II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 29 octobre 1981

relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne (IV/29.839 — GVL)

(Le texte en langue allemande est le seul faisant foi.)

(81/1030/CEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 86,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 (1), et notamment son article 3,

vu la demande de la firme Interpar et celle des artistes interprètes ou exécutants Avory, Bennett, R. Davies, D. Davies, Marvin, Webb, Welch, Scarano et Skorsky qui ont été respectivement présentées à la Commission le 9 avril 1979 et le 12 septembre 1980 en application de l'article 3 du règlement n° 17 et qui concernent le comportement de la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Hambourg, république fédérale d'Allemagne,

vu la décision prise par la Commission le 25 août 1980 d'engager une procédure,

après avoir entendu la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mBH, conformément à l'article 19 du règlement n° 17 et aux dispositions du règlement n° 99 de la Commission du 25 juillet 1963 (2),

vu l'avis du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, recueilli, conformément à l'article 10 du règlement n° 17, le 17 juin 1981,

considérant que les faits sont les suivants :

LES FAITS

La présente décision vise le comportement de la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (ci-après dénommée « GVL ») à l'égard d'artistes interprètes ou exécutants qui n'ont pas la nationalité allemande et qui ne sont pas domiciliés dans la république fédérale d'Allemagne (ci-après dénommée « Allemagne »).

I. Organisation de la GVL

(1) La GVL, dont le siège se trouve à Hambourg, est une société d'exploitation allemande ayant pour objet de défendre les droits et intérêts que la loi sur les droits d'auteur et les droits dits voisins des droits d'auteur (Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte), ci-après dénommée « Urheberrechtsgesetz », en abrégé UrhG, reconnaît aux artistes exécutants, aux co-auteurs d'œuvres cinématographiques, ci-après dénommés « artistes », aux producteurs de supports visuels et supports de son et aux entrepreneurs de spectacles ou qui sont cédés à

(1) JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.
(2) JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.

ces producteurs et entrepreneurs. La GVL est la société d'exploitation allemande dont l'objet est de défendre les « droits des interprètes », c'est-à-dire les droits qui sont liés à la reproduction de l'œuvre créatrice de l'auteur. L'activité de ces sociétés est régie par la loi sur la gestion des droits d'auteur, et des droits dits voisins des droits d'auteur (Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten), ci-après dénommée « Wahrnehmungsgesetz », en abrégé « WahrnG ».

(2) La GVL est une entreprise commune de la « Deutsche Orchestervereinigung e V » Hambourg, qui est une association d'artistes interprètes ou exécutants, principalement de musiciens, et de la fédération internationale des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes (Deutsche Landesgruppe der IFPI e V), Hambourg, qui est une association de producteurs de phonogrammes. La Deutsche Orchestervereinigung e V et la Deutsche Landesgruppe der IFPI e V sont les seuls associés de la GVL qui est constituée en société à responsabilité limitée.

II. Les droits des artistes et des producteurs selon la « loi sur la propriété littéraire et artistique (Urheberrechtsgesetz)

(3) Les articles 73 et suivants de la UrhG reconnaissent à l'artiste des droits voisins du droit d'auteur. En vertu des articles 74, 75 et 76 paragraphe 1 de cette loi, la prestation de l'artiste ne peut être reproduite en public, enregistrée sur un support visuel ou support de son, reproduite ou radiodiffusée sans son assentiment (première exploitation). Normalement, l'artiste n'accorde cette autorisation que moyennant rémunération.

(4) D'autre part, les articles 76 paragraphe 2 et 77 de la UrhG accordent à l'artiste un droit légal à redevance, lorsque la prestation qui a été enregistrée avec son assentiment sur support visuel ou support de son est radiodiffusée ou communiquée au public de toute autre façon (deuxième exploitation). L'artiste dispose en outre d'un droit à redevance à l'égard des producteurs d'appareils de reproduction ; il s'agit de la taxe qui est perçue sur ces appareils, conformément à l'article 53 paragraphe 5 de la UrhG.

(5) Lorsque la prestation de l'artiste a été enregistrée avec son assentiment sur un support visuel ou sonore et que ces enregistrements sont parus, l'artiste ne peut interdire leur radiodiffusion ou leur reproduction en public en se prévalant de ses droits exclusifs.

(6) L'article 86 de la UrhG, quant à lui, accorde aux producteurs de supports de son, ci-après dénommés « les producteurs », le droit d'exiger de l'artiste une part équitable des redevances que celui-ci perçoit au titre de la deuxième exploitation.

Le producteur et l'artiste sont donc l'un et l'autre intéressés à la perception des redevances au titre de cette deuxième exploitation. S'il s'agit d'exercer leurs droits à l'égard de leurs débiteurs (organismes de radiodiffusion, théâtres, hôtels, restaurants, etc.), leurs intérêts coïncident. Le conflit ne surgit qu'une fois la rémunération versée, à propos de la « part équitable du producteur ».

III. Les droits des artistes et producteurs dans d'autres États membres et dans le cadre de la convention de Rome

(7) Si tous les États membres exigent l'autorisation de l'artiste pour la première exploitation, certains d'entre eux seulement ont instauré un droit légal à redevance comparable pour la deuxième exploitation.

(8) Le Danemark et l'Italie accordent aux producteurs de supports de son et aux artistes un droit légal à redevance en cas de reproduction en public ou de radiodiffusion. Au Royaume-Uni et en Irlande, les producteurs de supports de son ont un droit légal d'interdire la reproduction non autorisée en public. Par des conventions collectives conclues avec les producteurs de supports de son, les artistes participent aux recettes de la reproduction en public. En Grèce, le droit à redevance n'est jusqu'à présent reconnu qu'aux artistes, mais non aux producteurs de support de son. Aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg et en France, le droit à redevance au titre de la deuxième exploitation n'est encore régi par aucun texte législatif légal. En pratique, les producteurs belges et hollandais ont conclu avec les organismes de radiodiffusion de leur pays respectif des accords portant sur le versement de redevances au titre de la deuxième exploitation. En France, des accords analogues ont été conclus avec au moins une partie des organismes de radiodiffusion existants. Les associations d'artistes sont, quant à elles, intéressées au versement de ces redevances par des conventions collectives signées avec les producteurs de supports de son.

(9) Conformément à l'article 12 de la convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de supports de son et des organismes de radiodiffusion, conclue le 26 octobre 1961 (convention de Rome), les États contractants

doivent faire en sorte que l'utilisation d'enregistrements parus en vue d'une radiodiffusion ou de toute autre diffusion publique donne lieu au versement d'une rémunération unique et équitable aux producteurs de supports de son ou aux artistes interprètes ou exécutants ou aux uns et aux autres.

(10) Cette convention de Rome n'a toutefois pas encore été ratifiée par tous les États membres. L'Allemagne a ratifié cette convention sous réserve « de pouvoir limiter, pour les supports de son fabriqués par des ressortissants d'un autre État signataire, l'étendue et la durée de la protection des producteurs et artistes à celles que prévoit ledit État pour les supports de son qui ont été réalisés en premier lieu par un ressortissant allemand.

(11) Le régime de protection décrit ci-avant (paragraphes 3 à 6) s'applique également aux artistes de nationalité étrangère, quel que soit leur domicile. Pour autant qu'il ne s'agit pas d'un artiste ressortissant d'un pays qui a ratifié la convention, l'article 125 de la UrhG reconnaît à cet étranger les mêmes droits qu'aux artistes allemands, si sa prestation a lieu en Allemagne ou si, pour autant que cette prestation a été régulièrement enregistrée sur support visuel ou de son, cet enregistrement est paru en Allemagne. De même, les artistes étrangers jouissent des mêmes droits que les artistes allemands en cas de radiodiffusion lorsque celle-ci a eu lieu en Allemagne.

IV. Le régime prévu par la Wahrnehmungsgesetz

(12) Aux termes de l'article 1er de la Wahrnehmungsgesetz, quiconque assure l'exploitation collective de droits d'utilisation, de droits d'autorisation ou de droits à redevance institués par la Urheberrechtsgesetz pour le compte de plusieurs auteurs ou titulaires de droits dits voisins des droits d'auteur, doit avoir été agréé par les pouvoirs publics, qu'il agisse en son nom ou au nom d'un tiers.

Cet agrément est un droit, dès lors que certaines conditions essentielles à l'exercice de cette activité sont réunies.

(13) La Wahrnehmungsgesetz ne confère pas aux sociétés d'exploitation un monopole de droit, la création de sociétés d'exploitation « concurrentes » étant juridiquement tout à fait possible.

(14) Les sociétés d'exploitation qui ont obtenu l'agrément prévu par la Wahrnehmungsgesetz sont tenues de répartir les recettes procurées par leur activité selon des règles fixes.

(15) Conformément à l'article 11 de la WharnG, la société d'exploitation doit, au titre des droits qu'elle est chargée de gérer, accorder, sous certaines conditions, des droits d'exploitation ou des autorisations (obligation de contracter) à quiconque en fait la demande.

(16) L'article 6 de la WahrnG, quant à lui, oblige la société d'exploitation à défendre, sur la demande des intéressés et à des conditions équitables, les droits qui relèvent de sa compétence, pour autant que ces intéressés soient allemands au sens de la loi fondamentale ou aient leur domicile sur le territoire d'application de la Wahrnehmungsgesetz et qu'une gestion efficace de leurs droits ne soit pas possible autrement (obligation de gérer les droits).

(17) Le Deutsches Patentamt contrôle, en sa qualité d'autorité de tutelle, le respect de ces obligations légales et l'activité des sociétés d'exploitation (articles 18 et suivants).

V. La place de la GVL en Allemagne

(18) La GVL est la seule société d'exportation qui s'occupe en Allemagne de la protection des droits d'auteur de l'artiste. Les autres sociétés d'exploitation opérant en Allemagne assurent quant à elles la protection d'autres droits.

(19) Selon la Urheberrechtsgesetz, certains droits reconnus à l'auteur, aux artistes ou aux producteurs ne peuvent être exercés que par l'intermédiaire de sociétés d'exploitation. C'est le cas, par exemple, pour le droit à redevance dont il a été question plus haut (paragraphe 4) et qui s'applique aux producteurs d'appareils de reproduction conformément à l'article 53 paragraphe 5 de la UrhG (taxe sur les appareils de reproduction).

(20) L'artiste n'est pratiquement pas en mesure d'assurer lui-même une gestion efficace de ses droits pour des raisons juridiques, en ce qui concerne la taxe sur les appareils de reproduction, et également des raisons d'ordre matériel, pour ce qui est des droits à redevance au titre de la deuxième exploitation. Toute tentative qu'il ferait en ce sens serait en effet vouée à l'échec, puisque l'artiste ne pourrait à lui seul vérifier dans chaque cas si, à quel moment, par qui et combien de fois, sa prestation a été

diffusée ou communiquée au public de toute autre façon. À cela s'ajoute que, en tant que particulier en position économiquement inférieure, il devrait engager des relations contractuelles avec une multitude d'utilisateurs économiquement puissants (par exemple les organismes de radiodiffusion), auxquels il ne peut réclamer qu'une redevance équitable et à qui il ne peut en aucune façon interdire l'utilisation de sa prestation.

VI. La protection des droits au titre de la deuxième exploitation par la GVL

1. *Les contrats de gestion*

(21) En ce qui concerne les droits au titre de la deuxième exploitation, la GVL conclut avec les producteurs et les artistes des contrats dits de gestion. En vertu de l'article 1er de ces contrats passés avec les artistes, le titulaire transfère à la GVL qui les exercera en son propre nom, tous ses droits d'auteur d'artiste, ainsi que le droit d'engager une action en cessation de trouble, en destruction des produits et en dommages-intérêts acquis au moment de la conclusion du contrat ou susceptibles de naître en cours de contrat.

(22) Ce transfert inclut en particulier le droit à redevance, lorsque les supports visuels ou les supports de son parus sont radiodiffusés ou communiqués au public de toute autre façon, ainsi que le droit à la redevance sur les appareils de reproduction.

(23) La GVL s'engage, quant à elle, à verser aux ayants droit respectifs, selon une clé de répartition fixée par elle, les redevances perçues, les intérêts afférents aux placements jusqu'à la distribution, ainsi que toutes autres recettes, après déduction des frais d'administration nécessaires, qui représentent 5 à 10 % des revenus de la GVL.

(24) En fait, pour les prestations sur supports de son, souvent l'artiste ne transfère pas ses droits à la GVL ; ce sont en général les producteurs de supports de son qui veillent eux-mêmes à acquérir les droits nécessaires, et donc aussi les droits au titre de la deuxième exploitation. Ils transfèrent alors, pour leur part, à la GVL les droits qui leur sont cédés par les artistes. L'accord conclu entre les producteurs et la GVL ouvre aux artistes un droit direct à redevance (stipulation pour autrui) contre la GVL. Les artistes qui ont conclu un contrat de gestion avec la GVL, sans avoir cédé leurs droits aux producteurs (par exemple, pour leurs propres productions radiophoniques en Allemagne), reçoivent directement de la GVL les redevances auxquelles ils ont droit.

(25) Lorsque des producteurs étrangers de supports de son cèdent des droits d'exploitation pour l'Allemagne, ils transfèrent ceux-ci à des représentants ou des licenciés allemands, que la GVL assimile, du point de vue des droits au titre de la deuxième exploitation, à des producteurs allemands de supports de son.

2. *Les contrats d'utilisation*

(26) La GVL a conclu avec les utilisateurs de supports de son qui sont soumis au régime de la redevance en vertu de la loi relative aux droits d'auteur (organismes de radiodiffusion, sociétés de publicité radiodiffusée, théâtres, discothèques, associations d'hôteliers et restaurateurs, etc.) des contrats qui accordent à ces utilisateurs le droit d'utiliser les supports de son de certaines marques désignées par les producteurs appartenant à la GVL et commercialisées en Allemagne. À cet effet, la GVL indique les marques et les producteurs qu'elle représente et exonère ses partenaires contractuels de tous droits que les artistes, producteurs et entrepreneurs de spectacles pourraient exercer du fait de l'utilisation de supports de son dont la marque est représentée par GVL (voir paragraphe 5 du contrat relatif à la diffusion des supports de son).

(27) Comme les artistes et/ou les producteurs et les licenciés allemands de producteurs étrangers (par exemple, les importateurs, les sociétés de distribution, etc.) ont conclu des contrats de gestion avec la GVL, celle-ci est en mesure de proposer aux utilisateurs de supports de son pratiquement tout le répertoire mondial des prestations enregistrées sur supports de son pour autant que ces enregistrements soient parus en Allemagne, et notamment un grand nombre d'interprétations d'artistes étrangers.

(28) Les utilisateurs des supports de son sont tenus de verser à la GVL; en exécution des obligations qui découlent pour eux des articles 76 paragraphe 2 et 77 de la UrhG, une rémunération annuelle forfaitaire calculée selon le barème fixé par la GVL.

3. *Recettes fournies par la taxe sur les appareils de reproduction*

(29) La redevance pour la reproduction à usage privé (taxe pour les appareils de reproduction) est

percue par l'Office central pour les droits de reproduction privée (Zentralstelle für private Überspielungsrechte), qui est chargé de cette mission par GVL et dans laquelle la GVL détient une participation auprès des producteurs ou importateurs d'appareils de reproduction. La GVL touche 42 % de la redevance totale qui ne peut dépasser 5 % des recettes tirées par les fabricants (ou importateurs) de la vente de ces appareils — après déduction des frais d'administration de la ZPU. Cette somme est incluse dans la masse qui doit être distribuée par la GVL aux artistes et aux producteurs.

4. *La répartition des recettes de la GVL*

(30) Un programme fixé chaque année régit la répartition des recettes de la GVL. En principe, les redevances sont partagées moitié-moitié entre les artistes d'une part et les producteurs d'autre part.

(31) Jusqu'à l'exercice 1979, la rémunération versée aux artistes était calculée en fonction des droits qu'ils avaient perçus en Allemagne au cours de l'année civile considérée, au titre de la première exploitation de leur prestation. Pour chaque année, l'artiste devait indiquer sur un formulaire, preuves à l'appui, les droits qu'il avait perçus en Allemagne à titre de rémunération de ses enregistrements sur disques ou pour la radiodiffusion. Plus les droits perçus par un artiste au titre de la première exploitation étaient élevés, plus la part de redevances que la GVL devait lui verser au titre de la deuxième exploitation était importante, les droits étant toutefois dégressifs.

(32) La GVL a conclu des contrats de gestion avec quelque 20 000 ayants droit. Comme tous ne reçoivent pas chaque année des droits au titre de la première exploitation et ne déclarent pas toujours non plus chaque année leurs droits à la GVL, celle-ci ne verse de rémunération qu'à environ 10 000 ayants droit en moyenne par an. En 1980, les renseignements fournis par la GVL indiquent que celle-ci a encaissé au total ..... de marks allemands environ.

VII. Le comportement de la GVL à l'égard des artistes étrangers

(33) Jusqu'au 21 novembre 1980, la GVL a refusé de conclure des contrats de gestion avec des artistes étrangers non domiciliés en Allemagne, qu'il s'agisse ou non d'artistes ressortissant d'États membres de la Communauté, ou de protéger de toute autre façon les droits de ces artistes en Allemagne. La GVL ne contestait pas à cet égard que les artistes étrangers avaient le droit de toucher des redevances au titre de la deuxième exploitation en Allemagne. Lorsque des artistes étrangers sollicitaient de la GVL la conclusion d'un contrat de gestion, la GVL répondait qu'elle ne passait de contrat qu'avec les titulaires de droits allemands ou étrangers domiciliés en Allemagne.

(34) Lors de son assemblée générale du 21 novembre 1980, la GVL a décidé de conclure désormais également des contrats de gestion avec des artistes ressortissant d'autres États membres de la Communauté, sans exiger de ceux-ci qu'ils fournissent la preuve d'un domicile en Allemagne. En outre, les titulaires de droits d'autres États membres, dont la GVL avait refusé d'assurer la gestion des droits, ont maintenant la possibilité de participer, à titre rétroactif, au produit des redevances.

(35) Selon la nouvelle ligne de conduite adoptée par la GVL, les redevances perçues au titre de la radiodiffusion, de la diffusion publique, de la location et de la reproduction, sont réparties entre les artistes en fonction des recettes tirées par ceux-ci de la première exploitation dans le pays, c'est-à-dire en Allemagne [paragraphe 2, quatrième alinéa sous a) des nouveaux statuts] au cours de l'exercice considéré. Il n'est donc plus nécessaire que les droits dus au titre de la première exploitation aient été versés en Allemagne, mais même les droits versés à l'étranger servent, une fois déclarés par l'artiste, de base de calcul, dans la mesure où une partie de ceux-ci est affectée à l'exploitation de la prestation en Allemagne. Dans ce cas, l'artiste étranger participe à la répartition des redevances en fonction de cette proportion.

(36) Pour arriver à un résultat équilibré, cette base de calcul implique que celui qui est obligé de verser les droits au titre de la première exploitation, normalement le producteur, connaisse de façon précise le circuit de distribution des supports de son. Le débiteur des droits ne peut en effet déterminer la part des droits se rapportant à l'Allemagne que s'il connaît le degré de pénétration des supports de son fabriqués à l'étranger sur le marché allemand. Les supports

de son qui arrivent en Allemagne par des circuits non connus du producteur ne sont donc pas pris en considération dans le calcul des redevances.

VIII. La position de la GVL

(37) La GVL a toujours admis que juridiquement, rien ne l'empêchait de s'occuper d'étrangers non domiciliés en Allemagne, tout en soulignant par ailleurs constamment que juridiquement rien ne l'y obligeait.

(38) Selon la GVL, le droit communautaire ne permettrait pas d'établir une telle obligation, parce que la situation juridique en matière de reconnaissance des droits d'antenne des artistes est si hétérogène et si complexe que l'activité de gestion doit nécessairement être limitée aux artistes qui ont la nationalité allemande ou un domicile en Allemagne (critère national). En ce sens, le critère national constitue une condition de gestion justifiée sur le plan matériel. En effet, comme les artistes allemands n'ont actuellement toujours aucune possibilité d'exploiter leurs droits à l'étranger, il est légitime que les étrangers ne répondant pas au critère national ne participent pas au produit des redevances.

(39) En outre, on pourrait considérer que, la GVL étant une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général et son monopole de protection étant comparable au monopole administratif au sens de l'article 90 paragraphe 2 du traité CEE, elle serait en fait empêchée d'accomplir sa mission si elle était obligée de protéger des artistes sans domicile en Allemagne.

(40) À cela s'ajoute que, conformément à l'article 222 du traité CEE, le régime de la propriété dans les États membres n'avait pas été affecté et que la structure spécifique des droits d'auteur des artistes et du système de protection en Allemagne font partie intégrante du régime allemand de la propriété.

(41) La GVL reconnaît qu'une répartition des redevances basée sur la fréquence de diffusion et sur la durée de diffusion et de reproduction de la prestation serait la méthode qui correspondrait le mieux au principe de la redevance équitable prévue par la Urhebergesetz. Elle ne s'estime toutefois pas en mesure, pour des raisons pratiques, d'appliquer cette méthode de calcul. En effet, elle n'obtiendrait pas des organismes de radiodiffusion les renseignements nécessaires. En outre, pour des raisons de coût et de rentabilité, la GVL, qui doit répartir plus de ..... marks allemands entre quelque 20 000 ayants droit possibles, ne peut se permettre de rechercher combien de temps chaque année la prestation de chacun des artistes a été radiodiffusée en Allemagne. En outre, comme souvent plusieurs artistes ayants droit contribuent à des degrés divers à une prestation (exemple de l'orchestre, avec le chef d'orchestre et d'autres collaborateurs artistiques), le calcul de la redevance basé sur la durée de diffusion, aussi souhaitable soit-il, est pratiquement impossible pour la GVL. Les recettes de la GVL consisteraient donc, pour 60 % seulement, en redevances de radiodiffusion, c'est-à-dire celles qui sont versées par les organismes de radio et télévision. L'autre partie serait fournie par les recettes de la diffusion publique dans des restaurants, hôtels, discothèques, etc. ainsi que par la taxe sur les appareils de reproduction. Pour cette partie des redevances, il serait tout à fait exclu de déterminer la « fréquence de diffusion » ou la « durée de diffusion ».

APPRÉCIATION JURIDIQUE

APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 86 DU TRAITÉ CEE

(42) Aux termes de l'article 86, est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres 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.

A. Comportement de la GVL jusqu'au 21 novembre 1980

1. *La GVL en tant qu'entreprise*

(43) La GVL est une entreprise au sens de l'article 86. En agissant en qualité d'intermédiaire, à titre onéreux, entre les artistes interprètes ou exécutants dont les prestations ont été enregistrées sur supports de son et les organismes de radiodiffusion, théâtres, restaurants, hôtels, discothèques et autres utilisateurs de musique, et en assurant la gestion des droits d'auteur des artistes et producteurs, la GVL exerce une activité d'entreprise consistant en prestations de service, tant à l'égard des titulaires des droits d'auteur de l'artiste que des utilisateurs de supports de son qui sont soumis à des redevances. La GVL participe donc à un échange de services économique et est de ce fait visée par l'article 86.

(44) L'absence de recherche du profit n'est pas un élément déterminant de la notion d'entreprise au sens de l'article 86, puisque l'interdiction d'exploitation abusive de l'article 86 s'applique également aux entreprises d'intérêt général.

Cela a été confirmé par l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 27 mars 1974, dans l'affaire 127-74 (BRT II Sabam, Recueil 1974, pages 313 et suivantes).

2. *La position dominante de la GVL*

(45) Le marché en cause du point de vue matériel et géographique sur lequel opère la GVL est le marché de services relatif à la protection des droits de deuxième exploitation des artistes interprètes ou exécutants en Allemagne, qui peut être délimité avec précision par rapport à l'activité d'autres sociétés d'exploitation. La GVL est la seule société qui s'occupe de gérer ces droits en Allemagne; elle n'a pas de concurrents. Le monopole que détient la GVL sur le marché allemand, qui représente une partie substantielle du marché commun, résulte d'une situation de fait et non de droit.

3. *L'exploitation abusive de la position dominante au sens de l'article 86 premier alinéa*

(46) L'interdiction d'abus de l'article 86 paragraphe 1 doit être appréciée, comme il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice, dans le cadre et compte tenu des principes généraux énoncés dans le traité CEE. Un de ces principes est contenu à l'article 7 du traité CEE, selon lequel toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite. Toute discrimination fondée sur la nationalité pratiquée par une entreprise en position dominante constitue donc en général automatiquement une violation de l'article 86 (voir également l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 30 avril 1974 dans l'affaire 155-73 Sacchi, Recueil 1974, page 409).

(47) Le fait pour la GVL, en tant que détentrice d'un monopole de fait, de refuser de conclure des contrats de gestion avec des artistes n'ayant pas de domicile en Allemagne constitue une discrimination fondée sur la nationalité et donc un abus au sens de l'article 86. Cela vaut d'autant plus que ces artistes étrangers étaient obligés de recourir à l'intervention de la GVL, que, dans cette mesure ils ne pouvaient pas s'adresser à d'autres sociétés d'exploitation de gestion, que, par ce refus, ils se sont trouvés dans une situation financière défavorable par rapport aux artistes allemands et nationaux et dans l'impossibilité d'exercer leurs droits.

4. *Discrimination au sens de l'article 86 deuxième alinéa sous c)*

(48) Le comportement de la GVL tombe en outre sous le coup de l'interdiction spéciale de l'article 86 deuxième alinéa sous c) du fait que la GVL a appliqué un traitement différent à des opérateurs économiques pour des raisons qui n'étaient pas fondées sur leurs prestations.

a) Les artistes étrangers en tant que partenaires commerciaux

(49) Les artistes en général participent à la vie économique du fait que leurs œuvres sont enregistrées sur des supports de son, radiodiffusées ou d'une autre manière reproduits en public en Allemagne et qu'ils perçoivent à ce titre des droits et des redevances.

L'échange économique « commerce » au sens de l'article 86 deuxième alinéa sous c) entre les artistes et la GVL s'effectue par le fait que la GVL ne fournit sa prestation, à savoir son activité de protection, que contre « rétribution », notamment en prélevant à titre de frais d'administration une partie des redevances qu'elle perçoit. Ce qui est déterminant c'est qu'à l'activité de la GVL, qui consiste en une prestation de services, correspond une contre-prestation matérielle de la part des artistes. Les artistes sont donc les partenaires commerciaux « naturels » de la GVL.

(50) D'un autre côté, la GVL est, elle aussi, le partenaire commercial « naturel » des artistes, puisque ceux-ci ne peuvent pratiquement exercer leur droit à redevance que par l'intermédiaire de la GVL. La GVL ne peut se passer des artistes, au même titre que ceux-ci ne peuvent se passer d'elle. L'objet social de la GVL consiste à gérer les droits à redevance (droits de deuxième exploitation) des artistes que ceux-ci ne peuvent réaliser sans la GVL.

On ne saurait objecter à cela que les artistes étrangers n'ont pas été les partenaires commerciaux de la GVL, puisque la GVL n'a pas conclu de contrat de gestion de leurs droits avec eux.

(51) Une entreprise détenant une position dominante ne peut échapper au reproche qu'elle pratique

une discrimination en invoquant l'absence du critère de « partenaire commercial », alors qu'elle empêche une partie des partenaires commerciaux naturels de devenir des partenaires commerciaux effectifs, en leur imposant une condition supplémentaire.

Les artistes étrangers auraient pu, par leur comportement, à savoir en établissant leur domicile en Allemagne, devenir des partenaires commerciaux effectifs de la GVL. Cela montre que les artistes étrangers étaient, eux aussi, des « partenaires commerciaux » au sens de l'article 86 deuxième alinéa sous c) et que c'est uniquement la condition supplémentaire de la prise de domicile en Allemagne, imposée par la GVL à l'ensemble de cette catégorie d'artistes, qui les a empêchés de devenir des partenaires commerciaux effectifs de la GVL.

b) Le traitement discriminatoire

(52) La GVL a, jusqu'au 21 novembre 1980, appliqué aux artistes étrangers un traitement discriminatoire par rapport aux artistes allemands dans la mesure où, dans le cadre de son activité de gestion, elle a exigé d'eux la condition supplémentaire du domicile en Allemagne qu'elle n'exigeait pas des artistes allemands. Le comportement de la GVL ne consistait donc pas à refuser ses services à certains artistes étrangers individualisés, mais à établir une condition supplémentaire et générale pour tous les artistes étrangers. Dans le cas où les artistes étrangers remplissaient cette condition, la GVL était disposée à conclure avec eux des contrats de gestion. La GVL a ainsi appliqué à toute une catégorie de partenaires commerciaux des conditions généralement différentes.

c) Prestation équivalente

(53) L'interdiction de discrimination de l'article 86 deuxième alinéa sous c) exige en outre l'équivalence des prestations des partenaires concernés. Tout comme les artistes allemands et les artistes domiciliés en Allemagne, les artistes étrangers proposent à la GVL de défendre leurs droits d'auteur en Allemagne. La prestation des artistes étrangers, c'est-à-dire le transfert de leurs droits d'auteur en Allemagne à la GVL, est identique à celle des artistes allemands et des artistes domiciliés en Allemagne. Certes, il est sans doute plus difficile pour les artistes étrangers que pour les artistes allemands et les artistes domiciliés en Allemagne d'administrer la preuve des droits qu'ils détiennent en Allemagne. Cela ne modifie toutefois pas la prestation matérielle des artistes étrangers qui, une fois prouvée l'existence de leurs droits en Allemagne, ne se distingue en rien de celle des artistes allemands et des artistes domiciliés en Allemagne.

Dès lors, la prestation offerte par les artistes étrangers à la GVL est « équivalente » au sens de l'article 86 deuxième alinéa sous c).

5. *Désavantage de concurrence pour les artistes étrangers*

(54) La concurrence existe entre les artistes au niveau de leurs prestations, tant sur le marché allemand que dans les autres États membres. Chaque artiste a un intérêt particulier à ce que sa prestation soit aussi souvent que possible radiodiffusée ou communiquée en public de toute autre façon et à ce que ses enregistrements se vendent en grand nombre.

(55) Dans la concurrence entre les artistes, le traitement inégal appliqué par la GVL a désavantagé les artistes étrangers non domiciliés en Allemagne. Les artistes étrangers qui, bien qu'ils y aient droit, n'ont pas touché, pour leurs prestations en Allemagne, de redevances au titre de la deuxième exploitation, ont été défavorisés par rapport aux artistes allemands ou aux artistes étrangers domiciliés en Allemagne. En revanche, les titulaires de droits qui ont été favorisés par le comportement de la GVL ont vu leur position économique se consolider. Ils avaient donc sur les opérateurs étrangers un avantage économique qui pouvait affecter la concurrence avec eux. En effet, précisément dans le cas des artistes, les désavantages financiers même peu importants ont des conséquences considérables pour leur position sur le marché en tant qu'opérateur économique.

6. *Absence de justification*

(56) L'application par la GVL de conditions inégales à des prestations équivalentes d'artistes étrangers ne constitue un abus que si ce comportement n'a pas de justification objective (voir décision de la Commission du 17 décembre 1975, Chiquita — JO n° L 95 du 9. 4. 1976, p. 1).

(57) Les principales objections que la GVL a formulées à l'encontre d'une obligation de gérer les droits des artistes étrangers et les arguments invoqués pour justifier son comportement — même après les modifications apportées à sa

politique de gestion — se fondent sur l'hétérogénéité et la complexité de la situation juridique dans la Communauté en matière de reconnaissance des droits d'auteur des artistes.

(58) La Commission est consciente des difficultés que la situation juridique hétérogène de la Communauté pose aux artistes, sociétés d'exploitation et autres associations qui s'occupent de gérer les droits à redevance des artistes et producteurs au titre de la deuxième exploitation. Elle sait que jusqu'à présent seuls quelques États membres accordent aux artistes et producteurs un droit légal à redevance et que les autres États membres ne reconnaissent un tel droit qu'aux seuls artistes ou aux seuls producteurs, ou même ne les reconnaissent à aucune de ces deux catégories. Toutefois, les pays dont la législation ne prévoit pas de droits d'auteur de l'artiste, ont en général conclu des accords contractuels, de telle sorte que, en fin de compte, des redevances au titre de la deuxième exploitation sont versées aux artistes et producteurs dans presque tous les pays.

(59) Pour souhaitable que soit une uniformisation de la situation juridique au sein de la Communauté en matière de protection des droits au titre de la deuxième exploitation, il reste que 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 État membre. Par son refus, la GVL a empêché les artistes de percevoir une redevance pour la deuxième exploitation de leurs prestations.

(60) L'objection de la GVL, selon laquelle l'obligation de protéger les artistes étrangers serait discriminatoire pour les artistes allemands qui ne bénéficient pas d'un droit à redevance à l'étranger, n'est pas valable non plus. Une obligation de protection fondée sur des dispositions en matière de concurrence découle des droits à redevance des artistes étrangers au titre de la deuxième exploitation en Allemagne.

En effet, une telle obligation de protection s'appliquerait également aux entreprises dominantes comparables dans d'autres États membres, dès lors que des artistes allemands seraient titulaires de droits à redevance dans ces pays ou qu'ils feraient l'objet, de la part de ces entreprises, d'une discrimination fondée sur la nationalité.

L'obligation faite à la GVL de protéger les artistes étrangers ne serait donc pas discriminatoire pour les artistes allemands; elle garantit, au contraire, l'égalité de traitement pour tous les artistes dont les enregistrements sont parus en Allemagne.

7. *Effets sur le commerce entre États membres*

(61) L'exploitation abusive d'une position dominante par la GVL est également de nature à affecter le commerce entre États membres.

(62) Au sens des dispositions en matière de concurrence, le terme « commerce » englobe toutes les activités commerciales et économiques, y compris la prestation de services (voir arrêt de la Cour de justice dans l'affaire Sacchi). À cet égard, il importe seulement de savoir si le comportement de la GVL est susceptible de mettre en cause, soit de manière directe ou indirecte, soit actuellement ou potentiellement, la liberté des échanges de biens ou de services entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États (voir arrêt rendu par la Cour de justice le 13 juillet 1966 — Grundig/Consten, Recueil 1966, page 429).

(63) En refusant de prendre en charge l'exploitation des droits des artistes qui ne sont pas domiciliés en Allemagne mais qui sont domiciliés dans un autre État membre, la GVL a fait obstacle à la réalisation d'un marché unique des services dans la Communauté. À la différence des artistes allemands, ces étrangers n'ont pas pu recourir aux services de la GVL. La libre circulation des services à l'intérieur de la Communauté, qui se serait développée sans ce refus de la GVL, a donc été rendue impossible. Cette entrave à la libre circulation des services a d'ailleurs été sensible, puisqu'un grand nombre de titulaires étrangers ont été empêchés de faire valoir leurs droits en Allemagne.

À cet égard, il est sans importance que la GVL ait limité ses activités au territoire d'un seul État membre. Comme la Commission l'a constaté dans plusieurs décisions, un accord ou une pratique n'intéressant qu'un État membre sont susceptibles d'affecter les échanges lorsque des partenaires commerciaux établis dans d'autres États membres sont exclus de cet accord ou des avantages et cette pratique [décision du 29 décembre 1979 — Carreaux céramiques (JO n° L 10 du 13. 1. 1971, p. 15) et décision du 23 juillet 1974 — papiers peints de Belgique (JO n° L 237 du 29. 8. 1974, p. 3)]. En l'espèce, devant la discrimination exercée à l'égard des artistes étrangers domiciliés dans un autre État membre, l'atteinte directe aux échanges ne peut faire aucun doute. Cette discrimination a en effet eu pour effet de créer des entraves artificielles à la circulation des services entre la GVL, prestataire en Allemagne, et les artistes étrangers,

bénéficiaires potentiels dans un autre État membre, c'est-à-dire des entraves aux relations économiques entre États membres.

(64) À cela s'ajoute que le handicap financier subi par les artistes étrangers a également affecté leur position dans la concurrence internationale. Ce handicap était en effet de nature à placer ces artistes dans une situation d'infériorité par rapport aux artistes allemands ou aux artistes domiciliés en Allemagne, plus favorisés, avec lesquels ils étaient en concurrence dans la Communauté sur le plan des prestations, et à porter ainsi atteinte aux échanges économiques entre les États membres.

INAPPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 90 DU TRAITÉ

(65) Conformément aux dispositions de l'article 90 paragraphe 2, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles du traité CEE, notamment aux règles de concurrence, dans la mesure 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. Cette disposition peut également s'appliquer aux entreprises privées auxquelles la gestion de services d'intérêt économique général a été confiée par un acte de l'autorité publique (voir arrêt de la Cour de justice — BRT II). Comme l'article 90 paragraphe 2 autorise dans certaines circonstances une dérogation aux règles du traité, il s'agit de délimiter de façon stricte les entreprises qui peuvent invoquer les dispositions dudit article.

(66) La GVL n'a pas été investie de sa mission par un acte ou de toute autre façon par l'autorité publique. L'exercice de son activité est certes subordonné à l'autorisation des pouvoirs publics, mais l'octroi de cette autorisation n'implique pas l'attribution d'une mission particulière. Avant d'octroyer cette autorisation, les pouvoirs publics se bornent à vérifier que la société qui sollicite l'autorisation répond aux conditions qu'une société d'exploitation doit remplir en vertu de la Wahrnehmungsgesetz. Dès lors, cette autorisation n'entraîne pas en soi l'attribution d'une mission particulière, mais représente simplement la permission d'exercer une activité déterminée. L'autorisation, qui écarte simplement une interdiction légale, a un contenu juridique tout à fait différent de celui d'un acte de la puissance publique qui charge une entreprise de certaines tâches et donc lui impose certaines obligations. L'interprétation stricte qu'il convient de donner à la notion d'entreprise visée à l'article 90 paragraphe 2 exclut donc la GVL du champ d'application de cette disposition.

(67) En admettant même que la GVL aurait été chargée de la gestion de services, il faudrait encore que ceux-ci présentent un « intérêt économique général ».

(68) La GVL gère uniquement les intérêts privés des artistes. Dans son arrêt rendu dans l'affaire 127-73 — BRT II — la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que le critère de l'intérêt général ne peut être invoqué lorsqu'une entreprise protège des droits privés, même s'il s'agit de droits de propriété garantis par la loi. Cela s'applique également à la GVL.

INAPPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 222 DU TRAITÉ

(69) L'argument de la GVL selon lequel, conformément à l'article 222 du traité, les règles de concurrence ne « préjugent » en rien la réglementation allemande relative aux droits d'auteur des artistes et à l'activité des sociétés de gestion, n'est pas valable.

(70) D'une part, le législateur allemand n'a pas interdit aux sociétés d'exploitation de s'occuper des étrangers non domiciliés en Allemagne, mais il a laissé ce problème en suspens. D'autre part, l'interprétation de l'article 222 empêcherait tout simplement l'application du traité CEE dans le domaine de la protection de la propriété industrielle. En outre, seule l'obligation de gestion de la GVL vis-à-vis des étrangers permet à ceux-ci d'exploiter en Allemagne « leur propriété », c'est-à-dire leur droit matériel à redevance. Elle n'affecte pas la réalité des droits des artistes allemands et des étrangers domiciliés en Allemagne, ni ne porte atteinte au régime de la propriété de ce pays.

B. Comportement de la GVL à partir du 21 novembre 1980

(71) En modifiant ses statuts et son contrat type de gestion, la GVL a mis fin à la discrimination qu'elle exerçait à l'égard des artistes n'ayant pas la nationalité allemande, pour autant qu'il s'agisse de ressortissants des États membres ou d'artistes domiciliés dans l'un de ces États

membres. Le nouveau système de répartition est désormais le même pour les artistes allemands et pour les artistes étrangers.

(72) Toutefois, ce nouveau système pourrait appeler certaines réserves, dans la mesure où les artistes ne participent à la masse des redevances en Allemagne qu'en fonction des honoraires qui leur ont été versés pour l'Allemagne par le producteur, au titre de la première exploitation. C'est ainsi que, par exemple, n'entrent pas en ligne de compte les supports de son qui sont parvenus en Allemagne en dehors des circuits dépendant du producteur, puisque celui-ci en l'occurrence ne verse pas de droits « pour l'Allemagne ».

(73) Néanmoins, dans l'état actuel des choses, cela ne représente pas un abus. Eu égard aux difficultés considérables d'ordre pratique que pose une répartition équitable des redevances, ainsi que l'a souligné la GVL, le système de décompte basé sur les droits perçus par l'artiste pour le marché allemand, semble constituer une solution qui répond aux nécessités de justice et d'économie.

APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 3 DU RÈGLEMENT N° 17

(74) Jusqu'au 21 novembre 1980, la GVL a commis une infraction. Eu égard à la complexité de la situation juridique, elle estime pouvoir continuer à exclure de son activité de gestion les artistes qui n'ont pas la nationalité allemande ou un domicile en Allemagne. Une décision est donc nécessaire pour clarifier la situation juridique, notamment pour les plaignants, et pour éviter que des infractions analogues ou semblables se reproduisent à l'avenir.

Cette nécessité s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'établir clairement que les disparités entre les législations des États membres en matière d'entreprises dominantes ne justifient en aucune façon une discrimination.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article premier

Le refus opposé par la GVL jusqu'au 21 novembre 1980 de conclure des contrats de gestion avec des artistes étrangers n'ayant pas de domicile dans la république fédérale d'Allemagne, ainsi que de gérer d'une autre façon les droits d'auteur dont ces artistes étaient titulaires en Allemagne, a constitué un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité instituant la Communauté économique européenne, dans la mesure où ces artistes étaient ressortissants d'un autre État membre ou y avaient leur domicile.

Article 2

La Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Esplanade 36a, Hambourg, est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 29 octobre 1981.

Par la Commission

Frans ANDRIESSEN

Membre de la Commission