

**ÉTATS-UNIS – ARTICLE 110 5) DE LA LOI
SUR LE DROIT D'AUTEUR**

**RECOURS À L'ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM
D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

DÉCISION DES ARBITRES

La décision des arbitres dans l'affaire *États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur - Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* est notifiée à l'Organe de règlement des différends et au Conseil des ADPIC, où tout Membre pourra soulever toute question s'y rapportant, conformément à l'article 25:3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. La décision est mise en distribution non restreinte le 9 novembre 2001 en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1).

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	1
A. PROCÉDURE.....	1
B. QUESTIONS DE PROCÉDURE QUI SE SONT POSÉES AU COURS DES TRAVAUX.....	3
1. Traitement des réponses aux questions posées par les arbitres à certaines organisations de gestion collective des États-Unis.....	3
2. Recevabilité de certains éléments de preuve présentés par les États-Unis.....	5
3. Traitement des renseignements commerciaux confidentiels présentés par les parties.....	6
II. PORTÉE DU MANDAT DES ARBITRES.....	7
A. COMPÉTENCE, AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD, POUR EXAMINER LA QUESTION PORTÉE DEVANT LES ARBITRES PAR LES PARTIES.....	7
III. QUESTIONS CONCEPTUELLES.....	9
A. NATURE ET NIVEAU DES AVANTAGES ANNULÉS OU COMPROMIS.....	9
B. REDEVANCES RECOUVRÉES PAR OPPOSITION AUX REDEVANCES DISTRIBUÉES.....	18
IV. CALCUL.....	23
A. EXPOSÉ DE LA MÉTHODE SUIVIE PAR L'ARBITRE.....	23
1. L'approche "de l'inclusion" par opposition à l'approche "de l'exclusion".....	23
2. Moment auquel les avantages annulés ou compromis devraient être évalués.....	26
3. Éléments non pris en considération dans le calcul.....	29
a) Approche des arbitres.....	29
b) Éléments non pris en considération dans le calcul.....	30
i) <i>Tort "indirect" ou "potentiel" causé à d'autres droits des détenteurs de droits des CE.....</i>	<i>30</i>
ii) <i>Activités de SESAC.....</i>	<i>30</i>
iii) <i>Musique diffusée par Internet.....</i>	<i>31</i>
B. CALCUL.....	31
1. Observations générales.....	31
2. Montant total des redevances versées aux détenteurs de droits des CE.....	32
3. Redevances provenant des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail.....	35
4. Redevances attribuables à la diffusion de musique émise par la radio et la télévision.....	36

5.	Redevances provenant des établissements qui satisfont aux prescriptions de l'exception légale	36
6.	Ajustements complémentaires	38
V.	DÉCISION DE L'ARBITRE.....	39
	ANNEXE I	40
	ANNEXE II.....	42

I. INTRODUCTION

A. PROCÉDURE

1.1 Le 23 juillet 2001, les Communautés européennes (CE)¹ et les États-Unis (ci-après également dénommés les "parties") ont informé l'Organe de règlement des différends (ORD) qu'ils sont mutuellement convenus de recourir à l'arbitrage conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (ci-après le "Mémorandum d'accord").² L'objectif déclaré de l'arbitrage était de déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les Communautés européennes en raison de l'application de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis.

1.2 Les parties ont eu recours au présent arbitrage après l'adoption par l'ORD du rapport du groupe spécial qui, à la demande des Communautés européennes, avait examiné la compatibilité de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis³, telle qu'elle a été modifiée par la Loi de 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales⁴, avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.⁵ Les conclusions et recommandations du Groupe spécial⁶ se lisent comme suit:

"7.1 À la lumière des constatations exposées plus haut aux paragraphes 6.92 à 6.95, 6.133, 6.159, 6.211, 6.219, 6.266 et 6.272, le Groupe spécial conclut que:

- a) L'alinéa A) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis satisfait aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et est par

¹ Aux fins de la présente procédure, la mention "Communautés européennes" sera réputée, le cas échéant, désigner les Communautés européennes et leurs États membres.

² Voir WT/DS160/15. L'article 25 du Mémorandum d'accord se lit comme suit:

"1. Un arbitrage rapide dans le cadre de l'OMC, conçu comme un autre moyen de règlement des différends, peut faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties.

2. Sauf disposition contraire du présent mémorandum d'accord, le recours à un arbitrage sera subordonné à l'accord mutuel des parties qui conviendront des procédures à suivre. Les accords sur le recours à l'arbitrage seront notifiés à tous les Membres assez longtemps avant l'ouverture effective de la procédure d'arbitrage.

3. D'autres Membres ne pourront devenir parties à une procédure d'arbitrage qu'avec l'accord des parties qui sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage. Les parties à la procédure conviendront de se conformer à la décision arbitrale. Les décisions arbitrales seront notifiées à l'ORD et au Conseil ou Comité de tout accord pertinent, où tout Membre pourra soulever toute question s'y rapportant.

4. Les articles 21 et 22 du présent mémorandum d'accord s'appliqueront *mutatis mutandis* aux décisions arbitrales."

³ Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis, Loi du 19 octobre 1976, Loi 94-553, 90 Stat. 2541 (telle qu'elle a été modifiée).

⁴ Loi du 27 octobre 1998 sur les pratiques loyales dans le domaine des licences relatives à des œuvres musicales, Loi 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session (1998), ci-après dénommée la "modification de 1998".

⁵ Ci-après dénommé l'"Accord sur les ADPIC".

⁶ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur* (ci-après "*États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*"), WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000. Le groupe spécial initial sera ci-après dénommé le "Groupe spécial".

conséquent compatible avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.

- b) L'alinéa B) de l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et est par conséquent incompatible avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.

7.2 Le Groupe spécial *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre l'alinéa B) de l'article 110 5) conforme à leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.⁷

1.3 Les parties ont demandé au Président de l'ORD de se mettre en relation avec les membres du Groupe spécial initial ayant examiné le différend afin de déterminer s'ils pourraient participer à cette procédure en qualité d'arbitres.⁸ La Présidente du Groupe spécial initial, Mme Carmen Luz Guarda et un autre membre, M. A. V. Ganesan, n'étaient plus disponibles. En conséquence, conformément à la procédure convenue pour le choix des arbitres énoncée dans le document WT/DS160/15, le Directeur général a désigné deux arbitres⁹ pour les remplacer.

1.4 Le 13 août 2001, les Membres ont été informés que les personnes suivantes rempliraient les fonctions d'arbitres¹⁰:

Président: M. Ian F. Sheppard
Membres: Mme Margaret Liang
M. David Vivas-Eugui

1.5 À la suite d'une réunion d'organisation tenue avec les parties le 13 août 2001, les arbitres ont arrêté leurs procédures de travail et leur calendrier sur la base des procédures et du calendrier convenus pour la procédure d'arbitrage au titre de l'article 25, annexés à la communication adressée par les parties au Président de l'ORD au sujet de leur recours à l'article 25 du Mémorandum d'accord.¹¹

1.6 La compétence des arbitres est énoncée dans le document WT/DS160/15 dont les passages pertinents se lisent comme suit:

"Les États-Unis et les Communautés européennes (CE), étant mutuellement convenus conformément à l'article 25:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le Mémorandum d'accord) d'engager une procédure d'arbitrage pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant, pour les CE, des dispositions de l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur, ont l'honneur de vous demander de bien vouloir vous mettre en relation avec les membres du Groupe spécial initial ayant examiné le différend "États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur" (WT/DS160)

⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphes 7.1 et 7.2.

⁸ Voir WT/DS160/15.

⁹ Le groupe des trois arbitres sera ci-après dénommé "les arbitres".

¹⁰ Voir WT/DS160/16.

¹¹ Voir WT/DS160/15.

afin de déterminer s'ils pourraient participer à cette procédure en qualité d'arbitres.
[...]

Les parties conviennent que la décision arbitrale sera définitive et qu'elles l'accepteront comme déterminant le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages aux fins de toutes procédures pouvant être engagées à l'avenir au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord en rapport avec le présent différend."

1.7 Conformément au calendrier, les Communautés européennes ont présenté une note méthodologique le 14 août 2001. Les deux parties ont présenté des communications écrites simultanément le 21 août 2001. Elles ont présenté des réfutations écrites simultanément le 28 août 2001. Les arbitres se sont réunis avec les parties le 5 septembre 2001. Les réponses aux questions des arbitres ont été reçues le 11 septembre. Les parties ont été autorisées à présenter, jusqu'au 14 septembre 2001, des observations concernant les réponses de la partie adverse.¹²

1.8 Les arbitres ont communiqué leur décision aux parties le 12 octobre 2001. La décision a été notifiée à l'ORD et au Conseil des ADPIC en application de l'article 25:3 du Mémoire d'accord le 9 novembre 2001.

B. QUESTIONS DE PROCÉDURE QUI SE SONT POSÉES AU COURS DES TRAVAUX

1. **Traitement des réponses aux questions posées par les arbitres à certaines organisations de gestion collective des États-Unis**

1.9 Le 5 septembre 2001, les **arbitres** ont décidé de demander des renseignements additionnels à deux des organisations de gestion collective des États-Unis¹³: l'American Society of Authors, Composers and Publishers (ASCAP) et Broadcast Music Inc. (BMI).¹⁴ Les arbitres ont consulté les parties au sujet des questions posées à ces CMO. Les parties ne se sont pas opposées à ce que les arbitres demandent ces renseignements.¹⁵ Les arbitres sont convenus que les parties pourraient faire des observations concernant tout renseignement communiqué par les CMO des États-Unis. Un délai de réponse jusqu'au 14 septembre a été donné à l'ASCAP et à BMI. Cependant, aucune réponse n'a été reçue à cette date.

1.10 Les arbitres étaient conscients des circonstances particulières qui pourraient avoir retardé les réponses et étaient d'avis que, si l'ASCAP et/ou BMI fournissaient ultérieurement tout renseignement susceptible d'influencer de manière notable les calculs à effectuer, ils demanderaient aux parties de faire des observations sur ces renseignements avant d'arrêter leur décision. BMI a communiqué quelques renseignements le 25 septembre 2001. Cependant, elle a subordonné l'utilisation de ces renseignements à un certain nombre de conditions, en particulier l'obligation pour les arbitres de transmettre à son conseil "tout document qu'il est envisagé de rendre public" pour lui permettre de s'assurer que le caractère confidentiel des renseignements qu'elle avait communiqués était

¹² Les États-Unis ont présenté des observations à la date indiquée. Les Communautés européennes ne l'ont pas fait mais elles ont par la suite contesté la recevabilité de certains éléments de preuve fournis par les États-Unis. En ce qui concerne les questions procédurales ultérieures, voir la section I.B.1 ci-après.

¹³ Ci-après dénommées "CMO".

¹⁴ Une troisième CMO est active dans ce secteur: la Society of European Stage Authors and Composers (SESAC). Cependant, pour des raisons qui seront exposées plus loin, les parties n'ont pas inclus les activités de la SESAC dans leurs calculs. La SESAC elle-même n'a pas participé à la procédure du Groupe spécial. Eu égard aux explications données par les parties, les arbitres n'ont pas jugé nécessaire de demander des renseignements à la SESAC.

¹⁵ La demande de renseignement a été formulée dans une lettre adressée à la Présidente et Présidente du Conseil d'administration de l'ASCAP ainsi qu'à la Présidente et Directrice générale de BMI. Le texte de la lettre est reproduit dans l'annexe I de la présente décision.

effectivement protégé. Les arbitres croyaient comprendre que l'expression "tout document qu'il est envisagé de rendre public" pouvait s'appliquer à leur décision. Eu égard à leurs procédures de travail et à la pratique suivie généralement dans le cadre du droit international public, ils ont considéré qu'une telle condition était incompatible avec le caractère confidentiel de leurs travaux, lequel s'appliquait aussi au contenu de leur rapport jusqu'à ce que celui-ci soit rendu public. Les arbitres craignaient aussi que de telles conditions, si elles étaient acceptées, ne risquent de rendre plus difficile l'accès à des éléments de preuve dans les affaires qui seraient portées à l'avenir devant le mécanisme de règlement des différends. En conséquence, ils ont décidé de ne pas utiliser les renseignements communiqués par BMI le 25 septembre 2001.

1.11 L'ASCAP a fait parvenir ses réponses le 3 octobre 2001. Le 4 octobre, les arbitres ont demandé aux parties de se prononcer sur la question de savoir si les renseignements communiqués devaient être pris en considération. Les **Communautés européennes** étaient d'avis que les renseignements reçus de l'ASCAP ne faisaient que réitérer et confirmer les renseignements déjà communiqués par les parties aux arbitres et au Groupe spécial et qu'ils ne justifiaient pas un report du moment auquel la décision serait rendue. Les **États-Unis** ont dit qu'ils n'élèveraient pas d'objection si les arbitres devaient prendre en compte les renseignements provenant de l'ASCAP mais ils ont aussi déclaré que les nouveaux renseignements confirmaient simplement le caractère raisonnable de leurs propres calculs.

1.12 BMI a informé les arbitres le 10 octobre 2001 qu'elle communiquerait des renseignements additionnels, sans imposer les conditions qui avaient amené les arbitres à écarter sa communication antérieure.¹⁶ Les arbitres ont demandé l'avis des parties sur l'opportunité de prendre en considération les nouveaux renseignements de BMI. Les **Communautés européennes** ont dit que ces renseignements ne devraient pas être pris en considération si cela retardait davantage le moment où la décision serait rendue. Les **États-Unis** ont été d'avis que les arbitres possédaient des renseignements suffisants pour rendre une décision équitable sur le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par l'article 110 5) B). Néanmoins, si les arbitres préféraient attendre les renseignements que BMI pourrait communiquer, les États-Unis n'y voyaient pas d'objection. Les États-Unis ont néanmoins rappelé que le "délai raisonnable" pour la mise en œuvre en l'espèce venait à expiration le jour où la session en cours du Congrès des États-Unis prenait fin ou le 31 décembre 2001, la date la plus rapprochée étant retenue. Eu égard à cette contrainte temporelle et aux efforts actuellement déployés par les parties pour arriver à un règlement consensuel du différend, les États-Unis souhaitaient obtenir une décision équitable rapidement.

1.13 Les **arbitres** rappellent que l'une des principales préoccupations exprimées par les parties au moment où la présente question a été soumise à arbitrage était que nous procédions rapidement. Nous notons que, si nous avons pris en compte les renseignements communiqués par l'ASCAP et BMI, nous aurions été obligés de reporter considérablement la date à laquelle nous rendrions notre décision. Nous soulignons à cet égard que les Communautés européennes ont exprimé l'avis selon lequel les renseignements communiqués par l'ASCAP et BMI ne justifiaient aucun report. Nous notons aussi que les États-Unis ne nous ont pas expressément demandé d'examiner les chiffres soumis par l'ASCAP ou BMI. Nous ne sommes donc pas disposés à reporter le moment auquel nous rendrions notre décision. Nous notons à ce propos que tout retard dans la publication de notre rapport raccourcit le délai dont disposent les deux parties pour arriver à une solution mutuellement satisfaisante avant la fin du délai raisonnable convenu par l'ORD.

1.14 Eu égard à cette considération procédurale, nous concluons que nous ne devrions pas prendre en compte les renseignements communiqués par l'ASCAP et BMI.

¹⁶ Les renseignements ont été reçus le 11 octobre 2001.

2. Recevabilité de certains éléments de preuve présentés par les États-Unis

1.15 Le 17 septembre 2001, les Communautés européennes ont fait parvenir au Président des arbitres une lettre dans laquelle elles contestaient la présentation de certains éléments de preuve par les États-Unis dans leurs observations du 14 septembre 2001 concernant les réponses des parties aux questions des arbitres. Le 19 septembre, le Président des arbitres a adressé aux parties une lettre, dont les passages pertinents se lisent comme suit:

"Je me réfère à la lettre, datée du 17 septembre 2001, que les Communautés européennes (CE) m'ont adressée en ma qualité de Président des arbitres dans l'affaire susmentionnée. Dans ladite lettre, les CE se réfèrent au paragraphe f) de nos procédures de travail du 16 août 2001 et allèguent que les pièces ARB-25 et ARB-26, jointes par les États-Unis à leurs observations du 14 septembre 2001, ont été présentées tardivement et qu'aucun "exposé de raisons valables" n'a été présenté pour l'octroi d'une exception. Les Communautés européennes concluent que les pièces en question devraient être écartées par les arbitres. En outre, elles formulent quelques observations sur les aspects de fond de la pièce ARB-26 des États-Unis.

Les arbitres rappellent que le paragraphe f) se lit comme suit:

"f) les parties communiqueront aux arbitres tous les éléments de preuve factuels au plus tard au moment où elles leur présenteront les premières communications écrites, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires aux communications présentées à titre de réfutation. Les exceptions à cette procédure seront accordées sur exposé de raisons valables. En pareil cas, l'autre partie se verra accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il conviendra;"

Les arbitres notent que les États-Unis ont présenté de nouveaux éléments sous la forme des pièces ARB-25 et ARB-26, dans le cadre des observations que les parties étaient autorisées à formuler au sujet des réponses de la partie adverse aux questions des arbitres. Ils notent aussi que les CE ont présenté des observations concernant à la fois la recevabilité et les aspects de fond de ces pièces. Les arbitres concluent que, sans préjudice de toute décision qu'ils pourront prendre en définitive au sujet de la demande des CE, celles-ci n'ont pas été privées de la possibilité de faire des observations au titre du paragraphe f) de nos procédures de travail.

Dans ces circonstances, les arbitres jugent approprié d'aborder, dans la décision arbitrale, les questions soulevées par les allégations des CE contenues dans la lettre du 17 septembre 2001."

1.16 Le 20 septembre 2001, les États-Unis ont formulé des observations au sujet de la lettre du 17 septembre des CE, en déclarant qu'ils avaient des raisons valables de présenter les pièces en cause, car celles-ci étaient destinées à réfuter les déclarations faites par les Communautés européennes en réponse aux questions écrites des arbitres. De l'avis des États-Unis, dans ces déclarations, les CE avaient introduit de nouvelles questions factuelles. Les États-Unis contestaient aussi aux Communautés européennes le droit de présenter de nouveaux arguments qui ne répondaient pas aux réfutations.

1.17 Les arbitres notent que les États-Unis n'ont pas tenté de justifier la présentation des pièces ARB-25 et ARB-26 en vertu des prescriptions du paragraphe f) au moment où ils les ont présentées. Les États-Unis ont allégué qu'ils avaient des raisons valables de présenter ces pièces uniquement dans une lettre ultérieure, datée du 20 septembre 2001. Les arbitres sont d'avis que le paragraphe f) devrait

normalement être interprété comme exigeant qu'il y ait un exposé de raisons valables avant la présentation des nouveaux éléments de preuve ou à ce moment-là, en même temps que la communication de la réfutation ou après cette communication. Cependant, les circonstances de l'espèce, les conditions dans lesquelles les pièces ont été présentées et la réaction des Communautés européennes revêtent un caractère spécial et justifient le fait que le paragraphe f) soit interprété avec une certaine flexibilité limitée.

1.18 Premièrement, dans une affaire dans laquelle les renseignements disponibles étaient rares et compte tenu du délai dans lequel les arbitres étaient censés achever leurs travaux, tout renseignement supplémentaire était le bienvenu à tout moment et *a priori* important eu égard au devoir des arbitres de donner une évaluation objective des faits.

1.19 Deuxièmement, les renseignements additionnels ont été apportés par les États-Unis dans le cadre d'une réfutation des arguments des CE figurant dans la réponse de celles-ci aux questions des arbitres, comme il a été convenu avec les arbitres lors de l'audience. Les arbitres notent que les CE n'ont pas allégué que les pièces n'étaient pas liées à la réfutation de leurs arguments contenus dans leurs réponses aux questions des arbitres.

1.20 Enfin, tandis que les États-Unis ont justifié tardivement la présentation de leurs pièces ARB-25 et ARB-26, les Communautés européennes ont en fait, dans leur réponse, traité les aspects de fond de ces pièces. Comme le Président l'a noté dans sa lettre du 19 septembre 2001 aux parties, les CE n'ont donc pas été privées de la possibilité de faire des observations concernant les pièces des États-Unis.

1.21 Eu égard à ces circonstances spéciales, les arbitres considèrent que les pièces ARB-25 et ARB-26 des États-Unis sont admises dans la procédure. Quant aux aspects de fond de ces éléments de preuve, ils y reviendront selon qu'il conviendra dans la présente décision.

3. Traitement des renseignements commerciaux confidentiels présentés par les parties

1.22 Les deux parties ont présenté quelques renseignements à titre confidentiel et ont demandé qu'ils ne soient pas communiqués à des parties privées.¹⁷

1.23 Les arbitres rappellent que le Groupe spécial était convenu de traiter comme confidentiels certains renseignements provenant des Communautés européennes et des États-Unis, tout en rappelant aussi que le fait que ces renseignements étaient qualifiés de confidentiels n'avait pas aidé le Groupe spécial à s'acquitter de la tâche qui lui incombait de faire des constatations qui permettent le mieux à l'ORD de remplir ses fonctions en matière de règlement des différends.¹⁸

1.24 En l'absence de demandes spécifiques des parties quant à la manière dont le caractère confidentiel des renseignements commerciaux confidentiels devrait être préservé, les arbitres s'en tiendront d'une manière générale à la pratique suivie par l'Organe d'appel sur ce sujet.¹⁹ Ils ont décidé que, dans la mesure où des renseignements confidentiels peuvent apparaître en tant que tels dans la décision arbitrale afin d'étayer leurs constatations, deux versions de cette décision seraient établies. La première, destinée aux parties, contiendrait tous les renseignements utilisés pour étayer les déterminations des arbitres. La seconde, qui serait distribuée à tous les Membres, serait remaniée de

¹⁷ Première et seconde communications écrites des États-Unis, pièces ARB-5, 7, 8, 9, 10 et 12 des États-Unis.

¹⁸ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphe 6.208 et note de bas de page 192, et paragraphe 6.233 et note de bas de page 209.

¹⁹ Voir, en particulier, le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphes 141 à 147.

façon à ne pas contenir les renseignements pour lesquels, après consultation avec les parties, les arbitres concluraient que le statut confidentiel pour des raisons commerciales était suffisamment justifié. Les renseignements que les arbitres considéreraient comme des renseignements commerciaux confidentiels seraient remplacés par la mention "x".²⁰

II. PORTÉE DU MANDAT DES ARBITRES

A. COMPÉTENCE, AU TITRE DE L'ARTICLE 25 DU MÉMORANDUM D'ACCORD, POUR EXAMINER LA QUESTION PORTÉE DEVANT LES ARBITRES PAR LES PARTIES

2.1 Les arbitres notent que c'est la première fois depuis la création de l'ORD que les Membres ont fait appel à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord.²¹ Alors que l'ORD établit des groupes spéciaux ou renvoie des questions à d'autres organismes d'arbitrage, l'article 25 prévoit une procédure différente. Les parties au présent différend devaient uniquement *notifier* à l'ORD leur recours à l'arbitrage. Aucune décision n'est nécessaire de la part de l'ORD pour une question qui doit être soumise à arbitrage au titre de l'article 25. En l'absence d'un contrôle multilatéral sur le recours à cette disposition, il appartient aux arbitres eux-mêmes de faire en sorte qu'elle soit appliquée conformément aux règles et principes régissant le système de l'OMC.²² Comme l'Organe d'appel l'a rappelé dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*²³, il existe une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence. Les arbitres estiment que ce principe s'applique aussi aux organismes d'arbitrage.²⁴ Au cas où il y aurait des questions quant à la compétence des arbitres pour examiner le présent différend, nous indiquons brièvement les raisons sur la base desquelles nous concluons que nous avons effectivement la compétence nécessaire.

2.2 Les arbitres rappellent que la présente procédure d'arbitrage a été engagée pour l'examen d'une question particulière résultant de la mise en œuvre des décisions et recommandations adoptées par l'ORD sur la base du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*. Dans ce contexte, notre mandat est de "déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant, pour les CE, des dispositions de l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur".²⁵

2.3 Les arbitres notent d'abord que, conformément au libellé de l'article 25:1, l'arbitrage au titre de l'article 25 est un "autre moyen de règlement des différends".²⁶ L'expression "règlement des différends" est généralement employée dans l'Accord de l'OMC pour désigner l'ensemble du

²⁰ Cette approche a été suivie dans une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 et ne semble pas avoir soulevé d'objections à l'ORD. Voir la décision des arbitres dans l'affaire *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC* (ci-après "*Brésil – Aéronefs* (22:6)"), WT/DS46/ARB, 28 août 2000, paragraphe 2.14.

²¹ Les arbitres rappellent qu'il était rarement fait appel à l'arbitrage dans le cadre du GATT de 1947.

²² En particulier, les arbitres estiment que la présente procédure d'arbitrage ne devrait pas être appliquée de manière à contourner les dispositions de l'article 22:6 du Mémoire d'accord (voir l'article 23:2 c) du Mémoire d'accord).

²³ Voir le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, paragraphe 54, note de bas de page 30.

²⁴ Ce point de vue est corroboré par l'article 21 du Règlement facultatif d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage pour les organisations internationales et les États. Voir, Cour permanente d'arbitrage: Règlement facultatif d'arbitrage pour les organisations internationales et les États, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1996, Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage, La Haye, Pays-Bas.

²⁵ WT/DS160/15.

²⁶ Pas d'italique dans l'original.

processus de résolution des différends²⁷ dans le cadre du Mémoire d'accord, et non un seul aspect de ce processus, tel que la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages à la suite d'une violation. On peut faire valoir que la procédure prévue à l'article 25 est en réalité une solution autre qu'une procédure de groupe spécial. Ce point de vue semblerait confirmé par le libellé de l'article 25:4, qui dispose que "les articles 21 et 22 du présent mémorandum d'accord s'appliqueront *mutatis mutandis* aux décisions arbitrales".²⁸ L'article 22:2 lui-même, à la différence de l'article 21:3 c), ne fait pas référence à l'arbitrage comme solution autre que la négociation d'une compensation mutuellement acceptable. On pourrait donc faire valoir que l'arbitrage au titre de l'article 25 n'est pas destiné à "déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant, pour les CE, des dispositions de l'article 110 5) B) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur".

2.4 Tout en restant attentifs à ces éléments d'interprétation, les arbitres sont d'avis que d'autres éléments l'emportent sur ces derniers, étant donné qu'aucune des dispositions pertinentes n'exclut expressément le recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 dans le contexte particulier dans lequel elles s'appliquent. L'article 25:2 lui-même dispose que le recours à un arbitrage sera subordonné à l'accord mutuel des parties qui conviendront des procédures à suivre, "sauf disposition contraire du présent mémorandum d'accord". L'article 25 lui-même ne précise pas qu'il serait exclu de recourir à l'arbitrage au titre de ses dispositions lorsqu'il s'agit de déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par un Membre. Au contraire, les termes de l'article 25:1, qui font référence à "la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties" peuvent permettre de penser que l'article 25 devrait être interprété comme un mécanisme d'arbitrage auquel les Membres peuvent avoir recours chaque fois que cela est nécessaire dans le cadre de l'OMC. Nous notons aussi que l'article 22:2 mentionne les "négociations ... en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable". Rien dans le libellé de cette disposition n'interdirait de considérer l'arbitrage comme un moyen d'arriver à une compensation mutuellement acceptable.

2.5 Par ailleurs, le recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 dans la situation présente est pleinement compatible avec l'objet et le but du Mémoire d'accord. L'arbitrage est de nature à contribuer au règlement rapide d'un différend entre les Membres comme il est requis à l'article 3:2 du Mémoire d'accord. En effet, il peut faciliter la résolution d'une divergence de vues dans le contexte de la négociation de compensations, ouvrant ainsi la voie à la mise en œuvre sans qu'il y ait suspension de concessions ou d'autres obligations.

2.6 D'une manière générale, le recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 renforce le système de résolution des différends en complétant les négociations menées au titre de l'article 22:2. La possibilité pour les parties à un différend de faire appel à l'arbitrage en relation avec la négociation de compensations a pour effet d'accroître l'efficacité de cette option prévue à l'article 22:2. Incidemment, les arbitres notent qu'à leur avis, la compensation est toujours préférable aux contre-mesures quelles

²⁷ Dans une note du secrétariat du GATT intitulée "Concept, formes et effets de l'arbitrage", MTN.GNG/NG13/W/20, 22 février 1988, le terme "différend" est défini comme étant un désaccord particulier concernant un élément de fait, une loi ou une politique dans lequel une requête ou une assertion d'une partie se heurte à un refus, à une demande reconventionnelle ou une dénégation d'une autre partie.

²⁸ Le texte de l'article 25 du Mémoire d'accord est, pour l'essentiel, identique à celui des paragraphes 1, 2 et 3 de la section E de la Décision de 1989 relative aux améliorations des règles et procédures de règlement des différends du GATT (IBDD, S36/64). Il convient de noter que, dans cette décision, la section E fait suite à d'autres sections concernant des moyens de règlement des différends tels que les consultations (section C) ainsi que les bons offices, la conciliation et la médiation (section D). Par ailleurs, le GATT de 1947 ne prévoyait pas les moyens élaborés de faire respecter les dispositions qui figurent dans le Mémoire d'accord. Dans la note MTN.GNG/NG13/W/20 du 22 février 1988, mentionnée plus haut, l'arbitrage est aussi présenté comme un moyen "choisi au lieu du processus normal de règlement des différends" (paragraphe 12) ou une solution à laquelle recourent les parties "au lieu de s'adresser à un groupe spécial" (paragraphe 17).

qu'elles soient car elle favorise les échanges au lieu de les restreindre ou de les détourner. Enfin, une telle application de l'article 25 n'affecte pas, du moins en l'espèce, les droits des autres Membres dans le cadre du Mémorandum d'accord.²⁹

2.7 Eu égard à l'objet de l'arbitrage demandé par les parties et au fait que les droits des autres Membres dans le cadre du Mémorandum d'accord ne sont pas affectés par la décision des Communautés européennes et des États-Unis de recourir à l'arbitrage au titre de l'article 25, les arbitres sont d'avis qu'en attendant une interprétation ultérieure donnée par les Membres, ils devraient se déclarer compétents au titre de l'article 25 pour déterminer le niveau des avantages des CE qui sont actuellement annulés ou compromis dans la présente affaire.³⁰

III. QUESTIONS CONCEPTUELLES

3.1 Étant donné que la présente procédure d'arbitrage est la première dans laquelle un organe juridictionnel de l'OMC est chargé de déterminer le niveau des avantages annulés ou compromis à la suite d'un manquement à des obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, il est nécessaire d'examiner de manière assez approfondie deux questions conceptuelles avant d'effectuer tous calculs effectifs concernant le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les Communautés européennes dans la présente affaire.

A. NATURE ET NIVEAU DES AVANTAGES ANNULÉS OU COMPROMIS

3.2 La première question examinée par les arbitres concerne la nature et le niveau des avantages qui sont annulés ou compromis dans la présente affaire.

3.3 Les **Communautés européennes** estiment que la présente affaire est particulière du fait qu'elle porte sur le refus des États-Unis d'accorder des droits exclusifs qu'ils sont tenus, aux termes de l'Accord sur les ADPIC, d'accorder aux ressortissants d'autres Membres de l'OMC. Elles notent que, par contre, dans aucune des procédures d'arbitrage antérieures au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, les entités affectées par les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC pertinentes ne bénéficiaient de droits exclusifs. En fait, ces entités pouvaient uniquement faire valoir des attentes concernant le cadre juridique et les conditions factuelles dans lesquelles elles pouvaient poursuivre leurs activités économiques. Les Communautés européennes considèrent que, du fait que l'Accord sur les ADPIC garantit des droits exclusifs spécifiques et non de simples attentes, la manière appropriée de mesurer l'annulation ou la réduction d'avantages en l'espèce est d'évaluer la valeur économique des droits exclusifs qui sont refusés.

3.4 En ce qui concerne le présent différend, les Communautés européennes font valoir que l'on ne peut pas évaluer correctement la valeur des droits d'auteur exclusifs qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE en raison de l'article 110 5) B) sans supposer que tous les établissements qui utilisent les œuvres protégées par le droit d'auteur des détenteurs de droits des CE ont une licence. Elles notent que, dans le cas contraire, ces établissements commettraient un acte de piratage. Les Communautés européennes sont donc d'avis que la valeur économique des droits d'auteur en cause dans le présent

²⁹ En fait, elle peut les affecter de manière positive, étant donné que la compensation s'applique *erga omnes*.

³⁰ La déclaration de compétence des arbitres dans la présente affaire n'est pas une extension unilatérale de la compétence de l'OMC car le recours à l'article 25 du Mémorandum d'accord est subordonné à l'accord des parties à un différend. Cette décision est sans préjudice de la compatibilité, avec le Mémorandum d'accord, de la décision des parties d'accepter la présente sentence arbitrale comme déterminant le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages aux fins de toutes procédures pouvant être engagées à l'avenir au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord en relation avec la présente affaire. Elle est aussi sans préjudice de toute interprétation des dispositions des articles 22 et 25 du Mémorandum d'accord qui pourrait être donnée par la Conférence ministérielle ou le Conseil général.

différend correspond aux recettes provenant des licences dont les détenteurs de droits des CE sont *potentiellement* privés en raison de l'article 110 5) B).

3.5 Les **États-Unis** considèrent que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée aux Communautés européennes est égal aux bénéfices annuels perdus par les détenteurs de droits des CE en raison de l'article 110 5) B). Comme les Communautés européennes, ils pensent que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages devrait être mesuré par référence aux redevances de licences perdues par les détenteurs de droits des CE. Cependant, ils contestent l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle celles-ci avaient subi une perte d'avantages égale au montant total des redevances de licences qui pourraient hypothétiquement être recouvrées. De l'avis des États-Unis, la manière la plus exacte et la plus justifiée factuellement de quantifier les avantages perdus est de déterminer les avantages que les détenteurs de droits des CE recevaient avant la promulgation de l'article 110 5) B).

3.6 D'après les États-Unis, la méthode proposée par les Communautés européennes devrait être rejetée car elle calcule les redevances de licences non obtenues comme si les détenteurs du droit d'auteur recevaient des redevances de *tous* les utilisateurs de musique diffusée à la radio ou à la télévision qui sont visés par l'article 110 5) B). Les États-Unis soutiennent qu'avant la promulgation de l'article 110 5) B), de nombreux bars, restaurants et établissements de vente au détail aux États-Unis qui auraient pu passer de la musique diffusée à la radio ou à la télévision n'avaient pas de licences à cette fin. Les États-Unis estiment qu'il faut s'attendre à ce que le taux de licences concédées soit ainsi inférieur à 100 pour cent car la concession de licences aux bars, restaurants et établissements de vente au détail entraîne des coûts substantiels pour les CMO des États-Unis qui administrent les droits des détenteurs du droit d'auteur. Ils font valoir que, étant donné la dispersion géographique de l'effectif d'utilisateurs aux États-Unis, il n'est pas rationnel d'un point de vue économique pour les CMO des États-Unis de localiser tous les établissements qui passent de la musique diffusée à la radio ou à la télévision et d'essayer d'obtenir et d'administrer des licences dans chaque cas. Les États-Unis sont donc d'avis que, du fait qu'elle ne prend pas en compte le coût du recouvrement et de la distribution des redevances, la méthode proposée par les Communautés européennes procure en soi un gain imprévu, ce qui serait contraire aux règles de l'OMC et pénaliserait de manière inéquitable les États-Unis.

3.7 Les **Communautés européennes** rejettent l'argument des États-Unis selon lequel il serait "trop coûteux" de concéder des licences à certaines catégories d'entreprises ou à des entreprises situées dans certaines régions des États-Unis. D'après elles, cela revient à laisser entendre qu'un Membre de l'OMC dans lequel les taux de piratage sont très élevés ou dans lequel il est particulièrement difficile ou coûteux de faire respecter les droits de propriété intellectuelle est, à toutes fins pratiques, libéré de ses obligations de fond dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC.

3.8 Les **arbitres** notent qu'ils sont appelés, en l'espèce, à déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant aux Communautés européennes qui résulte du maintien en application de l'article 110 5) B). En ce qui concerne l'article 110 5) B), le Groupe spécial a conclu que cet article était "[...] incompatible avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord."³¹ Aucune partie au présent différend ne conteste le fait que l'article 110 5) B), tel qu'il est actuellement en vigueur, demeure incompatible avec les dispositions des articles susmentionnés.

3.9 Il est donc manifeste que les avantages qui sont compromis ou annulés en raison de l'article 110 5) B) sont ceux qui devraient revenir aux Communautés européennes et aux autres

³¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphe 7.1 b).

Membres en vertu des dispositions des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971)³² tels qu'ils ont été incorporés dans l'Accord sur les ADPIC par l'article 9:1 de cet accord.

3.10 Il ressort des communications des parties que leur divergence de vues porte moins sur la *nature* des avantages qui devraient revenir aux Communautés européennes en vertu des dispositions des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° que sur le *niveau* des avantages que les Communautés européennes pourraient escompter obtenir en vertu de ces dispositions. Les arbitres examineront ces questions l'une après l'autre.³³

3.11 En ce qui concerne, en premier lieu, la *nature* des avantages qui reviendraient aux Communautés européennes si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, il convient de rappeler d'emblée ce que ces articles prévoient exactement.

3.12 L'article 11*bis* 1) 3° se lit comme suit:

Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser:

[...]

3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

3.13 L'article 11 1) 2° dispose ce qui suit:

Les auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales jouissent du droit exclusif d'autoriser:

[...]

2° la transmission publique par tous moyens de la représentation et de l'exécution de leurs œuvres.

3.14 En vertu de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC³⁴, les dispositions des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° "[...] sont devenues partie intégrante de l'Accord sur les ADPIC et en tant que dispositions dudit accord doivent être considérées comme s'appliquant aux Membres de l'OMC".³⁵

³² Les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° de la Convention de Berne (1971) seront ci-après dénommés "articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°".

³³ Les arbitres notent que, dans les cas où les utilisateurs d'œuvres protégées sont visés par l'article 110 5) B), les Communautés européennes n'obtiennent actuellement *aucun* avantage en vertu des dispositions des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. Il est donc sans importance que la question dont les arbitres sont saisis soit intitulée "Quel est le niveau des avantages des CE qui sont actuellement annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B)?" ou "Quel est le niveau des avantages qui reviendraient aux Communautés européennes si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°?".

³⁴ Le passage pertinent de l'article 9:1 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que "les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention".

³⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphe 6.18.

3.15 Aux fins du présent différend, cela signifie que les États-Unis ont l'obligation d'offrir aux détenteurs de droits des CE les droits exclusifs énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. ³⁶ Il importe de ne pas oublier, toutefois, que, s'il appartient aux *États-Unis* d'*assurer* aux détenteurs de droits des CE les droits exclusifs énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, il appartient aux *détenteurs de droits des CE* de déterminer si et comment ils *exerceront* ou *exploiteront* ces droits.

3.16 Il peut y avoir différents moyens pour les détenteurs de droits des CE d'exercer ou d'exploiter les droits exclusifs que les États-Unis doivent leur offrir, mais les parties s'accordent à penser que, dans la pratique, ces droits exclusifs sont et seraient exploités par voie de licences. Les arbitres ne voient aucune raison de ne pas partager l'avis des parties à cet égard. ³⁷

3.17 S'il est donc supposé que les détenteurs du droit d'auteur exploitent leurs droits exclusifs en accordant des licences pour l'utilisation de leurs œuvres, l'un des avantages qui découlent de ces droits est constitué par les redevances de licences que les détenteurs de droits recevraient. Ainsi, les droits exclusifs tels que ceux qui sont énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° se traduiront normalement par des avantages économiques pour les détenteurs du droit d'auteur.

3.18 Dans leurs communications adressées aux arbitres, les parties ont mis l'accent sur ce type d'avantage revenant aux détenteurs du droit d'auteur. Les arbitres conviennent avec les parties qu'aux fins de la présente procédure d'arbitrage, les avantages pertinents sont ceux qui sont de nature économique. ³⁸ Cela est compatible avec les décisions rendues antérieurement par les arbitres intervenant au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord. ³⁹ Par ailleurs, comme les parties au

³⁶ L'article 1:1 de l'Accord sur les ADPIC dispose clairement que "les Membres donneront effet aux dispositions [de l'Accord sur les ADPIC]". Les Membres doivent donc mettre en œuvre dans leur droit interne la protection requise par l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, le passage pertinent de l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC dispose que "les Membres accorderont le traitement prévu dans le présent accord aux ressortissants des autres Membres". (note de bas de page omise) Cela confirme que les droits exclusifs conférés par les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° doivent être accordés aux détenteurs de droits des CE.

³⁷ La supposition selon laquelle les droits exclusifs en cause dans le présent différend sont exploités par voie de licences est, bien entendu, sans préjudice de toutes suppositions qu'il pourra être approprié de formuler dans d'autres affaires concernant d'autres droits exclusifs garantis par l'Accord sur les ADPIC.

³⁸ Cette opinion est fondée sur l'objet de la présente procédure, qui est de quantifier le tort économique subi par les Communautés européennes à la suite du maintien en application de l'article 110 5) B). Il ne s'ensuit pas nécessairement que les Membres ayant recours à l'article 64 de l'Accord sur les ADPIC soient tenus d'établir qu'il y a eu annulation ou réduction des avantages *économiques* qui résultent pour eux de l'Accord sur les ADPIC. Les arbitres considèrent que leur vue est étayée par la déclaration ci-après des arbitres dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes - Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*: "les intérêts qu'un Membre peut avoir dans le commerce des marchandises ou des services, ou son intérêt dans une détermination des droits et obligations au titre des Accords de l'OMC, sont suffisants pour établir que ce Membre est fondé en droit à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord". Voir la décision des arbitres dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (ci-après "*CE – Bananes III (22:6) (États-Unis)*"), WT/DS27/ARB, 9 avril 1999, paragraphe 6.10.

³⁹ Voir, par exemple, les décisions des arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (22:6) (États-Unis)*, *supra*, paragraphe 6.12 (avantages annulés ou compromis: pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises et pertes subies par les fournisseurs de services des États-Unis en termes de fourniture de services); *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, note de bas de page 52 (avantages annulés ou compromis: pertes subies par l'Équateur en termes de commerce effectif et de

présent différend, les arbitres procéderont en partant de la supposition que les redevances de licences pouvant être obtenues par les détenteurs du droit d'auteur constituent une mesure appropriée des avantages économiques découlant des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.

3.19 En conséquence, les arbitres évalueront, en l'espèce, le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis du fait de l'article 110 5) B) en termes de recettes provenant de redevances qui ne sont pas obtenus par les détenteurs de droits des CE. En formulant cette observation, les arbitres sont conscients que leur tâche dans la présente affaire est de déterminer les avantages qui sont refusés aux *Communautés européennes* et non de déterminer les avantages qui sont refusés aux *détenteurs de droits des CE*. Cependant, il est indéniable que les avantages qui sont refusés aux Communautés européennes comprennent les avantages qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE.⁴⁰ Qui plus est, les Communautés européennes n'ont pas formulé d'allégation selon laquelle l'article 110 5) B) a pour effet d'annuler ou de compromettre des avantages s'ajoutant à ceux que les détenteurs de droits des CE pourraient autrement obtenir en vertu des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. En conséquence, il convient, aux fins de la présente procédure, de déterminer, en termes d'avantages non obtenus par les détenteurs de droits des CE, le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B).

3.20 Ayant examiné la nature des avantages qui devraient revenir aux Communautés européennes au titre des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°, les arbitres abordent ensuite la question du *niveau* des avantages que les Communautés européennes pourraient escompter obtenir en vertu de ces articles. Autrement dit, la question que les arbitres devront ensuite examiner concerne le niveau des recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE pourraient escompter recevoir si les États-Unis devaient s'acquitter de leurs obligations au titre des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.⁴¹

3.21 Les Communautés européennes estiment que, du fait que le présent différend porte sur des droits exclusifs, le niveau des avantages que les détenteurs de droits des CE pourraient escompter obtenir devrait être évalué par référence à la valeur économique des droits exclusifs qui leur sont conférés par les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. Elles font valoir que la valeur économique de ces droits correspond aux recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE peuvent *potentiellement* réaliser. Les Communautés européennes rappellent, à cet égard, que tous les bars, restaurants et établissements de vente au détail aux États-Unis qui passent de la musique diffusée à la

possibilités de commerce potentiel dans le secteur de la banane et perte en termes de fourniture effective et potentielle de services de distribution); *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (ci-après "*CE – Hormones (22:6) (États-Unis)*"), WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, paragraphe 41 (avantages annulés ou compromis: non-réalisation des exportations des États-Unis de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones); *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (ci-après "*CE – Hormones (22:6) (Canada)*"), WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999, paragraphe 40 (avantages annulés ou compromis: non-réalisation des exportations canadiennes de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones).

⁴⁰ En effet, comme il a déjà été signalé, les droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° doivent, conformément aux dispositions de l'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC, être accordés aux détenteurs de droits des CE.

⁴¹ Il convient de noter qu'il n'est pas contesté que le niveau des avantages que les détenteurs de droits des CE pourraient escompter obtenir si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec l'Accord sur les ADPIC dépendait, d'abord et avant tout, de la position concurrentielle de ces détenteurs de droits sur le marché des États-Unis. En fait, les deux parties ont tenté d'estimer le pourcentage des recettes totales provenant de redevances produites aux États-Unis qui reviendrait aux détenteurs de droits des CE si l'article 110 5) B) était rendu conforme aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.

radio ou à la télévision seraient tenus d'acquitter des droits de licence et que toute utilisation non autorisée, par ces établissements, d'œuvres musicales protégées serait illégale.

3.22 Les arbitres sont conscients du fait que les droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° sont par nature des droits exclusifs. S'ils sont accordés par les États-Unis, ces droits donneraient aux détenteurs de droits des CE l'assurance que toute utilisation non autorisée de ces œuvres serait illégale d'après la législation des États-Unis. Il est aussi vrai, comme les Communautés européennes l'ont laissé entendre, que toute utilisation non autorisée d'œuvres protégées, outre qu'elle est illégale, priverait les détenteurs de droits des CE des recettes provenant de redevances. Cependant, il s'agit de savoir si le niveau des recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE pourraient escompter obtenir *comprend* les recettes provenant de redevances dont ils seraient privés du fait de tous les utilisateurs non autorisés de leurs œuvres.

3.23 Les Communautés européennes répondent par l'affirmative à cette question. Pour l'essentiel, elles font valoir que du fait que les détenteurs de droits des CE *devraient* recevoir des redevances de licences provenant de *tous* les utilisateurs de leurs œuvres protégées – c'est-à-dire des utilisateurs légaux et illégaux –, les avantages que les Communautés européennes peuvent escompter obtenir sont égaux aux recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE *devraient* recevoir.⁴²

3.24 Les arbitres estiment que les avantages qu'ils devraient prendre en compte en l'espèce sont ceux que les Communautés européennes pourraient raisonnablement escompter obtenir au titre des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.⁴³ À cet égard, ils appuient certainement l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle, d'après la législation des États-Unis, tous les utilisateurs d'œuvres protégées des détenteurs de droits des CE *devraient* avoir une licence et *devraient* acquitter des droits de licence. Cependant, est-il raisonnable, dans les circonstances du présent différend, que les Communautés européennes escomptent que tous les utilisateurs des œuvres des détenteurs de droits des CE *auraient* une licence et *acquitteraient* les droits de licence?

3.25 Pour l'examen de cette question, il importe de rappeler que l'exercice ou le respect des droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° ne se font pas d'eux-mêmes. À ce propos, les arbitres notent qu'aucune des parties au présent différend n'a dit que, au cas où ces droits seraient offerts en droit américain, les États-Unis auraient un rôle à jouer dans la manière dont ces droits seraient exercés. Il n'a pas été non plus affirmé que les États-Unis auraient le devoir de faire respecter ces droits au nom des détenteurs de droits des CE. De l'avis des arbitres, il est évident que l'exercice et le respect des droits conférés par les articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° ne relèveraient pas de la responsabilité des États-Unis mais de celle des détenteurs de droits des CE.⁴⁴

⁴² De l'avis des Communautés européennes, les recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE *devraient* recevoir - c'est-à-dire les recettes provenant de redevances que ces détenteurs de droits peuvent potentiellement réaliser - représentent la valeur économique des droits exclusifs en cause dans le présent différend. Même à supposer que cela soit correct (question sur laquelle les arbitres ne se prononcent pas ici), les arbitres notent qu'ils ne sont pas appelés, en l'espèce, à évaluer la valeur économique des *droits* énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. En fait, leur mandat consiste à déterminer la valeur économique des *avantages* qui découleraient de ces droits chaque année. Voir le document WT/DS160/15. Les arbitres ne jugent donc pas approprié, dans le contexte de la présente procédure, de parler de la "valeur économique des droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°".

⁴³ Il convient de rappeler, dans ce contexte, que l'analyse du niveau des avantages que les Communautés européennes pourraient escompter obtenir *si* l'article 1105) B) était mis en conformité avec l'Accord sur les ADPIC est par nature hypothétique. Les arbitres estiment que, dans cette situation, il est nécessaire de procéder avec circonspection, pour que seuls soient considérés comme étant annulés ou compromis les avantages que les Communautés européennes pourraient, de bonne foi et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, escompter obtenir au titre des articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.

⁴⁴ Il convient de signaler, toutefois, que l'Accord sur les ADPIC impose bien aux États-Unis certaines obligations en ce qui concerne le respect des droits de propriété intellectuelle sur leur territoire. Ces obligations

3.26 En effet, il est généralement admis que, dans la pratique, les détenteurs du droit d'auteur chargent les CMO d'exercer et de faire respecter les droits exclusifs en cause dans le présent différend.⁴⁵ Ces CMO sont autorisées par les détenteurs du droit d'auteur à identifier les utilisateurs de leurs droits, à accorder des licences pour l'utilisation de ces droits et à intenter une action en justice pour faire respecter les licences ou poursuivre les utilisateurs qui omettent de solliciter une licence.

3.27 Les États-Unis déclarent qu'en s'acquittant des tâches susmentionnées, les CMO des États-Unis doivent assumer des frais substantiels. Ils rappellent à cet égard qu'aux États-Unis, l'effectif potentiel des utilisateurs d'œuvres musicales protégées – c'est-à-dire les bars, restaurants et établissements de vente au détail – est nombreux, dispersé géographiquement et pour ainsi dire en évolution constante, car il y a en permanence des utilisateurs qui entrent sur le marché ou qui en sortent. De ces considérations, les États-Unis infèrent qu'il n'est pas rationnel d'un point de vue économique pour les CMO des États-Unis – qui, d'après eux, s'efforcent d'une manière générale de maximiser les bénéfices pour les détenteurs de droits qu'elles représentent⁴⁶ – de chercher à identifier tous les utilisateurs d'œuvres protégées et à exiger d'eux une licence.⁴⁷ Selon eux, les estimations relatives à la période précédant la promulgation de l'article 110 5) B) confirment en fait leur opinion selon laquelle les détenteurs de droits ne concèdent pas de licences à tous les utilisateurs potentiels de leurs œuvres.⁴⁸

3.28 Les Communautés européennes ne nient pas que l'exercice des droits exclusifs des détenteurs de droits entraîne des coûts. Elles n'ont pas expressément contesté non plus l'argument des États-Unis

sont énoncées aux articles 41 et suivants de l'Accord sur les ADPIC. L'obligation générale est énoncée à l'article 41, dont le passage pertinent dispose que "les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle [...] de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord [...]". Devant le Groupe spécial, les Communautés européennes n'avaient pas formulé d'allégation de violation concernant l'une quelconque des dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux moyens de faire respecter les droits. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphe 3.2. Les arbitres doivent donc supposer que les États-Unis agissent de manière compatible avec les obligations en matière de respect des droits qui figurent dans l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphe 2.17. Les détenteurs de droits des CE pourraient théoriquement tenter de concéder directement des licences aux utilisateurs de leurs œuvres protégées, c'est-à-dire sans l'intervention des CMO des États-Unis. Les arbitres estiment, cependant, qu'il est justifiable, aux fins de la présente procédure, de ne pas prendre en compte la possibilité d'une concession directe de licences par les détenteurs de droits des CE. D'après les éléments de preuve versés au dossier, il leur semble qu'en raison des coûts de transaction très élevés liés à la concession directe de licences, il est peu probable que les détenteurs de droits des CE recourent très souvent à cette solution. En tout état de cause, aucune des parties n'a expressément demandé que les recettes au titre des redevances provenant de la concession directe de licences soient intégrées dans les calculs des arbitres.

⁴⁶ Les États-Unis signalent aussi, cependant, que les CMO des États-Unis elles-mêmes peuvent, dans certains cas, fonctionner en tant qu'organisations à but non lucratif. Ils notent que c'est le cas, par exemple, de l'ASCAP.

⁴⁷ Les États-Unis notent que les CMO des États-Unis souhaitent surtout, dans la pratique, concéder des licences à des utilisateurs pour lesquels les recettes escomptées seraient le plus élevé et le coût du recouvrement le plus bas. D'après eux, ces CMO assumeraient, par exemple, plus volontiers le coût de la concession de licences à un grand magasin à New York que celui, probablement plus élevé, à supporter pour localiser un petit bar dans une région rurale du Kansas et lui concéder une licence.

⁴⁸ Les États-Unis estiment qu'avant la promulgation de l'article 110 5) B), entre xx pour cent (estimation pour 1996) et 19 pour cent (estimation pour 1997) des restaurants dans le pays avaient une licence pour diffuser de la musique. Par ailleurs, ils avaient indiqué au Groupe spécial qu'environ 74 pour cent de tous les restaurants dans le pays diffusaient de la musique. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, Appendice 2.3 (réponse des États-Unis à la question n° 11 b) qui leur avait été posée par le Groupe spécial).

selon lequel il ne serait peut être pas rationnel d'un point de vue économique pour les CMO des États-Unis de chercher à concéder des licences à tous les utilisateurs d'œuvres protégées sans exception. Les Communautés européennes estiment néanmoins que les coûts de l'administration et du respect des droits exclusifs ne devraient pas être intégrés dans le calcul du niveau des avantages des CE qui sont actuellement annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B). À leur avis, cette manière de faire signifierait que, nonobstant l'Accord sur les ADPIC, les détenteurs de droits des CE seraient obligés d'accepter un certain niveau de ce que les Communautés européennes appellent "piratage".

3.29 Les arbitres jugent pertinent l'argument des États-Unis selon lequel le nombre des utilisateurs auxquels les CMO de ce pays voudront concéder une licence est fonction du coût et des recettes escomptés pour chaque licence. Ils jugent aussi convaincante l'idée que les coûts et recettes par licence varient selon les caractéristiques de l'effectif d'utilisateurs, y compris des facteurs tels que le nombre, la taille et l'emplacement des utilisateurs qui passent de la musique diffusée ainsi que la fréquence avec laquelle ces utilisateurs le font.⁴⁹

3.30 De plus, il ressort clairement des renseignements communiqués par les parties concernant les caractéristiques de l'effectif d'utilisateurs aux États-Unis que les CMO de ce pays encourraient des frais très élevés si elles devaient s'efforcer de porter à 100 pour cent les niveaux de concession de licences. Il est donc tout à fait raisonnable que ces CMO puissent obtenir pour elles-mêmes davantage de recettes nettes provenant de licences en concédant moins de licences. En effet, les éléments de preuve versés au dossier étayent l'allégation des États-Unis selon laquelle, dans la pratique, les CMO de ce pays ne perçoivent qu'une proportion des recettes provenant de redevances

⁴⁹ À la différence des Communautés européennes, les arbitres considèrent que rien dans le paragraphe 6.247 du rapport du Groupe spécial ne donnerait à penser qu'il serait inapproprié, dans les circonstances et aux fins du *présent* différend, de prendre en considération des facteurs tels que les coûts de transaction liés à la concession de licences et les caractéristiques de l'effectif d'utilisateurs. Les arbitres ne voient pas bien non plus comment la prise en compte de ces facteurs pourrait "amoindrir la portée et l'effet contraignant" de l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 6.247 porte sur la question de savoir si un Membre pourrait de manière justifiée limiter les droits exclusifs énoncés aux articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° au motif que les détenteurs de droits ne subiraient aucune dégradation de leur situation, en termes de pertes effectives et non potentielles, après l'introduction de la limitation par rapport à la période antérieure. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphe 6.247. Il s'agit d'une question qui est totalement différente de celles que les arbitres doivent examiner dans la présente affaire.

De même, la déclaration du Groupe spécial au paragraphe 6.196 de son rapport selon laquelle les pratiques en matière de concession de licences des CMO peuvent ne pas nécessairement être pleinement indicatives de l'"exploitation normale" de droits exclusifs ne contredit d'aucune manière l'opinion des arbitres selon laquelle le niveau de concession de licences que les CMO des États-Unis visent à atteindre est fonction des coûts et recettes escomptés par licence. La question examinée par le Groupe spécial était le point de savoir si le fait que la modification de 1998 ne changeait pas en règle générale les pratiques en matière de licences suivies par les CMO des États-Unis s'agissant des établissements qui étaient déjà visés par l'ancienne exception pour usage de type privé était un indicateur fiable de l'exploitation normale de droits exclusifs. Le Groupe spécial a constaté que ce n'était pas le cas, car il était évident qu'en raison de l'exception préexistante pour usage de type privé, il ne pouvait pas être concédé de licences à ces établissements. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphe 6.196. Il ne s'ensuit pas de la constatation du Groupe spécial que les coûts liés à la concession de licences n'avaient aucune incidence sur le niveau de concession de licences. En effet, le Groupe spécial reconnaît "... que l'ampleur de l'exercice ou le non-exercice de droits exclusifs par les détenteurs de droits à un moment donné présente beaucoup d'intérêt pour déterminer ce qu'est l'exploitation normale s'agissant d'un droit exclusif particulier sur un marché particulier". Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphe 6.188.

que les détenteurs de droits peuvent potentiellement réaliser et qu'elles ne concèdent pas de licences à tous les utilisateurs d'œuvres protégées.⁵⁰

3.31 Contrairement à ce qu'en pensent les Communautés européennes, la prise en compte des coûts de transaction encourus par les CMO des États-Unis et de l'incidence de ces coûts sur le niveau de concession de licences n'implique pas que les détenteurs de droits soient "obligés" d'accepter un certain niveau de "piratage". Les détenteurs de droits, ou les CMO qui les représentent, ont toute latitude pour essayer d'obtenir que tous les utilisateurs de leurs œuvres aient une licence. Cependant, comme il devrait ressortir clairement des paragraphes qui précèdent, si les CMO devaient le faire, elles ne maximiseraient pas nécessairement les recettes provenant de redevances pour les détenteurs de droits qu'elles représentent.

3.32 En réponse à l'argument des Communautés européennes concernant le "piratage", les arbitres souhaitent aussi faire observer que le terme "piratage" comporte bien entendu un aspect émotionnel lorsqu'il est utilisé dans le contexte d'une atteinte au droit d'auteur. Dans les domaines où l'utilisation du droit d'auteur n'est pas couverte par les exceptions prévues à l'article 110 5), il serait surprenant qu'il y ait aujourd'hui un recouvrement à 100 pour cent des redevances potentiellement dues. Avant la promulgation de la modification de 1998, il était hautement improbable que toutes les entreprises qui sont aujourd'hui admises à bénéficier des exceptions prévues dans ce texte soient en possession d'une licence ou, si elles l'étaient, qu'elles aient effectivement acquitté tous les droits de licence dus. Cependant, comme il est indiqué plus haut, les Communautés européennes n'ont pas formellement présenté d'allégation de violation concernant l'une quelconque des dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux moyens de faire respecter les droits. Si la modification de 1998 n'avait pas été adoptée, il semblerait peu probable qu'il ait même pu y avoir de plainte devant l'ORD selon laquelle les États-Unis auraient omis de prendre des mesures pour assurer une totale conformité. Cela donne à penser qu'à ce moment-là, les Communautés européennes acceptaient la réalité du fait qu'il ne pourrait jamais y avoir de recouvrement à 100 pour cent.

3.33 Eu égard à ce qui précède, les arbitres estiment que les Communautés européennes ne pouvaient pas raisonnablement escompter qu'aux États-Unis, tous les utilisateurs d'œuvres protégées des détenteurs de droits des CE auraient une licence et acquitteraient les redevances de licences. En conséquence, le niveau des recettes provenant de redevances que les Communautés européennes pourraient raisonnablement escompter que les détenteurs de droits des CE recevraient est, de l'avis des arbitres, limité aux recettes provenant de la concession de licences aux utilisateurs qui *auraient* une licence.

3.34 Les arbitres ne sont donc pas en mesure d'accepter l'opinion des Communautés européennes selon laquelle le niveau des avantages qu'elles pourraient raisonnablement escompter obtenir en vertu des articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2° est égal aux recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE pourraient potentiellement réaliser. En effet, si les arbitres devaient partager l'opinion des Communautés européennes, le niveau des avantages des CE qui sont *annulés ou compromis* en raison de l'article 110 5) B) serait *plus élevé* que le niveau des avantages qui *reviendraient effectivement* aux Communautés européennes si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec

⁵⁰ Les Communautés européennes ne contestent pas expressément l'exactitude des estimations des États-Unis concernant le niveau de concession de licences qui serait probablement enregistré dans ce pays si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, les données communiquées par les Communautés européennes montrent que le niveau de concession de licences dans certains États membres des Communautés est nettement plus élevé qu'aux États-Unis. Il conviendrait de rappeler cependant que, devant le Groupe spécial, les Communautés européennes n'avaient pas formellement allégué que les États-Unis agissaient de manière incompatible avec les obligations en matière de respect des droits qui étaient énoncées dans l'Accord sur les ADPIC. Voir *supra*, note de bas de page 44.

l'Accord sur les ADPIC.⁵¹ Les arbitres estiment qu'un tel résultat serait à la fois incompatible et injustifié. Il serait tout à fait inapproprié que les arbitres reconnaissent aux Communautés européennes des avantages dont celles-ci ne subissent pas effectivement la perte en raison du maintien en application de l'article 110 5) B).⁵²

3.35 En conclusion, les arbitres détermineront, en l'espèce, le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B) en se référant aux recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE pourraient raisonnablement escompter réaliser si les États-Unis offraient les droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°. Pour les raisons indiquées plus haut, les arbitres estiment que les recettes provenant de redevances que l'on pourrait raisonnablement escompter que les détenteurs de droits des CE réaliseraient ne comprennent pas les recettes provenant de redevances que ces détenteurs de droits abandonneraient en n'exerçant pas ou en ne faisant pas respecter leurs droits exclusifs.

B. REDEVANCES RECOUVRÉES PAR OPPOSITION AUX REDEVANCES DISTRIBUÉES

3.36 Comme il a été indiqué plus haut, les arbitres doivent résoudre une autre question conceptuelle distincte avant de régler les détails concernant la manière de calculer le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B). Il s'agit de la question de savoir si les recettes provenant de redevances que l'on pourrait raisonnablement escompter que les détenteurs de droits des CE réaliseraient sont égales au montant des redevances de licences qui seraient *recouvrées* par les CMO des États-Unis auprès des utilisateurs d'œuvres des détenteurs de droits des CE ou si elles sont plutôt égales au montant des redevances qui seraient *distribuées* par les CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE.

3.37 Les **Communautés européennes** considèrent que les arbitres devraient fonder leur détermination sur le montant des redevances qui doivent être acquittées par les utilisateurs d'œuvres protégées et non sur le montant des redevances que les CMO des États-Unis distribueraient aux détenteurs de droits des CE. Elles notent que les services rendus par ces CMO aux détenteurs de droits des CE entraînent des coûts pour ces derniers et que ces coûts réduisent le montant net des recettes pour ces détenteurs de droits. Elles rappellent cependant qu'à leur avis, ce qui doit être évalué dans la présente affaire est la valeur des droits exclusifs qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE. Les coûts que les CMO des États-Unis encourraient dans l'administration des droits des détenteurs de droits des CE ou le montant net revenant à ces derniers sont, de l'avis des Communautés européennes, sans intérêt pour l'évaluation de la valeur économique des droits exclusifs des détenteurs de droits des CE.

3.38 Les Communautés européennes notent aussi que *tous* les agents économiques encourrent des dépenses lorsqu'ils recouvrent des créances car ils doivent soit employer un personnel à cette fin soit faire appel aux services d'entreprises spécialisées. Elles font valoir que, nonobstant ce fait, les coûts liés au recouvrement de créances provenant de transactions portant sur des marchandises ou des

⁵¹ La raison en est le fait que les recettes provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE peuvent potentiellement réaliser – qui, d'après les Communautés européennes, sont ce que les arbitres devraient évaluer dans le présent différend – sont supérieures aux recettes effectives provenant de redevances que les détenteurs de droits des CE peuvent raisonnablement escompter réaliser une fois que les États-Unis auront offert les droits visés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.

⁵² Pour la même raison, les arbitres ne peuvent pas convenir avec les Communautés européennes qu'il serait absurde que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages soit plus faible, dans le cas de Membres ayant de faibles niveaux de concession de licences (en raison, par exemple, de frais de concession élevés) que dans le cas de Membres ayant des niveaux de concession élevés (en raison, par exemple, de frais de concession peu importants). Le niveau des avantages qui reviendraient effectivement aux autres Membres serait, de même, plus faible dans le cas des Membres ayant de faibles niveaux de concession de licences que dans le cas de Membres ayant des niveaux de concession élevés.

services n'ont jamais été pris en compte, dans les procédures d'arbitrage antérieures au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, pour réduire le niveau des avantages dont il est constaté qu'ils ont été compromis ou annulés en raison d'un manquement à des obligations dans le cadre de l'OMC.

3.39 Les **États-Unis** font valoir que les avantages perdus pour les détenteurs de droits des CE en raison de l'article 110 5) B) sont les sommes distribuées que ceux-ci autrement recevraient des CMO des États-Unis. Ils estiment que les avantages perdus pour ces détenteurs de droits ne sont pas les redevances de licences brutes que les CMO des États-Unis autrement recouvreraient auprès des utilisateurs ayant une licence. D'après eux, la raison en est le fait que les CMO des États-Unis distribueraient uniquement des redevances de licences *nettes* aux détenteurs de droits des CE. Les États-Unis définissent les redevances de licences nettes comme étant des "redevances de licences recouvrées par les sociétés de recouvrement moins les coûts encourus par ces sociétés". Ces coûts comprennent ceux qui résultent du recouvrement et de l'administration des droits des détenteurs du droit d'auteur.

3.40 Les États-Unis ajoutent que les Communautés européennes, en mettant uniquement l'accent sur le versement de droits aux CMO des États-Unis par les preneurs de licences aux États-Unis, négligent le fait que la présente affaire est une affaire qui concerne le commerce. Selon eux, ce qui importe ce sont les paiements transfrontières que les détenteurs de droits des CE devraient recevoir. Ainsi, à leur avis, le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les Communautés européennes équivaut aux recettes non obtenues dans leurs transactions courantes avec les États-Unis, du fait de l'incompatibilité constatée entre la législation des États-Unis et l'Accord sur les ADPIC. Les États-Unis rappellent à cet égard que la transaction courante est la distribution d'une somme par une CMO des États-Unis à un détenteur de droits des CE et non le paiement d'un droit par un preneur de licences aux États-Unis à une CMO des États-Unis.

3.41 Les **arbitres** notent que les CMO des États-Unis ne distribuent pas aux détenteurs du droit d'auteur le montant total des redevances de licences qu'elles recouvrent auprès des utilisateurs ayant une licence. La raison en est le fait que les CMO doivent couvrir les frais encourus lors de la concession de licences pour l'utilisation des droits des détenteurs du droit d'auteur ainsi que les frais d'exploitation généraux. Il s'ensuit que le montant total des redevances que les CMO des États-Unis distribueraient aux détenteurs de droits des CE si les États-Unis leur offraient les droits énoncés aux articles 11*bis* 1) 3^o) et 11 1) 2^o) serait inférieur au montant total des redevances de licences versées aux CMO des États-Unis par les utilisateurs d'œuvres de détenteurs de droits des CE qui ont une licence.

3.42 Cela pose la question de savoir si le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B) devrait être calculé sur la base du montant des redevances de licences qui serait autrement *recouvré* par les CMO des États-Unis auprès des preneurs de licences aux États-Unis ou sur la base du montant des redevances qui serait *distribué* par les CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE.

3.43 Pour l'examen de cette question, il est utile de regarder de plus près la relation entre les détenteurs du droit d'auteur, les CMO des États-Unis et les utilisateurs d'œuvres protégées. En ce qui concerne, tout d'abord, les détenteurs de droits, ceux-ci sont liés aux CMO des États-Unis par des accords d'adhésion ou d'affiliation.⁵³ En vertu de ces accords, les détenteurs de droits donnent aux CMO des États-Unis le droit (non exclusif) de concéder des licences aux utilisateurs de leurs œuvres protégées.⁵⁴ En contrepartie, ils reçoivent des paiements au titre de redevances de la part des CMO

⁵³ Les arbitres notent que cela est vrai, en tout état de cause, pour les CMO des États-Unis qui sont concernées par le présent différend, à savoir l'ASCAP et BMI.

⁵⁴ Ainsi, lorsqu'il s'agit des CMO du type considéré dans le présent différend, il n'y a aucun lien direct, juridique ou autre, entre les détenteurs de droits et les utilisateurs ayant une licence.

conformément aux politiques et méthodes appliquées par ces sociétés en matière de distribution.⁵⁵ Les CMO, quant à elles, négocient les accords de licence avec les utilisateurs des œuvres des détenteurs de droits qu'elles représentent. Ces négociations portent, en particulier, sur les redevances de licences que les utilisateurs ayant une licence doivent verser aux CMO.

3.44 Il devrait ressortir clairement du paragraphe précédent que lorsque les détenteurs de droits des CE autorisent les CMO des États-Unis à concéder des licences pour l'exploitation de leurs droits, ils ne peuvent pas raisonnablement escompter obtenir des avantages directement auprès des utilisateurs de leurs œuvres qui ont une licence.⁵⁶ Les avantages que les détenteurs de droits des CE, et donc les Communautés européennes, retireraient des droits exclusifs énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2° seraient ceux qui résultent des accords conclus par les détenteurs de droits des CE avec les CMO des États-Unis.

3.45 Pour répondre à la question de savoir quels avantages les détenteurs de droits des CE retireraient de leurs accords avec les CMO des États-Unis, il faut tout d'abord savoir ce que signifie exactement la notion d'"avantage". À cet égard, les arbitres considèrent que l'on peut utilement s'inspirer de la décision des arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (22:6) (États-Unis)*. Dans ladite affaire, les arbitres avaient déterminé le niveau des avantages des États-Unis qui étaient annulés ou compromis en raison de l'interdiction concernant les hormones appliquée par les Communautés européennes en se référant à la valeur totale de la viande de bœuf ou des produits carnés des États-Unis qui auraient été exportés en l'absence de l'interdiction.⁵⁷

3.46 En gardant cette définition à l'esprit, les arbitres examinent ensuite quels avantages les détenteurs de droits des CE retireraient de leurs accords avec les CMO des États-Unis. Comme il a déjà été dit, en contrepartie du droit de concéder des licences aux utilisateurs, les CMO des États-Unis verseraient des redevances ("sommes distribuées") aux détenteurs de droits. Il n'est pas contesté que les versements que les détenteurs de droits recevraient des CMO des États-Unis équivaldraient aux redevances de licences recouvrées auprès des utilisateurs de leurs œuvres qui ont une licence, moins les frais de recouvrement et autres frais encourus par les CMO des États-Unis.

3.47 Comme les États-Unis, les arbitres sont d'avis qu'il n'y a aucune importance particulière à attacher au fait que les sommes distribuées par les CMO des États-Unis équivalent aux recettes nettes de ces CMO qui proviennent des licences. Indépendamment de ce que ces sommes distribuées peuvent représenter pour ces CMO, elles représenteraient pour les détenteurs de droits des CE - même si, en un sens, elles sont des paiements nets à cause de la déduction des frais de recouvrement et autres frais - des recettes brutes et donc des avantages résultant des droits exclusifs énoncés aux articles 11*bis* 1) 3° et 11 1) 2°.

3.48 Les arbitres considèrent donc que c'est le montant total des versements au titre de redevances ("sommes distribuées") que les CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE (ou à leurs représentants) qui constitue les avantages que les Communautés européennes pourraient

⁵⁵ Comme il a été signalé, les CMO des États-Unis déduisent les frais de recouvrement et d'administration et autres frais du montant des redevances de licences recouvrées avant d'effectuer les distributions aux détenteurs de droits. Par ailleurs, il convient de relever que les CMO des États-Unis proposent des licences dites globales, qui autorisent les utilisateurs ayant une licence à utiliser les œuvres de *tous* les détenteurs de droits représentés par telle ou telle CMO. Il est donc nécessaire pour les CMO d'établir des formules de distribution pour déterminer les sommes à verser au titre des redevances à chaque détenteur de droits.

⁵⁶ Les détenteurs de droits des CE pourraient obtenir des avantages directement auprès des utilisateurs de leurs œuvres protégées s'ils devaient concéder directement des licences à ces utilisateurs. Comme il a été indiqué plus haut, cependant, la possibilité que les détenteurs de droits des CE concèdent directement des licences n'est pas prise en compte aux fins de la présente procédure. Voir *supra*, note de bas de page 45.

⁵⁷ Voir la décision des arbitres sur l'affaire *CE – Hormones (22:6) (États-Unis)*, *supra*, paragraphe 43.

raisonnablement escompter obtenir en vertu des articles 11bis 1) 3° et 11 1) 2°. En des termes plus simples, on pourrait dire que les avantages que les Communautés européennes pourraient escompter réaliser sont les versements que les CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE après déduction des frais de recouvrement et d'administration.

3.49 Il est vrai que les sommes distribuées par les CMO aux détenteurs de droits des CE seraient d'un montant inférieur à celui des redevances de licences qu'elles recouvrent auprès d'utilisateurs ayant obtenu une licence pour l'utilisation des œuvres de ces détenteurs de droits. Cependant, il ne s'ensuit pas du fait que les CMO des États-Unis seraient en mesure de *recouvrer* un certain montant de redevances de licences auprès d'utilisateurs ayant une licence, que les détenteurs de droits des CE seraient, *ipso facto*, *en droit* de recevoir ce montant. Comme il a été signalé plus haut, les versements que les CMO des États-Unis doivent faire dépendraient des modalités des accords d'adhésion ou d'affiliation conclus entre elles et les détenteurs de droits des CE. Dans le cadre des accords généralement conclus entre les détenteurs du droit d'auteur et les CMO des États-Unis en question, les détenteurs de droits ne reçoivent *pas* la totalité des droits de licence recouverts par ces CMO. Les arbitres ne voient aucune raison de supposer qu'il en irait autrement dans la présente affaire.

3.50 Les Communautés européennes contestent l'idée que les arbitres doivent déterminer le montant des versements au titre de redevances que les CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE. Selon elles, ce qu'il faudrait déterminer c'est le montant des redevances de licences qui aurait dû être *payé* par les utilisateurs des œuvres des détenteurs de droits des CE car, à leur avis, ce montant constitue la valeur des droits exclusifs qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE. Les arbitres ne sont pas convaincus par cet argument. Ils rappellent que leur tâche dans la présente affaire est d'évaluer le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B) et non d'établir la valeur économique des droits exclusifs qui sont refusés aux détenteurs de droits des CE.⁵⁸

3.51 Même à supposer, pour les besoins du débat, que les arbitres doivent établir la valeur économique des droits exclusifs en question, il est manifeste que la valeur économique de ces droits devrait être évaluée au niveau des détenteurs de droits des CE, puisque l'objet de la présente procédure est d'évaluer l'incidence économique de l'article 110 5) B) sur les Communautés européennes. Pour les raisons exposées dans les paragraphes précédents, les "recettes potentielles provenant des licences"⁵⁹ que les détenteurs de droits des CE pourraient réaliser en concédant des licences pour l'utilisation de leurs droits par l'intermédiaire des CMO des États-Unis ne correspondraient *pas* aux redevances de licences que les preneurs de licences aux États-Unis verseraient aux CMO.

3.52 Les États-Unis considèrent que les avantages perdus pour les détenteurs de droits des CE en raison de l'article 110 5) B) sont les sommes distribuées que ceux-ci recevraient autrement des CMO des États-Unis. Ils notent que les sommes distribuées par ces CMO aux détenteurs de droits des CE sont comptabilisées dans la balance des paiements courants internationaux des États-Unis. Ils estiment en conséquence que le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis devrait être mesuré en termes de recettes non réalisées au titre des transactions courantes entre les Communautés européennes et les États-Unis.

3.53 Les arbitres ne sont pas convaincus qu'il soit nécessaire, ni même approprié, d'établir en l'espèce un lien entre la question du niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis et la balance des paiements courants internationaux des États-Unis. Tout d'abord, ils ne voient aucune raison juridique pour laquelle le calcul du niveau des versements effectués par les CMO des

⁵⁸ Voir aussi *supra*, note de bas de page 42.

⁵⁹ Il convient de rappeler que les Communautés européennes considèrent la valeur économique des droits exclusifs en question comme étant égale aux recettes potentielles provenant des licences que les détenteurs de droits des CE peuvent réaliser.

États-Unis aux détenteurs de droits des CE devrait nécessairement être fondé sur les chiffres provenant de la balance des opérations courantes des États-Unis. Le fait que cette balance peut, dans certains cas, être un élément utile pour ce qui est d'évaluer l'incidence de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC ne signifie pas qu'il faille conclure qu'elle est déterminante dans tous les cas ou qu'elle doit être utilisée à l'exclusion d'autres sources de données pertinentes.⁶⁰ En effet, les États-Unis eux-mêmes n'ont pas fondé sur des chiffres de la balance courante l'argumentation qu'ils ont présentée aux arbitres ni ne leur ont communiqué ces chiffres.

3.54 Une autre raison de considérer avec circonspection en l'espèce les chiffres de la balance courante tient au fait que ces chiffres peuvent ne pas donner des indications suffisamment précises quant au montant des versements que les CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE. Les arbitres croient comprendre que les transactions internationales qui sont comptabilisées dans la balance courante des États-Unis sont les transactions entre les résidents aux États-Unis et les résidents étrangers. Autrement dit, c'est le lieu de résidence des parties à une transaction transfrontières donnée et non leur nationalité qui détermine la question de savoir si, et le cas échéant où, cette transaction est comptabilisée dans la balance courante. Or ce que les arbitres doivent examiner dans la présente procédure ce sont les versements faits par les CMO des États-Unis aux ressortissants des CE, c'est-à-dire aux détenteurs de droits des CE.⁶¹

3.55 Ainsi, les versements faits par les CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE qui résident aux États-Unis ou à des détenteurs de droits des CE qui résident, par exemple, en Suisse devraient, de l'avis des arbitres, être pris en compte dans leur détermination du niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis. Pourtant, ces transactions ne seraient pas comptabilisées dans la balance courante des États-Unis en tant que transactions entre les États-Unis et les Communautés européennes car les ressortissants des CE concernés ne seraient pas résidents dans les CE.

3.56 Un problème analogue se poserait dans le cas des distributions indirectes des CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE. Par exemple, les détenteurs de droits des CE pourraient faire appel à des affiliés éditeurs aux États-Unis pour se faire représenter dans ce pays. En pareil cas, les versements à prendre en compte seraient ceux des CMO des États-Unis aux affiliés éditeurs aux États-Unis qui représentent les détenteurs de droits des CE. Ces types de versements de ces CMO à ces affiliés ne seraient pas comptabilisés dans la balance courante des États-Unis. Or le fait demeure que ces versements seraient des versements à des détenteurs de droits des CE.⁶² À ce titre, les arbitres doivent les prendre en compte.⁶³

3.57 Comme les exemples susmentionnés le montrent clairement, si les arbitres devaient utiliser les chiffres de la balance courante, il y aurait un risque de sous-estimation des versements que les

⁶⁰ De l'avis des arbitres, le simple fait que la présente affaire est une "affaire commerciale" impliquant des paiements internationaux au titre de licences qui figurent sur la balance courante des États-Unis n'est pas en soi une raison suffisante pour que les chiffres de cette balance doivent être utilisés.

⁶¹ L'article 1:3 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les Membres doivent accorder le traitement prévu dans cet accord aux "ressortissants des autres Membres".

⁶² De l'avis des arbitres, ces versements au titre de redevances seraient des versements à des détenteurs de droits des CE même si ceux-ci décidaient d'utiliser ou de réinvestir leurs recettes aux États-Unis au lieu de les faire transférer dans un État membre des Communautés européennes.

⁶³ Les arbitres notent que les données qui leur ont été communiquées au sujet des distributions des CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE par l'intermédiaire de leurs affiliés éditeurs aux États-Unis sont plutôt incomplètes car elles ne précisent pas les critères sur la base desquels elles ont été établies. De l'avis des arbitres, les données fournies pourraient comprendre les distributions à des personnes qui pourraient être considérées comme des détenteurs de droits aux États-Unis. Les arbitres expliquent au paragraphe 4.46 comment ils ont pris en compte ce problème lorsqu'ils ont déterminé le niveau de ces distributions indirectes.

CMO des États-Unis feraient aux détenteurs de droits des CE.⁶⁴ En raison de ce risque, les arbitres préfèrent ne pas fonder leur détermination du niveau des avantages perdus par les Communautés européennes sur les données provenant de la balance courante des États-Unis.⁶⁵

3.58 Eu égard aux considérations qui précèdent, les arbitres concluent que le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B) devrait être évalué sur la base du montant des versements au titre de redevances ("sommés distribués") qui seraient faits par les CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE ou à leurs représentants.

IV. CALCUL

A. EXPOSÉ DE LA MÉTHODE SUIVIE PAR L'ARBITRE

1. L'approche "de l'inclusion" par opposition à l'approche "de l'exclusion"

4.1 Les **arbitres** rappellent que, dans le cadre de la procédure du Groupe spécial, chacune des parties a suggéré une approche différente pour le calcul du niveau des avantages des CE annulés ou compromis en raison de l'application de l'article 110 5) B). L'une, qualifiée d'approche "de l'inclusion", était préconisée par les Communautés européennes.⁶⁶ L'autre, appelée approche "de l'exclusion", était défendue par les États-Unis.⁶⁷ Le Groupe spécial n'a pas pris position sur le point de savoir laquelle des deux était la plus appropriée pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des CE.⁶⁸ Devant les arbitres, les parties ont précisé leurs approches respectives qui sont brièvement résumées ci-après.

4.2 Suivant l'approche "de l'inclusion", les **Communautés européennes** prennent comme point de départ le nombre d'établissements qui sont susceptibles de remplir les conditions requises pour bénéficier de l'exception. Deuxièmement, elles opèrent une déduction sur ce nombre en utilisant l'hypothèse des États-Unis selon laquelle xx pour cent de l'ensemble des établissements de restauration et débits de boissons d'une superficie inférieure à 3 750 pieds carrés passent effectivement de la musique diffusée à la radio. Troisièmement, elles appliquent aux établissements restants les droits de licences correspondants tirés des barèmes de l'ASCAP et de BMI. Les Communautés européennes arrivent à un niveau d'annulation ou de réduction d'avantages de 25 486 974 dollars EU.

4.3 Suivant l'approche "de l'exclusion", les **États-Unis** prennent comme point de départ la moyenne sur trois ans (1996-1998) du montant total des redevances que l'ASCAP a versées aux détenteurs de droits des CE et le montant total que BMI a versé aux détenteurs de droits des CE en 1996. Ils procèdent ensuite à des déductions successives. Ils établissent le montant attribuable à la concession de licences générales. Puis ils opèrent une déduction pour tenir compte des recettes provenant des preneurs de licences générales qui ne répondent pas à la définition légale d'"établissement". Ils déduisent ensuite des recettes provenant de la concession de licences la

⁶⁴ Comme les arbitres n'ont reçu aucun renseignement sur le nombre des détenteurs de droits des CE qui résident à l'extérieur des Communautés européennes ou sur la proportion des distributions des CMO des États-Unis aux affiliés éditeurs aux États-Unis que ces derniers transféreraient effectivement aux détenteurs de droits des CE, ils n'ont aucun moyen de savoir si la prise en compte des chiffres de la balance courante conduirait à des résultats sensiblement inexacts.

⁶⁵ Les arbitres rappellent qu'en tout état de cause, les États-Unis n'ont pas communiqué les chiffres de leur balance courante qui auraient permis aux arbitres de mesurer les pertes de recettes subies par les Communautés européennes.

⁶⁶ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphes 6.253 et 6.256.

⁶⁷ *Ibid.*, paragraphes 6.252 et 6.255.

⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 6.254.

proportion revenant à la musique diffusée à partir d'autres sources que la radio et la télévision. Enfin, ils opèrent une déduction sur ce montant pour tenir compte des recettes provenant de la concession de licences aux établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail qui utilisent la radio, mais ne se conforment pas aux limitations concernant la superficie et le matériel fixées à l'article 110 5) B) et ne remplissent donc pas les conditions requises pour bénéficier de cette exception. Les États-Unis arrivent à un niveau d'annulation ou de réduction d'avantages allant de 446 000 à 733 000 dollars EU.

4.4 Les **arbitres** ont soigneusement examiné les allégations, arguments et éléments de preuve présentés par les parties à la lumière des règles relatives à la charge de la preuve applicables dans le contexte des arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, selon les instructions données par les parties. Les arbitres étaient conscients du fait que, dans une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6, une partie conteste le niveau des contre-mesures que l'autre a l'intention de prendre au titre des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 22. Il est donc compréhensible qu'il incombe à la partie qui conteste le niveau des contre-mesures de démontrer *prima facie* que la méthode et les calculs présentés par la partie ayant l'intention d'appliquer des contre-mesures sont incompatibles avec les prescriptions de l'article 22 du Mémoire d'accord. Par exemple, dans les affaires *Communautés européennes – Hormones*, la charge de la preuve incombait initialement aux Communautés européennes. La présente affaire, toutefois, a été soumise aux arbitres par les deux parties par "accord mutuel". On peut se demander s'il y a ou non un plaignant et un défendeur. Cela dit, nous notons que les procédures convenues présentées par les parties⁶⁹ nous donnent expressément pour instructions de suivre en ce qui concerne l'attribution de la charge de la preuve la règle appliquée dans des arbitrages au titre de l'article 22:6. Nous notons également que les parties sont convenues que les Communautés européennes présenteraient une note méthodologique avant les premières communications écrites, comme dans les procédures au titre de l'article 22:6. Les arbitres ont donc décidé d'attribuer la charge de la preuve en conséquence, comme dans une affaire relevant de l'article 22:6.

4.5 Sur la base du dossier qui leur a été présenté, en particulier les arguments et les éléments de preuve des États-Unis démontrant que la méthode des CE n'était pas toujours appropriée, les arbitres considèrent que les États-Unis ont établi *prima facie* que la méthode et les estimations proposées par les Communautés européennes ne permettaient pas de refléter d'une manière appropriée le niveau des avantages des CE qui étaient annulés ou compromis. À notre avis, les Communautés européennes n'ont pas réfuté cette présomption. Nous n'avons donc pas pu accepter la méthode proposée par les Communautés européennes.⁷⁰ Nous avons été plus convaincus par la variante des États-Unis. Toutefois, nous n'avons pas accepté tous les ajustements et déductions opérés par les États-Unis. Dans certains cas nous les avons jugés inappropriés et nous avons d'une manière générale tenté d'effectuer une analyse plus complète. Nous notons en outre que, à la demande des arbitres, les Communautés européennes et les États-Unis ont confirmé que les arbitres n'étaient pas tenus de choisir entre la méthode des CE et celle des États-Unis, mais pouvaient élaborer leur propre méthode et faire leurs propres estimations, sur la base de tous les arguments et éléments de preuve présentés par les parties. Tout en utilisant essentiellement la méthode des États-Unis, nous avons donc appliqué certains éléments de la méthode et des estimations des CE dans nos calculs et avons effectué nos propres évaluations.

4.6 Dans ce contexte, et eu égard aux conclusions que nous avons formulées plus haut dans la section III, nous avons suivi l'approche "de l'exclusion" pour les raisons indiquées ci-après.

4.7 Il est approprié de partir du nombre d'établissements ayant effectivement une licence au moment de l'entrée en vigueur de la modification de 1998 parce que cette approche offre l'avantage de

⁶⁹ Voir le document WT/DS160/15.

⁷⁰ Voir *supra* la section III.

nous donner un point de départ fondé sur des faits antérieurs vérifiés, même s'il peut y avoir des ajustements à faire pour évaluer le niveau des avantages annulés ou compromis à la date à laquelle la question a été soumise aux arbitres.

4.8 Cette approche a également l'avantage de limiter le nombre de suppositions nécessaires. En comparaison, l'approche des Communautés européennes exigerait, à notre avis, que nous fondions notre calcul sur ce qui a été décrit dans certains arbitrages au titre de l'article 22:6 comme une "hypothèse".⁷¹ Nous pensons que le recours à une hypothèse serait justifié uniquement s'il était établi que la situation existant avant la modification de 1998 était elle-même incompatible avec l'Accord sur les ADPIC.

4.9 Les arbitres rappellent que, avant l'entrée en vigueur de la modification de 1998, certaines catégories d'établissements étaient déjà exonérées du paiement de redevances au titre du droit d'auteur en vertu de l'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur. Pour être exonérés, ces établissements devaient utiliser un appareil récepteur isolé d'un modèle couramment utilisé dans les foyers, d'où l'expression "exception pour usage de type privé" utilisée pour désigner cette disposition.⁷² Certaines prescriptions en matière de superficie s'appliquaient également aux établissements, sur la base de décisions prises par les tribunaux.⁷³ Avec la modification de 1998, il a été ajouté un alinéa B) qui étendait la portée des exceptions prévues à l'article 110 5).⁷⁴

4.10 Les arbitres notent que leur tâche consiste à déterminer le niveau des avantages des CE annulés ou compromis et non à évaluer la compatibilité avec l'Accord sur les ADPIC d'une quelconque loi des États-Unis. Dans ce cadre, ils considèrent également que la manière la plus appropriée d'évaluer le niveau des avantages des CE annulés ou compromis est de déterminer ce que les détenteurs de droits des CE recevaient avant l'application de la modification de 1998 – parce que des chiffres antérieurs sont disponibles pour cette période – et de faire les ajustements appropriés pour tenir compte de l'évolution du marché des États-Unis dans le secteur considéré.

4.11 Les arbitres sont conscients qu'ils devraient fonder leur calcul sur une situation compatible avec l'Accord sur les ADPIC. Ils rappellent que les Communautés européennes ont allégué que la situation existant avant la modification de 1998 (c'est-à-dire l'exonération de certains établissements au titre de l'exception initiale pour usage de type privé) n'était pas compatible avec l'Accord sur les ADPIC. Les Communautés européennes fondent leur conclusion sur le fait que, à leur avis, l'incompatibilité de l'article 110 5) B) implique que l'exception initiale pour usage de type privé elle-même était incompatible avec l'Accord sur les ADPIC.

⁷¹ C'est-à-dire, l'approche suivie par exemple pour les affaires *CE – Hormones (22:6) (États-Unis) et CE – Hormones (22:6) (Canada)*, dans lesquelles, en l'absence de chiffres du commerce concernant une période où le régime des CE pouvait être considéré comme compatible avec les règles de l'OMC, les arbitres ont dû évaluer quel aurait été le montant des échanges si les Communautés européennes avaient mis leur législation en conformité à la fin du délai raisonnable qui leur avait été accordé à cet effet. Dans leur première communication, les Communautés européennes allèguent également qu'en raison de l'absence de protection adéquate, même avant la modification de 1998, des droits qui sont refusés du fait de l'article 110 5) B), il est impossible d'observer, à des fins de comparaison, une situation antérieure compatible avec l'Accord sur les ADPIC. Elles ajoutent qu'elles "ont dû fonder leur évaluation sur une base hypothétique en s'inspirant d'autres situations semblables dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur des États-Unis et de son application".

⁷² L'article 110 5) de la Loi de 1976 sur le droit d'auteur des États-Unis sera dénommé ci-après l'"exception initiale pour usage de type privé".

⁷³ Pour une description de la situation avant la modification de 1998, voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphes 2.5 à 2.7.

⁷⁴ Pour une description de la situation après la modification de 1998, voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphes 2.3 et 2.8 à 2.17.

4.12 Le Groupe spécial n'a formulé aucune constatation au sujet de l'exception initiale pour usage de type privé qui, en tout état de cause, n'était plus en vigueur au moment où il a publié son rapport. Toutefois, dans son analyse de l'article 110 5) A) et B) actuel, il a bel et bien fait un certain nombre de déclarations concernant l'exception initiale pour usage de type privé. Les arbitres rappellent que le Groupe spécial a relevé le pourcentage limité d'établissements visés par l'exception initiale pour usage de type privé, les restrictions imposées par l'article 110 5) et, plus précisément, le fait que "la diffusion de musique par les petits établissements visés par l'exception au moyen d'appareils pour usage de type privé n'a[vait] jamais été une source importante de recettes pour les CMO".⁷⁵ Nous notons à cet égard que les Communautés européennes n'ont, ni devant le Groupe spécial ni au cours de la présente procédure, suffisamment établi leur allégation selon laquelle l'incidence économique de l'exception initiale pour usage de type privé était considérable.

4.13 Les arbitres, eu égard aux raisons indiquées par le Groupe spécial, ont conclu que, *même si* la situation existant avant la modification de 1998 était incompatible avec l'Accord sur les ADPIC (question sur laquelle ils ne se prononcent pas), l'incidence sur le niveau des avantages des CE annulés ou compromis du recours à des chiffres ne comprenant pas les établissements qui bénéficiaient de l'exception initiale pour usage de type privé serait limitée. Comparativement, essayer de tenir compte dans nos calculs des établissements qui étaient visés par l'exception initiale exigerait de nouvelles estimations et appliquer la méthode des CE nécessiterait davantage de suppositions et d'inférences.

4.14 Pour ces raisons, nous avons jugé bon de ne pas tenter d'inclure dans le montant total des redevances payées en relation avec des œuvres des CE les recettes potentielles provenant d'établissements visés par l'exception initiale pour usage de type privé.

4.15 Enfin, nous notons que la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par un Membre exige des calculs détaillés.⁷⁶ Dans la présente affaire, les arbitres ont rencontré des difficultés particulières dues au manque de renseignements précis disponibles. Ce problème tenait soit à l'absence effective de données spécifiques pour le type de transactions considéré (paiement de redevances aux détenteurs de droits des CE) soit au défaut de coopération de la part de certaines des entités privées qui auraient pu avoir les renseignements. L'absence de renseignements suffisamment spécifiques a joué un rôle important dans les choix effectués par les arbitres en ce qui concerne la méthode et les calculs. En effet, comme ils ont jugé bon d'utiliser des chiffres fondés sur des faits plutôt que des déductions ou des inférences, les arbitres ont généralement donné la préférence à des approches qui faisaient appel autant que possible à des chiffres antérieurs.

2. Moment auquel les avantages annulés ou compromis devraient être évalués

4.16 Les **Communautés européennes** allèguent qu'elles fondent leur évaluation de l'annulation ou de la réduction d'avantages sur une situation statique reposant sur les chiffres les plus récents disponibles. En outre, elles allèguent que les arbitres devraient évaluer l'annulation ou la réduction d'avantages à la date à laquelle les États-Unis auraient dû mettre l'article 110 5) en conformité avec leurs obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

4.17 Les **États-Unis** fondent leur calcul sur la situation existant avant la modification de 1998. En outre, ils suggèrent que la compensation soit fondée sur le commerce pendant la période 1996-1998. Toutefois, ils sont d'avis que la date à laquelle le Groupe spécial devrait évaluer le niveau de l'annulation de la réduction d'avantages devrait être la date à laquelle la question a été soumise aux arbitres.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphe 6.271.

⁷⁶ Voir la décision des arbitres concernant l'affaire *Brésil – Aéronefs (22:6)*, *supra*.

4.18 À la lumière des arguments présentés par les parties, les **arbitres** pensent qu'il leur faut peut-être fixer une date à laquelle le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des CE devrait être évalué. En effet, il se peut que ce niveau ait varié dans le temps. Nous notons, à cet égard, que les circonstances du présent arbitrage peuvent justifier que nous adoptions une approche différente de celle qui a été suivie par les arbitres dans des arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

4.19 Les arbitres font observer qu'ils ont été désignés au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord. En conséquence, ils ne pensent pas être soumis aux contraintes découlant d'un certain nombre d'obligations imposées aux arbitres dans une procédure au titre de l'article 22:6. À la différence de l'article 22:6, qui traite de près de la mise en conformité (ou de son absence) à la fin du délai raisonnable, l'article 25 est muet quant à la date à laquelle une question soumise à arbitrage devrait être évaluée. Toutefois, les arbitres savent qu'ils ne sont pas appelés à examiner le niveau des avantages des CE qui peuvent encore être annulés ou compromis après la fin de la période de mise en œuvre, mais à examiner le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'application actuelle de l'article 110 5) B).⁷⁷ La pratique générale dans le cadre du Mémorandum d'accord a été d'examiner les faits d'une cause à la date d'établissement du groupe spécial. En l'absence de toute spécification dans notre mandat, nous pensons qu'il faudrait supposer que les parties voulaient que nous évaluions le niveau des avantages annulés ou compromis à la date à laquelle la question nous a été soumise. En d'autres termes, nous devons déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des CE sur une période d'un an se terminant à une date aussi proche que possible du 23 juillet 2001.⁷⁸

4.20 Les arbitres rappellent que les Communautés européennes ont suggéré qu'ils suivent l'approche adoptée dans les arbitrages au titre de l'article 22:6 sur l'affaire *CE – Hormones*, laquelle consisterait à évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages en l'espèce à la date à laquelle les États-Unis auraient dû mettre leur législation en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Nous rappelons que dans l'affaire *CE – Hormones*, les arbitres ont utilisé une hypothèse et ont considéré qu'ils devraient évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages comme si les Communautés européennes avaient mis leur législation en conformité à la fin du délai raisonnable.⁷⁹ Dans la présente affaire, le délai raisonnable était censé expirer le 27 juillet 2001.⁸⁰ Toutefois, le 24 juillet 2001, l'ORD est convenu d'une prorogation jusqu'au

⁷⁷ Cela semble impliquer que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages que les arbitres évalueront dans la présente affaire peut être différent de celui qui peut exister après la fin du délai raisonnable. Cela implique en outre que le montant qui sera déterminé par les arbitres peut ne pas dispenser les parties d'un arbitrage au titre de l'article 22:6.

⁷⁸ Le choix d'une base annuelle tient essentiellement au fait que les compensations ou suspensions de concessions ou d'autres obligations ont jusqu'ici été calculées sur la base de 12 mois.

⁷⁹ Voir la Décision des arbitres concernant l'affaire *CE – Hormones (22:6) (Canada)*, *supra*, dans laquelle les arbitres ont dit, au paragraphe 37, ce qui suit:

"Après avoir soigneusement examiné les allégations et arguments présentés par les parties, nous considérons que notre point de départ est le suivant: quelles seraient les exportations annuelles prospectives de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones du Canada vers les CE si les CE avaient retiré l'interdiction le 13 mai 1999? Le 13 mai 1999 est la date d'expiration du délai raisonnable accordé aux CE pour mettre en œuvre les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel." (souligné et italique dans l'original)

Les arbitres ont fait la même déclaration au paragraphe 38 de leur décision concernant l'affaire *CE - Hormones (22:6) (États-Unis)*, *supra*.

⁸⁰ Voir le document WT/DS160/13.

31 décembre 2001 ou jusqu'à la fin de la session en cours du Congrès des États-Unis, la date la plus rapprochée étant retenue.⁸¹ Dans ces circonstances, les arbitres pensent qu'il n'est pas possible d'utiliser la date de la fin du délai raisonnable comme date limite, par crainte de rendre encore plus incertaine leur estimation en faisant des suppositions additionnelles quant à la situation à la fin d'une période qui, elle-même, n'est pas connue avec certitude.

4.21 Les arbitres notent également que les États-Unis allèguent que les arbitres devraient "établir une constatation d'annulation ou de réduction d'avantages sur la base de données concernant une période récente (1996-1998). Les parties pourraient ensuite assurer l'équivalence de la future suspension (ou compensation mutuellement convenue) en utilisant la même période pour calculer le chiffre du commerce à ajuster". Les États-Unis ajoutent qu'"en utilisant des données commerciales concernant la même période antérieure que celle qui a été considérée dans l'analyse du tort pour calculer quelles concessions devraient être suspendues (ou accordées à titre de compensation), nous pouvons comparer des données commensurables et réduire au minimum le besoin de spéculation".

4.22 Les arbitres sont conscients que leur approche peut nécessiter des ajustements sur la base de déductions ou d'inférences. Toutefois, nous sommes d'avis que l'approche des États-Unis serait incompatible avec ce que nous croyons être notre mandat, c'est-à-dire, évaluer le niveau des avantages des CE qui étaient annulés ou compromis *au moment où la question a été soumise à arbitrage*.

4.23 S'agissant des ajustements, les arbitres savent pertinemment qu'ils devraient soit utiliser les données les plus récentes disponibles soit faire les ajustements appropriés pour refléter l'évolution du marché. Nous notons que les États-Unis nous ont mis en garde contre de tels ajustements, suggérant que l'augmentation des recettes et des sommes réparties enregistrée par l'ASCAP de 1998 à 2000 - seuls chiffres disponibles pour ce secteur particulier - pouvait ne pas refléter exactement l'augmentation des redevances revenant aux détenteurs de droits des CE. Nous partageons la préoccupation des États-Unis selon laquelle les chiffres de l'ASCAP peuvent ne pas refléter la réalité de la situation des détenteurs de droits des CE et que d'autres facteurs peuvent avoir contribué à l'augmentation des recettes de l'ASCAP et des sommes qu'elle a distribuées. En conséquence, nous ajusterons la valeur des recettes des détenteurs de droits des CE déterminée sur la base de chiffres antérieurs en fonction d'un pourcentage représentatif du taux de croissance annuel du produit intérieur brut des États-Unis entre 1998 et 2001, afin de refléter l'évolution de la valeur des droits des CE jusqu'à la date à laquelle la question a été soumise à arbitrage. Nous considérons que cette approche n'est pas en contradiction avec notre intention initiale de fonder autant que possible notre estimation sur des chiffres antérieurs pour deux raisons:

- a) ajuster les chiffres pertinents concernant la période précédant la modification de 1998 pour tenir compte de l'évolution du marché des États-Unis est une nécessité puisque cette période a été une période de croissance économique soutenue pour les États-Unis. En outre, il ne nous a été donné aucune raison valable pour laquelle nous ne devrions pas faire cet ajustement; et
- b) utiliser le taux de croissance annuel du produit intérieur brut des États-Unis entre 1998 et 2001 constitue, à notre avis, une approche très prudente si l'on compare ces chiffres avec ceux que l'ASCAP a fournis pour la même période.

4.24 Pour ces raisons, les arbitres jugent bon de calculer le niveau des avantages des CE annulés ou compromis par le maintien en application de l'article 110 5) B) à une date aussi proche que possible de la date à laquelle la question leur a été soumise. Dans la présente affaire, à cause des renseignements statistiques disponibles, leur estimation sera fondée sur la situation au 30 juin 2001. Pour les six premiers mois de l'année 2001, nous avons utilisé le taux de croissance de 1,7 pour cent

⁸¹ Réunion de l'ORD du 24 juillet 2001, WT/DSB/M/107, page 14.

que nous avons calculé à partir du PIB trimestriel en dollars courants, corrigé des variations saisonnières en fonction des taux annualisés publiés par le Bureau du recensement des États-Unis.⁸²

3. Éléments non pris en considération dans le calcul

a) Approche des arbitres

4.25 Dans leurs communications, les **Communautés européennes** ont suggéré qu'un certain nombre de facteurs qui, à leur avis, pouvaient contribuer à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ne soient pas pris en compte par les arbitres parce qu'il n'y avait pas de données précises. C'est le cas des effets nocifs qu'a le refus de la protection de droits spécifiques afférents à une œuvre donnée pour l'exploitation d'autres droits afférents à cette œuvre. En outre, les Communautés européennes ont uniquement tenu compte dans leurs calculs des établissements qui utilisent de la musique radiodiffusée (c'est-à-dire de la musique émise par la radio ou la télévision). Bien qu'à leur avis l'article 110 5) B) soit aussi applicable à la musique transmise par Internet, les Communautés européennes n'ont pas inclus cet aspect dans leurs calculs.

4.26 De l'avis des **arbitres**, cela soulève la question de savoir comment concilier ces suggestions avec leur tentative d'arriver à une estimation qui reflète aussi étroitement que possible le niveau des avantages des CE annulés ou compromis. Les arbitres rappellent que dans le document WT/DS160/15, les parties ont dit ce qui suit: "elles ... accepteront [la décision arbitrale] comme déterminant le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages aux fins de toutes procédures pouvant être engagées à l'avenir au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord en rapport avec le présent différend". Cela semble impliquer que notre décision peut conditionner non seulement le montant de la compensation que les États-Unis peuvent offrir aux Communautés européennes au titre de l'article 22:2 du Mémorandum d'accord, mais aussi les travaux d'arbitres potentiels au titre de l'article 22:6, puisque ces derniers sont tenus en vertu du Mémorandum d'accord de déterminer si le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations est *équivalent*⁸³ au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages.

4.27 En conséquence, les arbitres s'assureront que leur détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages n'aboutit pas à une situation dans laquelle d'éventuelles suspensions par les CE de concessions ou d'autres obligations au titre de l'article 22:7 auraient en fait un caractère "punitif", parce que le niveau des avantages des CE annulés ou compromis par l'application de l'article 110 5) B) aurait été surestimé.⁸⁴

4.28 D'une manière plus générale, comme il est indiqué aux paragraphes 4.15 *supra* et 4.36 *infra*, les arbitres n'avaient pas en l'espèce de renseignements suffisamment spécifiques et ont dû soit ajuster les chiffres soit faire des inférences. Ils pensent qu'en essayant d'incorporer dans leurs calculs des éléments pour lesquels les renseignements étaient insuffisants, ils courent le risque d'en arriver à faire de la spéculation pure. Les arbitres ont donc jugé bon d'accepter la plupart des "simplifications" suggérées par les Communautés européennes, telles que l'exclusion du tort indirect causé aux détenteurs de droits des CE ou l'exclusion de la musique diffusée par Internet, à condition qu'elles soient acceptées par les États-Unis et dans la mesure où, de l'avis des arbitres, elles n'aboutissaient pas à un niveau d'annulation ou de réduction des avantages plus élevé. De même, quand ils ont procédé

⁸² Voir *infra* le paragraphe 4.72.

⁸³ Au sujet de la notion d'équivalence, voir la décision des arbitres concernant l'affaire *CE - Bananes III* (22:6) (*États-Unis*), *supra*, paragraphes 4.1 à 4.8.

⁸⁴ Les conséquences juridiques d'une surestimation dans le cas de la compensation prévue à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord sont moindres, car il n'est pas spécifié que la compensation à offrir devrait être équivalente au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. L'article 22:2 du Mémorandum d'accord fait simplement référence à une compensation qui est "mutuellement acceptable".

aux ajustements ou déductions nécessaires, en l'absence de chiffres reposant sur des faits, les arbitres ont essayé d'utiliser des estimations qui étaient acceptées par les parties ou sinon semblaient raisonnables sur la base des renseignements disponibles.

b) Éléments non pris en considération dans le calcul

i) *Tort "indirect" ou "potentiel" causé à d'autres droits des détenteurs de droits des CE*

4.29 Les **Communautés européennes** rappellent que le Groupe spécial a fait observer que le refus de la protection de droits spécifiques afférents à une œuvre donnée pouvait aussi avoir des effets nocifs pour l'exploitation d'autres droits afférents à cette œuvre comme la substitution entre différentes utilisations de l'œuvre par un établissement donné ou une érosion possible des droits de licence pour les autres utilisateurs. Toutefois, vu le manque de données quantitatives et l'incertitude des liens de causalité, elles ont suggéré que l'évaluation des arbitres pourrait ne pas englober ce tort "potentiel" ou "indirect" causé à d'autres sources de droit d'auteur.

4.30 Les **États-Unis** n'ont pas fait d'observations.

4.31 Les **arbitres** sont conscients des remarques du Groupe spécial selon lesquelles le refus de la protection de droits spécifiques afférents à une œuvre donnée pourrait aussi avoir une incidence sur l'exercice d'autres droits.⁸⁵ Toutefois, eu égard aux arguments présentés par les Communautés européennes et à la lumière de leurs propres observations préliminaires formulées plus haut, ils sont convenus de ne pas incorporer dans leur calcul le tort "indirect" ou "potentiel" causé aux détenteurs de droits par la substitution de musique radiodiffusée par d'autres formes de musique, comme de la musique enregistrée. Nous considérons que nous n'avons aucune raison de ne pas tenir compte de la demande des Communautés européennes. En particulier, nous pensons qu'essayer d'évaluer le niveau des avantages annulés ou compromis du fait d'un tort "indirect" ou "potentiel" nécessiterait très probablement davantage de suppositions, de déductions ou d'inférences, ce qui augmenterait le risque d'arriver à une estimation déraisonnable.

4.32 Les arbitres aimeraient souligner, toutefois, que leur position est fondée sur les circonstances factuelles de la présente affaire et le but particulier de la présente procédure, à savoir déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des CE et non établir une violation. Cette position est sans préjudice du point de savoir si ce type de dommage serait considéré comme annulant ou réduisant des avantages revenant directement ou indirectement à un Membre quelconque dans une autre affaire.

ii) *Activités de SESAC*

4.33 Les **arbitres** rappellent qu'aux États-Unis, trois organisations de gestion collective recouvrent les redevances pour les détenteurs de droit d'auteur: l'ASCAP, BMI et SESAC. Ils notent que, dans leurs communications, les parties n'ont inclus aucune donnée concernant les activités de SESAC. Les parties ont expliqué au cours de la procédure que c'était essentiellement parce que SESAC ne représentait pas un nombre important de sociétés de recouvrement des CE qui en seraient membres et ne distribuait pas des montants importants de redevances aux détenteurs de droits des CE.

4.34 Nous ne voyons aucune raison de mettre en doute les renseignements donnés par les deux parties au sujet de la représentation des détenteurs de droits des CE par SESAC. En outre, vu les difficultés que nous aurions rencontrées pour évaluer la contribution de SESAC, nous avons décidé de ne pas chercher à intégrer les activités de SESAC dans notre calcul. En l'occurrence, cependant, la

⁸⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur, supra*, paragraphes 6.127, 6.198, 6.239 et 6.240.

raison tenait surtout à l'incidence limitée que l'exclusion de SESAC aurait, de l'avis des deux parties, sur notre calcul.

iii) *Musique diffusée par Internet*

4.35 Les **arbitres** rappellent que les Communautés européennes, tout en évoquant l'incidence de la transmission de musique par Internet sur l'annulation ou la réduction des avantages des CE, n'ont pas inclus cette transmission dans leur calcul. Ils sont conscients du développement de la transmission de musique par Internet. Ils notent, toutefois, que les parties et le Groupe spécial ont essentiellement traité la question de la transmission par la radio ou la télévision. Pour que les arbitres vérifient l'application de l'article 110 5) B) aux émissions de musique par Internet, il faudrait des constatations additionnelles qui, compte tenu de la position adoptée par les Communautés européennes, ne sont pas nécessaires. En conséquence, les arbitres n'ont pas pris en considération la musique diffusée par Internet dans leur calcul.

B. CALCUL

1. Observations générales

4.36 Avant de passer au calcul du niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis, les **arbitres** notent que leur capacité de faire un calcul exact a été limitée par le fait que les données que les deux parties leur ont communiquées étaient incomplètes et comprenaient beaucoup d'estimations et de suppositions. Dans leurs communications, les deux parties ont reconnu ce problème, notant que certaines des données pertinentes étaient en la possession de parties privées. Comme il est indiqué plus haut, nous avons adressé aux deux principales CMO des États-Unis, l'ASCAP et BMI, des lettres dans lesquelles nous leur demandions des données réelles sur les sommes qu'elles recouvraient et distribuaient, données qui nous auraient permis de fonder nos calculs sur des renseignements spécifiques. En réponse à ces lettres, nous avons obtenu quelques renseignements de BMI, mais en raison des conditions attachées à leur utilisation, nous avons décidé de ne pas les inclure dans le dossier de l'affaire.⁸⁶ Nous avons également reçu des renseignements de l'ASCAP et une deuxième communication de BMI. Toutefois, ayant noté que les parties souhaitaient que nous rendions rapidement notre décision, nous avons décidé pour les raisons indiquées *supra* de ne pas tenir compte de ces renseignements.⁸⁷ En conséquence, nous avons dû travailler sur la base des données incomplètes que les parties nous avaient communiquées.⁸⁸ Pour nous acquitter du mandat que les parties nous ont confié, et en l'absence de certaines données importantes, nous avons dû faire nous-mêmes un certain nombre d'estimations et, dans certains cas, faire certaines suppositions sur la base de ce que nous percevions comme l'estimation la plus raisonnable à la lumière des arguments présentés par les parties. Ce faisant, nous avons tenté d'arriver à un chiffre qui se situe dans le bon ordre de grandeur, mais nous reconnaissons qu'il peut ne pas être entièrement exact.

4.37 Nous avons examiné *supra* les différences entre les méthodes suggérées par les Communautés européennes et les États-Unis, et les conséquences qui en découlent. Nous rappelons que les résultats des calculs effectués par les parties sur la base de leurs méthodes respectives sont très éloignés l'un de l'autre. Les Communautés européennes arrivent au chiffre de 25 486 974 dollars EU par an, alors que les États-Unis suggèrent que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages des CE se situe

⁸⁶ Voir *supra* le paragraphe 1.10.

⁸⁷ Voir *supra* le paragraphe 1.13.

⁸⁸ Dans la mesure où les parties nous ont communiqué des données à titre confidentiel, nous n'avons pas inclus ces données dans l'explication de notre calcul fournie ci-après. Dans ces cas, seuls les résultats des diverses étapes de notre calcul ont été indiqués.

entre 446 000 et 733 000 dollars EU par an. Cette disparité peut, dans une large mesure, s'expliquer par les différences conceptuelles entre les deux approches.⁸⁹

4.38 En ce qui concerne l'ordre de grandeur des pertes annuelles subies par les détenteurs de droits des CE en raison de l'article 110 5) B), nous notons à titre d'exemple que, selon les renseignements communiqués par les États-Unis, le montant total des recettes intérieures de l'ASCAP - la plus importante des CMO des États-Unis - s'est chiffré pendant la période 1997-1999 à 358 428 000, 377 733 000 et 422 962 000 dollars EU par an; la croissance des recettes totales a été de 5,4 pour cent en 1998 et 12 pour cent en 1999. Les recettes provenant du secteur des licences générales, qui comprend les restaurants, les bars, les établissements de vente au détail ainsi que certains autres établissements, se sont chiffrées, ces mêmes années à, respectivement, 67 324 000, 68 032 000 et 69 695 000 dollars EU par an; la croissance de ces recettes a été de 1,05 pour cent en 1998 et 2,4 pour cent en 1999. Ces chiffres indiquent qu'après l'entrée en vigueur de la modification de 1998, il n'y a eu aucun recul des recettes intérieures totales de l'ASCAP ni même des recettes provenant de la catégorie des licences générales. En l'absence de données spécifiques sur les recettes provenant des types d'établissements qui étaient visés par la modification de 1998 (recettes qui sont incluses dans la catégorie plus large des licences générales), nous notons néanmoins que les données disponibles n'étayeraient pas une supposition selon laquelle il y a eu une chute importante des droits de licences recouverts dans les secteurs visés. Dans le même temps, nous notons que le taux d'accroissement des recettes provenant du secteur des licences générales était modeste à un moment où l'économie des États-Unis connaissait une expansion rapide. En outre, les recettes provenant de ce secteur ont progressé à un rythme manifestement plus lent que les recettes intérieures totales.

4.39 Pour les raisons exposées *supra*⁹⁰, nous avons adopté une approche "de l'exclusion" selon la suggestion des États-Unis. Dans le cadre de cette approche, nous avons utilisé les données antérieures sur les recouvrements effectués avant la modification de 1998 qui nous avaient été communiquées. Nous allons maintenant calculer sur cette base le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B).

2. Montant total des redevances versées aux détenteurs de droits des CE

4.40 Dans leur calcul, les arbitres ont tenté d'estimer le montant des redevances que les détenteurs de droits des CE ont reçues, avant l'entrée en vigueur de la modification de 1998, pour l'utilisation de musique radiodiffusée, des types d'établissements qui bénéficiaient depuis peu de l'exception du fait de cette modification. À cet effet, nous avons utilisé les données antérieures dont nous disposions concernant les recettes des deux CMO les plus importantes des États-Unis auxquelles les détenteurs de droits des CE avaient confié la concession de licences pour l'exploitation de leurs droits - l'ASCAP et BMI. Comme nous l'avons noté précédemment, les deux parties considèrent que le montant des redevances versées aux détenteurs de droits des CE par la troisième CMO des États-Unis, SESAC, est négligeable.⁹¹ Nous n'avons donc pas inclus ses recettes dans nos calculs.

4.41 Le recours à ces données antérieures signifie que notre calcul tient compte des recettes provenant de la concession de licences aux établissements qui utilisaient de la musique radiodiffusée à ce moment-là et avaient obtenu une licence auprès de l'ASCAP ou de BMI. Notre calcul n'inclut aucun montant hypothétique de redevances provenant des établissements qui passaient en fait de la musique radiodiffusée mais n'avaient pas obtenu une licence auprès des CMO en question.⁹² Le recours aux données antérieures signifie aussi que notre calcul n'inclut aucune recette hypothétique

⁸⁹ Voir, en particulier, l'analyse que nous faisons aux paragraphes 3.20 et suivants de la façon dont les deux calculs tiennent compte du niveau de concession de licences.

⁹⁰ Voir *supra* les paragraphes 4.7 à 4.15.

⁹¹ Voir *supra* la section IV.A, paragraphes 4.33 et 4.34.

⁹² Voir *supra* les paragraphes 3.20 à 3.35.

provenant des petits établissements qui bénéficiaient déjà de l'exception initiale pour usage de type privé au moment de l'entrée en vigueur de la modification de 1998. Pour les raisons exposées plus haut⁹³, nous n'avons pas jugé nécessaire d'inclure ces établissements dans notre calcul.

4.42 Les **Communautés européennes** nous ont communiqué une compilation de données quantitatives établie par l'ASCAP qui comprend, pour les années 1996-1998, premièrement, les montants des recettes intérieures totales distribuées aux CMO des CE et, deuxièmement, les sommes distribuées aux affiliés éditeurs aux États-Unis pour la représentation et l'exécution d'œuvres des CE.⁹⁴ Les Communautés européennes appellent ces deux catégories, respectivement, distributions "directes" et distributions "indirectes" aux détenteurs de droits des CE. Elles notent que la première catégorie n'inclut pas le montant total des redevances versées pour des œuvres des CE figurant au répertoire de l'ASCAP, parce que la part des redevances revenant aux éditeurs de musique est dans la plupart des cas versée directement par l'ASCAP aux affiliés aux États-Unis des éditeurs des CE, et non par l'intermédiaire des sociétés de recouvrement des CE affiliées aux éditeurs des CE qui sont membres de ces sociétés. Ces versements aux affiliés aux États-Unis des éditeurs des CE sont inclus dans la deuxième catégorie.

4.43 Les **États-Unis** ont utilisé les moyennes sur trois ans de ces chiffres fournis par l'ASCAP comme points de départ pour leurs calculs, les distributions "directes" représentant la tranche inférieure des redevances versées aux détenteurs de droits des CE et la somme des distributions "directes" et "indirectes" représentant la tranche supérieure.

4.44 Pour calculer le montant des recettes que les détenteurs de droits des CE recevaient de l'ASCAP avant la modification de 1998, les **arbitres** ont pris comme point de départ la somme des distributions "directes" et "indirectes" aux détenteurs de droits des CE pendant la période 1996-1998.

4.45 Les arbitres notent que la modification de 1998 est entrée en vigueur le 26 janvier 1999. Par conséquent, elle n'a pas eu d'incidence sur les recettes recouvrées par l'ASCAP avant l'année 1999. Nous notons que les Communautés européennes et les États-Unis nous ont communiqué des données pertinentes sur les sommes distribuées par l'ASCAP aux détenteurs de droits des CE pendant la période de trois ans allant de 1996 à 1998, et que les États-Unis ont utilisé la moyenne des sommes distribuées au cours de ces trois années comme points de départ pour leur calcul. Comme nous calculons le niveau des avantages des CE annulés ou compromis par la modification sur la base de données antérieures, nous devons déterminer une période représentative antérieure appropriée comme point de départ pour notre propre calcul. À cet égard, nous notons que suivant la pratique du GATT, la période de trois ans la plus récente exempte de distorsions dues aux restrictions a été utilisée pour évaluer la compatibilité d'une mesure.⁹⁵ Dans l'affaire qui nous occupe, la période représentative la plus récente serait la période de trois ans non visée par la modification de 1998, à savoir les années 1996 à 1998. Nous pensons qu'utiliser des données qui nous ont été communiquées pour cette période de trois ans est compatible avec l'approche prudente que nous avons décidé de suivre en utilisant la méthode "de l'exclusion" fondée sur des chiffres antérieurs. Pour déterminer un point de départ unique pour notre calcul complémentaire, nous avons utilisé la moyenne des chiffres concernant ces trois années. D'une part, nous notons en fait qu'en l'espèce les sommes distribuées par l'ASCAP aux détenteurs de droits des CE ont régulièrement augmenté pendant cette période. D'autre part, nous n'avons aucun élément de preuve indiquant que cette augmentation vaut également pour le secteur considéré dans la présente affaire et, en tout état de cause, trois années sont généralement

⁹³ Voir *supra* la section IV.A.

⁹⁴ Pièce n° 15 des CE (pièce ARB-5 des États-Unis) contenant des renseignements fournis à titre confidentiel aux Communautés européennes qui ont été priées de ne pas les communiquer à des parties privées.

⁹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial *Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili*, IBDD, S27/107, adopté le 10 novembre 1980, paragraphe 4.8. Voir aussi la décision des arbitres concernant l'affaire *CE – Bananes III (22:6) (États-Unis)*, *supra*, paragraphes 5.24 et suivants.

considérées comme insuffisantes pour établir une tendance particulière sur un marché. En ce sens, l'utilisation d'une moyenne pour cette période de trois ans tendrait à refléter le niveau moyen des recettes en 1997 plutôt qu'en 1998. Nous en avons tenu compte au cours de l'étape finale de notre calcul lorsque nous avons ajusté le résultat de notre calcul pour refléter la situation au moment où la question a été soumise aux arbitres.

4.46 La moyenne sur trois ans des sommes distribuées par l'ASCAP aux détenteurs de droits des CE s'élève à environ xxxxx dollars EU par an. Nous notons que ce chiffre peut ne pas être entièrement exact, étant donné que les renseignements qui nous ont été communiqués par les parties, et sur lesquels nous avons fondé notre calcul, peuvent ne pas être complets pour les raisons examinées plus loin. Nous avons noté précédemment que les versements directs effectués par les CMO des États-Unis aux détenteurs de droits des CE (c'est-à-dire les versements que l'ASCAP et BMI effectuent directement aux détenteurs de droits des CE qui en sont membres et non les versements qu'elles effectuent aux CMO des CE) étaient pertinents pour notre calcul même si les détenteurs de droits des CE en question devaient recouvrer ces redevances par l'intermédiaire de leurs affiliés aux États-Unis.⁹⁶ Toutefois, en ce qui concerne les données confidentielles relatives aux sommes distribuées par l'ASCAP aux affiliés éditeurs aux États-Unis des détenteurs de droits des CE, nous notons que nous n'avons pas les critères exacts que l'ASCAP a utilisés pour produire ses chiffres. Par conséquent, il peut y avoir un risque qu'une petite partie de ce chiffre représente des versements effectués à des personnes qui ne pourraient pas être considérées comme des détenteurs de droits des CE ou leurs représentants. D'un autre côté, nous notons que ni la première ni la deuxième catégorie ne semblent inclure les versements que l'ASCAP peut effectuer individuellement à des auteurs des CE qui sont membres de l'ASCAP et reçoivent donc leurs redevances directement de cette dernière et non par l'intermédiaire des CMO des CE. En conséquence, les chiffres communiqués peuvent être un peu trop élevés à certains égards et trop faibles à d'autres, mais nous n'avons pas tenté d'intégrer ces aspects dans nos calculs, étant donné qu'ils se compensent mutuellement et que toute différence entre les deux types de recettes n'est probablement pas substantielle, et que, en tout état de cause, leur incidence sur le calcul global serait très limitée.

4.47 Les **États-Unis** nous ont communiqué une estimation du montant que BMI a distribué aux CMO des CE en 1996. Ils n'ont communiqué aucune donnée pour les années 1997 et 1998. Les **Communautés européennes** ne contestent pas le chiffre suggéré par les États-Unis. Les **arbitres** ont pris ce chiffre comme point de départ pour calculer les recettes que les détenteurs de droits des CE recevaient de BMI. Ils y ont toutefois apporté deux ajustements.

4.48 Les **Communautés européennes** font valoir que si les données relatives aux sommes distribuées par BMI aux détenteurs de droits des CE par l'intermédiaire des CMO des CE devaient être utilisées, les sommes distribuées par BMI aux affiliés éditeurs aux États-Unis des détenteurs de droits des CE devraient également être prises en compte de la même manière que dans le cas de l'ASCAP.

4.49 Les **arbitres** sont d'accord avec les Communautés européennes sur ce point. En l'absence de toute donnée concernant les sommes distribuées par BMI aux affiliés éditeurs aux États-Unis des détenteurs de droits des CE, nous avons fait une supposition selon laquelle la proportion entre les distributions "directes" et "indirectes" effectuées par BMI serait la même que la proportion entre les catégories correspondantes de distributions effectuées par l'ASCAP. Nous avons en conséquence apporté l'ajustement approprié à l'estimation relative aux sommes distribuées par BMI aux détenteurs de droits des CE communiquée par les États-Unis.

⁹⁶ Voir *supra* le paragraphe 3.56.

4.50 Pour les raisons exposées plus haut⁹⁷, lorsque nous avons calculé les recettes des détenteurs de droits des CE provenant de l'ASCAP, nous avons utilisé la moyenne de ces recettes pour la période 1996-1998. Nous avons des données venant de BMI uniquement pour l'année 1996, mais nous sommes d'avis que par souci de cohérence nous devons également établir pour les chiffres de BMI la même moyenne correspondant à la période 1996-1998. Pour pouvoir le faire, nous avons déterminé les sommes distribuées par BMI aux détenteurs de droits des CE en 1997 et 1998 sur la base de l'estimation de 1996, en supposant que les sommes distribuées par BMI avaient augmenté pendant cette période au même rythme que celles distribuées par l'ASCAP. Ensuite, nous avons calculé la moyenne sur trois ans de ces sommes distribuées par BMI pendant la période 1996-1998. Aux fins de notre calcul, ce chiffre représente le montant annuel moyen des recettes que les détenteurs de droits des CE recevaient de BMI avant la modification de 1998.

4.51 En conséquence, aux fins de nos calculs complémentaires, nous estimons que les sommes distribuées par BMI aux détenteurs de droits des CE avant la modification de 1998 se chiffraient à environ xxxxx dollars EU par an.

4.52 En additionnant nos estimations concernant les sommes distribuées par l'ASCAP et BMI aux détenteurs de droits des CE, nous estimons que, avant la modification de 1998, les détenteurs de droits des CE recevaient environ xxxxx dollars EU par an.

3. Redevances provenant des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail

4.53 Ayant établi la moyenne annuelle du montant total des redevances reçues par les détenteurs de droits des CE avant la modification de 1998, les arbitres vont maintenant tenter d'estimer la part de ces recettes qui provenait des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail. Nous le ferons en déduisant en deux étapes les redevances reçues d'autres types d'utilisateurs.

4.54 Premièrement, nous estimerons quelle part des recettes totales provenant de licences versées aux détenteurs de droits des CE était attribuable à la catégorie dite des licences générales. Cette catégorie comprend divers types de preneurs de licences comme les débits de boissons, établissements de restauration et établissements de vente de détail, mais elle ne comprend pas les recettes provenant de la concession de licences pour la diffusion d'émissions radiophoniques ou télévisées et les concerts. À partir des rapports annuels de l'ASCAP pour 1996-1998, on peut calculer qu'en moyenne 18,45 pour cent des recettes intérieures totales étaient attribuables à la catégorie des licences générales pendant cette période. Nous n'avons pas eu de données qui nous auraient permis de calculer la part correspondante des recettes de BMI. En l'absence de données pertinentes, nous avons jugé raisonnable d'appliquer le même pourcentage aux recettes de BMI. En utilisant ce pourcentage, nous calculons que, sur le montant total des recettes que les détenteurs de droits des CE recevaient chaque année avant la modification de 1998, environ xxxxx dollars EU par an étaient attribuables à la catégorie des licences générales.

4.55 La catégorie des licences générales comprend, outre les établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail, divers utilisateurs de musique de fond comme les compagnies aériennes, les stades, les cinémas, les parcs d'attractions, les congrès, les services de diffusion de musique par téléphone, les écoles et universités, les clubs de remise en forme et les services de musique de fond. Nous devons donc estimer quelle part des recettes provenant de licences générales est attribuable aux établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail tels qu'ils sont définis à l'article 110 5) B). Notre problème est que nous n'avons obtenu aucune donnée spécifique sur cette question. Étant donné que la catégorie des

⁹⁷ Voir *supra* le paragraphe 4.45.

licences générales englobe de nombreux types d'utilisation sous licence, les États-Unis allèguent qu'"une estimation plus que raisonnable est qu'une part de 50 pour cent est attribuable aux restaurants, bars et établissements de vente au détail". Nous notons que les Communautés européennes n'ont pas contesté ce pourcentage suggéré par les États-Unis. Elles n'ont pas non plus proposé une autre estimation.

4.56 Nous considérons que l'estimation du pourcentage donnée par les États-Unis est raisonnable à la lumière des arguments présentés par les parties. Nous l'utilisons donc dans notre calcul. En conséquence, nous estimons que le montant des recettes reçues par les détenteurs de droits des CE avant la modification de 1998 qui était attribuable aux établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail se chiffrait à environ xxxxx dollars EU par an.

4. Redevances attribuables à la diffusion de musique émise par la radio et la télévision

4.57 L'étape suivante consiste à déterminer quel montant des recettes recouvrées auprès des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail était attribuable à la diffusion de musique émise par la radio et la télévision selon la définition donnée à l'article 110 5) B). Il nous faut pour cela déduire le montant des redevances versées qui était attribuable à l'utilisation d'autres sources de musique qui ne bénéficiaient pas de l'exception prévue dans cet article. À cet effet, les deux parties utilisent dans leurs calculs respectifs un chiffre de xx pour cent représentant la part de ces recettes qui est attribuable à l'utilisation de musique diffusée à la radio et à la télévision. Ce chiffre est fondé sur des données communiquées par l'Association nationale des restaurateurs et l'Association nationale des débits de boissons.

4.58 Lorsqu'elles utilisent ce chiffre, les **Communautés européennes** notent qu'il ne comprend pas les établissements qui diffusent de la musique provenant uniquement de la télévision, mais elles ne demandent pas aux arbitres de considérer ce facteur. Les **États-Unis** notent qu'ils ont utilisé ce chiffre, élevé à leur avis, pour tenir compte du fait qu'ils n'avaient pas pu prendre en considération l'utilisation de la télévision.

4.59 Les **arbitres** notent que ce chiffre de xx pour cent est fondé sur des données réelles et que les deux parties l'utilisent dans leurs calculs respectifs. Ils ont donc décidé d'utiliser ce pourcentage dans leur calcul. En conséquence, nous calculons que le montant des redevances reçues par les détenteurs de droits des CE des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail avant la modification de 1998 qui était attribuable à la musique diffusée à la radio et à la télévision se chiffrait à environ 1,55 million de dollars EU par an.

5. Redevances provenant des établissements qui satisfont aux prescriptions de l'exception légale

4.60 Les arbitres ont maintenant établi le montant annuel moyen de redevances reçues par les détenteurs de droits des CE des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail avant la modification de 1998 qui était attribuable à la musique diffusée à la radio et à la télévision. Ils doivent ensuite déterminer quelle part de ce montant était attribuable aux établissements qui étaient depuis peu exonérés de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur par la modification de 1998, c'est-à-dire, premièrement, les établissements qui étaient au-dessous des limites de superficie fixées à l'article 110 5) B) et bénéficiaient donc de l'exception et, deuxièmement, les établissements qui étaient au-dessus de ces limites de superficie mais étaient néanmoins admis à bénéficier de l'exception parce qu'ils remplissaient les conditions concernant le matériel utilisé.⁹⁸

⁹⁸ Pour des détails sur les limites de superficie des établissements et les conditions concernant le matériel, voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphes 2.10 à 2.14.

4.61 En ce qui concerne la première catégorie d'établissements, aussi bien les **Communautés européennes** que les **États-Unis** utilisent dans leurs calculs l'estimation figurant dans une étude de 1999 de Dun & Bradstreet selon laquelle 70 pour cent des établissements de restauration, 73 pour cent des débits de boissons et 45 pour cent des établissements de vente au détail entraînent dans les limites légales de superficie.⁹⁹ Les États-Unis ont calculé que la moyenne pondérée de ces chiffres était 53,9 pour cent. Les Communautés européennes n'ont pas contesté la façon dont les États-Unis ont établi cette moyenne pondérée.

4.62 En ce qui concerne la deuxième catégorie, les **Communautés européennes** estiment que 10 pour cent seulement des établissements dépassant les limites de superficie fixées à l'article 110 5) B) respectent les limitations relatives au matériel et bénéficient donc de l'exception. Les **États-Unis** notent que, faute de données, ils n'ont pas essayé d'évaluer le nombre d'établissements plus importants qui respecteraient les limitations concernant le matériel. Dans leur réfutation, ils allèguent que l'estimation des CE est excessive, mais ils n'en proposent pas une autre.

4.63 Les **arbitres** sont d'avis qu'ils devraient inclure les établissements relevant de la deuxième catégorie dans leur calcul. Le problème est qu'aucune des deux parties n'a fourni un quelconque élément de preuve pour étayer leurs vues. Nous notons que les États-Unis font valoir que l'on peut s'attendre à ce que les grands magasins soient particulièrement peu enclins à faire marcher la radio étant donné, entre autres choses, la diversité des programmes qu'elle diffuse, et que lorsque des entreprises d'une superficie supérieure aux limites légales utilisent de la musique radiodiffusée il semblerait peu probable qu'un total de six haut-parleurs pour l'ensemble de l'établissement soit suffisant. Toutefois, il nous apparaît que l'utilisation de chaînes musicales spécialisées permettrait en fait aux entreprises de créer l'ambiance voulue dans un magasin et que six haut-parleurs pourraient bien suffire à un établissement se situant juste au-dessus de la limite de superficie. En tout état de cause, eu égard aux arguments présentés par les parties et aux renseignements dont nous disposons, nous sommes d'avis que l'estimation de 10 pour cent des CE est déjà plutôt basse.

4.64 En utilisant la moyenne pondérée des établissements au-dessous des limites légales de superficie communiquée par les États-Unis, nous calculons qu'une proportion estimative de 46,1 pour cent des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail sont au-dessus des limites légales de superficie. À notre avis, l'estimation des CE selon laquelle 10 pour cent d'entre eux respectent les limites légales concernant le matériel est raisonnable. Nous utiliserons donc cette estimation dans notre calcul. En conséquence, aux fins de notre calcul, nous supposons qu'une proportion additionnelle de 4,6 pour cent des établissements bénéficient de l'exception prévue à l'article 110 5) B).

4.65 Par conséquent, nous estimons que 58,5 pour cent des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail relèvent de l'article 110 5) B), soit en entrant dans les limites légales de superficie (53,9 pour cent) soit, au cas où leur superficie dépasse ces limites, en se conformant aux limitations légales concernant le matériel (4,6 pour cent), et bénéficient donc de l'exception énoncée dans cet article.

4.66 Nous notons qu'au point correspondant de leur calcul, les États-Unis également ont déduit des redevances restantes des détenteurs de droits des CE le pourcentage qui représente la part des établissements qui entrent dans les limites légales de superficie, à savoir 53,9 pour cent (mais non la part de 4,6 pour cent qui représente la part des établissements plus grands qui se conforment aux limitations légales concernant le matériel). Il semble que cette méthode consistant à opérer la

⁹⁹ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, *supra*, paragraphe 2.12.

déduction de 53,9 pour cent ne soit pas entièrement exacte à deux égards, même si aucune de ces inexactitudes ne semble avoir une incidence importante sur le résultat du calcul.

4.67 Premièrement, appliquer cette méthode peut ne pas être entièrement exact car les établissements plus petits bénéficiant de l'exception payaient probablement des droits plus faibles que les établissements plus grands qui n'en bénéficiaient pas. Toutefois, nous n'avons pas tenté d'intégrer cet aspect dans notre calcul, vu qu'il ne nous a été fourni aucune donnée ou estimation qui nous aurait permis de le faire. Nous notons également que lorsque nous ajoutons 4,6 pour cent des établissements plus grands dans notre calcul, nous n'intégrons pas la possibilité qu'ils puissent payer des droits de licences supérieurs à la moyenne. Globalement, nous pensons que ces considérations n'auraient pas une incidence importante sur notre calcul.

4.68 Deuxièmement, le chiffre de 53,9 pour cent concerne l'ensemble des établissements qui entraient dans les limites de superficie fixées à l'article 110 5) B). Nous notons que certains des plus petits de ces établissements étaient déjà exonérés avant la modification de 1998 au titre de l'exception initiale pour usage de type privé et ne bénéficiaient donc pas depuis peu de l'exception du fait de cette modification. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, nous avons jugé bon d'exclure de notre calcul toute recette hypothétique pour la diffusion d'œuvres musicales non dramatiques provenant des établissements visés par l'exception initiale pour usage de type privé étant donné, entre autres choses, que de telles recettes n'auraient très probablement guère d'influence sur notre calcul.¹⁰⁰ De même, nous sommes d'avis que le fait que le chiffre de 53,9 pour cent inclut certains établissements qui avant la modification de 1998 étaient déjà exonérés au titre de l'exception initiale pour usage de type privé ne modifie pas essentiellement le résultat de notre calcul. Dans la mesure où cela aurait une incidence quelconque sur le résultat, cela compenserait le fait que nous n'avons pas inclus au début les recettes provenant de ces établissements dans nos calculs. Pour ces raisons, nous n'avons pas tenté d'intégrer ces aspects dans notre calcul.

4.69 En conséquence, nous estimons que 58,5 pour cent des redevances que les détenteurs de droits des CE recevaient des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail avant la modification de 1998 pour l'utilisation de musique diffusée à la radio et à la télévision étaient attribuables à des établissements qui étaient exonérés depuis peu de la responsabilité pour atteinte au droit d'auteur du fait de cette modification. Cela signifie que sur les 1,55 million de dollars EU par an que les détenteurs de droits des CE recevaient des établissements de restauration, débits de boissons et établissements de vente au détail avant la modification de 1998 pour l'utilisation de musique diffusée à la radio et à la télévision, environ 0,91 million de dollars EU étaient attribuables à des établissements qui étaient depuis peu exonérés du fait de cette modification.

6. Ajustements complémentaires

4.70 Comme il est indiqué plus haut, les arbitres ont pris comme point de départ pour leurs calculs les données antérieures qui leur avaient été communiquées concernant les recettes que les détenteurs de droits des CE recevaient avant la modification de 1998. Nous avons tenté d'estimer, en utilisant les données et estimations que les parties nous avaient communiquées, la part de ces recettes qui était attribuable aux utilisations pertinentes de musique radiodiffusée par les établissements qui étaient exonérés depuis peu du fait de cette modification. Toutefois, à notre avis, ces chiffres doivent être ajustés pour tenir compte de l'évolution entre le moment où la modification de 1998 est entrée en vigueur et la date à laquelle la question a été soumise aux arbitres, à savoir le 23 juillet 2001.¹⁰¹

4.71 Nous rappelons que notre calcul indiqué plus haut est fondé sur un chiffre moyen calculé sur la base des sommes distribuées par l'ASCAP et BMI aux détenteurs de droits des CE pendant la

¹⁰⁰ Voir *supra* les paragraphes 4.12 et 4.13.

¹⁰¹ Voir *supra* la section IV.A.2.

période 1996-1998 (dans le cas de BMI, nous avons accès à des données uniquement pour 1996, mais nous avons supposé que la croissance annuelle correspondait à celle des sommes distribuées par l'ASCAP). Le chiffre de 0,91 million de dollars EU représente une estimation du niveau hypothétique de l'annulation ou de la réduction d'avantages au cours de l'année 1997, c'est-à-dire environ un an avant l'entrée en vigueur de la modification de 1998. Par conséquent, pour ajuster ce chiffre afin de refléter le niveau des avantages des CE annulés ou compromis à la date à laquelle la question a été soumise aux arbitres, il nous faudra faire un ajustement en partant de la fin de l'année 1997.

4.72 À notre avis, la façon la plus appropriée d'ajuster le chiffre susmentionné est de tenir compte de la croissance de l'économie des États-Unis au cours de la même période. À cet effet, nous avons utilisé le taux de croissance annuel du produit intérieur brut des États-Unis en dollars courants pendant la période pertinente. Durant cette période, le PIB des États-Unis a augmenté en dollars courants au taux suivant: +5,6 pour cent en 1998; +5,5 pour cent en 1999; +6,5 pour cent en 2000.¹⁰² Pour les six premiers mois de l'année 2001, nous avons utilisé le taux de croissance de 1,7 pour cent que nous avons évalué approximativement sur la base des chiffres trimestriels annualisés des taux de croissance en dollars courants.

4.73 Nous avons ajusté le chiffre susmentionné représentant la moyenne annuelle hypothétique des recettes que les détenteurs de droits des CE ont perdues en raison de l'article 110 5) B) au niveau de 1997 en fonction du taux de croissance annuel du PIB des États-Unis. En conséquence, nous calculons que le niveau des avantages des CE annulés ou compromis en raison de l'article 110 5) B) est de 1,1 million de dollars EU par an.

V. DÉCISION DE L'ARBITRE

5.1 Pour les raisons exposées plus haut, les arbitres déterminent que le niveau des avantages des CE qui sont annulés ou compromis en raison de l'application de l'article 110 5) B) est de 1 219 900 euros par an.¹⁰³

¹⁰² Voir Département du commerce des États-Unis, Bureau des analyses économiques, communiqué de presse, 28 septembre 2001, <http://www.bea.doc.gov/bea/newsrel/gdp201f.htm>.

¹⁰³ Exchange Cross Rates, US Dollar to the Euro (11 octobre 2001), *Financial Times*, 12 octobre 2001, page 25.

ANNEXE I

TEXTE DES LETTRES ADRESSÉES À L'ASCAP ET À BMI AFIN D'OBTENIR DES RENSEIGNEMENTS

Madame,

Le 23 juillet 2001, les Communautés européennes (CE) et les États-Unis sont mutuellement convenus conformément à l'article 25:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends d'engager une procédure d'arbitrage pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant, pour les CE, de l'incompatibilité de l'article 110 5) B) de la Loi sur le droit d'auteur des États-Unis avec l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Le 13 août 2001, les Membres de l'OMC ont été informés de la composition du groupe spécial d'arbitrage.

Pour aider les arbitres à déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, je vous serais reconnaissant de bien vouloir répondre aux questions suivantes:

1. Pourriez-vous communiquer les données suivantes pour chacune des années allant de 1997 à 2000:
 - a) montant total des recettes intérieures provenant de la concession de licences (à l'exclusion des recettes provenant de la concession de licences à des sociétés étrangères);
 - b) montant total des recettes provenant de la concession de licences pour la catégorie des licences générales;
 - c) montant total des recettes provenant de la concession de licences à des établissements de restauration, débits de boissons et autres établissements tels qu'ils sont définis à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur modifiée des États-Unis;
 - d) déduction pour frais d'administration et de recouvrement effectuée avant la distribution des redevances aux détenteurs de droits;
 - e) montant total des sommes distribuées aux détenteurs de droits (à l'exclusion des recettes provenant de la concession de licences à des sociétés étrangères);
 - f) montant total des sommes distribuées aux sociétés de recouvrement des CE;
 - g) toute autre donnée éventuellement disponible qui indiquerait le montant des sommes distribuées aux détenteurs de droits des CE directement par l'intermédiaire de votre société (et non par l'intermédiaire des sociétés de recouvrement des CE), en particulier les affiliés éditeurs aux États-Unis pour la représentation et l'exécution d'œuvres des CE.
2. S'agissant de la question n° 1 c) ci-dessus, dans la mesure où vous disposez de tout renseignement, pourriez-vous indiquer la ventilation des recettes provenant de la concession de licences aux établissements de restauration, débits de boissons et autres établissements tels qu'ils sont définis à l'article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur modifiée des États-Unis qui présentent les caractéristiques suivantes:

- i) superficie inférieure aux limites fixées à l'article 110 5) A);
- ii) superficie entrant dans les limites fixées à l'article 110 5) A) et B); et
- iii) superficie supérieure aux limites fixées à l'article 110 5) B).

3. Pourriez-vous nous communiquer tout renseignement disponible sur le nombre probable d'établissements passant de la musique radiodiffusée qui satisferaient aux prescriptions de l'article 110 5) B)?

4. Dans la mesure du possible, veuillez donner votre estimation de la proportion d'établissements de chaque catégorie visée à l'article 110 5) qui passent de la musique radiodiffusée et qui ont actuellement une licence concédée par votre société.

5. Veuillez indiquer les barèmes applicables aux diverses catégories d'établissements visées à l'article 110 5).

Il va sans dire que tout renseignement désigné comme confidentiel dans votre réponse sera traité comme tel. Si vous le demandez, les arbitres feront en sorte que seules les parties à la présente affaire aient accès à ces renseignements. En outre, la version rendue publique du rapport de l'arbitre sera vérifiée pour s'assurer qu'elle ne contient aucune donnée confidentielle.

Je tiens à souligner que vous n'êtes pas tenue de répondre aux questions susmentionnées ni de communiquer tel ou tel renseignement demandé, mais nous serions très heureux de pouvoir bénéficier de votre entière coopération.

Étant donné que la procédure d'arbitrage est soumise à des délais très courts, je vous serais très reconnaissant de bien vouloir nous communiquer toute réponse éventuelle d'ici au vendredi 14 septembre 2001.

Veuillez agréer, Madame, les assurances de ma haute considération.

Ian F. Sheppard
Président
Groupe spécial d'arbitrage chargé d'examiner
l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la Loi*
sur le droit d'auteur des États-Unis

ANNEXE II
TABLEAU DE CALCULS
DONNÉES CONFIDENTIELLES OMISES
