

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
MESTRE JOSÉ LUIS SALDANHA SANCHES

I. Estudos	Págs.
PAULO PITTA E CUNHA — <i>Reflexões sobre a União Europeia</i>	9
ARMANDO MARQUES GUEDES — <i>La Cour Constitutionnelle dans de Projet de Constitution de la Fédération Russe</i>	25
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO — <i>A segunda versão do Projecto de Código da Propriedade Industrial</i>	37
— <i>Anexo (Projecto oficial de um novo Código da Propriedade Industrial)</i>	116
DIOGO FREITAS DO AMARAL — <i>Apreciação do Relatório sobre a Regência de uma disciplina de Direito Constitucional apresentado em Provas de Agregação pelo Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho</i>	253
GILMAR FERREIRA MENDES — <i>O apelo do legislador (Appellentscheidung) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã</i>	265
ADOLF DIETZ — <i>Les entités de gestion collective en droit d'auteur allemand et en droit communautaire</i>	305
NELSON SALDANHA — <i>A politicidade do Direito e o problema do Direito Natural</i>	321
CARLOS ROGEL VIDE — <i>O direito de distribuição das criações do espírito e a sua extinção no Direito Comunitário</i>	337
CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL — <i>O contrato de investimento estrangeiro e a problemática decorrente da pretensa contratualização da concessão de benefícios fiscais</i>	359
 II. Estudos Académicos	
VITALINO CANAS — <i>Quadros e padrões do fenómeno político em Macau (A forma e o sistema do governo)</i>	393
ANTÓNIO DE MACEDO VITORINO — <i>Esboço de uma concepção sobre a natureza jurídica do Direito de Autor</i>	456

	<i>Págs.</i>
ANA PAULA DO VALLE-FRIAS DE MADUREIRA E PIEDADE DOURADO — <i>Harmonização da tributação de lucros e dividendos na CEE</i>	519
III. <i>Vida da Faculdade</i>	
<i>Problemas da Faculdade</i>	593
<i>Protocolo entre a Presidência do Conselho de Ministros e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	596
<i>Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira</i>	598
<i>Professor Doutor Adelino da Palma Carlos</i>	599
<i>Mensagem enviada pelo Presidente da República ao Dia da Faculdade, em 13 de Março de 1992</i>	601
<i>No Dia da Faculdade (discurso proferido na sessão solene, pelo Presidente do Conselho Directivo, Prof. Jorge Miranda)</i>	603
<i>Discurso proferido pelo Dux da Tertúla Académica de Direito na Sessão Solene do Dia da Faculdade de Direito de Lisboa, em 13 de Março de 1992</i>	614
<i>Convénio de Cooperação entre a Academia Militar e a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	616
<i>A Universidade e os Descobrimentos (discurso proferido pelo Prof. Doutor Jorge Miranda)</i>	619
<i>Sobre o Regime de Admissão à Prestação de Provas de Doutoramento (pelo Prof. Doutor Jorge Miranda)</i>	627
<i>Relatório da Comissão de Reestruturação da Faculdade de Direito de Lisboa, criada pelo Decreto-Lei n.º 843-B/76, de 9 de Dezembro</i>	634

LES ENTITÉS DE GESTION COLLECTIVE EN DROIT D'AUTEUR ALLEMAND ET EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Adolf Dietz

Chef de département au Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent, Urheber- und Wettbewerbsrecht, Munich

(Conférence faite à l'Université de Lisbonne, le 30 Mars 1992)

Introduction

Les systèmes les plus développés de droit d'auteur en Europe, par exemple les lois allemande, espagnole et française, montrent que le droit d'auteur moderne ne peut plus être compris seulement dans son sens subjectif comme droit exclusif ou «propriété immatérielle» sur n'importe quelle oeuvre du domaine littéraire, scientifique et artistique. Aujourd'hui le droit d'auteur dans son sens objectif doit plutôt être compris comme un système entier de réglementation comportant cinq sous-systèmes relativement indépendants mais liés entre eux, à savoir le droit d'auteur matériel, les droits voisins, le droit relatif aux contrats d'exploitation, le droit des sociétés de gestion et le droit des sanctions civiles et pénales en cas de violation des droits.

Si l'on veut donc connaître les vraies dimensions et les vraies fonctions économiques, culturelles et sociales du système entier du

droit d'auteur dans un pays déterminé il convient de connaître les règles relatives à chacun de ces sous-systèmes du droit d'auteur, donc aussi les règles concernant la gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins. Surtout dans ce dernier domaine, aussi en Allemagne, nous assistons à l'heure actuelle à un dynamisme énorme, parce que le domaine d'activité des sociétés de gestion, traditionnel dans le secteur musical, s'étend actuellement d'une façon rapide à d'autres secteurs, par exemple les secteurs littéraire ⁽¹⁾ et artistique ⁽²⁾, mais aussi le secteur audio-visuel ⁽³⁾, ce qui fait qu'en Allemagne on compte aujourd'hui neuf ⁽⁴⁾ sociétés de gestion collective dont la plus puissante, certainement, reste toujours la GEMA dans le secteur musical (droits de représentation et droits de reproduction mécanique).

Le fait qu'en Allemagne comme dans d'autres pays, p. ex. en Autriche et en France, il existe une multitude de sociétés de gestion, compétente chacune pour un certain domaine d'exploitation et/ou une certaine catégorie d'oeuvres protégées, ne veut pas dire que ce système pluraliste est le seul qui existe ou qui soit justifié. Tout au contraire, des pays comme l'Italie et la Belgique connaissent un système unitaire où une seule société (ou presque) est omnicompétente pour tous les domaines et toutes les catégories d'oeuvres, soit sur la base d'un monopole législatif, comme en Italie, soit sur la base d'un monopole de fait, comme en Belgique. Mais, nous n'allons pas, à cette occasion, analyser les arguments pour et contre ces deux systèmes — d'une part le système pluraliste, d'autre part le système unitaire — car les traditions juridiques et de fait jouent un rôle important dans ce domaine et les législateurs des différents pays ont cru devoir les respecter.

⁽¹⁾ Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort).

⁽²⁾ Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (VG Bild-Kunst).

⁽³⁾ Verwertungsgesellschaft der Film — und Fernsehproduzenten (VFF); Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film — und Fernsehrechten (GWFF); Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken (VGF); Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten (GÜFA).

⁽⁴⁾ Apart les sociétés mentionnées dans les notes 1 à 3, il y a encore deux sociétés dans le secteur de droits voisins: Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL) et Verwertungsgesellschaft Musikedition (VG Musikedition).

A mon avis le choix entre les deux systèmes est finalement d'une importance secondaire. On peut atteindre les buts d'une organisation efficace de la gestion collective de leurs droits en faveur des auteurs et des autres titulaires du droit d'auteur par les deux voies étant entendu que certaines conditions sont remplies. Une question plus importante, cependant, est de savoir si la législation du droit d'auteur moderne peut tout simplement renoncer à réglementer ce domaine ou s'il n'est pas plutôt nécessaire de donner un cadre juridique clair et précis à l'activité de ces sociétés, dans l'intérêt même des auteurs, mais aussi des utilisateurs des oeuvres et de la société en général. Poser la question, à mon avis, c'est déjà y répondre dans le sens de la deuxième alternative.

Quand le législateur renonce à légiférer directement dans ce domaine, dans l'économie de marché moderne cette abstention ne signifie pas automatiquement une vie tranquille et sans ingérences d'organes de contrôle pour les sociétés de gestion. L'exemple des Etats Unis ⁽⁵⁾, mais aussi certaines tendances de la jurisprudence de la Cour Européenne ⁽⁶⁾ (et aussi de son Tribunal de Première Instance ⁽⁷⁾) montrent bien que le monopole de fait ou de droit que les sociétés de gestion détiennent normalement dans leurs domaines relatifs provoque très vite un contrôle par la loi antitrust, ce qui est, à mon avis, beaucoup moins favorable aux auteurs qu'un système de contrôle spécifique répondant d'une façon plus ouverte aux besoins du droit d'auteur et de ses bases juridiques et philosophiques, comme c'est certainement le cas en Allemagne.

⁽⁵⁾ Voir *Goldstein*, Copyright. Principles, Law and Practice, Boston etc. 1989, Vol. I p. 693 ss.

⁽⁶⁾ Voir infra, surtout en ce qui concerne les décisions dans le conflit SACEM/discothèques les deux arrêts de la Cour du 13 juillet 1989 (affaires jointes 110/88 et 241 et 242/88 ainsi que l'affaire 395/87), Cahiers du droit d'auteur No. 19 (Sept. 1989) p. 1 ss.

⁽⁷⁾ Voir récemment l'arrêt du 19 juillet 1991 (affaire BBC/Commission), RIDA No. 151 (Janvier 1992) p. 216 ss. avec note *Désurmont* (citant aussi deux arrêts parallèles du même jour concernant le même cas «Magill TV guide»).

La Réforme allemande de 1965

Lors de la réforme du droit d'auteur allemand de 1965 on avait aussi discuté des fonctions et du rôle des sociétés de gestion collective (en allemand «Verwertungsgesellschaften») et on avait même envisagé un monopole légal pour ces sociétés ⁽⁸⁾. Pour des raisons constitutionnelles pas toujours convaincantes on avait renoncé à cette idée bien que le législateur a clairement supposé — ne connaissant à ce temps que le système de la GEMA — que, en pratique et sous la pression des faits, des monopoles s'établiraient de facto en faveur de telle ou telle société de gestion collective. Comme nous verrons plus loin cette tendance s'est confirmée en règle générale, sauf dans le secteur tout récent des films où, à l'heure actuelle, quatre nouvelles sociétés de gestion (en plus de la société Bild-Kunst déjà existante) se sont établies pour gérer certains droits d'exploitation secondaires des oeuvres cinématographiques (rémunération pour reproduction privée, pour location et aussi dans le secteur de la télévision par câble).

Il est tout à fait clair que la Loi sur la gestion des droits d'auteur et des droits voisins du 9 septembre 1965 (qui a été adoptée le même jour que la Loi sur le droit d'auteur elle-même) était inspirée de considérations antitrust, donc de l'idée qu'une société de gestion disposant d'un monopole de fait doit être contrôlée comme les autres monopoles ou les entreprises avec une position dominante sur leur marché.

Ce qui me paraît important, cependant, c'est qu'on n'avait pas tout simplement soumis ces sociétés au contrôle par la loi antitrust de 1957 ⁽⁹⁾, mais, tout au contraire, qu'on avait, en prévoyant un régime spécial de contrôle, en même temps libéré les sociétés

⁽⁸⁾ Voir surtout *Möller*, Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins. L'expérience de la République fédérale d'Allemagne, *Le Droit d'auteur* 1988, p. 511 ss. (p. 515).

⁽⁹⁾ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 20. Februar 1990.

de gestion de l'application de la plupart des règles de cette loi anti-trust ⁽¹⁰⁾.

Cette décision du législateur allemand montre deux aspects importants de la question: d'une part, que les sociétés de gestion avec leur monopole de fait doivent être soumises à un certain contrôle mais, d'autre part, que les fonctions et tâches de ces sociétés, liées étroitement aux fonctions et tâches du droit d'auteur même, ne sont pas identiques à celles des entreprises commerciales et industrielles normales et méritent un régime spécial plus adapté à leur rôle.

D'ailleurs, quand on comprend la réglementation des sociétés d'auteur tout simplement comme un sous-système du droit d'auteur au sens large du terme, on aurait dû l'incorporer directement dans la loi du droit d'auteur elle-même. Il est intéressant de constater que c'est exactement ce que le législateur espagnol de 1987 a fait avec la loi sur la propriété intellectuelle ⁽¹¹⁾; du point de vue de sa cohérence intérieure et de sa structuration logique la loi espagnole me paraît être une des lois les plus modernes qui existe. L'argument est encore plus frappant si l'on sait que le *contenu* des prévisions de cette loi espagnole concernant les sociétés de gestion ⁽¹²⁾ est, dans une grande mesure, influencé par la loi allemande.

Le législateur français qui, lui aussi, avait introduit un régime spécial pour les sociétés d'auteur en 1985 l'avait fait d'une manière comparable à ce qu'on avait fait en Allemagne, c'est-à-dire dans une loi séparée ⁽¹³⁾, bien que couvrant encore d'autres matières que celle des sociétés d'auteur, comme p. ex. les droits voisins. Mais en France aussi on pense à une codification logique de tous les textes concernant le droit d'auteur et les droits voisins ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ Voir Art. 24 de la loi de gestion et les amendements de la loi antitrust y prévus.

⁽¹¹⁾ Ley 22/1987, de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual.

⁽¹²⁾ Voir livre III titre IV (Art. 132 ss.) de la loi espagnole.

⁽¹³⁾ Voir titre IV (Art. 38 ss.) de la Loi no. 85-660 du 3 juillet 1985.

⁽¹⁴⁾ Voir Art. 65 de la loi précitée.

Le régime allemand des sociétés de gestion collective

Comme déjà mentionné, la loi ⁽¹⁵⁾ entend soumettre les sociétés de gestion à un contrôle particulier de l'état, vu le monopole de fait qu'elles exercent en général dans les secteurs de l'utilisation des oeuvres qui leur sont confiées. Ces sociétés doivent donc, avant d'entrer en action, obtenir l'autorisation de l'autorité de contrôle (l'Office de brevets); il appartient à cette autorité de surveiller aussi leurs activités courantes.

En plus, le législateur pose une série d'obligations importantes pour ces sociétés, obligations qui ne sont pas sans influence sur la structure économique du droit d'auteur. Notamment, ces sociétés sont obligées, sur la base des droits gérés par elles, de *concéder à des conditions équitables* des droits d'utilisation ou d'accorder des autorisations à quiconque le demande (Art. 11 de la loi). Cette obligation importante est appelée en droit allemand «Vertragsabschlußpflicht» (obligation de conclure des contrats), une institution qui est connue aussi dans d'autres domaines du droit civil et du droit antitrust.

Si cette obligation de conclure des contrats est introduite en faveur de chaque utilisateur individuel d'une oeuvre gérée par la société concernée, cette obligation est complétée par une obligation encore plus importante, à savoir l'obligation de conclure, à *des conditions équitables*, avec des associations d'utilisateurs d'oeuvres des *contrats généraux* ayant pour objet les droits et prérogatives gérés par elles, à moins que le nombre des membres de l'association soit trop petit (Art. 12 de la loi). En plus, les sociétés sont obligées d'établir des tarifs relatifs aux rémunérations qu'elles exigent en vertu des droits et des prérogatives gérés par elles (Art. 13 de la loi). Lorsque des contrats généraux ont été conclus, les taux de rémunération convenus dans ces contrats tiennent lieu

⁽¹⁵⁾ Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Loi sur la gestion des droits d'auteurs et des droits voisins), avec les modifications adoptées jusqu'au 24 juin 1985 publié en traduction française dans UNESCO (éd.), Recueil des lois et traités sur le droit d'auteur, Paris 1988, Vol. I (Allemagne, texte I.3.2).

de tarifs. Les tarifs doivent être publiés dans le Bulletin officiel (Bundesanzeiger).

Les sociétés de gestion collective, bien entendu, ont aussi des droits et obligations non seulement à l'encontre des utilisateurs, mais aussi à l'encontre des ayants droit (auteurs et autres titulaires de droits d'auteur et de droits voisins). Là aussi la loi allemande prévoit une obligation de conclure des contrats ou plutôt une obligation de gestion. Les sociétés sont donc suivant l'Article 6 de la loi obligées, à la demande des ayants droit, de *gérer à des conditions équitables* les droits et prérogatives relevant de leur domaine d'activité.

Également dans l'intérêt des auteurs et des autres titulaires de droit (les ayants droit) l'Article 7 de la loi prévoit l'obligation des sociétés de répartir les recettes provenant de leur activité d'après des règles fixes (plan de répartition) excluant tout procédé arbitraire de répartition. Les principes généraux du plan de répartition doivent figurer dans les statuts de la société concernée.

Cette règle qui veut expressément exclure «tout procédé arbitraire de répartition» (en allemand «Willkürverbot») n'est pas sans problèmes dans son application pratique. Par exemple, lors de la distribution des rémunérations pour copie privée (Art. 54 de la loi sur le droit d'auteur) une question de principe s'est posée.

Nous savons tous que, dans le système traditionnel de répartition des sociétés d'auteur comme la GEMA, on emploie toujours une certaine clef de distribution entre, d'un côté, les auteurs et, d'autre côté, les éditeurs de musique; par exemple, dans le domaine du droit de représentation: deux tiers pour les auteurs et un tiers pour l'éditeur ⁽¹⁶⁾. Pour le «droit mécanique» longtemps la clef était 50:50, mais l'autorité de contrôle (l'Office de brevets allemand) avait une fois (en 1977) laissé savoir à la GEMA (dans une affaire trop compliquée pour être expliquée en détail ici ⁽¹⁷⁾)

⁽¹⁶⁾ Voir plan de répartition de la GEMA, publié dans Schulze, Urheberrecht in der Musik, 5. Aufl., Berlin 1981, p. 230 ss. (p. 234).

⁽¹⁷⁾ Voir Décision (Bescheid) du Président de l'Office des brevets du 6 juin 1977, UFITA Vol. 81 (1978) p. 348 ss.

qu'elle devait, pour éviter l'arbitraire, changer cette clef qui est maintenant de 60:40 en faveur des auteurs ⁽¹⁸⁾.

On pourrait donc déduire de cette affaire qu'une répartition qui ne prendrait pas en considération une part adéquate due aux auteurs (p. ex. pas moins de 50%) serait toujours exposée au reproche d'arbitraire. Malheureusement une telle règle générale qu'on peut trouver, par exemple, dans la loi italienne sur le droit d'auteur du 22 avril 1941 ⁽¹⁹⁾ n'est pas contenue dans la loi allemande.

Surtout dans le domaine des oeuvres cinématographiques/audiovisuelles les producteurs de film allemands et surtout américains ont défendu l'idée que dans le cas où par le jeu de la présomption de transfert (Art. 89 de la loi sur le droit d'auteur) tous les droits d'utilisation et d'exploitation d'une oeuvre cinématographique passent aux mains du producteur, ce serait valable aussi pour le domaine des droits gérés par des sociétés d'auteur.

Sans que je puisse, ici aussi, entrer dans les détails, et avec tout prudence nécessaire on pourrait répondre à cet argument qu'en Allemagne, aussi en vu d'un avis de l'autorité de contrôle ⁽²⁰⁾, une autre conception paraît gagner du terrain selon laquelle chaque fois qu'un droit d'auteur est géré par une société de gestion, celle-ci est obligée, pour exclure l'arbitraire dans la répartition, de réserver une part adéquate aux auteurs, même si les contrats *individuels* conclus entre les auteurs et les producteurs ne le prévoient pas.

Ce point de vue a au moins eu la conséquence que dans la répartition des rémunérations pour copies privées les auteurs de films malgré cette présomption de transfert en faveur du producteur n'étaient pas tout à fait exclus de la répartition ⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Voir *Schulze*, op. cit. p. 269.

⁽¹⁹⁾ Art. 180 al. 5 première phrase: «Nella ripartizione dei proventi... una quota parte deve essere in ogni caso riservata all'autore».

⁽²⁰⁾ Voir lettre du Président de l'Office des brevets du 7 août 1987, publiée dans *Zeitschrift für Urheber — und Medienrecht (ZUM)* 1989, p. 506 ss.

⁽²¹⁾ Voir en général *Kreile*, *Einnahme und Verteilung der gesetzlichen Geräte — und Leerkassettenvergütung für private Vervielfältigung in Deutschland. Ein System hat sich bewährt*, *GRUR Int.* 1992, p. 24 ss.

Cet exemple et ce problème d'interprétation montrent, d'ailleurs, que la loi allemande elle aussi a ses lacunes et que certaines questions du droit d'auteur et du droit des contrats d'auteur ne sont pas résolues de lege lata. En comparaison avec la loi française qui dans d'autres domaines (par exemple reprographie et droit de prêt public) est moins développée que la loi allemande, cette dernière surtout dans le domaine des contrats a son point faible, les batailles juridiques et politiques doivent encore être menées à l'avenir.

Néanmoins, déjà sous le régime actuel de la gestion des droits d'auteur le sort des auteurs est pris en considération par le législateur. Ainsi selon l'Article 8 de la loi les sociétés doivent créer des institutions de prévoyance et d'assistance au profit des titulaires des droits et prérogatives dont elles assurent la gestion. En plus, la loi (Art. 7 deuxième phrase) prévoit que les plans de répartition doivent correspondre au principe selon lequel les oeuvres et les prestations importantes au point de vue culturel doivent être favorisées.

Ces deux règles montrent, d'ailleurs, que le droit d'auteur a des dimensions sociales et culturelles qui, souvent dans le contexte international, sont sous-estimées et même oubliées.

Le système de contrôle en particulier

Pour conclure la partie concernant la loi allemande il faut ajouter encore quelques explications du système de contrôle même. Quiconque veut créer une société de gestion collective, dont la forme juridique concrète n'est pas prescrite par la loi, doit obtenir une autorisation préalable de l'Office des brevets, qui est soumise à certaines conditions, entre autre que les statuts de la société soient conformes aux dispositions de la loi et que la situation économique de la société permette d'escompter une gestion efficace des droits et des prérogatives qui lui sont confiés. Pour des raisons plus ou moins similaires l'autorisation peut aussi être retirée.

En plus de cet examen et de cette autorisation préalables l'Office des brevets exerce aussi un contrôle permanent où il doit, suivant

l'Art. 19, veiller à ce que la société de gestion se conforme dûment aux obligations qui lui incombent en vertu de la loi. Il peut exiger à tout moment de la société des informations concernant toutes les affaires relatives à sa gestion, ainsi que la communication des livres de comptabilité et de tous autres documents relatifs à son activité.

L'autorité de contrôle est aussi habilitée à assister, en la personne d'un délégué, à l'Assemblée générale et également, s'il existe un Conseil d'administration ou un Comité consultatif, aux sessions de celui-ci. La société doit aussi remettre sans retard à l'autorité de contrôle, sous forme d'une copie, toute modification apportée aux statuts, les tarifs et toute modification des tarifs, les contrats généraux, les contrats avec les sociétés de gestion étrangères, les décisions prises, les comptes et, éventuellement, aussi les décisions des tribunaux dans des procès auxquels la société est partie (Art. 20).

Si l'autorité de contrôle constate des irrégularités dans le fonctionnement de la société, il lui faut disposer des moyens d'intervention nécessaires. Le moyen le plus fort étant certainement le retrait de l'autorisation d'exploiter, auquel elle peut avoir recours si la société ne donne pas suite à ses avertissements. Elle a en outre le droit de révoquer les gérants. Ces deux mesures ne peuvent toutefois être appliquées que pour des fautes graves qui compromettent l'existence même de la société. Avant de pouvoir prendre ces mesures, l'autorité de contrôle doit enjoindre la société de respecter ses obligations.

En dehors de ce système général de contrôle, aussi bien dans l'intérêt des utilisateurs d'oeuvres gérées par une société que dans l'intérêt de celle-ci même, il existe une procédure spéciale d'arbitrage (Art. 14 ss. de la loi), prévue pour le cas de conflit ou de différends entre, d'un côté, un utilisateur individuel ou une association d'utilisateurs et, d'un autre côté, une société de gestion. La Commission d'arbitrage doit faire aux parties une proposition d'accord qui ne lie les parties qu'au cas qu'elles l'acceptent ou que la proposition est réputée acceptée sous certaines conditions (Art. 14a al. 3). Si le désaccord continue les parties peuvent toujours agir en justice (Art. 16).

La procédure d'arbitrage a été modifiée et renforcée lors de la réforme de 1985 et on peut dire que plusieurs des propositions d'accord faites par la Commission d'arbitrage ont déjà contribué au développement et à la compréhension publique du droit d'auteur allemand dans le secteur de la gestion collective ⁽²²⁾. Si quelqu'un qui n'est pas un «insider» peut en juger, le système allemand bien qu'ayant toujours ses côtés faibles, fonctionne quand même d'une façon satisfaisante ⁽²³⁾. Le vrai défi, à mon avis, vient du côté de l'Europe, parce qu'avec la réalisation toujours plus dynamique du Marché Commun aussi dans le secteur du droit d'auteur on peut et on doit se demander si un régime purement national pour les sociétés d'auteur est suffisant aussi à l'avenir. Comme pour l'Allemagne on peut, ici aussi, poser la question de savoir si le point de départ, le contrôle antitrust, n'est pas un faux départ. Malheureusement c'est le seul, pour le moment, qui existe en droit communautaire.

Les sociétés de gestion en droit communautaire

Bien entendu, on chercherait en vain à trouver une réglementation communautaire des sociétés d'auteur aujourd'hui. Comme le droit d'auteur en général aussi le droit des sociétés de gestion reste matière nationale dans la mesure où, par voie de directives ou de règlements, les organes communautaires n'ont pas encore légiféré. Bien entendu, sur la base du «Livre vert sur le droit d'auteur et le défi technologique» de 1988 ⁽²⁴⁾ ainsi que du programme de travail de la Commission en Annexe des «Suites à donner au livre

⁽²²⁾ Voir ma dernière «Lettre de la République fédérale d'Allemagne», Le Droit d'Auteur 1990, p. 60 ss. (1^{ère} partie) et p. 102 ss. (2^{me} partie) (ici p. 62 et p. 117 ss.).

⁽²³⁾ Le volume de recettes de toutes les sociétés ensemble s'élevait en 1989 à une somme totale d'environ 920 million DM, dont la GEMA à elle seule a encaissé environ 660 million DM. 1991 on peut compter déjà avec environ 1,1 milliards DM pour toutes les sociétés ensemble (dont la GEMA avec plus de 800 million DM).

⁽²⁴⁾ Communication de la Commission, COM (88) 172 final (Juin 1988).

vert» de 1991 ⁽²⁵⁾, la Commission a proposé toute une série de mesures d'harmonisation dans le domaine du droit d'auteur ⁽²⁶⁾, dont la proposition de «Directive relative au droit de location et de prêt et de certains droits voisins» (janvier 1991), la proposition de «Directive sur la protection des bases de données» (février 1991) et la proposition de «Directive sur l'harmonisation des durées de protection dans le droit d'auteur» (février 1991).

En plus, le programme de travail («Suites à donner au livre vert») mentionne aussi comme matière éventuelle d'harmonisation la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et les sociétés de gestion collective. En tenant compte du fait que les sociétés de gestion européennes elles-mêmes commencent à établir certaines structures européennes (par exemple par un Groupement Européen d'Intérêt Economique devenu entretemps le GESAC — Groupement Européen des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs) il n'est peut-être pas trop audacieux de s'attendre à une directive d'harmonisation du droit des sociétés de gestion ou même une réglementation au niveau européen. On pourrait même préconiser, à long terme, un système européen d'autorisation de sociétés de gestion devenues des sociétés européennes au vrai sens du mot.

A l'heure actuelle, une réglementation européenne n'existe donc pas; mais nous avons dans ce domaine la jurisprudence de la Cour Européenne et aussi l'activité de décision de la division antitrust de la Commission, une expérience parfois douloureuse pour les sociétés d'auteur. Au début il y avait la décision de la Commission dans le cas GEMA du 2 juin 1971 ⁽²⁷⁾ (modifiée d'une certaine façon une année plus tard). Cette décision avait obligé la GEMA à cause de sa position dominante, surtout envers les auteurs et les autres titulaires, de rendre moins strictes les relations contractuelles liant ces titulaires à cette société aussi bien sous l'aspect de durée et des territoires ainsi que du contenu des droits gérés.

⁽²⁵⁾ Communication de la Commission, COM (90) 584 final (Janvier 1991).

⁽²⁶⁾ On peut aussi citer déjà la Directive du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur du 14 Mai 1991.

⁽²⁷⁾ Voir GRUR Int. 1973, p. 86 (avec note *Schulze*).

Quelques années plus tard, dans son arrêt rendu le 27 mars 1974 au sujet de la société belge SABAM la Cour de justice ⁽²⁸⁾ a estimé que pouvait constituer un abus de position dominante (Art. 86 du Traité de Rome) l'imposition des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social, par une société de gestion à ses membres.

Mais si la Cour montrait une certaine compréhension pour la nécessité d'une «sauvegarde efficace» des droits d'auteurs, la décision GEMA de la Commission donnait l'impression que le monopole de fait des sociétés dans leur domaine relatif était une chose plutôt douteuse et que, peut-être, la concurrence de deux ou plusieurs sociétés dans le même secteur serait dans l'intérêt des utilisateurs et du public en général.

A mon avis ⁽²⁹⁾ certaines expériences historiques ont montré que c'est une fausse idée qui rendrait la gestion des droits d'auteur seulement plus compliquée, plus coûteuse et plus difficile sur le plan administratif. Un tel système de «concurrence de répertoires» n'est donc ni dans l'intérêt des auteurs ni dans l'intérêt des utilisateurs (si l'on écarte l'idée qu'ils pourraient éventuellement faire jouer une société contre l'autre) ni même dans l'intérêt général, si l'on accepte la prémisse que le droit d'auteur est un instrument indirect de politique et de promotion culturelles qui doit être utilisé d'une façon aussi efficace que possible.

Malheureusement cette fausse idée de concurrence de répertoires entre plusieurs sociétés oeuvrant dans le même secteur d'exploitation est réapparu récemment dans les deux arrêts tout à fait problématiques de la Cour Européenne de 13 juillet 1989 ⁽³⁰⁾ en la forme suivante qu'il «n'est pas exclu que c'est précisément le manque de concurrence sur le marché en cause qui permet d'expliquer la lourdeur de l'appareil administratif et, partant, le taux élevé des redevances» de la société SACEM, en ce qui concerne les exploitants des discothèques en France.

⁽²⁸⁾ Voir GRUR Int. 1974, p. 342 (avec note *Schulze*).

⁽²⁹⁾ Voir *Dietz*, Le droit d'auteur dans la Communauté européenne, Etudes secteur culturel, Bruxelles 1978, p. 177 s.

⁽³⁰⁾ Voir supra note 6.

Mentionnons encore l'arrêt de la Cour du 2 mars 1983 dans le cas de la société allemande GVL («Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten») ⁽³¹⁾, une société qui gère les droits voisins des artistes exécutants et des producteurs de phonogrammes et qui n'acceptait de gérer les droits en question que lorsque les ayants droit étaient allemands ou avaient leur domicile en R.F.A. La Cour y voyait un abus de position dominante en sens de l'Art. 86 du Traité de Rome. Une telle différenciation n'est donc plus possible envers les ayants droit d'autres pays de la Communauté.

Comme déjà mentionné au début, à mon avis, le contrôle des sociétés de gestion purement du point de vue antitrust est trop peu adapté, même aveugle, aux vrais besoins des auteurs. Parfois on a même l'impression que la main gauche de l'état (la main antitrust) ne sait pas ce que la main droite (la main culture) fait et veut obtenir par le droit d'auteur, à savoir, une promotion efficace de la création en général. Au contraire de la promotion directe qui existe aussi dans certains domaines (p. ex. du théâtre et de l'opéra) le droit d'auteur est un instrument de promotion indirect, utilisant la loi de l'offre et de la demande sur le marché culturel, mais sa finalité est quand-même aussi dictée par l'idée de promotion de la création et de la culture.

Cette question devrait, à mon avis, être prise en considération quand on commence avec l'harmonisation du droit des sociétés de gestion ou même préconise un vrai régime européen de ce secteur. Les sociétés de gestion, d'autre part, devraient, à mon avis, être prêtes à payer le prix nécessaire. On ne peut pas avoir les deux choses à la fois: ne pas être soumis à un stricte contrôle antitrust mais, en même temps, ne pas accepter un régime spécial dans le cadre du droit d'auteur non plus. Déjà maintenant, cependant, on peut émettre des doutes quant au point de savoir si dans des pays où le législateur national a réglementé de manière satisfaisante l'activité des sociétés d'auteur (comme c'est le cas, par exemple, en Allemagne, en Espagne, en France et en Italie), il est

⁽³¹⁾ Voir GRUR Int. 1983, p. 734.

toujours justifié de contrôler cette activité à la lumière des Articles 85 et 86 du Traité de Rome. Une position privilégiée dans le cadre de la législation antitrust, comme il est expressément prévu dans la loi allemande, devrait, pour ainsi dire, être étendue au régime européen futur.

Dans le domaine des licences de brevet et des licences know-how la Commission a profité des exceptions contenues dans l'Art. 85 al. 3 du Traité pour adopter des règlements ⁽³²⁾ adaptés aux besoins de l'industrie dans l'intérêt de la «promotion du progrès technique ou économique». Pourquoi ne pas chercher, par analogie, un système aussi adapté aux besoins des auteurs et de l'industrie culturelle dans l'intérêt de la promotion du *progrès culturel*. C'est vrai d'autant plus que le nouvel Art. 128 du Contrat de Maastricht (signé formellement le 7 février 1992) contient une clause «culture» mentionnant aussi la création artistique et littéraire, le secteur audiovisuel inclu. En plus, suivant l'al. 4 de ce nouveau Art. 128 la Communauté doit prendre en considération les aspects culturels quand elle agit sous d'autres prévisions du Traité.

Conclusion

Le système allemand de réglementation du contrôle des sociétés de gestion évidemment n'est pas le seul possible; mais je crois que, d'une façon générale, il a trouvé un équilibre satisfaisant entre les intérêts des auteurs et de l'industrie culturelle, d'un côté, et les utilisateurs d'oeuvres aussi bien que du public en général, de l'autre côté. Une réglementation au niveau européen ne devrait donc pas détruire cette balance au profit d'une certaine perspective exclusivement dictée par la pensée antitrust. L'introduction de la clause «culture» dans les récents accords de Maastricht qui autorisent les organes communautaires de prendre en considération l'aspect

⁽³²⁾ Voir les Règlements (C.E.E.) No. 4349/84 et No. 566/89.

culturel aussi dans d'autres contextes pourrait, peut-être, faciliter l'établissement d'un vrai système européen de réglementation des sociétés de gestion plus ouvert aux besoins des auteurs qui dépendent de ces organisations d'une manière presque absolue pour leur simple survie.

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXIII

1992