

**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.	AESION 76r Tca9(6.) Tj 36ém5res	

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

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

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

170 Teestionj -317 Tc 0otc6 0 TD des arbitr3 7.5 0 TD /FAE5U 1.0sarticlepropre c27u

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

1) 3+32 16.5 0 3t F1 11.analognt trs omettommun 0 ig Tw un 0 Tw ou 5 d'im 1962 un 018 Tc 0 21 33 diodiffus il cTc 0 350 6 TD 0 11 dne
11*bis* Egrs teientmm Accord 217 utc ADPIC e 0 0 is tiem ompter obtenc 0 350 5 utes européenj 8.25 0 1 16.

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 Mémoire 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 Mémoire 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 Mémoire 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 Mémoire 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 Mémoire 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 Mémoire 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 Mémoire 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°

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

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".

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.

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

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 transfrontière 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

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 ("sommes distribuées") 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

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. *Æ3i i Tc evs, a:a*

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

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 probreici1257II'Accos

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

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

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

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

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^{94s}

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

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 dAue 1998 se chiffraient à

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.

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*

ANNEXE II
TABLEAU DE CALCULS
DONNÉES CONFIDENTIELLES OMISES
