

2017年12月27日

环球法律专递

GLO Legal Updates



对 ASCAP 著作权反垄断案件的介绍和反思

作者：张宏斌

一、“Consent Decree”的来龙去脉

（一）现实的权利状态和市场格局

美国版权法 Section 106 (4) 规定了作品的“公开再现权”（“Public Performance Right”），其权利涉及的范围大致可以把中国版权法第十条下规定的“表演权”、“放映权”、“广播权”以及“信息网络传播权”规定的权利范围涵盖在内。对于音乐作品，现场表演音乐作品、通过广播传播音乐作品，通过互联网传送音乐作品（包括交互和非交互的方式）都属于“公开再现”该音乐作

品，需要获得著作权人的许可【1】；同时，对于“固定”该音乐作品的“录音制品”（“Sound Recordings”），通过“交互方式”（“Interactive Basis”）进行传输也须获得“录音制品”权利人的许可。【2】

对音乐作品的“公开再现权”进行集中许可的组织称为“Performing Rights Organizations”（“PROs”），目前美国市场上进行集中许可的 PROs 主要包括 ASCAP、BMI 以及紧随其后的 SESAC。【3】

（二）PROs 的出现和兴起——为了更有效地打击侵权和收取许可费

音乐作品的“公开再现权”（“Public Performance Right”）于 1897 年被纳入到美国版权法中，且 1909 年的版权法将对音乐作品的“公开再现权”限制在“以营利为目

的”的范围内，而当时的集中播放音乐作品的饭店和旅店等机构普遍拒绝支付许可费，【4】而且侵权主体散布在各地，ASCAP 正是在这样的背景下于 1914 年成立，其早期的主要活动是通过诉讼的方式要求饭店、旅店、剧院等机构支付许可费。【5】

（三）ASCAP 遭遇的反垄断诉讼以及达成的和解“Consent Decree”

ASCAP 取得了巨大的商业成功，其音乐作品的曲库数量庞大，而作为竞争对手的 BMI 成立于 1940 年。【6】ASCAP 和 BMI 提供的音乐作品一揽子许可模式（“Blanket License”）受到了反垄断法的挑战，早期的反垄断法判例甚至将“集中许可”的模式认为是对不同作品的捆绑并构成了对交易的限制进而构成本质违法，例如：在 Alden-Rochelle 案里，【7】“The combination of the members of ASCAP in transferring all their non-dramatic performing rights to ASCAP, is a combination in restraint of interstate trade and commerce, which is prohibited by § 1 of the anti-trust laws.”【8】

在此后的 N. Witmark and Sons v. Jensen 案里，【9】法院认为，“It cannot be denied, therefore, that plaintiffs and their

associates, acting in concert through ASCAP, fix prices and completely control competition and thereby restrained trade in violation of Section 1 of the Sherman Anti-Trust Act....”【10】

在 Alden-Rochelle 案和 N. Witmark and Sons v. Jensen 案之前的 1934 年，美国司法部就对 ASCAP 提起了反垄断诉讼，【11】该案随后中止一直到 1939 年重新启动，ASCAP 和美国司法部于 1941 年达成了和解性质的 Consent Decree，【12】并且经历了 1950 年【13】和 2001 年【14】两次修正，目前有效的版本为 2001 年版的 Amended Final Judgment (“AFJ”)。

二、AFJ 的主要内容及其“合同”的本质

（一）AFJ§ VI 规定了强制许可的义务：即，在音乐使用者（包括互联网平台）提出书面请求的情况下，ASCAP 有义务就其曲库中的全部音乐作品向该用户提供非排他的使用许可（Blanket License）；但作为例外，如果任何用户拒不支付已经签署的许可协议下无争议的许可费，那么 ASCAP 此种情况下没有强制授予许可的义务。

（二）AFJ§ VII 规定了按照节目（Per-Program，针对广播组织）或按照模块

(Per-Segment, 针对背景音乐使用者或互联网音乐平台) 强制许可的义务, 属于与一揽子许可 (Blanket License) 相并列的许可模式。

(三) AFJ§ IV (B) 禁止 ASCAP 限制或干扰其成员与用户直接协商谈判获得相关许可; 但是作为例外, 对于限制成员通过其他与 ASCAP 具有竞争关系的 PROs (为其代理人) 与音乐用户 (包括互联网平台) 之间的许可谈判, 并不在 IV (B) 禁止的范围内, 换句话说, ASCAP 可以通过协议来限制其成员不得通过其他 PROs (为其代理人) 与音乐用户 (包括互联网平台) 直接协商许可。

(四) AFJ§ IV (C) 规定了禁止歧视的义务: 即, 对于相同情况的被许可人, ASCAP 在许可费或其他许可条款上应给予一致的待遇。

(五) AFJ§ IX 规定, 双方如果无法就许可费达成一致, 双方可以将争议提交法院由法院来判定许可费用。

尽管 AFJ 属于 ASCAP 与美国司法部达成的和解, 但是本质上, AFJ 仍是一种契约, 对她的解释应按照合同解释的方式来进行。

【15】由于 AFJ 本身语言的晦涩, 实践中

对如何解释 AFJ 的具体含义产生了很多争议乃至诉讼, 举例来说, 对于用户与音乐人直接谈判获得部分许可后 (carve-out), ASCAP 提供的一揽子许可费用是否应当予以调整, AFJ 没有明确的条款予以规定。例如, 在类似的 BMI 经历的诉讼里, 法院认为此种情况下一揽子许可的费用应当予以调整, 【16】其理由在于, 如果一揽子许可费用不受限于 carve-out, 则会损害 Consent Decree 中所保护的成员与用户直接协商许可的机制, 而该机制可以构成对集中许可机构的竞争和制约。【17】

此外, AFJ 是诉讼双方妥协的产物, 【18】受限于当时的反垄断司法环境。在当时的司法环境下, 任何对价格进行固定的协议都会被认为是构成本质违法而不适用合理分析, 【19】在这样的历史背景下, ASCAP 胜诉的预期会比较低, 【20】因此, Consent Decree 主旨是对 ASCAP 许可行为进行限制; 在 1979 年, 美国最高法院作出了里程碑式的 BMI 判决, 【21】在该案中, 法院明确否定了一揽子许可模式构成本质违法, 并认为应采用合理分析。

【22】有趣的是, 设想, 如果 ASCAP 与美国司法部的诉讼能够一直拖延到 BMI 案之后, 此时 ASCAP 所处的反垄断司法环境会相对有利, 作为妥协产物的 Consent

Decree 估计会相对偏向于 ASCAP 了，也许会与今天的版本在条款上会大相径庭。

三、对 Consent Decree 的评价——褒贬不一

从 1941 年至今，Consent Decree 历经七十多年，并且其法律效力在时间上并没有限制。时至今日，随着互联网和新媒体的不断出现，市场格局相比较 1941 年已经发生了很多变化，人们对 Consent Decree 的评价褒贬不一，以美国司法部为代表，仍然认为 Consent Decree 对音乐产业发展仍至关重要，【23】但相反意见也针锋相对，他们认为，Consent Decree 已经不合时宜，比如，在 1941 年时，ASCAP 几乎没有竞争对手，而今天，BMI、SESAC 以及其他新兴的 PROs 与 ASCAP 形成了有效竞争的格局，并且，由于互联网新媒体的出现，如苹果和谷歌，他们属于具有谈判能力的“被许可人”，具备与 PROs 相对等的谈判地位，因此，应该更多的由市场而不是由美国政府或法院来决定 ASCAP 的许可交易。【24】

四、对中国的反思

（一）Consent Decree 的本质仍然属于合同和契约，也就是说，对 ASCAP 所苛以的各种限制和义务（包括强制许可的义务和非歧视的义务，以及由法院来确定许可费的义务）均来自于 ASCAP 本身的“同意”，从法理上看，即使对 ASCAP 苛以反垄断法上的责任或限制，这也并不是对著作权这一“私权”的侵犯或减损，因为，这是基于 ASCAP 所“同意”的意思表示；因此，在中国的反垄断法和著作权执法或司法环境下，如果要参考美国的实践，要看到问题的两个方面，一个方面是“强制许可”等义务和限制，但另一方面，必须要注意到，这些义务和限制系 ASCAP 通过 Consent Decree 所同意的，所以，在中国的司法环境下，如果权利人没有作出或接受强制许可等义务和限制的承诺或意思表示，通过反垄断法而对私权利主体苛以强制许可等义务或限制需要格外谨慎。

（二）Consent Decree 的条款内容是妥协的产物，她本身不能说明也不能回答 ASCAP 提供一揽子许可或拒绝交易等行为是否违反反垄断法；如上面所论述，假如双方的和解是在 BMI 案【25】之后达成，那么 Consent Decree 的具体内容可能会与当前的内容大相径庭，这也体现出反垄断法更多的是“政策”的属性而不是“法律”的属

性；因此，对于一揽子许可问题是否违反反垄断法，Consent Decree 的条款以及根据 Consent Decree 而产生的诉讼和争议的参考意义有限。

（三）Consent Decrees 所苛以的强制许可等义务并不面向 PROs，也就是说，不强制要求 ASCAP 向与其有竞争关系的其他 PROs 提供有转授权的许可，这样就保证了 PROs 之间不能彼此“搭便车”，以促进 PROs 之间的有效竞争；因此，强制要求具有竞争关系的主体（例如，集体许可组织之间或下游的互联网平台之间）之间进行彼此授权，这样的“要求”至少在 ASCAP 的反垄断历史过程中找不到类似的做法。

（四）Consent Decrees 对于音乐产业发展的利弊争议越来越多，对于中国音乐产业而言，要根据自身的国情和市场变化来灵活地调整反垄断的执法政策，在无法确信的情况下应谨慎适用反垄断法以避免对市场的过度干预，而挪用或借鉴 70 年前的 Consent Decrees 于中国的市场环境中缺乏背景基础。

尾注：

1. Section 115 条规定的“强制许可”（“mechanical license”）的情况除外，

Section 115 条类似于我国著作权法第四十条第三款规定的“法定许可”。

2. Section 106 (6) of U.S.C Title 17 prescribes that the public performance by means of a digital audio transmission is controlled by the sound recording copyright owner. Section 106 (6) is a three-tiered structure under which, the interactive digital transmission must be authorized by the sound recording copyright owner, the non-interactive digital transmission is within statutory licensing and the traditional over-air broadcasting is exempt.

3. 关于这方面的简要介绍可以参考：STATEMENT OF THE DEPARTMENT OF JUSTICE ON THE CLOSING OF THE ANTITRUST DIVISION'S REVIEW OF THE ASCAP AND BMI CONSENT DECREES (Aug. 4th, 2016), available at: <https://www.justice.gov/atr/file/882101/download>.

4. 例如，在 Herbert v. Shanley, 242 U.S. 591 (1917)案中，Herbert 作为原告且系 ASCAP 的发起人之一，被告为使用相关音乐作品的饭店，被告拒绝支付许可费，理由包括其使用音乐作品的过程中并不向客人收取费用从而不是以营利为目的；美国最高法院没有支持被告的观点。

5. 这方面的介绍来自《Music Copyright Associations and the Antitrust Laws》，authored by Robert Israel Goodman,

Indiana Law Journal, Volume 25, Winter 1960, at Page 169, available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3728&context=ilj>.

6. Id.

7. See, *Alden-Rochelle v. ASCAP*, 80 F. Supp. 900 (S. D. N. Y. 1948).

8. Id., at 894.

9. See, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948).

10. Id., at 849.

11. See, *United States v. American Society of Composers, Authors and Publishers*, Dist. Ct., S. D. N. Y. No. E 78-388 (1934).

12. CCH Trade Reg. Reporter, par. 52, 533 (1941).

13. *United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, 1950-51 Tr. Cas. (CCH) ¶¶62,595, 63,756 (S.D.N.Y. 1950).

14. *United States v. American Soc'y of Composers, Authors & Publishers*, No. 41-1395 (S.D.N.Y. Mar. 16, 2001).

15. "Because consent decrees embody a compromise between parties who have waived their rights to litigation, they should be construed basically as contracts." See, 275 F.3d 168 (2nd Cir. 2001), at Paragraph 19.

16. "Therefore, we construe Section XIV to require that when an applicant may obtain alternative licensing under the BMI Decree, and the applicant requests a blanket

license with a fee structure that reflects such alternative licensing, BMI must advise the applicant of the fee it deems reasonable for such a license. Failure to do so will empower the district court to set a reasonable fee." Id., at Paragraph 27.

17. "BMI seeks to charge an 'option value premium' in consideration for giving DMX additional flexibility over the traditional flat fee blanket license. The United States believes that this proposed increased fee undermines the BMI Consent Decree. BMI's approach would deter users from engaging in direct licensing with rights holders – a critical component of the structures created under the decree." See, MEMORANDUM OF THE UNITED STATES ON DECREE CONSTRUCTION ISSUES, available at: <https://www.justice.gov/atr/case-document/memorandum-united-states-decree-construction-issues-relating-united-states-v>.

18. "Consent decrees embody a compromise between parties who have waived their rights to litigation,..." supra note 15, at Paragraph 19.

19. E.g., "The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not involves power to control

the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of to-morrow. Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions." See, *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U. S. 150 (1940), at 839,840.

20. "Earlier cases holding ASCAP to be an illegal monopoly had also relied on *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U. S. 150 (1940)." See, note 19, THE ANTITRUST ASPECTS OF MERCHANDISING MODERN MUSIC: THE ASCAP CONSENT JUDGMENT OF 1950, authored by Sigmund Tmberg, available at: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2599&context=lcp>.

21. *Broadcast Music, Inc. v. CBS, Inc.*

22. *Id.* at 16-24.

23. E.g., "The consent decrees remain vital to an industry that has grown up in reliance on them." See, *supra* note 3, at page 22.

24. See, COMMENTS OF THE AMERICAN SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND PUBLISHERS, Docket No. 2014-03, available at: https://www.copyright.gov/docs/musiclicensingstudy/comments/Docket2014_3/ASCA P_MLS_2014.pdf.

25. See, *supra* note 21.

张宏斌律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人，执业领域为知识产权诉讼和争议解决。

邮箱: zhanghongbin@glo.com.cn

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

免责. 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容而进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号: [globallawoffice](https://www.glo.com.cn)