



24.6.2004

DAJ/MB/HR/npr/cf

Original: anglais

**REPONSE DE L'UER A LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION
EUROPEENNE SUR LA GESTION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS
VOISINS AU SEIN DU MARCHE INTERIEUR**

RESUME

- L'UER assure la Commission de son total appui pour dire qu'il est extrêmement important, pour le bon fonctionnement du marché intérieur, de promouvoir une gestion efficace des droits. Or l'on doit faire face aujourd'hui à une demande croissante de services de radiodiffusion ou services parallèles à caractère transfrontalier, dont puissent bénéficier tous les citoyens européens. Il faut donc veiller, non seulement à une bonne gouvernance des sociétés de gestion collective qui serait garantie par l'adoption d'une directive cadre, mais également à promouvoir des licences transfrontalières par une législation communautaire appropriée, dans la mesure où le marché intérieur ne peut pas fonctionner correctement sans cela.
- Afin qu'il n'y ait pas d'obstacles concrets à l'octroi de licences transfrontalières concernant l'Internet et d'autres réseaux de communications, la législation communautaire devrait confirmer, et clarifier cela par une définition comme elle l'a fait dans le cas des transmissions par satellite, que la simple réception de flux de temps réel comme les diffusions d'émissions en simulcast sur l'Internet ne joue pas de rôle pour déterminer la loi applicable (principe du "pays d'origine de la transmission").
- A l'ère du numérique, il en va comme de l'ère analogique: l'utilisation massive par les radiodiffuseurs de matériel protégé comme les oeuvres musicales et les phonogrammes du commerce ne peut, dans la pratique, être autorisée ou rémunérée autrement que par des accords de gestion collective. Par conséquent, pour qu'un système de licence collective de certains droits à la demande puisse se mettre en place, il faut des moyens plus puissants que de simples encouragements prodigués aux ayants droits concernés.
- Hormis les points indiqués par la Commission, la future directive cadre sur la bonne gouvernance des sociétés de gestion collective devrait inclure quelques principes complémentaires portant sur la supervision.
- Lorsqu'elle assure la Commission de son total appui à propos des questions de gestion numérique des droits, l'UER tient à souligner que les systèmes DRM ne peuvent, en soi, offrir une solution politique. Il faut à la fois que les acteurs intéressés les acceptent et que ces systèmes soient compatibles avec les principes fondamentaux - droits et exceptions - de la législation sur le droit d'auteur (voir, en annexe 3, le Mémorandum de l'UER sur la gestion numérique des droits).



24.6.2004
MB/HR/npr/cf
Original: anglais

**REPONSE DE L'UER A LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION
SUR LA GESTION DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS
AU SEIN DU MARCHE INTERIEUR**

L'UER se félicite de la Communication sur la gestion des droits dans le marché intérieur que la Commission européenne a publiée. Comme le souligne à juste titre la Commission dans son communiqué de presse, il est extrêmement important de promouvoir une gestion efficace des droits pour le bon fonctionnement du marché intérieur. Or l'on doit faire face aujourd'hui à une demande croissante de services de radiodiffusion transfrontaliers dont puissent bénéficier tous les citoyens européens. Il faut donc veiller, non seulement à une bonne gouvernance des sociétés de gestion collective qui serait garantie par l'adoption d'une directive cadre, mais également à promouvoir des licences transfrontalières par une législation communautaire appropriée dans la mesure où le marché intérieur des services de radiodiffusion ou services parallèles à caractère transfrontalier ne peut pas fonctionner correctement sans cela.

Les commentaires de l'UER figurent sous trois têtes de chapitre: promotion des licences transfrontalières, gestion numérique des droits et contrôle externe des sociétés de gestion collective.

I. Promotion des licences transfrontalières

a) Diffusion d'émissions en simulcast sur l'Internet ou sur d'autres réseaux de télécommunications

Bien que l'idée première de la Communication soit de soumettre l'octroi de licences transfrontalières aux impératifs du marché, la Commission se montre disposée à envisager, au besoin, tout l'arsenal d'options législatives possibles (y compris les plus radicales), ce qui montre l'importance capitale qu'elle attache à la question.

Les services de radiodiffusion ne se sont jamais arrêtés aux frontières. Il n'est pas un radiodiffuseur national dans l'Union européenne, dont les signaux ne puissent être captés dans les pays voisins. De nombreuses émissions par satellite peuvent être reçues dans toute l'Europe. La simple *réception* d'émissions transfrontalières dans d'autres pays ne constitue pas, et n'a jamais été un acte distinct sous l'angle du droit d'auteur. Le fait de pouvoir recevoir les signaux émis est la conséquence d'un acte antérieur (la transmission au public) et ne représente pas l'acte proprement dit. Non seulement les émissions radiophoniques, en particulier sur les ondes courtes, mais aussi les émissions télévisées franchissent les frontières depuis des décennies, sans que le statut de ces émissions ait jamais été mis en cause eu égard aux lois sur le droit d'auteur.

Lorsque la question s'est néanmoins posée dans le contexte de la radiodiffusion par satellite, avec la fameuse "théorie de Boggsch"; l'Union européenne a décidé de lever toute ambiguïté sur ce point. Ainsi, en 1993, la directive CEE sur le satellite/câble vint-elle confirmer explicitement que l'acte de transmission par satellite a lieu uniquement dans le pays où (pour résumer) le signal est introduit, sous le contrôle du radiodiffuseur, dans la chaîne de communication qui aboutit au satellite. C'était la confirmation du fait que le lieu de réception d'une telle communication ne joue pas de rôle pour déterminer la loi applicable. Par ailleurs, la directive rappelle précisément que la réception a évidemment sa pertinence pour déterminer le nombre d'auditeurs et de téléspectateurs à prendre en compte pour le calcul de la rémunération. Par conséquent, étant donné le caractère transfrontalier de la radiodiffusion, la règle explicite concernant les transmissions par satellite ne peut être prise comme une "exception" au principe de la territorialité du droit d'auteur.

Des Membres de l'UER ont, dans un passé récent, vécu plusieurs situations montrant que le même genre de clarification est nécessaire pour *assurer* le bon fonctionnement du marché intérieur dans un domaine parallèle de services transfrontaliers à savoir, en particulier, la transmission simultanée d'émissions par streaming sur l'Internet (diffusion en simulcast). La proposition que la simple réception d'émissions transmises en simulcast sur l'Internet constitue un acte d'exploitation eu égard au droit d'auteur est inacceptable. Du point de vue du droit d'auteur et du marché intérieur, il n'y a aucune raison impérative de réserver à la diffusion d'émissions en simulcast sur l'Internet en Europe un traitement différent de celui des transmissions par satellite.

Cette question est en outre préoccupante en ce qui concerne le droit de la concurrence européen. Comme le décrit plus en détail le document contenant les commentaires additionnels de l'UER à l'attention de la Direction générale de la Concurrence de la Commission européenne, à propos notamment de l'Accord de simulcasting avec l'IFPI (voir l'appendice 1 ci-jointe), plusieurs sociétés de gestion collective locales font valoir aux Membres de l'UER que la "consommation" locale d'une diffusion en simulcast sur Internet reçue à partir du site Internet d'un radiodiffuseur étranger est à considérer comme relevant uniquement de la législation sur le droit d'auteur du pays de la personne qui reçoit l'émission; ces sociétés tentent ainsi de forcer la main aux radiodiffuseurs pour qu'ils acceptent des tarifs différents pour tous les territoires (en principe le monde entier) où les transmissions en simulcast peuvent être reçues. Ces commentaires additionnels de l'UER montrent pourquoi cette revendication (et d'autres d'ailleurs qui lui sont rattachées) est en contradiction ou du moins incompatible avec les principes fixés par la DG Concurrence. Dans le même temps, cette revendication équivaut à imposer contractuellement au radiodiffuseur étranger la thèse faisant de la simple réception d'une diffusion/communication transfrontalière au public dans d'autres pays un acte distinct au sens du droit d'auteur, ce qu'elle n'est pas et n'a jamais été.

Dans ces conditions, afin qu'il ne puisse y avoir la moindre confusion au sujet de la loi applicable à l'acte de communication au public dans le cas du streaming en temps réel sur l'Internet, l'UER propose l'adoption, dans la législation communautaire, de la définition suivante à des fins de clarification:

"L'acte de communication au public par streaming pour une réception simultanée par le public sur l'Internet ou sur d'autres réseaux de télécommunications a lieu exclusivement dans l'Etat membre où l'objet protégé est introduit dans le réseau sous le contrôle et la responsabilité de l'organisme émetteur".

Cette définition apporterait une clarification parallèle à celle que donne la directive sur le satellite/câble de 1993 en ce qui concerne la radiodiffusion par satellite.

Face aux tentatives récurrentes de créer des obstacles concrets au bon fonctionnement du marché intérieur, une clarification législative doit être rapidement apportée pour *garantir* que des licences transfrontalières puissent et soient effectivement délivrées pour les diffusions en simulcast d'émissions sur l'Internet. A supposer que la phase de réexamen de la directive satellite/câble soit bientôt terminée, la révision de la directive qui s'ensuivra pourrait être le moment opportun d'inclure à temps dans la législation communautaire la définition proposée ci-dessus à des fins de clarification.

b) Autres améliorations en fait de licences transfrontalières

A toutes fins utiles, les autres propositions de modification de la directive sur le satellite/câble, que l'UER a déjà soumises à la Commission dans le contexte spécifique des licences transfrontalières, sont reproduites dans l'appendice 2 ci-jointe.

L'UER souhaite en outre attirer l'attention de la Commission sur le fait que s'agissant de promouvoir les licences transfrontalières dans un autre contexte spécifique, les résultats n'ont pas été à la hauteur des espoirs du législateur de l'Union européenne. Comme noté au paragraphe 3.2.1 de la Communication, le considérant 26 de la directive 200/29/CE sur le droit d'auteur dans la société de l'information encourage les producteurs de phonogrammes à conclure des contrats de licence collectifs afin de faciliter le règlement des droits nécessaires aux radiodiffuseurs pour utiliser, dans le cadre de services à la demande, leurs productions radiophoniques ou télévisuelles contenant de la musique sur phonogrammes du commerce en tant que partie intégrante de ces productions. Etant donné que ce considérant n'a pas eu l'effet désiré, la mention faite au paragraphe 1.2.4 de l'option législative d'une gestion collective obligatoire est éminemment pertinente et il faut s'en féliciter.

II. Gestion numérique des droits

L'avis qu'exprime la Commission, dans les paragraphes 1.2.5 et 1.3 de sa Communication, à propos des questions de gestion numérique des droits, a le total appui de l'UER. La condition *sine qua non* de toute solution DRM est que toutes les parties intéressées, y compris les consommateurs, l'acceptent et qu'elle soit compatible avec les principes fondamentaux du droit d'auteur. Ceci implique l'existence de normes ouvertes qui garantissent une véritable interopérabilité à l'échelle mondiale et de ce fait la mise en place d'un marché récepteur horizontal pour les émissions numériques, et qui permettent dans le même temps une liberté de choix (choix de l'équipement, du réseau, des services et du contenu) et la protection de la sphère privée des consommateurs.

En outre, l'UER tient à mettre en évidence l'analyse de la Commission qui estime à présent que les systèmes de DRM n'apportent pas une solution politique capable de bien équilibrer tous les intérêts en jeu, ces systèmes n'étant pas eux-mêmes le moyen approprié pour déterminer la protection du droit d'auteur ou les exceptions et limitations à cette protection. Lorsque des actes autorisés par la loi, tels que l'utilisation aux fins de citations ou de revues critiques, de reportages sur des événements de l'actualité ou dans le cadre d'autres limites prévues dans l'intérêt public, sont entravés par l'application de mesures technologiques (ce qu'il est convenu d'appeler un "verrouillage technologique"), le législateur doit pouvoir intervenir efficacement pour remédier à ce genre de situation.

Toute mesure de protection technique qui pourrait être mise au point dans le futur pour la radiodiffusion numérique n'est acceptable que si elle satisfait à toutes les exigences (de base) énumérées dans le Mémoire de l'UER sur la gestion numérique des droits, ci-joint en appendice 3. Par conséquent, toute protection technique de ce genre doit être appropriée et rentable. Ces mesures doivent notamment:

- strictement se limiter à empêcher la redistribution illicite sur l'Internet par le biais de services à la demande;
- inclure une sauvegarde protégeant les radiodiffuseurs contre toute exigence directe, ou indirecte, de cryptage ou d'embrouillage du signal;
- être attractives pour les auditeurs et téléspectateurs d'émissions numériques, qui doivent garder la possibilité de réaliser des copies pour leur usage privé, et
- garantir la protection des données personnelles des auditeurs et téléspectateurs.

III. Contrôle externe des sociétés de gestion collective

L'UER souhaite en premier lieu s'exprimer à propos de l'importance, aujourd'hui comme demain, de la gestion collective. Pour les sociétés de gestion collective, les radiodiffuseurs représentent une importante clientèle. De leur côté, les radiodiffuseurs ont absolument besoin de quelques sociétés de gestion, notamment dans le domaine de la musique, où les ayants droit sont bien trop nombreux pour que les radiodiffuseurs puissent les localiser et négocier avec eux en fonction des droits de chacun. Il est par conséquent très important de savoir que l'utilisation massive d'objets protégés, tels que les oeuvres musicales et les phonogrammes du commerce, à des fins de radiodiffusion ne peut, concrètement, être autorisée ou rémunérée autrement que par des contrats de gestion collective. Ce principe est valable dans le monde numérique comme il l'était dans l'environnement analogique.

L'UER appuie avec fermeté la Commission lorsque celle-ci conclut que le contrôle externe des sociétés de gestion collective eu égard aux règles de la concurrence doit être complété par un *cadre législatif* sur une bonne gouvernance, ce qui signifie notamment la mise en place d'une société de gestion collective, l'obligation d'accorder des licences à des conditions raisonnables, la possibilité pour les utilisateurs de contester les tarifs proposés et l'élaboration de règles communes pour la mise en place de mécanismes de contrôle externe adéquats. Est-il besoin d'ajouter que ce genre de cadre devrait être applicable à toutes les sociétés ou organisations s'occupant de gestion et/ou de distribution pour le compte d'une catégorie d'ayants droit, quelle que soit leur forme juridique.

Toutefois, en ce qui concerne les détails de ces mécanismes de contrôle, il est indispensable que les autres principes fondamentaux exposés par l'UER soient pris en compte. En particulier:

- pour chaque catégorie de droits dans chaque domaine d'exploitation (par exemple les droits des artistes interprètes ou exécutants à rémunération pour les retransmissions par câble), il ne devrait exister qu'une seule société de gestion collective par pays et, s'il en

existe plusieurs, elles devraient être tenues d'agir conjointement lorsque les négociations concernent le même utilisateur (voir également ci-après, sous 1.a);

- un tribunal du droit d'auteur, ou une commission autonome spécialisée dans la médiation ou d'arbitrage (établie à titre permanent ou sur une base ad hoc pour un litige précis) est une solution à privilégier, au lieu de devoir (toujours) saisir d'emblée des tribunaux ordinaires pour tout type de litige;

- la gestion collective devrait être soumise à certaines obligations (dictées à la fois par le marché intérieur et par le droit européen de la concurrence) afin de faciliter l'acquisition de droits transnationaux et de promouvoir la disponibilité de services de radiodiffusion transfrontaliers pour tous les citoyens européens (voir, ci-dessus, le chapitre I, ainsi que l'appendice 2);

- les mécanismes de contrôle actuels devraient être améliorés (dans certains pays) en tenant compte des paramètres décrits ci-après.

1. Obligations minimum pour l'établissement de sociétés de gestion collective

a) Un répertoire assez large; des garanties contre les ayants droit extérieurs

S'il existe plus d'une société représentant la même catégorie d'ayants droit, la condition minimum pour une action conjointe vis-à-vis du même utilisateur est que la société que privilégie l'utilisateur ait l'obligation légale de garantir à ses partenaires contractuels (les utilisateurs) la protection contre toute revendication de la part des autres sociétés. Il est clair que la société doit disposer d'un répertoire assez large pour pouvoir donner une telle garantie.

Pour prendre un exemple, la loi allemande sur la gestion du droit d'auteur et des droits voisins stipule en son article 3(3) que l'autorité de surveillance (le Bureau des brevets) peut refuser l'autorisation s'il est "peu probable, compte tenu de la situation économique de la société de gestion collective, que les droits et intérêts qui lui sont confiés seront gérés de manière efficace". Une telle disposition serait donc hautement souhaitable dans les pays notamment où les diverses sociétés de gestion doivent défendre de nombreux intérêts différents, mais accusent une carence dans le contrôle de l'étendue de leur répertoire.

Dans le même ordre d'idées, les contrats de gestion collective devraient toujours contenir, ce qui ferait précisément leur intérêt, une clause de sauvegarde contre les prétentions d'ayants droit extérieurs; en effet, les ayants droit qui n'ont pas spécifiquement transféré ou confié leurs droits à la société de gestion pertinente ne devraient pas être à même de fragiliser la nature ou ébranler la portée de ces contrats. Par conséquent, les "accords collectifs étendus" qui ont pris source dans les pays nordiques constituent un mécanisme juridique efficace: les contrats librement négociés entre les utilisateurs et les sociétés de gestion collective représentant les ayants droit sont *étendus par la loi* aux ayants droit de la même catégorie, non représentés par la société de gestion.

b) *L'obligation de conclure des accords généraux avec les utilisateurs*

Une des principales raisons d'institutionnaliser un mécanisme de gestion collective est que cela créerait une obligation de négocier collectivement un niveau de rémunération approprié, pour le compte des différents ayants droit. Il est par conséquent souhaitable que cette obligation de conclure des accords collectifs soit inscrite dans la loi qui pose les exigences en matière d'établissement d'une société de gestion collective. La loi allemande, par exemple, *astreint la société de gestion collective à la conclusion d'accords généraux à des conditions raisonnables avec les associations d'utilisateurs*. (Dans les faits, ces accords prévoient des réductions tarifaires pouvant atteindre 20% si les utilisateurs s'engagent à encourager leurs membres à verser une rémunération dans les conditions contractuelles prévues).

c) *Une transparence suffisante*

La transparence voulue en matière tarifaire crée certaines obligations d'information. Pour reprendre le cas de la loi allemande, les sociétés de gestion collective ont l'obligation explicite de fournir des *informations sur les oeuvres* dont elles administrent les droits *ainsi que sur les ayants droit* dont les intérêts leur sont confiés.

2. *Conditions appropriées (en matière tarifaire) et solutions pour le règlement des différends*

En ce qui concerne la nécessité d'accorder des conditions appropriées, un contrôle adéquat devrait permettre de déterminer correctement le niveau de rémunération approprié. Pour cela, le contrôle devrait comprendre l'échange d'informations ("lignes directrices") avec les catégories d'utilisateurs à propos des critères de calcul de la rémunération, par exemple celui de *l'utilisation effective*. Spécialement dans le cas des radiodiffuseurs, il serait souhaitable et dans la logique des réalités d'aujourd'hui que les jurisprudences nationales et communautaires ainsi que la directive CEE sur le satellite/câble retiennent *l'audience effective* comme critère spécifique.

Il conviendrait en outre d'avoir une solution concrète pour prévenir les abus de position monopoliste dans le cas, par exemple, d'une société de gestion collective qui demanderait réparation pour une utilisation illicite du répertoire, en dépit du fait que l'utilisateur eût déjà présenté une offre sérieuse de rémunération. Pour prendre un exemple, une règle devrait stipuler que les droits d'exploitation sont accordés à l'utilisateur sur une base statutaire pour que la société de gestion collective ne puisse pas avoir des prétentions exagérées et se soustraire ainsi à ses obligations contractuelles. Cette solution existe déjà en Europe où elle découle du principe des négociations de bonne foi procédant du droit civil ordinaire. On pourrait prévoir qu'elle soit tributaire du *dépôt d'une somme d'argent se situant à mi-chemin des prétentions de chaque partie, sur un compte bancaire séparé* ouvert en faveur de la société de gestion collective, normalement à la condition que la hauteur définitive de la rémunération soit laissée à l'appréciation d'un tribunal ou d'un organe d'arbitrage.

3. *Autres paramètres d'un mécanisme approprié de contrôle externe*

a) *Compétence juridictionnelle*

Dans les pays, en particulier, où il existe des organes d'arbitrage spéciaux, on observe de sensibles différences de réglementation, non seulement en ce qui concerne les organes pertinents et leur composition/structure mais également en matière de compétence juridictionnelle, de moyens de contrôle, de possibilités de recours et de sanctions. Il est hautement souhaitable de *remédier aux insuffisances actuellement perçues dans les compétences* des tribunaux spéciaux de certains pays. Par exemple, une compétence juridictionnelle qui se limiterait à des questions de rémunération de la radiodiffusion de phonogrammes du commerce ne serait pas suffisante.

Au Royaume-Uni, par exemple, la compétence juridictionnelle du tribunal du droit d'auteur (Copyright Tribunal, ex-Performing Right Tribunal) a été élargie sur un certain nombre de points par le Copyright, Designs and Patents Act de 1988; ce tribunal peut maintenant statuer également (entre autres) sur le refus d'un détenteur de droit d'auteur d'accorder une licence à des conditions raisonnables, dans la mesure où la Commission de la Concurrence aura jugé qu'il s'agit en l'espèce d'un comportement contraire à l'intérêt public.

En outre, dans une compétence juridictionnelle élargie pourrait entrer l'examen d'autres pratiques potentiellement illicites en matière de licences, comme l'inégalité de traitement entre preneurs de licences ou encore l'octroi de licences à des *conditions restrictives*.

A vrai dire, si l'on étend la compétence juridictionnelle d'un organe d'arbitrage spécial en autorisant ce dernier, par exemple, à apprécier les motifs de toute revendication produite au titre du droit d'auteur, il se posera la question de savoir s'il faut également prévoir des pourvois en appel devant les *tribunaux ordinaires*.

b) *Impartialité, spécialisation dans le droit d'auteur, coûts et délais raisonnables*

Il faut garantir que ce tribunal spécial ou cette commission de médiation/d'arbitrage ait non seulement la distanciation nécessaire par rapport au secteur concerné mais soit également suffisamment *spécialisé(e)* dans le droit d'auteur, pour pouvoir: statuer en toute *impartialité* (un petit pays aura peut-être du mal à réunir assez de spécialistes impartiaux pour former un tribunal spécial ou une commission spécialisée), déterminer les *coûts* de manière équitable, et donner aux organes de surveillance des *délais raisonnables* pour régler les différends ou surveiller les négociations.



EUROPEAN BROADCASTING UNION

UNION EUROPEENNE DE RADIO-TELEVISION

Legal Department

Département juridique

22.6.2004
HR/npr
English only

Attachment 1
to EBU response
to communication on rights
management

TO THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES

**Cases COMP/C2/38.014 - IFPI "Simulcasting"
COMP/C2/38.126 - BUMA et al. "Santiago Agreements"**

Additional EBU Comments

1. Introduction

For many years now, the transmission of broadcasts via cable and the Internet (the latter at least with respect to radio) has been a common activity for most EBU Members carried out within their public service remit as defined by the Member States. Today, the possibilities for transmitting broadcasts (whether or not simultaneously) over various media platforms are constantly growing. The best-known examples of such delivery for the near future are broadband and, to a more limited extent, mobile telephony via GPRS or UMTS. In fact, various experiments are already being carried out in several European countries.

In the light of the foregoing, it is quite remarkable that, apart from simultaneous retransmissions of broadcasts via cable, no legislator (apart from the UK)¹ has so far stipulated a clear legal framework for other forms of *simultaneous delivery* of radio or television broadcasts. With the upcoming review of the 1993 Cable and Satellite Directive, the time has now come to take the necessary steps towards addressing the urgent needs of the Internal Market for one-stop-shop licensing, and particularly for the *simultaneous Internet transmission* of broadcasts ("simulcasting"). Such steps will be set out in more detail in a forthcoming submission to the Internal Market Directorate of the EC Commission.

¹ Under UK copyright law, after implementation of the 2001 Copyright Directive, a "broadcast" means an electronic transmission of visual images, sounds or other information which (a) is transmitted for simultaneous reception by members of the public and is capable of being lawfully received by them (...) and which is not excepted by subsection 1A (...). 1A: Excepted from the definition of broadcast is any Internet transmission unless it is (a) a transmission taking place simultaneously on the Internet and by other means (...). See: <http://www.legislation.hms.gov.uk/si/si2003/20032498.htm#4>.

However, in the present context we should like to draw the Commission's Competition Law Directorate's attention to one particular aspect of such simulcast transmissions which is directly related to competition law.

2. The IFPI Simulcasting decision

On 8 October 2002 the Commission granted an exemption, until 31 December 2004, under Article 81(3) of the EC Treaty in respect of a "model Reciprocal Agreement" between several *phonogram producers'* collecting societies. This model agreement was notified by the International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) and is intended to facilitate, for an experimental period, the granting of so-called "multi-territorial and multi-repertoire licences" to radio and television broadcasters for the simulcasting of their programmes which include recorded music from commercial phonograms.

It is worth recalling that, in its comments submitted to the DG Competition on 21 August 2001, the EBU stressed that the notified agreement did not adequately respond to new demands, created by the Internet, from the broadcasting industry, for the following reasons:

- a) Under Article 15 of the WPPT, phonogram producers are denied an exclusive right for *both broadcasting and any "communication to the public"* of commercial phonograms (which cover simulcasting). In almost all EU copyright laws, phonogram producers have only a right to be remunerated for such uses through agreements with the relevant collecting societies. Consequently, IFPI's argument on behalf of the notified model agreement that, in the absence of an *express mandate* to the relevant collecting societies, the simultaneous Internet streaming of broadcasts incorporating commercial phonograms would otherwise be illegal is substantially flawed or, at best, ambiguous, and in some countries would even be in conflict with the interpretation of the law..
- b) The alleged need for "multi-territorial" licences for simulcasting broadcasts would seem to reintroduce the "Bogsch theory", which was clearly rejected for direct satellite broadcasting in the 1993 Cable and Satellite Directive. In that Directive, the principle was established that (in short) the act of satellite broadcasting takes place only in the country where, under the control of the broadcaster, the signal is introduced into the chain leading to the satellite, so that the place of reception of such satellite broadcasts has *no relevance for the applicable law* (whereas the place of reception would remain relevant for determining the actual or potential audience; see also below).
- c) Moreover, the notified agreement clearly neglects recital (26) in the 2001 Copyright Directive for the Information Society, which urges phonogram producers to facilitate the clearance of *on-demand rights* for broadcasters through the conclusion of collective agreements. On the contrary, the notified model agreement expressly prevents the collecting societies from granting any licences for on-demand use. By way of contrast, the musical works "petits droits" societies generally do include the possibility for on-demand use of their repertoire by broadcasters; however, this part of the agreements cannot be

fulfilled where the phonogram producers' societies exclude the rights for such use.

Consequently, the Commission is aware that, from a copyright law perspective, the notified agreement provides *no significant support for broadcasters* in the clearance of rights (of phonogram producers) for the Internet use of radio or television programmes which happen to include extracts from commercial phonograms.

Notwithstanding the foregoing, the Commission's decision in this case is important at least with respect to two related issues:

- *No implications for national copyright law*

With regard to the specific concerns expressed by the EBU (as well as by FIM, the International Federation of Musicians, whose rights are not covered by the notified agreement) regarding the *legal grounds* for the simulcasting licences, the Commission held that such concerns fell *outside the scope of the procedure*; its analysis in this case was strictly limited to assessing of the agreement under the relevant Community and EEA competition rules. Accordingly, the Commission did not assess these legal grounds, and its decision "in no way prejudices any other legal question which may arise from national copyright or general civil law and that would fall within the competence of national authorities and/or national courts". Thus, the decision cannot be used to provide any indication whatsoever of the copyright nature of simulcasting radio or television broadcasts over the Internet.

- *Competition between collecting societies must be real and effective*

On the other hand, the Commission took the initiative, supported by, *inter alia*, the EBU, to insist on including a provision *allowing for competition* between the societies granting such multi-territorial simulcasting licences to broadcasters, in the sense that any European broadcaster should be free to clear the rights, insofar as necessary, with any collecting society in an EEA country of its choice.

Concerning the *level of remuneration* proposed for such licences, the Commission acknowledged that the participating societies had not yet definitively decided how to structure the "aggregate tariffs". However, the Commission stressed that the desired competition between the collecting societies could be undermined in practice if such competition did not extend to pricing. Consequently, the notifying parties were urged to bring about *increased transparency* in their relations with broadcasters. The parties undertook to present to the Commission, by the end of 2003, a set of proposals for setting their tariffs. As far as known, no such proposals have been published or otherwise made available to interested third parties such as the EBU.

3. Current attempts by the phonogram producers' societies

It appears that concerning the negotiations on including simulcasting into the collective agreements for the broadcasting of commercial phonograms (at least for purposes of clarification) several EBU Members have recently faced (identical) claims from the relevant collecting societies which are *contrary to or at least incompatible with* the principles as set out above by DG Competition:

- the societies claim that the local consumption of an Internet simulcast received from a *foreign* broadcaster's website is to be treated as covered only by the receiving person's own national copyright law. This would amount to an attempt at contractual imposition on that foreign broadcaster that *mere reception* of a cross-border broadcast in other countries is a separate act under copyright (which it is not and never has been).
- the societies require payment for such use on a "per-track-per-stream" basis, which, though recognizing the relevance of the factor "audience", does not sufficiently take account of the lack of uniformity among statistical methods to measure Internet usage, including the unreliability of geographical data on website "visits". In addition thereto, such methods cannot reveal the nationality of the website visitor (which means that expatriates in foreign countries are treated as nationals of such countries). This would risk to contradict the requirement of increased transparency.
- the new remuneration proposed by the societies makes a distinction between an artificially low "administration fee" and a correspondingly high "copyright tariff", and the level of the latter part would *differ per country of reception* and would have to be paid in accordance with the proposed tariffs of the local collecting societies (by and large also on a pay-per-track-per-stream basis). This system would have the combined result that competition between the collecting societies, if any, would not really extend to pricing.

4. Evaluation

Whatever the legal basis of Internet simulcasting licences by the collecting societies for phonogram producers would be (notwithstanding the fact that the Commission's decision expressly did not touch upon that question), it is obvious that the proposed system of tariff-setting by the collecting societies for such licences needs to be rejected. This attempt to force broadcasters to accept *different tariffs* for all territories where the simulcasts can be received (and this is, in principle, worldwide) is not only legally, but also practically and politically, unacceptable. After all, in each country the payment of remuneration for the transmission of programmes (including commercial phonograms) by broadcasters in that country depends on a variety of factors which are determined solely by the national copyright law (and its history), and the level of remuneration is therefore always subject to negotiations between the broadcaster and the collecting society. The tariff-setting as now proposed by the collecting societies would not lead to any significant variation between the potential licensors, particularly if the applicable tariffs for reception in foreign territories were fixed in advance. Moreover, it creates the risk of arbitrary tariffs, e.g. for countries which do not have established collecting societies for the rightholders concerned. Finally, it would be contrary to the current audiovisual policy in Europe if simultaneous Internet broadcasting were to be made dependent on the laws in all countries of reception.

It is of crucial importance to recognize that this proposed tariff-setting practice significantly differs from merely taking account of the *potential or actual audience* of a simulcast. As with the spill-over audience in the case of a satellite broadcast (which may easily cover 40 or more countries in Europe), it is generally acknowledged that such an audience may be a relevant factor for determining the *level* of remuneration (unless the language used makes that factor negligible in practice). However, it is a long-established practice with all music collecting societies that such satellite audiences in foreign countries change *neither the applicable tariff nor the basis thereof*. It would be totally unjustified if the (limited) foreign audience of a simulcast would be used as a pretext to reverse that situation.

Hence, it does not need too much imagination to conclude that the recent (apparently concerted) practices of the phonogram producers' collecting societies as described above would virtually nullify any real and effective competition between the said societies in the EEA and are mainly intended to circumvent the present policy of the DG Competition as laid down in its preliminary decision on the IFPI Simulcasting Agreement.

5. Conclusion

In the light of the foregoing, we urge the Commission to investigate the proposed tariff-setting by the collecting societies with the utmost vigilance before issuing the final exemption to that particular part of the notified Simulcasting (model) Agreement. Introducing different tariffs for all countries of reception of a simulcast needs to be firmly rejected. With particular regard to the requirement of increased transparency, it must be ensured that tariff proposals reflect the technical reality that Internet simulcasting can reach only an extremely limited potential audience (approximately 10,000 people in total, depending on the server capacity, which is thus far lower than the audience for satellite broadcasts) and that they take proper account of the usual language barriers within Europe. *Actual use* and *actual audience* should play an indispensable role as objective and appropriate criteria for determining a fair level of remuneration.

It goes without saying that such scrutiny should also be applied with respect to other model contracts or provisions insofar as notified by music collecting societies for the express clarification that simulcasting and other webcasting activities are covered by their collective agreements with broadcasters.



EUROPEAN BROADCASTING UNION

Legal Department

UNION EUROPEENNE DE RADIO-TELEVISION

Département juridique

07.03.2003 (rév)
DAJ/MB/fw/cf
Original: anglais

Appendice 2
de la réponse de l'UER à la
communication de la
Commission

RESUME DES PROPOSITIONS SPECIFIQUES DE L'UER DEJA PRESENTEES
A LA COMMISSION EUROPEENNE POUR UN AMENDEMENT
DE LA DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE SUR LE SATELLITE/CABLE

1. Le système de règlement des droits de pays à pays établi par la directive pour la retransmission simultanée, complète et sans changement d'émissions par des câblodistributeurs devrait également être appliqué à la retransmission simultanée, complète et sans changement d'émissions par des *opérateurs de bouquets numériques par satellite*, pour autant que ces derniers mettent cette retransmission à la disposition des seuls abonnés qui paient leurs services. En outre, puisque le raisonnement qui soutient ce système se fonde essentiellement sur le caractère commercial de l'activité de retransmission, il faudrait également étendre l'application de ce système de règlement des droits aux retransmissions effectuées par des opérateurs de bouquets numériques *terrestres*.

A telle enseigne qu'on ne voit pas pourquoi le même système de règlement des droits ne s'appliquerait pas également à la retransmissions simultanée, complète et sans changement d'émissions effectuée par l'ensemble des opérateurs tiers qui exploitent les émissions dans des conditions analogues, quels que soient les moyens techniques qu'ils utilisent.

2. Il est un principe fondamental qui veut que les câblodistributeurs aient l'obligation légale d'obtenir tous les droits pertinents auprès des radiodiffuseurs respectifs et des sociétés de gestion représentant les autres groupes d'ayants-droit. Mais il peut arriver dans des circonstances tout à fait exceptionnelles qu'un radiodiffuseur souhaite, pour des raisons particulières, régler lui-même les droits qu'il ne détient pas, pour le compte du câblodistributeur. Par conséquent, une nouvelle révision de la directive devrait donner aux radiodiffuseurs qui assurent des services de programmes transnationaux de satellite à câble, la *possibilité - libre à eux d'en faire usage ou non* - de régler tous les droits de câblodistribution auprès des sociétés de gestion collective compétentes (notamment les sociétés de "petits droits") du pays où la *diffusion d'origine a lieu*, plutôt qu'auprès des sociétés de tous les pays où a lieu la distribution par câble.

3. L'expérience montrant que les négociations contractuelles pour des contrats généraux sont souvent bien plus faciles lorsque toutes les parties concernées se retrouvent à la même table de négociation, il serait utile que la directive prévoie une certaine obligation pour les groupes d'ayants droit de négocier ensemble avec les câblodistributeurs, à tout le moins lorsque l'une des parties le demande. A l'inverse, la directive devrait spécifiquement obliger les câblodistributeurs (qui peuvent être plusieurs centaines, même dans les petits pays) à se regrouper dans une seule association nationale afin de négocier collectivement avec les ayants droit.
 4. Dans la perspective d'une amélioration des dispositions de l'article 11 concernant la médiation, les termes de la loi allemande sur la gestion du droit d'auteur pourraient inspirer une solution de remplacement (par exemple, la décision de la Commission d'arbitrage saisie en cas de différends à propos des tarifs qu'appliquent les sociétés de gestion collective est contraignante, sauf s'il en est fait appel devant un tribunal; et les sociétés de gestion collective ont l'obligation de conclure des contrats à des conditions équitables avec les utilisateurs qui demandent une autorisation). Une autre possibilité serait d'avoir un tribunal indépendant investi de pouvoirs semblables à ceux du tribunal du droit d'auteur ("Copyright Tribunal") qui existe au Royaume-Uni.
 5. En ce qui concerne les organismes de radiodiffusion, l'article 12 de la directive reconnaît (s'alignant en cela sur l'Arrangement européen de 1960 pour la protection des émissions de télévision) que les radiodiffuseurs peuvent avoir des raisons légitimes de refuser que leurs programmes soient distribués dans une région ou un pays déterminés, ou par un câblodistributeur spécifique. Le pouvoir d'un organe de surveillance, dans la mesure où il en existe un, s'arrête donc aux cas où le droit de distribution par câble a été "refusé arbitrairement ou proposé à des conditions abusives" par les organismes de radiodiffusion. Toutefois, l'article 12, en son paragraphe 2, autorise simplement les Etats membres qui ont déjà un organe de surveillance, à le maintenir en place mais pas au-delà du 1er janvier 2003. La directive devrait être revue pour permettre à tout Etat membre qui le souhaiterait de créer un tel organe de surveillance et de le maintenir en place pour une durée indéterminée.
 6. L'article 3(2) de la directive devrait être modifié pour confirmer que des contrats collectifs étendus peuvent s'appliquer aux émissions par satellite en général et pas seulement à celles qui consistent en la transmission simultanée d'une diffusion terrestre par le même radiodiffuseur.
-



20.05.2003
DAJ/HR/cf.2

Appendice 3
de la réponse de l'UER à la
communication de la
Commission

MEMORANDUM DE L'UER SUR LA GESTION NUMERIQUE DES DROITS

Impact et importance de la DRM pour les radiodiffuseurs

Il n'existe pas (encore) de définition de la gestion numérique des droits, qui soit universellement acceptée. Le plus souvent, le sigle DRM désigne la gestion des droits par des moyens numériques, cette notion couvrant donc non seulement les *mesures techniques de protection contre la copie* mais aussi *l'administration électronique de droits contractuels*. Il peut s'agir dans ce dernier cas du traitement technique de métadonnées concernant les droits sur des objets protégés (informations sur l'utilisation et/ou sur les limites imposées aux médias, etc.), ce qui comprend le traçage et le contrôle de l'utilisation de ce matériel protégé. Les mesures anti-copie entendent contrôler la copie numérique - le nombre de copies, leur conservation ou redistribution - voire, si cela s'avère nécessaire, empêcher la réalisation de ces copies. Dans l'application des clauses contractuelles, c'est-à-dire lorsque la solution DRM contrôle la durée de l'écoute ou du visionnage, des recoupements sont possibles dans ces types de solutions DRM.

L'idée de base de la DRM est de faciliter, par des moyens techniques, l'octroi et l'acquisition de droits d'auteur ou droits voisins et empêcher par ces mêmes moyens que le contenu premium soit utilisé sans autorisation. Bien que l'on trouve chez les ayants droit comme chez les utilisateurs (en tant que distributeurs) la même volonté de faciliter le mécanisme d'octroi des droits sur des contenus protégés, il faut être bien conscient que certains droits ou certaines utilisations massives de matériel protégé - on songe par exemple aux licences multi-répertoire dans le secteur de la musique - ne peuvent faire l'objet d'une autorisation ou d'une rémunération que par le biais d'accords de gestion collective.

Il est évident que les radiodiffuseurs, radio et télévision confondues, doivent être associés de près à tout débat portant sur une éventuelle solution DRM en radiodiffusion numérique. Des solutions DRM peuvent être utiles, par exemple, pour contrôler *l'utilisation* (c'est-à-dire la redistribution) de contenu protégé, mais elles ne devraient pas servir à barrer *l'accès* à ce contenu. Pour un large accès aux nouveaux services numériques, il faut laisser la concurrence jouer librement sur toutes les plateformes de distribution pour éviter de verrouiller certains marchés ou de générer d'autres freins similaires.¹ En outre, les mesures DRM devraient beaucoup alléger le travail administratif du radiodiffuseur pour acquérir ou octroyer des droits, permettant par exemple de recenser automatiquement les utilisations d'oeuvres musicales et de phonogrammes du commerce. A cela

¹ Voir les commentaires de l'UER sur le document de travail des services de la Commission des CE intitulé "Openness and interoperability in digital television"; ces commentaires, datés du 14 février 2003, sont disponibles (uniquement en anglais) sur le site web de l'UER www.ebu.ch/departments/legal/position.php.

s'ajoute qu'en matière de piraterie massive de leurs propres contenus premium sur l'Internet, par exemple pour des programmes TV consacrés à des événements sportifs majeurs, les radiodiffuseurs ont à plusieurs égards intérêt à contrôler ces copies et activités de distribution illégales.

Ces intérêts spécifiques ne peuvent toutefois déterminer, à eux seuls, la solution technique la plus appropriée. Il faut tenir compte du fait que le contenu premium, particulièrement exposé à la piraterie massive, n'est présent que dans un nombre infime d'émissions régulières des radiodiffuseurs qui émettent en clair. De plus, ceux qui exploitent (ou exploiteront) des systèmes de commerce électronique sont mus par des intérêts structurellement différents de ceux qui animent les Membres de l'UER dans leurs activités régulières. En règle générale, la protection technique doit être proportionnelle au risque effectif de piraterie, et intervenir là où le danger s'est concrétisé. Par conséquent, toute application DRM à la radiodiffusion devrait être assez *souple* pour se couler dans le moule de différentes situations.

Ces questions de gestion numérique des droits sont étroitement liées (sans toutefois s'y limiter) à la mise en oeuvre de la Directive communautaire de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Toutefois, la DRM est une mesure de protection (technique) *complémentaire* et ne peut ni ne doit être prétexte à masquer le cadre juridique de la protection du droit d'auteur. Il faut absolument qu'une solution DRM comprenne quelques sauvegardes, par exemple pour les exceptions ou limitations que prévoient traditionnellement les lois nationales sur le droit d'auteur.

Dans la mesure où les solutions DRM ne se limitent pas au contrôle d'utilisations illicites via l'Internet, elles peuvent également avoir un impact sur le passage de l'analogique au numérique, qui participe d'un voeu général. Cela veut dire qu'outre le besoin évident *d'une totale interopérabilité* et d'une normalisation, il en va de l'étendue d'une mise en oeuvre concrète de la technologie DRM par les radiodiffuseurs et du possible dilemme du cryptage. Il va sans dire que toute solution DRM doit respecter le principe de la libre circulation de l'information et ne doit pas brider la radiodiffusion en clair par satellite. Par conséquent, toute solution technique devrait laisser le radiodiffuseur seul maître à bord pour décider, le cas échéant, de crypter le signal à la source. Dans le contexte notamment de la libre circulation des services de radiodiffusion dans le Marché intérieur, les solutions DRM devraient toujours favoriser l'accès du public à un vaste choix de programmes européens, voire dans l'idéal améliorer cet accès.

Principes et exigences

N.B. Les exigences citées sous B et C développent pour l'essentiel les principes généraux énumérés sous A. Celles du paragraphe D découlent également des rapports qu'ont les radiodiffuseurs public avec le public en général.

A. PRINCIPES GENERAUX

Une solution DRM doit respecter les principes qui sous-tendent le droit et les politiques communautaires, à savoir:

- la libre circulation des services de radiodiffusion, basée sur le principe du pays d'origine,
- la promotion de la diversité culturelle et linguistique,
- le renforcement de l'industrie européenne de l'audiovisuel.

Une solution DRM doit en particulier épouser les objectifs réglementaires pour garantir que tous les citoyens européens aient accès à un large choix de programmes de radio et de télévision en provenance des différents Etats membres.

Si la technologie DRM est utilisée en radiodiffusion à l'échelle planétaire, il faut au préalable reconnaître aux radiodiffuseurs (par le biais, par exemple, d'un Traité de l'OMPI) les droits matériels sur lesquels peut s'appuyer la protection juridique de cette technologie.

Une solution DRM appliquée à la radiodiffusion doit garantir l'intégrité du signal diffusé et la liberté journalistique des radiodiffuseurs.

B. LES RADIODIFFUSEURS COMME PRODUCTEURS DE CONTENU

- 1. Les techniques de protection contre la copie doivent être souples et adaptées à chaque cas; elles doivent être proportionnelles au risque de piraterie pressenti, compte tenu du média considéré, de la valeur du contenu et de la manière dont ce contenu est mis à disposition du public**

La technologie DRM de protection contre la copie doit être conçue avant tout comme un outil raisonnablement efficace pour lutter contre la redistribution non autorisée de contenu premium effectuée dans le cadre de services à la demande sur l'Internet.

- 2. Pas de réglementation obligatoire, sauf si l'interopérabilité ne peut être garantie autrement**

Un consensus volontaire sur une norme ouverte unique est la meilleure solution. A défaut, il faut garantir la totale interopérabilité des normes techniques et faire en sorte qu'à tout le moins le consommateur n'ait pas à subir des frais supplémentaires déraisonnables (il faut, autrement dit, prévoir un marché horizontal au niveau des appareils de réception et d'enregistrement).

- 3. Prise en compte des anciens systèmes**

Il faut prévoir une période de renouvellement des équipements pour tenir compte de ce que toutes les parties intéressées sont en droit d'attendre, à savoir de pouvoir continuer à utiliser leur équipement de production, d'enregistrement et autres appareils électroniques.

C. LES RADIODIFFUSEURS COMME UTILISATEURS OU DISTRIBUTEURS

- 1. Les solutions DRM ne doivent pas servir à spolier les radiodiffuseurs du bénéfice des exceptions ou limitations prévues par la législation sur le droit d'auteur**

Ceci s'applique en particulier à la possibilité de réaliser, pour les besoins de la radiodiffusion, des reproductions accessoires de matériel protégé.

2. Les solutions DRM ne doivent pas causer des interférences avec le signal diffusé

La protection contre la copie est une mesure intrinsèquement différente de l'accès conditionnel. Les solutions DRM devraient donc toujours laisser le radiodiffuseur concerné libre de décider de crypter ou non la transmission du signal. Des phénomènes visibles, audibles ou de décalage dans le temps, causés par des mesures anti-copie, ne peuvent se produire qu'une fois le signal capté ou enregistré sur des appareils compatibles DRM.

3. Les solutions DRM doivent faciliter ou simplifier l'acquisition habituelle des droits

L'acquisition habituelle des droits auprès des sociétés de gestion collective, aux fins d'une radiodiffusion ou d'autres activités, ne doit pas être entravée. De plus, les solutions DRM ne doivent pas être utilisées abusivement pour empêcher l'acquisition de droits transnationaux et/ou faire obstruction à des services de radiodiffusion transfrontaliers, ou encore comme un moyen de verrouiller le marché des services en ligne et/ou des services à la demande.

4. Les solutions DRM doivent être rentables

Les solutions DRM ne doivent pas faire augmenter les frais administratifs ou générer d'autres coûts eu égard à une radiodiffusion numérique effectuée en toute légitimité. En outre, l'application de toute solution DRM imposée par les fournisseurs de contenu est acceptable du point de vue des radiodiffuseurs uniquement à la condition que leurs frais leur soient remboursés. Cette remarque vaut en particulier s'il est exigé qu'une solution DRM soit incorporée dans le signal diffusé.

5. Responsabilité hors de cause après l'application d'une solution DRM

En radiodiffusion, les solutions DRM sont acceptables uniquement à la stricte condition que les radiodiffuseurs ne soient pas tenus pour responsables des infractions commises par des tiers.

D. LES INTERETS DES AUDITEURS/TELESPECTATEURS

1. Copie pour usage privé

Les solutions DRM doivent permettre aux auditeurs/télespectateurs de services de radiodiffusion de faire, pour leur usage personnel, une copie des programmes, en particulier pour pouvoir les écouter/regarder plus tard. Sur le plan de l'utilisation privée de ces copies, les solutions DRM ne doivent pas rendre la technologie numérique moins attrayante pour les auditeurs/télespectateurs, ce qui les ferait hésiter à basculer rapidement de l'analogique au numérique.

2. Neutralité de la plateforme

Les solutions DRM doivent avoir le même degré de compatibilité avec toutes les formes de diffusion (terrestre, par câble, par satellite, en mode UMTS) afin que le public puisse accéder aux services de radiodiffusion par différentes plateformes média.

3. Intégrité des intérêts légitimes à protéger la vie privée

Les solutions DRM ne doivent pas exiger l'indication de l'identité de chaque auditeur ou téléspectateur et du type d'appareil utilisé pour la réception du signal (ces données n'étant requises que pour des garanties ou des services supplémentaires). En outre, les solutions DRM qui comprennent, soit un traitement des données relatives aux activités d'enregistrement de la part des auditeurs ou téléspectateurs de services de radiodiffusion, à des fins privées, soit un contrôle de ces activités, doivent avoir l'agrément de ces auditeurs/téléspectateurs qui auront au préalable été correctement informés des objectifs de ces mesures.
