour de Justice dans l'affaire Sabam; seules les juridictions qualifiées "d'autorité compétente" des Etats membres sont tenues de surseoir à statuer, lorsque la Commission est saisie du même litige. Dans tous les autres cas, le sursis est facultatif.

---

(1) Cf supra p. 110.

De plus les dispositions nationales ont été mises en harmonie avec les textes communautaires (voir la loi française 19 juillet 1977). Les juridictions des Etats membres examinent les deux catégories de dispositions dans leur ensemble. Comme l'a fait le Tribunal de Paris dans l'affaire Princesse c/ Sacem (1).

Le Tribunal a souligné dans ses attendus :

"les règles de droit interne et de droit communautaire alléguées par les parties ne se distinguent pas suffisamment pour justifier une analyse distincte des moyens invoqués".

Le TGI de Paris n'a pas estimé utile de saisir la juridiction communautaire pour lui poser des questions préjudicielles d'interprétation, comme le demandait la société Princess

En effet, comme il a été dit dans le cadre de l'article 85, la juridiction nationale est seule juge de la saisine ou non de la juridiction communautaire pour interprétation. Elle ne doit pas faire droit à la demande des parties si la réponse lui paraît "claire" afin de ne pas encombrer la Cour de Justice.

Cela nous conduit à envisager le rôle des instances communautaires.

### SECTION III

#### LA MISE EN OEUVRE PAR LES ORGANES COMMUNAUTAIRES

Il n'y a là aucune originalité par rapport au rôle des mêmes autorités, lors de la mise en oeuvre de l'article 85.

---

(1) TGI de Paris 1e chambre Civ. 15 décembre 1982 RIDA 117 AVRIL

Mais quantitativement les procédures fondées sur l'article 86 sont plus nombreuses par rapport à l'article 85. Ce qui laisse supposer que l'abus est plus courant que l'entente.

## I - LE ROLE DE LA COMMISSION

Il est en théorie moins important vu qu'il n'y a pas d'exemption et de procédure compétente exclusive.

Mais les demandes d'attestations négatives restent nombreuses, la constatation de l'exploitation par décision doit faire l'objet de recherches minutieuses, comme nous l'a montré l'étude des procédures concernant les sociétés d'auteurs. La Commission a en plus un rôle non seulement de contrôle de la conformité des dispositions aux règles communautaires, mais aussi de conseil, comme l'a révélé l'examen de la décision Gema. La Commission a proposé des solutions "équitables" et qui tiennent compte des intérêts en présence. De plus elle a précisément défini les différentes catégories de droit.

L'originalité du rôle de la Commission apparaît bien ici à cet égard, elle accepte la discussion et accorde des délais pour procéder aux modifications nécessaires.

La seule remarque qui peut être formulée concerne l'ampleur de ce rôle. Peut-elle remplir une mission si vaste de manière satisfaisante ?

Il faut rappeler que la Commission intervient lors de l'élaboration de la réglementation générale, elle prend ensuite les règlements d'application et elle est chargée de la mise en oeuvre des textes. Elle peut prendre des décisions négatives ou positives et formuler des conseils.

De plus elle doit présenter ses observations dans les affaires pendantes devant la Cour.

Et c'est le rôle de la Cour qu'il nous faut envisager maintenant.

## II - LE ROLE DE LA COUR

Ce qui semble le plus intéressant est le rôle de la Cour en tant qu'interprète du Traité. Ainsi elle a défini le contenu des notions telles que "la position dominante" et "l'abus".

Elle a étendu à toute la propriété intellectuelle, les règles qui régissent la propriété industrielle. Elle a aussi élaboré la distinction subtile entre droit d'auteur d'une part et droit cinématographique, d'autre part<sup>(1)</sup>. Les décisions de la Commission prennent une force nouvelle lorsqu'elles sont entérinées par la Cour.

Dans l'affaire BRT/Sabam, la Cour a repris les griefs formulés par la Commission contre la Gema, leur conférant un caractère définitif.

En conclusion à cette seconde partie, il faut noter le caractère dominant des sociétés d'auteurs, aspect qui n'a guère fait l'objet de discussion vu leur position de monopole au sein des Etats membres.

La Commission et la Cour de Justice ont dans ce contexte essayé de préserver les droits des membres. Mais la

---

(1) Cf supra, l'introduction p. 14.



sanction des abus n'a jamais consisté à remettre en cause le monopole. L'évolution la plus récente (Gema) montre que les autorités sont prêtes à faire passer, si nécessaire, la liberté des auteurs au deuxième rang "l'intérêt que les cédants peuvent avoir à aménager librement leurs relations juridiques avec les utilisateurs dans le domaine des rémunérations doit nécessairement passer au deuxième plan". (1)

Ce qui permet de dire que si les sociétés d'auteurs limitent leur action à la mise en oeuvre de leur objet, en tenant compte de tous les intérêts en présence, les autorités communautaires et nationales ne seraient pas amenées à les sanctionner.

---

(1) Cf. annexe 5 p. 17.

## CONCLUSION

Cette étude nous a permis de comprendre les règles d'application du droit communautaire de la concurrence aux sociétés d'auteurs.

Le premier enseignement, qui peut être tiré de l'examen de la jurisprudence, est le principe de l'application de cette législation communautaire aux sociétés d'auteurs. Mais si ce principe peu paraître hardi, son application n'aboutit pas à des résultats très rigoureux. Les sociétés d'auteurs ont un objet civil et des statuts civils mais elles n'en constituent pas moins des partenaires de la vie économique.

La seule assimilation, qui n'a pas fait l'objet d'une approbation de la Cour de Justice, qui est discutée, est celle de l'assimilation de l'artiste-interprète et exécutant et par extension un "auteur seul" à une "entreprise", au sens des dispositions des articles 85 et 86.

Pour ce qui est des autres décisions concernant les sociétés d'auteurs : la Commission et la Cour essaient de trouver un équilibre entre les intérêts en présence.

En ce qui concerne l'application de l'article 85 proprement dit, qui prohibe les ententes qui portent atteinte à la concurrence, la Commission a seulement dénoncé le caractère exclusif des accords de représentation réciproque conclus entre les sociétés d'auteurs des différents Etats membres, mais le principe de l'accord n'a pas été remis en cause. Certes ces accords même non-exclusifs ne bénéficient pas d'une exemption

ni même d'une attestation négative. Ce qui permet de dire que la Commission ne les entoure pas à priori de préjugé favorable. Mais la Commission est consciente de l'utilité de ces contrats de représentation réciproque, elle a surtout voulu sauvegarder la liberté des auteurs pour qu'ils puissent confier directement la gestion de leur droit à certaines sociétés étrangères, de façon à faire jouer la concurrence.

Comme l'a souligné le Tribunal de Grande Instance de Paris, après avoir analysé les limites et les obstacles à l'intervention directe de chaque société dans chaque Etat membre, l'accord de représentation réciproque permet de diminuer les coûts d'exploitation et de faciliter l'accès aux différents répertoires.

L'article 85 s'applique à toute la propriété intellectuelle, mise à part les contrats d'exploitation exclusive des oeuvres cinématographiques, c'est ce qui ressort de l'affaire Coditel(1). Il semble délicat et malaisé de justifier la distinction opérée par la Cour de Justice entre le droit d'auteur en général et le droit cinématographique. Mais pour l'heure il faut admettre cette distinction.

L'application de l'article 86, aux sociétés d'auteurs, a été à l'origine d'une prise de conscience des organismes concernés. La décision Gema a revêtu une importance particulière, brisant l'écran de "la non-applicabilité" des dispositions des articles du Traité de Rome au droit d'auteur. Cette décision a inspiré toute la jurisprudence ultérieure et elle

---

(1) Cf supra l'introduction p. 14.

a clarifié la question. La position dominante des sociétés d'auteurs n'a pas été remise en cause. Et le principe d'une concurrence entre plusieurs sociétés ayant un objet similaire dans un même Etat, n'a jamais été envisagé.

La Commission et la Cour (l'affaire Gema et BRT Sabam) ont préconisé qu'un juste équilibre soit trouvé entre les deux catégories d'intérêts en présence, ceux des adhérents et ceux de la société. Cette préoccupation est particulièrement visible dans la dernière décision de la Commission concernant la modification d'un paragraphe des statuts de la Gema. La Commission énonce, en s'appuyant sur la décision précitée de la Cour de Justice que :

"pour apprécier le caractère inéquitable des statuts d'une société d'exploitation il convient de déterminer, si les statuts prennent suffisamment en considération tous les intérêts en présence pour que soit assuré un bon équilibre entre un maximum de liberté laissée aux auteurs compositeurs et éditeurs pour exploiter leurs oeuvres et une gestion efficace des droits de ces personnes par la société d'exploitation."

La Commission a surtout dénoncé le caractère discriminatoire de certaines dispositions des statuts des sociétés d'auteurs. Mais ce grief n'est pas nouveau et la CISAC avait déjà dénoncé ce caractère discriminatoire lors de ses congrès (1).

La Commission a aussi dénoncé la durée de l'engagement imposé aux auteurs par les sociétés d'exploitation. Mais par

---

(1) Confédération internationale des sociétés d'auteurs,  
Cf Grampone op. cit. RIDA n° 107 1981 p. 23.

ailleurs elle est consciente de l'utilité et de la nécessité de ces mêmes sociétés.(1)

Certains des griefs relevés par la Commission ont été repris devant les juridictions nationales et par la Cour de Justice. On peut citer l'affaire K-Tel contre la Gema.

Il est souvent demandé aux juridictions nationales de saisir la Cour de Justice pour une question d'interprétation. Le Tribunal de Grande Instance de Paris dans l'affaire opposant la société Princesse à la Sacem a refusé de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice, considérant que les dispositions communautaires sont claires.

Vingt cinq ans après l'entrée en vigueur du Traité, les autorités nationales des Etats membres sont assez familiarisées avec ses dispositions, ce qui explique le nombre croissant d'affaires fondées sur les dispositions du droit communautaire.

En l'absence d'une législation spécifique, il est normal de recourir au droit de la concurrence; comme l'explique Mr Dietz dans son rapport : il n'existe une législation nationale contrôlant l'activité des sociétés d'auteurs que dans quelques Etats membres : notamment en Allemagne, aux Pays-Bas et au Danemark. Et dans l'attente d'une législation harmonisée applicable à toutes les sociétés, il faut recourir au droit de la concurrence.

Mais toutes les dispositions de ce droit des ententes ne sont pas adaptées aux sociétés d'auteurs que leur objet et leur organisation rapprochent plus des organisations syndicales.

---

(1) Cf. le 1<sup>e</sup> rapport sur la concurrence p. 75 et s.

La première étape de l'harmonisation proposée par Mr Dietz consiste à mettre en vigueur une législation nationale propre aux sociétés d'auteurs dans tous les pays de la Communauté. Législation qui tout en s'inspirant du droit des ententes tiendrait compte de l'objet spécifique des sociétés d'auteurs, permettant le contrôle de leur création et de leur activité.

La deuxième phase consiste à élaborer une loi modèle, qui s'appliquerait à toute la Communauté et qui permettrait d'harmoniser le statut de toutes les sociétés d'auteurs et de donner la possibilité aux auteurs de faire également valoir leur droit dans tous les pays de la Communauté.

L'étude de Mr Dietz date de 1978 et à ce jour aucune modification n'a encore vu le jour.

C'est encore au droit commun qu'il faut recourir pendant quelques années.

Le principe de la "société d'auteur" malgré les quelques critiques reste un modèle fort "ingénieux". Et les spécialistes qui s'occupent de reprographie cherchent vainement une solution aussi "satisfaisante".

Un nouveau droit semble émerger : le droit du public à un accès aussi large que possible au répertoire d'oeuvres, dans cette perspective l'affiliation des auteurs aux sociétés pourrait être rendue obligatoire, ce qui conférerait une légitimité définitive aux sociétés d'auteurs.

Enfin, le modèle de leur organisation pourrait être étendu aux artistes interprètes exécutants.

## ANNEXES

C C N T R A T \*

---

Entre les soussignés :

- La SACEM, Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de musique, dont le siège est à Paris (9ème), 10, rue Chaptal, représentée par son Directeur Général, M. Jean-Loup TOURNIER,

d'une part,

et

- la GEMA, Gesellschaft Für Musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, dont le siège est à Berlin 30, Bayreuther Str. 37-38, représentée par son Président et Directeur Général, Dr. h.c. Erich SCHULZE,

d'autre part,

il a été convenu et arrêté ce qui suit :

ARTICLE 1

(I) En vertu du présent contrat, la SACEM confie à la GEMA le droit non exclusif d'accorder, dans les territoires précisés et délimités par l'article 6 (I) ci-après, les autorisations exigibles pour toutes les exécutions publiques (telles qu'elles sont définies au paragraphe III du présent article) d'oeuvres musicales, avec ou sans texte, protégées selon les termes des lois nationales, des traités bilatéraux

.../...

\* Publié avec l'aimable autorisation de la SACEM



et des conventions internationales plurilatérales relatifs au droit d'auteur (copyright, propriété intellectuelle, etc. ...) existant actuellement ou qui pourraient intervenir et entrer en vigueur pendant la durée du présent contrat.

Le droit non exclusif dont il est parlé à l'alinéa précédent est confié dans la mesure où le droit d'exécution publique des oeuvres dont il s'agit a été ou sera, pendant la durée du présent contrat, cédé, transféré ou confié de quelque façon, en vue de son administration, à la SACEM par les ayants droit, en conformité de ses Statuts et Règlements ; l'ensemble desdites oeuvres constituant "le répertoire de la SACEM".

(II) Réciproquement, en vertu du présent contrat, la GEWA confie à la SACEM le droit d'accorder, dans les territoires précisés et délimités par l'article 6 (I) ci-après, les autorisations exigibles pour toutes les exécutions publiques (telles qu'elles sont définies au paragraphe III du présent article) d'oeuvre musicales, avec ou sans texte, protégées selon les termes des lois nationales, des traités bilatéraux et des conventions internationales plurilatérales relatifs au droit d'auteur (copyright, propriété intellectuelle, etc...) existant actuellement ou qui pourraient intervenir et entrer en vigueur pendant la durée du présent contrat.

Le droit non exclusif dont il est parlé à l'alinéa précédent est confié dans la mesure où le droit d'exécution publique des oeuvres dont il s'agit a été ou sera, pendant la durée du

.../...

Le présent contrat, cédé, transféré ou confié de quelque façon, en vue de son administration, à la GEMA par les ayants droit, en conformité de ses Statuts et Règlements ; l'ensemble desdites oeuvres constituant "le répertoire de la GEMA".

(III) Aux termes du présent contrat l'expression "exécutions publiques" comprend toutes auditions ou exécutions rendues audibles au public dans un lieu quelconque à l'intérieur des territoires d'exercice de chacune des Sociétés contractantes par quelque moyen et de quelque manière que ce soit, que ledit moyen soit déjà connu et utilisé ou qu'il vienne à être découvert et utilisé pendant la durée des présentes. Sont notamment comprises parmi les "exécutions publiques" celles données par des moyens humains, instrumentaux ou vocaux ; par des moyens mécaniques tels que disques phonographiques, fils, rubans et bandes sonores (magnétiques et autres) ; par les procédés de projection (film sonore), de diffusion et de transmission (tels que radio-émission, télévision, qu'il s'agisse d'émissions directes, de relais, retransmission etc ...) ainsi que par les procédés de la radio-réception (appareils de réception radio-phonique et de télévision, réception téléphonique etc ... dispositifs analogues et moyens similaires etc ...).

L'audition ou l'exécution publique par des moyens mécaniques tels que disques phonographiques, fils, bandes sonores (magnétiques et autres) etc ... ne peuvent être autorisées que si le titulaire du droit mécanique (ou son représentant) a consenti au préalable à la reproduction mécanique du support sonore en question pour les besoins de son exécution publique.

.../...

L'autorisation de la diffusion et de la transmission radiophonique est soumise à la condition que l'organisme de radiodiffusion ait obtenu le consentement du titulaire du droit mécanique (ou de son représentant), d'une part, pour ses propres enregistrements, d'autre part, pour l'usage des supports sonores fabriqués par des tiers.

Les dispositions prévues aux deux alinéas qui précèdent ne sont pas applicables dans les pays où la loi ou la jurisprudence ne reconnaissent pas à l'auteur le droit de contrôler l'usage des enregistrements dont il a autorisé la fabrication.

L'autorisation de l'exécution par des procédés de projection (film sonore) est soumise à la condition que le droit de synchronisation ait été dûment accordé par le titulaire du droit d'auteur (ou par son représentant).

## ARTICLE 2

(I) Le droit non exclusif d'accorder des autorisations d'exécution, comme il est dit à l'article 1, habilite chacune des Sociétés contractantes dans la mesure de ses pouvoirs résultant tant du présent contrat que de ses Statuts et Règlements propres et de la législation nationale de son ou de ses pays d'exercice:

a) à permettre ou interdire, tant en son nom personnel qu'au nom de l'auteur intéressé, les exécutions publiques d'oeuvres du répertoire de l'autre société et à accorder les autorisations nécessaires pour ces exécutions ;

.../...

contractante ne pourra céder ou transférer à un tiers, de quelque façon que ce soit, tout ou partie de l'exercice des prérogatives, facultés et autres qu'elle tient dudit contrat et notamment du présent article 2. Tout transfert fait en méconnaissance de cette clause serait nul et non avenu de plein droit.

ARTICLE 3

(I) En conséquence des pouvoirs donnés aux articles 1er et 2, chacune des parties contractantes s'engage à faire valoir dans ses territoires d'exercice les droits des membres de l'autre partie de la même manière et dans la même mesure qu'elle le fait pour ses propres membres et ce, dans les limites de la protection légale accordée à l'oeuvre étrangère dans le pays où la protection est demandée, à moins que, en vertu du présent contrat, il soit possible d'assurer une protection équivalente à défaut de protection résultant de plein droit de la loi. Au surplus, les Sociétés contractantes s'engagent dans toute la mesure du possible à maintenir par des dispositions réglementaires opportunes, appliquées en matière de répartition des droits, le principe de la solidarité entre les membres de l'une et de l'autre Société, même là où par le jeu de la loi locale les oeuvres étrangères font l'objet d'une discrimination.

En particulier, chaque Société appliquera, en ce qui concerne les oeuvres du répertoire de l'autre Société, les mêmes tarifs, méthodes et moyens de perception et de répartition des droits (sous réserve de ce qui est convenu ci-après à

.../...

l'article 7) que ceux qu'elle applique aux oeuvres de son propre répertoire.

(II) Chacune des Sociétés contractantes s'oblige à remettre à l'autre Société toutes informations qui lui seraient demandées relatives aux tarifs qu'elle applique aux divers cas d'exécution publique dans ses propres territoires.

(III) Chacune des Sociétés, afin d'atteindre une solidarité plus agissante en vue du relèvement du niveau des conventions concernant les droits d'auteur dans les pays respectifs et un équilibre en ce qui concerne le contenu économique du présent contrat, s'engage, sur demande de l'autre Société, à prendre les contacts nécessaires avec elle pour rechercher en commun les mesures les plus efficaces à cet effet.

#### ARTICLE 4

Chacune des parties contractantes mettra à la disposition de l'autre tous documents utiles pour lui permettre de justifier les perceptions qu'elle est appelée à faire en vertu du présent contrat et d'exercer tous recours judiciaires et autres, comme il est dit à l'article 2 (I) ci-dessus.

#### ARTICLE 5

(I) Chacune des parties contractantes mettra à la disposition de l'autre tous documents, pièces et renseignements utiles de nature à lui permettre un contrôle sérieux et efficace de ses intérêts, notamment en ce qui concerne la

.../...

déclaration des oeuvres, la perception et la répartition des droits, la collecte et la vérification des programmes d'exécution.

En particulier, chacune des parties contractantes avisera l'autre de toute divergence qu'elle constaterait entre la documentation reçue de celle-ci et sa propre documentation ou celle fournie par une autre société.

(II) En outre, chacune des Sociétés aura le droit de consulter toute la documentation de l'autre et d'obtenir de celle-ci tous renseignements relatifs à la perception et à la répartition des droits de manière à pouvoir contrôler l'administration de son répertoire par l'autre Société.

(III) Chacune des Sociétés contractantes pourra nommer un représentant auprès de l'autre pour exercer en son nom le contrôle prévu aux alinéas (I) et (II) ci-dessus. Le choix de ce représentant devra être soumis à l'approbation de la Société auprès de laquelle il sera accrédité ; en cas de refus, celui-ci devra être motivé.

#### TERRITOIRE

#### ARTICLE 6

(I) Pour l'application du présent contrat, les territoires d'exercice de la SACEM sont les suivants :

La République Française (France, Martinique, Guadeloupe, Guyane, Réunion, Comores, Côte des Somalis, Polynésie, Nouvelle

.../...

Calédonie, Saint-Pierre et Miquelon), la République Algérienne et le Sahara, la République Islamique de Mauritanie, la République du Niger, la République de Côte d'Ivoire, la République Voltaïque, la République du Dahomey, l'Etat du Sénégal, la République du Soudan, la République du Tchad, la République Centre-Africaine, la République du Congo, la République du Gabon, le Togo, le Cameroun, la République Guinéenne, la Tunisie, le Maroc, le Liban, l'Egypte, la Principauté de Monaco, Tanger, la République d'Andorre, la Syrie, le Grand Duché de Luxembourg.

Pour l'application du présent contrat, les territoires d'exercice de la GEMA sont les suivants :

République Fédérale d'Allemagne et Berlin-Ouest.

(II) Pendant la durée du présent contrat, chacune des Sociétés contractantes s'abstiendra dans les territoires de l'autre de toute ingérence dans l'exercice par cette dernière du mandat conféré par le présent contrat.

#### REPARTITION DES DROITS

#### ARTICLE 7

(I) Chacune des Sociétés s'engage à faire tout son possible pour recueillir les programmes de toutes les exécutions publiques données dans ses territoires et à utiliser ces programmes comme base fondamentale de la répartition du montant total net des droits perçus pour ces exécutions.

.../...

(II) L'affectation des sommes revenant aux oeuvres exécutées dans les territoires de chaque Société sera faite conformément à l'Article 3 et aux règles de répartition de la Société répartissante, en tenant compte toutefois des alinéas suivants :

a) Lorsque tous les ayants droit d'une oeuvre sont membres d'une seule Société autre que la Société répartissante, l'ensemble (100 %) des droits afférents à cette oeuvre sera réparti à la Société dont sont membres lesdits ayants droit.

b) Pour une oeuvre dont les ayants droit ne sont pas tous membres de la même société mais dont aucun n'est membre de la Société répartissante, les droits seront répartis conformément aux fiches internationales (c'est-à-dire aux fiches ou déclarations équivalentes envoyées et acceptées par les Sociétés dont les ayants droit sont membres) ; mais en l'absence de telles fiches ou déclarations, la Société répartissante répartira les droits conformément à ses règles, en attribuant la (ou les) quote-part au membre (ou aux membres) de chacune des autres Sociétés intéressées.

c) Pour une oeuvre dont l'un des ayants droit est membre de la Société répartissante, cette dernière Société pourra répartir l'oeuvre suivant ses propres règles.

d) La part des droits de l'éditeur d'une oeuvre, ou l'ensemble des parts de n'importe quel nombre d'éditeurs

.../...



ou sous-éditeurs d'une oeuvre, ne dépassera en aucun cas la moitié (50 %) du total des droits revenant à l'oeuvre.

e) Lorsque l'oeuvre, en l'absence d'une fiche internationale ou d'une documentation équivalente, n'est identifiée que par le nom du compositeur, membre d'une Société, la totalité des droits revenant à cette oeuvre doit être adressée à la Société du compositeur; s'il s'agit d'un arrangement d'une oeuvre non protégée, les droits doivent être versés à la Société de l'arrangeur pour autant que celui-ci est connu; s'il s'agit d'un texte adapté à une oeuvre non protégée, les droits doivent être versés à la Société du parolier.

La Société qui reçoit les droits répartis d'après les règles susmentionnées est chargée, pour les oeuvres mixtes, de faire les virements éventuels aux autres Sociétés intéressées à l'oeuvre et d'informer la Société répartissante à l'aide de fiches internationales ou d'une documentation équivalente.

f) Dans le cas où un membre de l'une des sociétés aura acquis les droits d'adapter, arranger, publier à nouveau ou exploiter une oeuvre du répertoire de l'autre Société, la répartition des droits devra être faite en tenant compte des dispositions du présent article.

#### ARTICLE 6

(I) Chaque Société aura la faculté de déduire des sommes perçues par elle pour le compte de l'autre Société le pourcen-

tage nécessaire à couvrir ses frais de service effectifs. Ce pourcentage nécessaire ne pourra être supérieur à celui retenu de ce chef aux membres de la Société répartissante et cette dernière devra toujours s'efforcer, en cette matière, de se maintenir dans des limites raisonnables eu égard aux conditions locales des territoires où elle exerce son activité.

(II) Au titre de ses oeuvres de pensions, de secours ou d'assistance à ses membres ou pour l'encouragement des arts nationaux ou à titre de fonds réservés de façon quelconque aux buts ci-dessus, la SACEM est autorisée à déduire 9 % du montant net des sommes réparties par elle et revenant à la GEMA. Au titre de ces mêmes buts, la GEMA est autorisée à déduire 10 % du montant net des sommes réparties par elle et revenant à la SACEM.

(III) Chaque Société adressera à l'autre aux époques prévues à l'article 9 (I) une quote-part des redevances perçues par elle et qui seront révélées irrépartissables (Ausfall). Cette quote-part ne supportera aucune déduction et sera proportionnelle aux intérêts de l'autre Société dans les répartitions opérées par la première.

(IV) Toutes autres retenues que l'une des Sociétés contractantes pourrait faire ou être obligée de faire, en dehors des impôts, sur les droits nets revenant à l'autre Société donneraient lieu à des arrangements spéciaux entre les parties contractantes de manière à permettre à la Société qui ne ferait pas de telles retenues de s'indemniser, dans la mesure du

.../...

possible, sur le montant des droits perçus par elle pour le compte de l'autre Société.

(V) Chaque Société emploiera à sa propre convenance les recettes suivantes : dons, libéralités, cotisations des membres, indemnités, amendes conventionnelles.

(VI) Chaque Société adressera à l'autre au cours du mois de janvier de chaque année comme acompte sur le versement dû conformément à l'article 9 (I) un montant équivalent à celui de la répartition précédente. La balance des comptes réciproques sera effectuée aux époques prévues à l'article 9 (I).

#### ARTICLE 9

(I) Sous réserve des dispositions prévues au paragraphe VI de l'article 9 ci-dessus, chacune des Sociétés contractantes effectuera le versement à l'autre des sommes dues en vertu du jeu du présent contrat au moins une fois par an.

(II) Chaque versement sera accompagné d'un état de répartition établi de façon à permettre à l'autre Société d'attribuer à chaque ayant droit intéressé, quelles que soient son appartenance et sa catégorie, les droits lui revenant. Ces états seront, en principe, au nombre de trois.

- un pour les droits généraux
- un pour la radio-télévision
- un pour les films sonores.

.../...

Ils devront être uniformes tant matériellement que quant à leur présentation.

Les états des droits généraux et ceux de la radio-télévision seront établis sur six colonnes dont la dernière laissée en blanc à la disposition de la Société destinataire (si possible) ; les cinq autres colonnes contiendront :

- 1) les noms des compositeurs (par ordre alphabétique) ;
- 2) pour chaque compositeur, les titres des oeuvres (par ordre alphabétique) ;
- 3) les ayants droit ;
- 4) la quote-part revenant à la Société destinataire ; et
- 5) les montants des droits indiqués de préférence en devises du pays de l'organisme transmetteur ou, à défaut, en points.

L'état concernant les films sonores aura également six colonnes, comme les états précédents, mais les deux premières colonnes, au lieu d'indiquer les noms des compositeurs et des oeuvres, indiqueront respectivement :

- 1) Le titre du film, dans la langue du pays d'exploitation ;
- 2) Le titre original dudit film.

(III) Les règlements seront faits par chaque Société en monnaie de son pays.

.../...

(IV) Chaque Société demeure responsable vis-à-vis de l'autre de toute erreur ou omission qu'elle pourrait commettre dans la répartition des droits afférant aux oeuvres appartenant au répertoire de l'autre Société.

(V) Le seul fait de l'échéance de la date conventionnelle d'un règlement devant intervenir entre les Sociétés contractantes constitue de plein droit et sans qu'aucune formalité soit nécessaire à cet effet mise en demeure de la Société qui n'aurait pas effectué à ladite date le paiement qu'elle est tenue de faire à l'autre Société. Il va de soi que sont réservés les cas de force majeure.

(VI) Tant que des mesures législatives ou réglementaires apporteront des entraves à la liberté des paiements internationaux ou que des accords de paiement dans les rapports entre les pays des deux sociétés contractantes auront été ou seront conclus, chacune des deux sociétés devra :

a) accomplir sans retard, aussitôt après l'arrêté du compte de répartition concernant l'autre Société, toutes démarches et formalités utiles ou nécessaires auprès de son administration nationale de manière que lesdits paiements puissent intervenir le plus tôt possible ;

b) aviser l'autre Société de l'accomplissement desdites démarches et formalités en lui transmettant les bordereaux mentionnés à l'alinéa (II) du présent article.

.../...

ARTICLE 10

(I) Chaque Société remettra à l'autre une liste complète et détaillée des noms réels et des pseudonymes de ses membres comportant la date de décès de ceux desdits membres, auteurs et compositeurs, morts au moment de la conclusion du présent contrat dont elle continue à représenter les droits. De temps en temps, elle enverra à l'autre Société, sous la même forme, des listes supplémentaires indiquant les additions, suppressions ou changements survenus dans la liste principale et, au moins une fois par an, une liste de ses membres, auteurs et compositeurs, décédés en cours d'année.

(II) Chaque Société remettra également à l'autre un exemplaire à jour de ses Statuts, Règlements et règles concernant la répartition des droits et l'informerá de toutes modifications qui pourraient y être apportées par la suite pendant la durée du présent contrat.

ARTICLE 11

(I) Les membres de chacune des Sociétés contractantes seront protégés et représentés par l'autre Société en vertu du présent contrat sans qu'il soit demandé auxdits membres d'accomplir de formalités auprès de la Société représentante et sans qu'il leur soit demandé d'adhérer à l'autre Société

(II) Tous incidents ou difficultés qui pourraient naître entre les deux Sociétés contractantes relativement à l'appartenance d'un ayant droit ou ayant cause seront réglés à l'amiable entre elles dans le plus large esprit de conciliation.

.../...

D U R E E

ARTICLE 12

Le présent contrat entrera en vigueur pour une période de six ans à partir du 1er janvier 1971 et, sous réserve du jeu de l'article 13, se continuera par périodes de six ans, par tacite reconduction, s'il n'a pas été dénoncé par lettre recommandée avec accusé de réception au moins six mois avant l'expiration de chaque période.

ARTICLE 13

Nonobstant les dispositions de l'article 12, le présent contrat pourra être immédiatement dénoncé par l'une des Sociétés contractantes :

a) si un changement est apporté aux statuts, aux règlements ou aux règles concernant la répartition des droits de l'autre société, tel qu'il puisse modifier d'une manière substantiellement défavorable la jouissance ou l'exercice des droits patrimoniaux des titulaires actuels des droits d'auteur de la Société représentée ;

b) s'il surgissait dans le pays de l'une des Sociétés contractantes une situation de droit ou de fait telle que les membres de l'autre Société fussent placés dans une situation moins favorable que les membres de la Société dudit pays ; ou si l'une des Sociétés contractantes venait à mettre en pratique des mesures qui se traduiraient par un boycottage des oeuvres du répertoire de l'autre Société contractante.

.../...

CONTENTIEUX - JURIDICTION

ARTICLE 14

Si les deux Sociétés contractantes ne croient pas devoir faire procéder à un arbitrage entre elles, pour régler un différend, le Tribunal compétent pour les départager sera celui du domicile de la Société défenderesse.

Fait de bonne foi, en deux exemplaires,

à Paris, le 14 Mai 1971

Pour la SACEM:

pour la GEMA:

signé

signé

Jean-Loup Tournier  
Directeur Général.

Dr. Elich Schulze  
Président et Directeur Général



CHAPTER IV

# The Application of the Rules governing Competition to Performance Rights Organizations

## I. THE APPLICATION OF THE PROHIBITION AGAINST RESTRICTIVE AGREEMENTS

The EEC Commission based the *GEMA* decision on Article 86. However, in the statement of objections of 5 June 1970<sup>1</sup> it says that there were reasons for assuming that the statutes of *GEMA* itself constituted an agreement between undertakings which was calculated to affect trade between member States and had the object and effect of preventing, restricting or distorting competition within the Common Market. The Commission expressly reserved the right to pass judgment on the statutes under Article 85 (1) at a later time. This leaves in abeyance a question which has also been disputed in American and German law on restrictions of competition.

### 1. *United States law*

In the United States, first of all, the establishment of performance rights organizations as such was declared illegal on the basis of the anti-trust provisions in Sections 4 of the Sherman Act and on the basis of the prohibition in respect of agreements in restraint of trade in Section 1 of the Sherman Act.<sup>2</sup> The application of the anti-trust provisions is based on the "market structure test" as it was developed in *U.S. v. Aluminum Company of America*,<sup>3</sup> as well as on the prohibition on any inadmissible extension of a monopoly which is lawful in itself to copyrights: "The Act would only not be violated if ASCAP, as an assignee, had received an individual licence fee for each member for the performance rights, and therefore, in the last analysis, had acted only as a collecting agency." However, the Court found that ASCAP, like every performance rights organization, issued blanket licences and charged a global fee for the whole repertoire. Through this combination of copyrights and the licence fees obtained from them, every member has a certain share in the copy-right-protected work of the others. The same defects can be found here as

<sup>1</sup> IV/26.760 "GEMA".

<sup>2</sup> *Alden Rochelle Inc. v. ASCAP* 80 F. Supp. 900 (1948); and *Wintmark & Sons v. Jansen* 80 F. Supp. 843 (1948).

<sup>3</sup> 148 F. 2d 416, 424 (1945).

in block-booking. Another illegal extension of copyright law is the practice of tying the rights of music composers to the copyrights in films and cinema performances.<sup>4</sup> The Court considered that Section 1 of the Sherman Act had been violated by the transfer of all copyrights by the members to the performance rights organization. It gave reasons in the judgment as follows: "Almost every part of the ASCAP structure, almost all of ASCAP's activities in licensing motion picture theatres involve a violation of the Antitrust Laws. Although each member of ASCAP is granted by the copyright law a monopoly, it is unlawful for the owners of a number of copyrights to combine their copyrights by any agreement or arrangement even if it is for the purpose of thereby better preserving their property rights." This legal decision leads one to think that under American law the combination of composers in performance rights organizations is in itself illegal. Nevertheless, the performance rights organizations have not been abolished. On the contrary, in 1951 the anti-trust authorities supplemented and revised consent decrees dating back to 1941 on the strength of the aforementioned judgments.<sup>5</sup> The version now in force goes back to an amendment in the year 1960.<sup>6</sup> A consent decree was finally issued against Broadcast Music Inc., a performance rights organization which had been founded by the radio stations.<sup>7</sup>

Performance rights organizations are obliged, *vis-à-vis music users*, to issue non-exclusive licences on non-discriminatory terms. The licence must be a blanket licence, unless the music buyer himself has applied for a *per piece* licence. Radio and television stations must have a choice between a licence for specified programmes or for specific programme periods. The licence fees must be calculated in a specific sum of money, a percentage of the programme receipts in the case of programme licences or a percentage of the cost of the broadcasting time in the case of licences for programme periods. If no agreement is reached about licence fees, any party can petition the court to fix suitable fees.<sup>8</sup>

The companies are not allowed to have other than non-exclusive licences transferred to them by *composers and publishers*. Moreover, their relationship to their members is covered by a comprehensive regulation of their internal affairs, concerning, in particular, elections to their various organs, the procurement of information for estimate purposes about performances which can be charged for, the rules governing the estimating and distributing procedure and the ways and means of giving notice. The consent decrees provide the basis for official and judicial

<sup>4</sup> *Alden Rochelle v. ASCAP supra*.

<sup>5</sup> *U.S. v. ASCAP*, CCH Trade Cases 67/595. (1951); see also the consent decree concerning contractual relations with foreign performance rights organizations which has already been mentioned above.

<sup>6</sup> CCH Trade Cases 69/612. (1960).

<sup>7</sup> *U.S. v. Broadcast Music Inc. and R.T.O. General Inc.*, CCH Trade Cases 71/1941. (1966).

<sup>8</sup> ASCAP consent decrees 1951, IX.

supervision of the performance rights organizations, applicable to each case. There is no identifiable connection between the antitrust judgment just described and the vast number of individual rulings. The reasons which have led to the *de facto* recognition of the structure of these organizations have been summed up as follows by Sigmund Timberg, the then responsible official in the Antitrust Division: "The 'administrative convenience' for music users who would be unable, without a total repertoire, to conclude licence agreements in keeping with their needs for the production and reproduction of music; the prevention of copyright violations; and finally the helplessness of individual composers when it comes to protecting and enforcing their rights."<sup>9</sup>

The interpretation and application of the consent decrees have clarified the difficult and largely undefined relationship between the situation under substantive law and the obligations imposed by a consent decree. The point of departure is the principle in procedural law that a judicial decree (including a consent decree) which has been issued at the instigation of the government does not prevent third parties from invoking rights against the same defendants based on the same situation. That was the decision of the Supreme Court with regard to the ASCAP consent decree, namely, that members of ASCAP are not prevented from pleading antitrust violations in a civil action.<sup>10</sup> This involved a conflict between the member publishers of ASCAP, whose bigger firms apparently dominated the organization as such. The same applies to music users even if they have taken out licences on the basis of a consent decree.<sup>11</sup> For these reasons, the Court rejected the claim of the television stations that ASCAP should grant them a licence on the basis of the consent decree, although the latter contained no provision therefor.

What was not clarified by the principles of procedural law referred to above was "a very perplexing problem long existing in Federal Antitrust Law": namely, the extent to which the antitrust laws can still be applicable to types of behaviour which are in conformity with the provisions of a consent decree. Radio stations in the state of Washington were using ASCAP music without a licence and answered claims for damages by saying that the acknowledgement of such claims would violate the antitrust laws of the individual states as well as the Federal prohibition against price-fixing itself. The law in question of the state of Washington prohibits any combination of authors which fixes prices for the right to exploit copyrights or which issues blanket licences. The court denied that there was any infringement of this provision on the grounds

that the radio stations were not obliged to obtain blanket licences, since they could also have availed themselves of the possibility of using a programme licence. The court rejected the charge of violating the price-fixing prohibition on the grounds that ASCAP was not an illegal combination because each party to the agreement had the right, on the basis of the consent decree, to call upon the competent court to set suitable prices: "So long as ASCAP complies with the decree it is not the price-fixing authority . . . in short we think that as a potential combination in restraint of trade ASCAP has been 'disinfected' by the decree." Although the Court declared that it was not obliged to give an opinion on the relationship between the decree and antitrust violations, the judgment in effect acknowledges that there is an exception to the antitrust laws within the purview of the consent decree. The Supreme Court refused to review the judgment after hearing the opinion of the Solicitor General as representative of the antitrust authorities.<sup>13</sup> The district court competent for applying the consent decree followed the legal principles set forth therein with some reservations.<sup>14</sup> Columbia Broadcasting, one of the three big television networks, brought an action against ASCAP for illegally extending its copyright monopoly by means of blanket or programme licences. The Court decided that the legality of ASCAP's licensing practice was based on the rule of reason: "Finding that some form of central licensing system was necessary in the music publishing field, the Ninth Circuit applied a rule of reason test to ASCAP's activities. . . ." In addition, the Court based this assumption on the statements made by the Solicitor General before the Supreme Court to the effect that it is necessary, for technical reasons, for music users and composers to employ some central licensing system. The Court compares the consent decree with the exception which is made in favour of the organization of stock exchanges under the Securities Exchange Act. In the opinion of the Supreme Court, this exception must be limited to the minimum extent necessary in the light of the ability of the stock exchange to function. The exception allowed by the consent decree should be limited in the same way. It extends only so far as is absolutely necessary in order to ensure that the music market can function. The suit brought by CBS could not be rejected as "obviously unfounded" because the plaintiff had proposed an alternative to the licensing practice provided for in the consent decree which might possibly restrict competition somewhat less, namely, compensation on the basis of the works actually broadcast in the programme instead of a lump sum.

The trend in American law shows that the need for the central and joint protection of copyrights has prevailed even against the *per se* prohibitions of the Sherman Act. The decisive factors are the special needs of the music market, which are recognized by the authorities, courts, music

<sup>13</sup> Certiorari denied, 389 U.S. 1045 (1968).

<sup>14</sup> *CBS v. ASCAP* (D.C. Southern District of New York) CCH Trade Cases 73/997 (1972).

<sup>9</sup> "The Antitrust aspects of merchandising modern music: The ASCAP consent judgment of 1950", 19 *Law and Contemporary Problems* 294 (1954).

<sup>10</sup> *Saw Froggs Publishing Co. v. U.S.*, CCH Trade Cases 70, 029 (1961); 366 U.S. 683, 689 (1961).

<sup>11</sup> *U.S. v. ASCAP* (C.A. 2nd), CCH Trade Cases 71, 102 (1964).

<sup>12</sup> *K 91 Inc. v. Gerstman Publishing Corporation* (C.A. 9th), CCH Trade Cases 71, 979 (1967).

users and composers: it is simply impossible to protect and make use of copyrights for works of music without a performance rights organization. With the help of the consent decree, a practical exception from the scope of the prohibition against restrictive practices and monopolies has been created for the benefit of composers and publishers. A similar legal problem to that which was decided in the *K. 91* case by the Court of Appeals arises in connection with the application of Article 22 of the Act relating to Competition to rates which are also subject to the arbitration procedure provided for in Article 14 of the Copyright Administration Act. Because of the competence of the court to set prices in the event of a dispute, the American court decided that the performance rights organization was no longer the "price-fixing authority". If this thinking is applied to Article 14 of the Copyright Administration Act the possibility of arbitration proceedings would remove the establishment of rates from the separate supervision of abuses provided for in Article 22 of the Act relating to Competition.

## 2. German law

Since the enactment of the Act relating to Competition, it had been a matter of dispute in German law whether performance rights organizations which dealt with copyrights were restrictive agreements or monopolistic enterprises. In the official reasons given for the Government draft of a Bill relating to Competition, GEMA was described as a monopolistic enterprise.<sup>15</sup> According to another opinion, which had already been advanced in connection with the Cartel Order of 1923, performance rights organizations were considered to be restrictive agreements having the form of a syndicate.<sup>16</sup> The Federal Cartel Office refused to apply Article 1 of the Act relating to Competition to the establishment of performance rights organizations because the influence over the market which is created by the combination is not based on a restriction of competition: "In view of the multiplicity of concert producers and the wide distribution of public musical offerings through recordings and broadcasting stations, it is impossible for there to be any individual protection and licensing of such rights. In circumstances referred to above, the performance rights and the rights of mechanical reproduction must first be transferred to copy-right companies before these rights can be exploited. However, if, as a practical matter, competition, or at least perceptible competition, with regard to the performance rights and rights of mechanical duplication is impossible for composers and performers, any combination of these persons does not restrict competition."<sup>17</sup> The exception which is created

<sup>15</sup> Official reasons for Art. 17 of the Government draft of a Bill relating to Competition.  
<sup>16</sup> See the review of the point in dispute in Mestmäcker: *Sind unternehmerische Verwertungs-gesellschaften Kartelle?* (Are Performance Rights Organizations Cartels?), 1960, 10 *et seq.*  
<sup>17</sup> WUW/E BKartA 709.

by the Copyright Administration Act in Article 102a of the Act relating to Competition has removed performance rights organizations from the purview of Articles 1 and 15. These provisions are not applicable, first to those agreements by which performance rights organizations are constituted; secondly, agreements or decisions of these organizations which are in restraint of trade, if and insofar as the agreements or decisions concern activities for which permission is required under Article 1 of the Copyright Administration Act and have been reported to the supervisory authorities. The activity for which permission is required under Article 1 concerns the protection of rights of use, rights to require consent or claims for compensation arising from the copyright for the account of several composers or owners of related protective rights for their joint exploitation.

In the result both American and German law confirm the fact that it is impossible to make any correct evaluation of a combination of composers and publishers for the purpose of the joint protection of copyrights by means of a prohibition against restrictive agreements or trusts. This is true regardless of whether the individual composers are not considered enterprises because it is economically impossible for them to exercise their rights individually, or whether the decisive point is held to be the fact that the protection of their rights is only made possible by the combination, so that the agreements concluded for this purpose contain no perceptible restriction of competition.

## 3. Community law

We have to consider in connection with Article 85 whether the establishment of copyright organizations, with the transfer of copyrights to performance rights organizations which this involves, perceptibly restricts competition, either by reason of its object or its effect. According to a ruling of the European Court, the object of an agreement must be judged on the basis of its over-all economic and legal context.<sup>18</sup> The legal and economic object of copyright organizations is to enable composers to create, thanks to such combinations, an economically marketable repertoire. Therefore, there is no deliberate restriction of competition. Whether an agreement can bring about a restriction of competition within the meaning of Article 85 (1) can only be determined, according to the decision of the Court, by considering whether it appears from all the existing conditions that competition has actually and perceptibly been prevented, restricted or distorted. Here it is necessary to consider what the conditions of competition would be if the controversial agreement did not exist.<sup>19</sup> The decisive question, therefore, is what would be the conditions of competition on the market if there were no performance rights organiza-

<sup>18</sup> For details, see Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, pp. 224 *et seq.*  
<sup>19</sup> Case 50/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] E.C.R. 235; since then the prevailing decision.

tions. The Commission's view that the organization of copyright companies can come under Article 85 is based on the possibility, which it has repeatedly asserted to exist, that composers are not always and without exception forced to make use of a performance rights organization; on the contrary, it is sufficient for a composer to be able to avail himself of the services of a performance rights organization where he finds himself subjected to excessive economic pressure by the music users.<sup>10</sup> Advocate-General Mayras did not adopt the view of the Commission. His reasoning shows that performance rights organizations are more likely to open up rather than close off access to the market for composers, and that accordingly they encourage competition rather than restrict it: "First of all, one may ask oneself whether this view (of the Commission) is not contrary to the nature of the business and the existing economic circumstances. For a librettist or composer, or even a music publisher, unless it is a very powerful company, is for all practical purposes unable to exercise his rights himself. He does not possess the means to control the various uses which may possibly be made of his work. But what counts even more heavily is the fact that certain music users, such as record manufacturers and public and private radio and television stations, have such a strong position in the market that they could force the librettists and composers into a position of dependency by requiring them to surrender certain works, especially the most successful ones, the exploitation of which is particularly profitable."<sup>11</sup>

There is the additional consideration that no music user is able to acquire the rights from individual composers which he generally needs for the reproduction of a musical piece, even if he merely wants to acquire the rights to a single work. It is the "administrative convenience" of the music users which makes it necessary for the performance rights organizations to supply a marketable general repertoire. As a matter of fact, the buyers' possibilities of choice are not limited by the establishment of performance rights organizations, but are made available for the first time in practical form for the purposes of music production. Accordingly, due to the lack of any perceptible restriction of competition, Article 85 (1) is not applicable to the establishment of performance rights organizations dealing with copyrights.

## II. THE APPLICATION OF ARTICLE 86 TO PERFORMANCE RIGHTS ORGANIZATIONS

Article 86 applies when an undertaking is occupying a dominant position within the Common Market or in a substantial part of it. The structure of performance rights organizations within the Common Mar-

ket, as described above, leads to the result that each of these organizations controls the general repertoire of copyrights in the territory of the member State in which it operates. For this reason, every composer is generally forced to avail himself of the services of the national performance rights organization and every music user is forced to acquire such copyrights as he needs from the performance rights organization. Advocate-General Mayras and the European Court agreed that SABAM, as performance rights organization for Belgium, has a dominant position within a substantial part of the Common Market. On this basis we can make the generalization that all performance rights organizations operating within the Common Market have a dominant position within a substantial part of the Common Market.

It remains to consider in what conditions the behaviour of performance rights organizations can constitute an improper practice. In this connection, the Court summed up the relevant criteria in its judgment in the *SABAM* case. It starts by assessing the interests of all the parties concerned. These have to be taken into account so that there will be a carefully balanced relationship between the maximum degree of freedom for librettists, composers and publishers to control their works and an effective administration of these persons' rights by an undertaking which for all practical purposes they cannot avoid joining as members. The Court was asked by the Belgian court whether the total surrender of all copyrights, without distinction between specific categories of rights, constitutes an improper practice, and whether this is true if a performance rights organization causes the composer to surrender the present and future rights to it, and in particular causes the right to be assigned to it to exercise the surrendered rights for five business years after the resignation of the member, without giving any reasons therefor. The Court did not give any general answer to this question but rather emphasized the following points in its judgment: "that the undertaking in question is an association for the purpose of protecting the rights and interests of its members, especially against major music users and distributors such as radio stations and record manufacturers. In order to protect these rights and interests effectively, the association must occupy a position which presupposes that the composers belonging to the association shall surrender their rights to it, insofar as this is necessary in order to give its activities the necessary weight and volume. Accordingly it is necessary to consider whether the disputed practices exceed the limits of what is absolutely necessary for this purpose, in which connection account must also be taken of the interest which the individual composer may have in not having his freedom to control his work restricted any more than necessary."<sup>12</sup> The Court then emphasized that in determining whether such agreements exceed the permissible limits, it is necessary to examine what their effects

<sup>11</sup> At pp. 316, 317.

<sup>10</sup> This legal submission of the Commission is referred to by Advocate-General Mayras in his conclusions of 12 February 1974, in the *SABAM* case at p. 324.

<sup>11</sup> At p. 324.

VU : le président du jury  
M.

VU : les suffragants  
MM.

VU et permis d'imprimer : le Président de L'Université de Droit  
d'Economie et de Sciences sociales de  
PARIS

	Pages
II - La condition d'atteinte à la concurrence .....	197
SECTION II - Le rôle des juridictions nationa- les .....	199
SECTION III- La mise en oeuvre par les organes communautaires .....	200
I - Le rôle de la Commission .....	201
II- Le rôle de la Cour .....	202
CONCLUSION .....	204
 ANNEXES	
 BIBLIOGRAPHIE	

	Pages
SECTION I - Cas d'abus cités par l'article 86	166
I - Le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction inéquitable	167
A - Les prix d'achat et de vente imposés	167
B - Les autres conditions de transaction inéquitable	170
II - Le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs	175
III - Appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence	180
IV - Les contrats liés	188
SECTION II - Cas d'abus non cités par le texte de l'article 86, 2	189
I - Changement de la structure du marché	
II - Le préjudice causé par l'abus	192
III - Le problème des concentrations	192
CHAPITRE III - LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 86	194
SECTION I - Les conditions d'application de l'article 86	195
I - Les conditions d'affectations du commerce	195

	Pages
<u>DEUXIEME PARTIE</u> : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 86 DU TRAITE DE ROME AUX SOCIETES D'AUTEURS .....	146
CHAPITRE I - L'ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE .....	148
SECTION I - La notion de position dominante ..	150
I - Recherche d'une définition .....	151
A - L'originalité du Traité de Rome	151
B - Un essai de définition .....	152
II - Les critères de la position domi- nante .....	153
A - Le pouvoir dont dispose l'entre- prise en position dominante ....	154
B - La puissance de l'entreprise en position dominante : la part du marché détenue par l'entreprise	156
SECTION II - L'exercice de la position dominante	158
I - Les caractéristiques du marché en cause .....	158
A - Les produits et les services ...	158
B - Les marchés en cause .....	159
II - Le critère géographique .....	160
A - Le Marché Commun .....	160
B - Une partie substantielle du Marché Commun .....	161
CHAPITRE II - L'EXPLOITATION ABUSIVE DE LA POSITION DOMINANTE .....	163



	Pages
B - Les situations où la question pré-judicielle est obligatoire .....	124
CHAPITRE VI - LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 85 PAR LES AUTORITES COMMUNAUTAIRES .....	126
SECTION I - L'instruction auprès de la Commission	127
I - L'instruction préparatoire .....	128
A - La demande de renseignements .....	128
B - L'enquête par secteur .....	130
C - La vérification .....	131
II - La phase définitive de l'instruction	132
SECTION II- La décision .....	132
I - Les décisions favorables aux entreprises .....	133
II - Les décisions défavorables aux entreprises .....	134
SECTION III- Le pouvoir d'interprétation de la Cour de Justice .....	136
I - L'étendue du pouvoir d'interprétation de la Cour.....	136
II - La portée de l'interprétation .....	139
SECTION IV- Les pouvoirs de contrôle de la Cour de Justice .....	140
I - Les recours en annulation .....	140
A - Règlements et directives .....	141
B - Les décisions de la Commission ...	141
II - Les recours en pleine juridiction ..	142
III - Les recours en carence .....	143

	Pages
SECTION II- Les conditions négatives .....	98
I - Le caractère indispensable des restrictions imposées à la concurrence .....	98
II - L'absence d'élimination de la concurrence .....	101
SECTION III-La procédure d'obtention de l'exemption .....	101
I - La procédure proprement dite .....	102
II - La demande de dérogation.....	103
CHAPITRE V - LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 85 PAR LES JURIDICTIONS DES ETATS MEMBRES .....	106
SECTION I - La compétence des juridictions des Etats membres .....	109
I - La notion "d'autorité compétente" des Etats membres .....	109
II - L'étendue de la compétence de la juridiction saisie .....	111
SECTION II- Les concours de compétence .....	114
I - Les concours de compétence entre les juridictions nationales et la Commission .....	114
A - Le paragraphe 3 de l'article 9, du Règlement 17 .....	115
B - L'article 5 du Règlement 17 .....	119
II - L'absence de concours entre les juridictions nationales et la Cour de Justice .....	121
A - Toutes les juridictions peuvent-elles poser une question préjudicielle .....	122

	Pages
I - La controverse sur le terme "affecter" .....	73
III - L'application géographique du critère d'affectation du commerce entre entre Etats membres .....	74
A - Le commerce d'un seul Etat membre	74
B - Deux entreprises d'un même Etat membre exerçant leur activité hors de celui-ci .....	75
C - Des entreprises ressortissantes d'Etats membres différents .....	75
D - Une entreprise étrangère à la Com- munauté et une entreprise d'un Etat membre .....	75
E - Deux entreprises appartenant au Marché Commun, mais dont les acti- vités s'exercent en dehors de celui-ci .....	82
SECTION II- Le caractère anticoncurrentiel de l'entente .....	85
I - L'objet ou l'effet de l'accord ....	86
II - L'atteinte proprement dite .....	87
CHAPITRE IV - LES DEROGATIONS AUX ENTENTES INTERDITES	90
SECTION I - Les conditions positives .....	93
I - L'amélioration de la production, de la distribution ou la promotion technique ou économique .....	93
II - Une part équitable du profit doit être réservé aux utilisateurs ....	97

	Pages
CHAPITRE II - LES ACCORDS, LES DECISIONS D'ASSOCIATIONS ET LES PRATIQUES CONCERTEES EXISTENT-ELLES ENTRE LES SOCIETES D'AUTEURS .....	46
SECTION I - L'acte de volonté .....	47
I - L'accord .....	47
II - La décision d'association .....	50
III - La pratique concertée .....	51
SECTION II- Les comportements prohibés par l'article 85, paragraphe 1 .....	52
I - "Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction" .....	53
II - "La limitation ou le contrôle de la production, des débouchés ou du développement technique ou des investissements".....	56
III - "Les contrats de répartition territoriale" .....	59
IV - "L'application de conditions discriminatoires pour des prestations équivalentes" .....	68
V - Les contrats liés .....	70
CHAPITRE III- LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA PROHIBITION DE L'ARTICLE 85, PARAGRAPHE 1..	72
SECTION I - L'affectations du commerce entre Etats membres .....	72

TABLE DES MATIERES

	Pages
<u>INTRODUCTION</u> .....	1
<u>PREMIERE PARTIE</u> : L'APPLICATION DE L'ARTICLE 85 DU TRAITE DE ROME AUX SOCIETES D'AUTEURS .....	21
CHAPITRE I - LES PARTIES A L'ENTENTE .....	25
SECTION I - L'entreprise, notion et applica- tions .....	26
I - L'entité juridique .....	27
A - Une personne physique ou morale	27
B - Une société mère ou sa filiale	28
II - La notion d'entreprise et les so- ciétés d'auteurs .....	31
A - Une assimilation complète par les autorités communautaires .....	32
B - Les réserves doctrinales .....	35
C - Les sociétés d'auteurs sont des "entreprises chargées d'une mis- sion d'intérêt général" .....	37
SECTION II- L'assimilation des artistes, inter- prètes et exécutants aux entreprises	41
I - Les arguments en faveur de la non- assimilation de l'artiste à une "entreprise" .....	41
II - Les décisions des autorités commu- nautaires .....	42

GEMA C/ COMMISSION DU 18 octobre 1979 RJCE 1979-8 p 3175  
Aff 125-78

GREENWICH FILMS C/ SACEM DU 25 octobre 1979 RJCE 1979-8 P3275  
Aff 22 79

MUSIK-VERTRIEMBRAN GMBH ET K-TEL INTERNATIONAL c/ GEMA  
DU 20 juin 1981 RJCE 1981-1 p 146  
Aff jointes 55 et 57-80

S.A. CODITEL C/ S.A. CENE VOG FILMS, S.A. FILMS LA BOETIE ET  
AUTRES DU 18 mars 1980 Aff 62-79 RIDA JUILLET 1980 N° 105  
p 156

ET 2° ARRET DU 6 octobre 1982 RIDA Janvier 1983 n° 115 p 124

#### VI LES DECISIONS DES JURIDICTIONS NATIONALES

MAKACHE C/ COLIN EXPANSION COUR DE CASSATION FRANCAISE CH2 COM-  
MERCIALE DU 20 FEVRIER 1980 RTDCo 1980 n°3 p 545

TIME LIMIT REDITUNE C/ SABAM COUR DE CASSATION BELGE DU 9 AVRIL  
1981 inédit .Cf en annexe

Societe PRINCESSE C/ LA SACEM TGI DE PARIS DU 12 DECEMBRE 1982  
RIDA N° 117 Avril 1983 p 187

#### VII. LES ABREVIATIONS

Ann . Annales de la propriété littéraire et artistique

D. Dalloz hebdomadaire

JOCE ; Journal officiel des communautés européennes

RIDA Revue internationale du droit d'auteur

RJCE Recueil des arrêts de la Cour de Justice

RTDCo Revue trimestrielle de droit commercial

RTDE Revue trimestrielle de droit européen

SOCIETE SIRENA S.R.L. c/ SOCIETE EDA S.R.L , Mmes FLORENCE FERRARI  
Mme TERESA FORMAGGIA , M. PIETRO GRUGNI , M. MARIO BIRAGHI , M. NA-  
TALE MAPPI , M. SERGIO PAPPICCI , SOCIETE NOVIMPEX S.R.L DU 18 fevrier  
1971 RJCE 1971 XVII -1 p 69 - Aff 40-70

SOCIETE DEUTSCHE GRAMMOPHON GMBH c/ SOCIETE METRO S.B. GROSSMARKTE  
GMBH ET CO K.G. DU 8 juin 1971. RJCE 1970 XVII -5 P 487. aff  
78-70.

IMPERIAL CHEMICALS INDUSTRIES LTD c/ COMMISSION DU 14 juillet 1972  
RJCE XVIII-5 p 619 aff 48-69

BELGISCHE RADIO EN TELEVISIE (BRT) et SOCIETE DES AUTEURS, COMPO-  
siteurs et EDITEURS c/ SV SABAM ET NV FONIOR DU 30 janvier 1974  
et DU 21 mars 1974 . RJCE 1974-1 p 51 et 1974-3 p 313 . aff 127-73

INSTITUTO CHEMIOTERAPICO ITALIANO SPA(ICI) et COMMERCIAL SOLVENTS  
CORPORATION( CSC) c/ COMMISSION DU 6 mars 1974 . RJCE 1974-3 p 223  
Aff 6 et 7-73

TRANSOCEAN MARINE PAINT ASSOCIATION c/ COMMISSION DU 23 octobre 19  
74 RJCE 1974-6 p 1063 aff 17-74

GENERAL MOTORS CONTINENTAL N.V c/ COMMISSION DU 26 novembre 1975  
RJCE 1975-8 p 1367 aff 26-75

GROUPEMENT DES FABRICANTS DE PAPIER PEINTS DE BELGIQUE c/ COMMIS-  
SION DU 26 novembre 1975 RJCE 1975-8 p 1491 aff 73-74

TERRAPIN (OVERSEAS) LTD c/ TERRONOVA INDUSTRIE C.A. - KAPFERER ET  
CIE DU 22 juin 1976 RJCE 1976-5 p 1039 aff 119-75

UNITED BRANDS c/ COMMISSION DU 14 fevrier 1976 RJCE 1978-2 p 207  
aff 27-76

HOFFMANN-LA ROCHE c/ CENTRAFARM 23 mai 1978 RJCE 1978-5 P 1139  
aff 102-77

HOFFMANN-LA ROCHE c/ COMMISSION DU 13 fevrier 1979 RJCE 1979-2  
p 461 aff 85-76

### III. LES DECISIONS DE LA COMMISSION

GRUNDIG COSTEN DU 20 octobre 1964  
JOCE n° 161 20 octobre 1964

KODAK DU 30 juin 1970 aff IV / 24055  
JOCE L 147 du 7 juillet 1970

CHRISTIANI ET NIELSEN DU 18 juin 1969 aff IV 22548  
JOCE L 165 du 5 juillet 1969

GEMA DU 2 juin 1971 aff 71/ 224  
JOCE L 134 du 26 juin 1971 p 15

GEMA DU 10 juillet 1972  
JOCE 166 du 24 juillet 1972 p 23

AOI BEYARET DU 2 decembre  
JOCE L 6/8 du 13 decembre 1975

RAI UNITEL DU 15 juin 1978 75/ 518  
JOCE L 157 p 39

GVL DU 28 decembre 1981 IV /29839  
JOCE 370 p 49

LES RAPPORTS SUR LA CONCURRENCE

### IV LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

CONSTEN SARL ET Grundig VERKAUFS GMBH c/ COMMISSION DU 13 juillet  
1966 - RJCE 1966 XII-4 p 564 - Aff 32-65

S.A BRASSERIE DE HAECHT c/ CONSOETS WILKIN-JANSSEN DU 12 decembre  
1967 - RJCE 1967 XIII-5 p 525 Aff 23-67

SOCIETE AMERICIANE PARKE DAVIS AND CO c/ SOCIETES FROBEL , REESE  
BEINTEMA-INTERPHARM ET CENTRAFARM DU 29 fevrier 1968. RJCE 1968  
XIV -1 p 82 Aff 24-67



Note à la RIDA 1980 n° 105 p 156  
Observations à la RTDCo 1980 p 339  
Observations à la RTDCo 1981 p 538  
Note à la RIDA 1983 n° 115 p 120

GRAMPONE- Fonctionnement et contrôle des sociétés d'auteurs  
RIDA 1981 n° 107 p 23

HEPP -L'exercice des droits de propriété littéraire et artistique  
dans la Communauté européenne.  
Le Droit D'auteur 1964 p 301

JOUBERT -  
Note sous la décision du T.G.I de Paris du 12 decembre 1982  
RIDA N° 117 Avril 1983 p 187

LAURENT - De la légitimation de l'entente par l'article 85,  
paragraphe 3.  
DH 1979 p 197

LOY - L'application en France du droit de la concurrence  
RTDE 1980 n° 3 p 5

MESTMACKER - Copyright in community law  
Spécial supplement n°3 1976 Journal of World trade law

REIMER - Copyright law and the free movement of goods  
European intellectual property review 1981 n° 4 p 493

ROTONDI - Droit des marques, des brevets et d'auteurs dans le  
droit de la concurrence de la CEE.  
Melanges Bastian p 329

SCHROTER - La notion de "marché en cause".  
Colloque de Bruges 1977 p 499

SCHWARZ - L'imposition de prix non équitables  
Colloque de Bruges 1977 p 385

SIRAGUSA - Cases of abuse  
Colloque de Bruges 1977 p 399

de RICHEMONT -Concentration d'entreprises et position dominante  
Journal des notaires Paris 1971

ROUART - Le contrat d'édition musicale  
Thèse Paris 1967

SCHMIDT -Le contrat de représentation des oeuvres dramatiques et  
musicales dans le cadre des sociétés d'auteurs en France  
L.G.D.J Paris 1971

TOURNIER - Le " performing right" en droit anglais  
Thèse Paris 1955

## II. LES ARTICLES

BONET - Les propriétés intellectuelles  
RTDE 1981 N°1 p 97

CORBET - Panorama de la jurisprudence belge depuis 1970  
RIDA 1977 Avril p 91

Aperçu de la jurisprudence belge récente  
RIDA Oct 1982 n° 114 p 19

COHEN JEHORAM -La place de l'auteur dans la société et les rappor-  
juridiques entre les auteurs et les entreprises de divulgation  
Le Droit D'auteur 1978 p 404

DESBOIS- Les rapports entre la propriété industrielle et le régime  
de la concurrence dans le traité de Rome  
Mélanges Roubier 1961 p 441  
Compte -rendu de la thèse de W. Gotzen RIDA 1975 n° p 216

EPSTEIN - Pratique de la Commission en matière de concurrence  
Revue du marché commun 1980 n° 233 p 8

FRANCON - Dix ans d'évolution du droit d'auteur  
Dix ans du droit de l'entreprise p  
Le droit d'auteur et le traité de Rome instituant la CEE  
RIDA 1979 n° 100 p 129

## I. LES OUVRAGES

BRAUN, GLEISS ET HIRSCH - Le droit européen de la concurrence  
2° édition Larcier Bruxelles 1977

BURST ET CHAVANNE - Le droit de la propriété industrielle  
2° édition Dalloz Paris 1980

CASTELAIN ET MILCHIOR - Le droit d'auteur dans le marché commun  
These Paris II 1982

COLOMBET - Le droit de la propriété littéraire et artistique  
2° édition Dalloz Paris 1980

DESBOIS - Le droit d'auteur en France  
3° édition Dalloz Paris 1978

DIETZ - Le droit d'auteur dans la Communauté économique européenne  
Analyse comparative des législations nationales relatives au droit  
d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la CEE  
Etude élaboré la demande de la Commission - Bruxelles 1978

Le droit primaire des contrats d'auteur dans les Etats membres  
de la CEE. Etude élaborée à la demande de la Commission  
Bruxelles 1981 SC 4/81

FOCSANEYANU- La jurisprudence de la Cour de Justice européenne en  
matière de concurrence  
Edition technique et économique Paris 1977

FRANCON - La propriété littéraire et artistique.  
Collection "Que sais-je" PUF 1970

La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et  
aux Etats-Unis - Librairie Arthur Rousseau 1955

JOUBERT - LA protection des oeuvres posthumes  
Thèse Paris 1959

## BIBLIOGRAPHIE

habilitée à faire valoir les droits d'auteur des compositeurs d'oeuvres musicales enregistrées sur disques ou autres supports de son dans un autre Etat membre, d'invoquer ces droits pour réclamer, en cas de distribution de ces supports de son sur le marché national lorsque ces supports ont été mis en libre circulation dans cet autre Etat membre par les titulaires des droits d'auteur ou avec le consentement de ceux-ci, le versement d'une redevance correspondant aux droits de licence habituellement perçus pour la commercialisation sur le marché national, déduction faite des droits de licence moins élevés payés dans l'Etat membre de fabrication" ;

Qu'il en ressort qu'en cette branche, le moyen manque en droit ;

Quant à la troisième branche du premier moyen et aux première et deuxième branches du second moyen :

Attendu qu'ayant légalement décidé, ainsi qu'il ressort de la réponse à la deuxième branche du premier moyen, que l'article 36 du Traité C.E.E. n'était pas applicable en l'espèce, la cour d'appel n'était plus tenue de vérifier si les interdictions et restrictions permises par cet article constituaient ou non "un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres"

Qu'en ces branches, le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS,

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de sept mille sept cent cinquante-neuf francs envers l'artie demanderesse et à la somme de mille neuf

vance tant pour la période postérieure au 1er janvier 1973, date de l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté, que pour la période antérieure, cette décision s'appliquant donc aussi à la redevance au taux réduit de 1,75 pour cent à partir du 1er juillet 1971 ;

Attendu que les moyens ne critiquent pas l'arrêt en tant qu'il décide qu'il y a eu infraction au droit communautaire même pour la période antérieure à l'adhésion du Royaume-Uni à la Communauté européenne ; que cette question n'est dès lors pas soumise à la Cour ;

Quant à la première branche du premier moyen :

Attendu que, se référant aux motifs d'un arrêt de la Cour de cassation, l'arrêt décide qu'en vertu du droit de reproduction, qui est un des éléments patrimoniaux du droit d'auteur, l'auteur ou le cessionnaire peut n'autoriser la reproduction que dans une mesure qu'il fixe, ou la subordonner à telles conditions qu'il détermine ; qu'en l'espèce, sur le plan du droit d'auteur, les auteurs ont pu valablement limiter le droit de reproduction à la location des bandes enregistrées dans le Royaume-Uni et, dès lors, valablement réclamer à la défenderesse une autre redevance pour la reproduction en vue de la location sur le continent ;

Qu'ainsi l'arrêt ne décide pas, contrairement à ce que soutient le moyen, que le droit de limiter territorialement l'autorisation de reproduire l'oeuvre ne ferait pas partie, au regard du droit belge, de l'objet spécifique du droit d'auteur ;

Qu'en cette branche, le moyen manque en fait ;

Quant à la troisième branche du second moyen :

Attendu que l'arrêt énonce, d'une part, que la décision de la Commission des Communautés européennes du 2 juin 1971 "ne donne aucun motif pour lequel la G.E.M.A. doit être autorisée à percevoir la différence dont s'agit, alors que, dans ses consi-

de motivation (violation de l'article 97 de la Constitution) :

Attendu que l'arrêt constate que la société Time Limit, ici la défenderesse, donne en location en Belgique des bandes enregistrées qu'elle importe de Grande-Bretagne où elles sont fabriquées avec l'autorisation de deux sociétés d'auteurs, moyennant une redevance par oeuvre et par an; que cette autorisation n'est toutefois accordée qu'en vue de la location de ces enregistrements dans le Royaume-Uni; que, arguant de cette restriction, la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (S.A.B.A.M.), ici la demanderesse, exigea de Time Limit une redevance pour la location en Belgique d'enregistrements des mêmes oeuvres, cette redevance pouvant couvrir tant la réalisation par Time Limit de bandes enregistrées destinées à la location, que l'importation de bandes préfabriquées licitement réalisées par des tiers; que la redevance a été fixée au taux de 6,4 pour cent du prix de la location, au lieu du taux habituel de 8 pour cent, certaines oeuvres étant dans le domaine public; que la S.A.B.A.M. a offert de réduire le taux de la redevance à 1,75 pour cent à partir du 1er juillet 1971, en conformité avec la décision de la Commission des Communautés européennes du 2 juin 1971, en cause de G.E.M.A., ce taux étant la différence entre le taux de 8 pour cent normalement applicable en Belgique et celui de 6,25 pour cent perçu en Grande-Bretagne;

Attendu que, écartant l'application de l'article 36 du Traité instituant la Communauté économique européenne et se fondant sur les articles 30, 85 et 86 de ce traité, l'arrêt décide que la S.A.B.A.M. ne pouvait réclamer aucune rede-

ainsi, aucune discrimination de type arbitraire n'est introduite entre les commerçants britanniques et belges, conformément aux constatations mêmes faites par les juges d'appel qui ont relevé qu'à l'importation en Belgique la demanderesse, effectivement, ne percevait, à partir du 1 juillet 1971, que la différence entre le taux belge, supérieur, et le taux anglais, inférieur, déjà réglé par le fabricant anglais avant l'exportation vers la Belgique; la cour d'appel, partant, en décidant que, même après le 1er juillet 1971, le prélèvement réduit, effectué par la demanderesse, constituait une discrimination entre les entreprises de location de bandes enregistrées selon que celles-ci étaient situées en Grande-Bretagne ou en Belgique, violant, selon les juges d'appel, l'article 30 du Traité instituant la Communauté économique européenne, et ce par le simple fait de la différence de taux de la redevance postulée des commerçants, opérant en Grande-Bretagne et n'en exportant point vers la Belgique, d'un côté, et les entreprises britanniques procédant à la dite exportation, d'un autre, n'a aucunement établi l'existence d'un caractère arbitraire présenté par une telle discrimination, condition pourtant nécessaire, en vertu de l'article 36, in fine, du Traité de Rome, pour que le régime d'exception instauré par cette même disposition communautaire, en faveur de l'exercice du droit d'autoriser la reproduction des oeuvres artistiques, ne soit pas d'application (violation de l'article 36 du Traité de Rome, ainsi que des autres dispositions reprises : moyen) ;

troisième



d'une redevance, égale à la différence entre le taux de la redevance due en Grande-Bretagne, d'une part, et de celle due en Belgique, d'autre part, et ce à l'importation en Belgique de supports matériels, fabriqués en Grande-Bretagne, contenant des œuvres musicales dont l'autorisation de reproduction n'avait été accordée que pour la seule Grande-Bretagne, par les motifs qu'aussi bien avant qu'après l'adhésion, le 1er janvier 1973, de la Grande-Bretagne au Marché Commun, "tout prélèvement, même réduit, constituerait de la part de la (demanderesse) une double redevance et serait, ..., une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du Traité; qu'alors que le but essentiel de celui-ci est la fusion des marchés nationaux dans un marché unique, le prélèvement même réduit, exigé par la (demanderesse), maintient une discrimination entre les entreprises de location suivant qu'elles opèrent au Royaume-Uni ou en Belgique et, dans ce dernier pays, est de nature à décourager la concurrence en imposant à toutes le tarif le plus élevé",

alors que, première branche, il n'y a aucune restriction ou discrimination dans la concurrence entre les commerçants opérant à l'intérieur d'un pays membre, en l'occurrence la Belgique, d'un côté, et les commerçants qui exportent d'un autre pays membre vers ce premier, d'un autre côté; en effet, selon les constatations des juges d'appel, à partir de la décision du 1er juillet 1971 prise par la demanderesse, les uns règlent, en une fois et en Belgique, la même redevance que les autres, exportant de la Grande-Bretagne vers la Belgique, lesquels commerçants décaissent une redevance d'un taux

motif que "le droit de reproduction est certes un des aspects patrimoniaux du droit d'auteur lui-même mais, de même qu'en matière de brevets, on ne saurait aller jusqu'à inclure dans les droits constituant l'objet spécifique de cette propriété (d'une oeuvre musicale) celui de réglementer les limites territoriales à l'intérieur desquelles les supports matériels de la reproduction pourront être commercialisés; que dès lors pareil droit, conformément à la jurisprudence de la cour de justice, est susceptible de tomber sous le coup des articles 30, 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne",

alors que, première branche l'objet spécifique du droit d'auteur, tel qu'il résulte des articles 1er et 16 de la loi du 2 (lire : 22) mars 1886 et des articles 1er, 11 bis et 13, alinéa 1er de la Convention du 2 juin 1928, consiste, dans son aspect patrimonial, notamment dans le droit d'autoriser la reproduction de l'oeuvre, lequel droit implique nécessairement que l'auteur peut assurer la propagation de sa création soit par la voie d'une autorisation sans conditions ni limites soit par celle d'une autorisation conditionnée et limitée; en effet, sous peine d'obliger l'auteur à vider complètement, de (lire : dès) la première autorisation, son droit d'autoriser la reproduction de son oeuvre, l'exercice de son droit d'auteur doit comprendre son libre choix quant à l'étendue territoriale ou autre des droits de reproduction à céder par lui; la cour d'appel, dès lors, en considérant que le droit, ouvert à l'auteur par sa législation nationale, de limiter territorialement l'autorisation de reproduire son oeuvre, ne ferait pas partie de l'objet spécifique du droit d'auteur et ne bé-

N° 5996

SOCIETE BELGE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET EDITEURS, en abrégé  
 "S.A.B.A.M.", société coopérative dont le siège est établi à  
 Bruxelles, rue de la Loi, 61,  
 demanderesse en cassation d'un arrêt rendu le 26 octobre 1978  
 par la cour d'appel de Bruxelles,  
 représenté par Maître René Bützler, avocat à la Cour de cas-  
 sation, dont le cabinet est établi à Ganshoren, avenue de  
 Villegas, 41, chez qui il est fait élection de domicile,

contre

ETABLISSEMENTS BELGES DU TIME LIMIT, société anonyme dont le  
 siège social est établi à Molenbeek-Saint-Jean, rue de  
 Birmingham, 30,  
 défenderesse en cassation,  
 représentée par Maître Antoine De Bruyn, avocat à la Cour de  
 cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de la  
 Vallée, 67, où il est fait élection de domicile.

contractual obligations assumed by performance rights organizations towards each other. This has not involved any essential change in the practice of protection in the Common Market. Whether and under what conditions, potential competition among performance rights organizations might become a matter for immediate concern involves the decisive question connected with Article 85 as to what competition is possible without the contractual obligations. It is questionable whether the possibilities of choice open to music users, especially radio stations or sound recording manufacturers, are increased by replacing a world-wide repertoire, offered by one individual performance rights organization within its administrative territory, by the offers of several organizations. This is only true if the repertoires of the individual performance rights organizations are independent in the sense that in any case they represent services for the customers which are partially exchangeable. However, a performance rights organization's own repertoire is only a fraction of the repertoire needed by radio stations and sound recording manufacturers. The national repertoires cannot be separated from each other because there are numerous interconnections between them due to the large number of owners. In addition to the composer, librettist and publisher involved in a musical work, its protection abroad calls for a sub-librettist, a reviser and a sub-publisher. As a rule, these rights are owned by members of another performance rights organization. Individual performance rights organizations, therefore, would be unable to offer music users a suitable repertoire for broadcasting or reproduction. The European Broadcasting Union summed up these points of view in the proceedings before the Commission. The repertoires of the different performance rights organizations, did not represent what constituted a clearly defined whole, but were changeable and interrelated. In view of the enormous consumption of intellectual works, which is a special characteristic of radio stations, it is completely impossible to determine in advance, from the point of view of all the owners, whether a work belongs to a single performance rights organization, unless every radio station has as much personnel and documentation at its disposal as a copyright organization: "This fact alone that two or more organizations possess a 'shared property interest' in intellectual works shows that a radio station cannot be satisfied with acquiring the repertoire of only one or a few organizations, and that only the acquisition of a world-wide repertoire can prevent copyright infringements which are punishable under the national laws of all countries in the European Community, if not as crimes then at least as quasi-crimes."<sup>4</sup>

The experience of the Netherlands with the activity of competing organizations during the thirties indicates that big organizations, because of the peculiar nature of the services supplied by performance rights organizations, possess a natural advantage in competition and are in a

<sup>4</sup> *Union Européenne de Radio Diffusion (EBU)*, Geneva, 4 June 1969.

position to force smaller competitors out of the market. This structural problem exists quite independently of whether it is possible to discover individual cases of incitement to breach of contract or of unfair competition in luring away members. It may be assumed that it is the interests of the smaller performance rights organizations in the Common Market which have caused the Commission to permit the conclusion of reciprocal agreements which do not contain any clauses concerning exclusive rights, in order not to promote the establishment of foreign performance rights organizations in the smaller member States of the Community. The toleration of the exclusive transfer of rights by composers to performance rights organizations as opposed to music users shows that in the last analysis, as we have seen, the Commission rejects any competition protected by Article 85 with separable parts of their rights on the part of individual composers.

negotiations about the amount of the over-all price. This is proved by the existence of a certain degree of competition vis-à-vis the users when repertoires are offered for sale." The Commission also found that there was some potential competition in relations with sound recording manufacturers. The statements of objections of the Commission of 1970 adhere to this view. Indeed, the prospect of protecting rights in respect of small buyers is slight, so that these possibilities of competition could be disregarded. However, as far as the big buyers, especially the radio stations, are concerned, the agreements proved fully effective in restricting competition, as the parties in question had intended. It is easy and comparatively inexpensive to control the big customers; there is no reason why an organization should not be able to exercise this control in a country other than that where it is established. This kind of competition is restricted by the mutual and exclusive transfer of rights.

In the 1970 statements of objections the Commission took into consideration the competition between performance rights organizations for members. The agreements were also aimed at restricting competition which might exist between organizations vis-à-vis the music sellers and by means of which every organization could try to increase the number of its members even outside its own country by offering better and cheaper services. The object of restricting competition was evident from the obligation not to admit members of another organization without the latter's permission. The Commission expressly emphasized that simultaneous membership in several performance rights organizations was not harmful to the organization because of the divisibility of copyrights, and also did not involve taking advantage of the breach of a foreign agreement.

The Commission refused an exemption under Article 85 (3) without examining the possible improvements it might offer because the agreements held open the possibility of completely excluding competition between the organizations in question for the respective services of soliciting and protecting copyrights (Article 85 (3) (b).) Even after formally eliminating the clauses restricting competition, the organizations are not allowed to let the previous situation continue by means of a concerted practice between them.

The performance rights organizations in question have taken the Commission's objections into account. In general, rights are no longer transferred on an exclusive basis. It is legally possible for a performance rights organization to operate in the administrative territories of the other organizations. The obligation under the agreement not to admit a member of another organization without the latter's permission has been abolished.

### III. POTENTIAL COMPETITION

The competition which is potentially possible in the market for the protection of copyrights, therefore, must not be excluded by means of

purposes of BIEA), to refrain from doing anything which might be detrimental to it, to observe all the rules in the present Statutes and to carry out all decisions of the General Assembly, the Administrative Council and the Board of Directors."

Every associated organization undertakes to transfer control of its repertoire to the other associated organizations in respect of their respective territories. If there are several associated organizations for the same territory, the other associated organizations can choose the organization to which they will transfer their repertoire.

The agreements to be concluded are the reciprocal or unilateral agreements provided for in Article 2, clause 2. In accordance with paragraph 2, the Administrative Council can, in certain circumstances and upon the proposal of the Board of Directors, release an associated organization from the obligation to conclude such agreements.

## II. EVALUATION OF AGENCY AGREEMENTS FROM THE POINT OF VIEW OF COMPETITION LAW

The statements of objections of the Commission of 1968 were aimed at protecting the kind of competition which might be possible in the event of a waiver of the exclusivity of the mutual protection of rights in relation to specific music users. The Commission regarded such competition as existing mainly in relation to the radio stations: "The listener, and therefore also the manufacturer of sound recordings, is very often not interested in the reproduction of specific works, as, for example, in the case of dance or entertainment music, but rather in a specific kind of dance or entertainment music. Here, parts of the repertoires of performance rights organizations may find themselves in competition with each other. In this connection, the over-all prices charged by the performance rights organizations for the repertoires also play a part in competition. This kind of situation—the charging of an over-all price for the repertoire—is to be found only in the case of the radio stations. To be sure, there are limits to competition here as well, because of the special national characteristics of the music. A radio station is unable to get along without its national repertoire for any length of time. Nevertheless, the position of the performance rights organization is very much stronger when dealing with radio stations if it can also offer foreign repertoires. If the performance rights organizations of the other countries only had their own repertoires to offer, they might cause the radio stations to change over to foreign repertoires, insofar as possible, in order to strengthen their bargaining position with the national organization. In such circumstances, if the utilization of the national repertoire was limited for a substantial period of time to what was barely necessary, the national performance rights organization would have to contend with that objection in any new

## Agency Agreements between Performance Rights Organizations dealing with Copyrights in the Common Market

There are complementary agency agreements between all the performance rights organizations in the Common Market. Similar agreements for the mutual protection of copyrights with performance rights organizations from third States make it possible for the individual national organization to offer music users a world-wide repertoire. It is necessary to distinguish between agreements for performance rights and agreements concerning the rights of mechanical duplication. (Concerning international associations of performance rights organizations, see above.) On account of these agency agreements, the Commission brought proceedings and at the same time issued statements of objections on 3 July 1968.<sup>1</sup> The agreements had been notified to the Commission in 1953. In 1970, the proceedings were extended to the additional agency agreements which had been notified, while at the same time the earlier statements of objections were replaced by new ones.<sup>2</sup> In the statements of objections, the Commission maintained that the agency agreements concerning the right of public performance and the right of mechanical duplication were a violation of Article 85 (1) and that an exception under Article 85 (3) was not possible. The proceedings did not result in any decision because the parties in question rescinded the clauses in the agreements which contained provisions for the restriction of competition and did not fulfil the necessary requirement for an exception.<sup>3</sup>

### I. REVIEW OF THE FACTS IN PERFORMANCE RIGHTS ORGANIZATIONS CASES

The agreements concerning the mutual protection of the rights of public performance were based on a recommendation of *CISAC*, the international federation to which all European performance rights

<sup>1</sup> Case IV/1236 (*GEWA, SAGEM*); Case IV/1252 (*GEWA, SABAM*).

<sup>2</sup> Cases IV/1251 (*GEWA, SDRM*); IV/1254 (*GEWA, SABAM*); IV/1249 (*GEWA, BLM/A*); IV/1255 (*GEWA, SAGEM*). In proceedings No. IV/1251, 1252 and 1255, the statements of objections of 22 July 1970 were amended on 2 Oct. 1970 because of the conclusion of new agreements.

<sup>3</sup> Commission: *First Report on Competition*, 1971, p. 76. 76.

organizations belong. The mutual agreements concluded by these organizations were based on the Federal model mutual agreement which had been recommended by *CISAC*. The provisions of the model mutual agreement which were relevant under competition law concerned, in particular, the exclusive and mutual transfer of rights under Article 1: "By virtue of this agreement, X grants Y the exclusive right, in the latter's administrative territories (which are accurately described and defined in the following Article 6, paragraph 1) to issue the necessary permits for all public performances (defined in paragraph 3 of this Article) of works of musical art, with or without a text, which are protected by national laws, bilateral agreements and multilateral international conventions concerning copyright, intellectual property, etc. which are either in force at the present time or will come into force during the duration of the agreement." According to paragraph 2 of Article 1, each party to the agreement transfers, "in compensation herefor", the same exclusive right in his own repertoire.

According to Article 3, the reciprocal agreements are based on the principle that each organization undertakes, in its own administrative territory, to ensure that the rights of the members of the other party are applied in the same way and to the same extent as the rights of its own members. Article 6 of the agreement defines the administrative territories of the organizations in question. Article 6, paragraph 2, guarantees territorial exclusivity: "During the period of the agreement, each of the contracting organizations shall refrain, in the administrative territory of the others, from any interference with the exercise of the mandate conferred by this agreement."

Finally, Article 11, paragraph 2, provides that the membership of both parties is mutually exclusive: "For the duration of this agreement, neither of the contracting organizations may admit, as a member, any member of the other organization without the latter's permission, or any natural person, firm or company possessing the nationality of one of the countries belonging to the administrative territory of the other organization" (Article 11, paragraph 2). Furthermore, the organizations undertake not to transmit any direct communication to the members of the other, but if necessary, to forward a communication through the other organization.

Similar obligations were contained in the agreements concerning the protection of the rights of mechanical duplication, which were based on the *BIEM* statutes in the version of 8 October 1968. It is part of the purpose of *BIEM*, under the latter's Article 2, clause 2, to draw up the text of a reciprocal or unilateral agreement to be concluded between the associated organizations in order to ensure the administration of the repertoire of the other associated organizations by any associated organization in its administrative territory. Article 7 of the statutes reads: "The associated organizations undertake to do all in their power to achieve the

justified (*op. cit.*, at p. 389).

The Federal Court also held that action which was less drastic than expulsion from membership was not sufficient to achieve the legitimate purpose of the statutory provisions in dispute: "The deprivation of the right to vote in an individual case of a concrete conflict of interests, although they (the plaintiffs) consider it admissible, would be a source of highly undesirable disputes, solely because of the uncertainty of how to determine the existence of such a conflict of interests beyond a doubt, and therefore unacceptable to the association. Moreover, such a rule, or one like it, would be inadequate, since the actual influence of the dominant music-using enterprises in the regular meeting of the members, which it is also the purpose of the statutes to exclude as far as possible, would not thereby be eliminated."<sup>31</sup>

In conflict with this judgment, which had become final when *GEMA I* was handed down, the Commission decided that *GEMA* was making an improper use of its dominant position by means of the above-mentioned statutory provisions. In order to prevent the danger, also recognized by the Commission, of a conflict of interest, *GEMA* was obliged to choose the mildest possible means, such as, for example, the withdrawal of the right to vote from such members who had been responsible for the conclusion of agreements with music users, or the provision that the person representing the music publishing house in question should himself engage in genuine publishing work and not be simultaneously employed by the music user. Concerning the relation of its decision to the ruling of the Federal Court, the Commission observed that that ruling was based exclusively on national law, and in particular, did not have as its object the freedom of choice of music users within the Community which was aimed at by the present proceedings on the basis of Article 86. *GEMA* has amended Article 8, paragraph 3, of its statutes so that music users can be admitted as regular members if they agree that their membership rights cannot be exercised during the period of their contractual relations with *GEMA* with regard to:

(a) the adoption of decisions concerning the setting of rates in agreements with music users;

(b) eligibility for membership of the Board of Directors.

Only experience can show whether these measures can adequately ensure the independence of decision-making within the performance-rights organizations vis-à-vis the music users. The Commission's decision also refers to the possibility of preventing package deals by means of association sanctions in cases where a record manufacturer makes it a condition for the use of certain works that they must be published by a music publishing house controlled by him. To this extent the Federal

more realistically than the Commission.

The opinion of the Court of Appeal that the provisions of competition law are not applicable to relations between performance rights organizations and their members, because these matters are covered by association law, was rejected by the Federal Cartel Office in an opinion given in the review proceedings.<sup>32</sup> The Federal Cartel Office assumed that the internal action under association law of admitting or excluding regular members had the external effect of a "commercial activity" within the meaning of Article 26, paragraph 2, of the Act relating to Competition. In accordance with the decision of the Federal Court, as far as Article 26, paragraph 2, is concerned, the decisive factor is whether the monopolistic position of the discriminating enterprise exists in the market, or has its effects in the market, in which the enterprise in question is restricted or given discriminatory treatment.<sup>33</sup>

With this assumption, actions under corporate law can also constitute discriminatory or restrictive measures in a business activity within the meaning of Article 26, paragraph 2, of the Act relating to Competition. This was the decision of the Federal Court in the above-mentioned case concerning admission to a co-operative association. In the case of composers, it is questionable whether they participate as undertakings in a commercial activity vis-à-vis the performance rights organization by the transfer of copyrights. The Commission and the European Court did not have to decide this question in connection with Article 85 because under this provision it is possible to review business terms regardless of whether they are applied to an undertaking or to a customer. The conclusion of the agreement of entitlement and the admission to membership are primarily actions under association law. At the same time, however, there is involved an entrepreneurial activity on the part of the composer, as may be assumed in particular from the entitlement of the composer to deal separately with the types of use to which his works are put. For it is thanks to this control that he can place his rights on the market. In the case of publishers, it is necessary to decide whether, in their relations with the performance rights organization, they participate in a commercial activity in which the organization occupies a dominant position. Publishers do not transfer any rights to the performance rights organization; on the contrary, they are involved as a part of the organization because of their collaboration in distributing the works. Publishers qualify as members by virtue of duplicating and disseminating works of music, within the meaning of the current Publishing Act, on the basis of written publishing contracts. For the music publishing houses, access to the performance rights organization is based on this work and is a part of their commercial activity.

<sup>31</sup> Opinion of 6 Jan. 1971 (Z 2-748100-V-63/68 R).

<sup>32</sup> 7 Nov. 1950 WuW/E BGH 411.

<sup>33</sup> Not published in the official report.

These statutory provisions make it clear that the performance rights organizations are entitled to prevent composers from issuing licences directly to music users.

#### IV. THE MEMBERSHIP OF MUSIC USERS IN PERFORMANCE RIGHTS ORGANIZATIONS

In Article 1, clause 10 of *GEMA I*, the Commission found that Article 86 was infringed by those provisions of the *GEMA* statutes which entitled the Association to refuse regular membership, or to terminate it, if a person became economically dependent on a music user. This part of the decision concerns the independence of performance rights organizations from music users. This independence may be endangered if the music publishers, as members of the Association, come under the control of music users, and especially under the control of manufacturers of phonograph records and other types of sound recordings.

In a case in the Federal Republic the Federal Court had declared that the statutory provisions to which exception had been taken, and on the basis of which an important music user had been expelled from membership, were admissible under both commercial law and association law.<sup>27</sup>

The disputed statutory provisions authorized the Association's organs to refuse admission to regular membership, or subsequently to downgrade a regular member to the group of associate members, if the circumstances made it appear unlikely that the member would do all in his power to achieve the statutory purpose of the Association or to refrain from doing anything which might be prejudicial to the attainment of that object. This especially applies to applicants who have a contractual relationship with *GEMA* as music users, as well as to applicants who are dependent on such music users. The review in the Court of Appeal (*Kammergericht*) of the decisions by which an industrially dependent music user had been downgraded were based on reasons of both competition and association law. The infringement of the anti-discrimination provision in Article 26, paragraph 2, of the Act relating to Competition invoked by the member in question was rejected by the Court of Appeal, which found for the plaintiff on grounds of association law, with the observation that the Association's action in question did not affect competition. In fact, there was no competition between the plaintiffs and the defendant affecting the protection of copyrights: "The action taken by the defendants against the plaintiff is not discrimination in business relations but an action under company law. The plaintiff does not have to be a member of the defendant association in order to participate in general business relations."<sup>28</sup>

<sup>27</sup> 3 Mar. 1971 BGHZ, 55, 381.

<sup>28</sup> *Kammergericht*, 3 Feb. 1970 (UKart 1478-69).

graph 2, of the Act relating to Competition, that there had been no infringement cases as this,<sup>29</sup> but held, on the facts, that there had been no infringement of Article 826 of the Civil Code and Article 26 of the Act relating to Competition: "In accordance with its statutory purpose, the defendant Association has to protect and defend the interests of the composers, and it must defend these interests primarily against the music users and more particularly against the big enterprises of the cinema and record industry. The latter are its economic 'opposite numbers' when concluding agreements for the use of musical works and when supervising the exploitation of music. It is impossible, therefore, to reject out of hand the reasonable fear that a member firm which has become dependent may in the future no longer fully identify itself with the interests of the Association and that, controlled by the dominant enterprise and supported by its economic power, it may exercise an improper influence on the activity of the Association. If an association adopts a rule by which such a member can be deprived of the right to take a direct part in the decision-making of the association's bodies, that does not constitute either unjustified and unequal treatment vis-à-vis other members of the association or unfair or even unethical discrimination against the member in question, especially since the latter still retains his legal position in the association with regard to property law and his powers as an associate member under corporate law."<sup>30</sup>

The Federal Court also denied that there was a violation of the principle of the equal treatment of members, on the basis of which the lower courts had held the statutory provisions in question to be illegal. The Federal Court had regard to the alteration in the balance of the respective interests between composers and music publishers; on the one hand, and the sound-recording and phonograph record industry on the other. To a steadily increasing extent, music was being disseminated by sound recordings rather than by live interpreters. The radio stations had adopted the practice of procuring prepared sound recordings from the manufacturers and substituting them for their own orchestras and choral groups. In this way the economic position of the phonograph record and sound-tape industry had been considerably strengthened, while as a result of this trend the position of the music publishers had become more difficult. In connection with this, the commercial enterprises have adopted the practice of buying up old publishing houses, founding publishing houses of their own and forcing composers who were trying to get their works recorded to transfer their rights to the publishing houses which are controlled by them. In view of this state of affairs, the actions taken by the Association and its bodies to protect their independence against the

<sup>29</sup> *Op. cit.* at p. 385.

<sup>30</sup> *Op. cit.* at pp. 384, 385.



legislation.

In *GEMA II*, decided on 6 July 1972, the Commission treated the categories provided for in the earlier decision as examples of types of use. Types of use, it said, are all economically separable forms of exercising a copyright, with due regard for the difference in national laws on copy-right. In *GEMA II*, which amends the *GEMA I* decision, the text of Article 1, clause 7 is repeated in Article 1 A, but Article 1 B contains the additional provision that sufficient account is taken of the requirements of the decision if a composer transfers his rights altogether for every country in the world or divides them up among several companies by types of use and countries. Moreover, the composer must be left the right to give notice to terminate the control of certain types of use at the end of a period of not more than three years, without thereby suffering any disadvantages with regard to his membership rights. In Article 3, paragraph 2 of its Statutes in the version of 19/20 June 1973, *GEMA* made use of its possibility of choice under Article 1 B of the Commission's decision. This provision in the Statutes reads as follows:

"The following shall apply in the case of members and publishing firms in the Member States of the European Economic Community: When concluding an agreement of entitlement with members and publishing firms in the European Economic Community, the Board of Directors shall be obliged to permit the owner to transfer only a part of his rights of use to *GEMA*. However, the transfer of rights can relate only to types of use for rights in all of the owner's works and not to rights in any one of his works.

"The transfer of rights shall be made for three years, and at least to the end of the year after expiry of the third year and shall continue for a further three years, unless notice of termination has been given six months prior to the end of the three-year period in question. All agreements of entitlement existing on 8 June 1971 shall be determinable by notice on 31 December 1973.

"Notice to terminate the contractual relationship can also be given subject to its restriction to certain types of use or to certain countries; the membership rights of the owner shall remain unaffected by this. However, the provisions of Articles 7 and 9 (a) of the Statutes concerning the requirement of a minimum income shall continue to apply for the acquisition of regular membership or its continuation."

While according to the earlier version of the Statutes, the Board of Directors could merely take account of special conditions, in the case of nationals of the member States it is now obliged not to insist on the transfer of individual, economically separable types of use at the request of the composer. In the case of nationals of third States, the Commission is satisfied with the rule in Article 3 (a) that all present and future rights of the owner are to be transferred for a period of six years.

Commission in a similar way. *SACEM* provided in Article 34 of its Statutes, in the version of 11 June 1974, the following as a special entitlement for the legal admission of authors, composers and publishers belonging to a member State of the EEC:

"1. Membership in the Association—legal admission  
Legal admission to the Association, which follows upon acceptance of the Statutes, may take the following forms:

—It may either be in accordance with Articles 1 and 2 above and consequently also include the right to permit or prohibit the performance of all works, as soon as they are created, in all countries, as well as the right to permit or prohibit the mechanical duplication of these works in all countries,

—or it may be restricted to one or more of the legal categories mentioned below, or to specific fields for one or more of these legal categories, if the protection of the legal category or categories to which legal admission does not apply is transferred for all countries to one or more other performance rights organizations and if the territories not covered by the legal admission are entrusted for protection to one or more other performance rights organizations, in which case it is to be provided that the territories under the direct protection of the Association outside the EEC, in which the Association has made investments or in which administrative difficulties make it indispensable to preserve the unity of the repertoire—as in Canada and Lebanon—cannot be separated from the legal admission without the permission of the Association."

The legal categories are then defined in accordance with the categories of *GEMA I* of the Commission. It is expressly emphasized that the Administrative Council may permit a more extensive division should the Council make it possible to have regard for the legal relations existing between certain of its members and other performance rights organizations. The rights of resigning from the Association are regulated in a corresponding way.

*SABAM* has modified its own Statutes in a similar way. In conformity with the statutory changes of *SACEM*, the non-exclusivity of the transfer of rights is limited, in that those types of use which are not transferred to *SABAM* must be entrusted to some other performance rights organization (Article 10 of the Statutes). Notice for the purpose of protecting certain types of use independently is also only permissible when the protection is handed over to another performance rights organization (Article 12 of the Statutes). Concerning this, *SABAM* stressed in its Bulletin No. 1/1974 that these statutory amendments will make it possible for the performance rights organizations to protect composers in future against the pressure of the large music users.

etc., both individually and in conjunction with each other. It must also be determined whether and to what extent any improper practices which have been found to exist have affected the interests of the composers or of third parties, in order to draw any conclusions from this concerning the validity and effect of the controversial agreements or of any of their provisions. An improper use might be found to exist "if a performance rights organization occupying such a position imposed obligations on its members which are not absolutely necessary for the achievement of the purpose of the organization and which unduly restrict the member's freedom to exercise his copyright".<sup>53</sup> In contrast to the Commission, the Court proceeds upon the assumption that the composer has practically no alternative to having his rights controlled by performance rights organizations.<sup>54</sup> From this there follows the right of the performance rights organizations, when prescribing their relations with their members, to insist on their interest in acquiring "the necessary weight and volume" vis-à-vis the important music users. Therefore, the interests which are the object of this counterbalancing of interests do not include the interests of the big music users in having rights transferred to them by individual composers. On the contrary, what is protected is merely the composer's interest in having a freedom of choice between different performance rights organizations in the Common Market.

The freedom of choice of composers in the Common Market is affected by discriminatory clauses in statutes or agreements based on reasons of nationality. These kinds of discrimination were abolished by the performance rights organizations even before the *GEMA* decision was handed down.<sup>55</sup>

In the Commission's proceedings against the performance rights organizations, the primary point of dispute was the arrangement by which the members transferred their rights to the organizations. The usual provision was that contained in Article 3 (a) of the *GEMA* Statutes, according to which all present and future rights of the owner were to be transferred, with the proviso that the transfer would be for at least six years and would be renewed for the same period unless notice to terminate the agreement was given one year before its expiration. We now have to discuss in what way these obligations for the exclusive transfer of all copyrights owned by the composer have been modified by Article 86 and by the two *GEMA* decisions.

<sup>53</sup> At p. 317.

<sup>54</sup> At p. 316.

<sup>55</sup> The relevant provision in Art. 18 of the statutes of *GEMA* in the version of the decisions of 1 and 2 July 1971 reads as follows: "In so far as the Statutes and the rules laid down on the basis of the Statutes make use of the terms 'German nationality, residence for tax purposes in the administrative territory of the Association, residence within the administrative territory of the Association', they shall be interpreted in accordance with Art. 7, para. 1, of the EEC Treaty. Members and publishing firms of the member States of the European Economic Community shall be placed on the same footing as German nationals in German publishing firms."

By means of the proceedings under Article 86, it was the Commission's intention to make possible direct contractual relations between the music users in the Community and individual composers and to facilitate the exchange of members between different national organizations. Accordingly, paragraph 78 of the statement of objections in the *GEMA* case states: "Every music user in the Community must be able (a) to obtain licences directly from music sellers; (b) to obtain licences directly from performance rights organizations from other countries."<sup>56</sup>

We cannot see why the copyright owner should not be allowed to issue direct licences, especially in cases where there were relations between him and the music user which made any control by the performance rights organizations superfluous. The intervention of a performance rights organization is not always necessary for the composer's protection, but every seller of music is free to make use of a performance rights organization if he would otherwise consider that he was exposed to excessive economic pressure by the music user. The Commission also supported this view in the *SABAM* case before the European Court. The Advocate-General and the Court did not concur with this view. The freedom of composers to choose between performance rights organizations is protected; what is not protected is the interest of music users in individual licences. In *GEMA I*, the Commission found there was a violation in Article 1, paragraph 7 of the Statutes insofar as the Statutes or the agreement of entitlement did not leave the members a free choice as to whether they transferred their rights as a whole to *GEMA* for countries in which *GEMA* was directly active or assigned them by categories among several organizations, and also whether they could withdraw certain categories from *GEMA*'s control after giving due notice at the end of each year. Instead of the unrestricted possibility contained in the statement of objections of transferring any individual licences whatsoever to any music user and of withdrawing these rights from the performance rights organization, the Commission decided that there was a minimum obligation to license certain categories. The following were listed as such categories within the meaning of the decision: (i) the general performance right; (ii) the broadcasting right, including the right of reproduction; (iii) the film performance right; (iv) the right of mechanical duplication and distribution, including the right of reproduction; (v) the film-producing right; (vi) the right to manufacture, duplicate, distribute and reproduce images for photostat equipment, and (vii) rights to such benefits as may

<sup>56</sup> In conformity, for example, with the statement of objections in the *SABAM* case of 8 July 1970 (6437/IV/70 F para. 85); and with the statement of objections in the *SACEM* case (IV/26761 of 17 July 1970, para. 106).



