

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Commission sur la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence



PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Février 2004

Lettre de mission

M. SIRINELLI, Professeur des Universités
M. VOGEL, Professeur des Universités

Messieurs les professeurs,

La numérisation et la diffusion en réseaux des œuvres et prestations protégées par le droit d'auteur ou les droits voisins rendent nécessaire que soit réexaminée l'incidence du droit de la concurrence sur la gestion des droits de propriété littéraire et artistique afin de clarifier les débats qui se concentrent actuellement sur ce sujet et de faciliter le développement de l'exploitation en ligne et de la gestion électronique, qu'elle soit collective ou individuelle.

Cette question de compatibilité entre les deux réglementations de nature profondément différente tient à ce que le droit d'auteur et les droits voisins confèrent à des titulaires un monopole d'exploitation et qu'à l'occasion de l'exercice de ses droits il pourrait être reproché à l'ayant droit une attitude contraire à la prohibition des ententes ou un abus de position dominante.

S'il est clair que le droit de propriété littéraire et artistique ne peut, par lui-même, être regardé comme contraire au droit de la concurrence, les comportements induits par ce monopole légal doivent pour autant prendre en compte les règles du droit de concurrence.

La spécificité des œuvres et des prestations artistiques et leur caractère non substituable, la fonction culturelle des créateurs et de leurs droits, le statut légal des règles de protection et de gestion des droits qui confèrent le droit de maîtriser l'exploitation de la création doivent être conciliés avec les règles du droit de la concurrence.

La recherche d'un équilibre entre ces deux objectifs se révèle donc nécessaire afin de conforter le statut des œuvres, prestations ou fixations tout en facilitant l'émergence de l'exploitation en ligne et, de façon plus générale, de nouvelles formes de diffusion permettant un renforcement de la diversité et de la qualité de l'offre culturelle destinée à un public élargi.

La commission que vous avez accepté de présider s'attachera à identifier de manière concrète et pragmatique les points essentiels de friction entre le droit de la propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence en ce qui concerne en priorité les rapports entre les ayants droits et les utilisateurs et à proposer dans le cadre d'une démarche prospective les initiatives qu'il conviendrait de mettre en œuvre sur le plan national, communautaire ou international pour conforter la protection des intérêts des créateurs, faciliter l'accès au public à la création et adapter les différents modes de gestion des droits au nouvel environnement numérique.

Vous serez assisté dans votre travail par Philippe Chantepie, chargé de mission à l'Inspection générale de l'administration des affaires culturelles, qui assurera les fonctions de rapporteur.

L'ensemble des questions soumises à l'examen de la commission fera l'objet de rapports et d'avis à soumettre à l'examen du Conseil supérieur au cours du premier trimestre 2003. Compte tenu des échéances communautaires et internationales, un premier état des lieux pourrait être présenté au Conseil supérieur lors de la séance du 5 décembre 2002.

En vous remerciant d'avoir accepté d'assurer la présidence de cette commission, je vous prie de croire, Messieurs les professeurs, à l'expression de mes salutations distinguées.

*Le Président
Jean-Ludovic SILICANI*

COMPOSITION DE LA COMMISSION

Présidents : Pierre SIRINELLI Université Paris I
Louis VOGEL Université Paris II

Rapporteur : Philippe CHANTEPIE, Ministère de la culture / Inspection générale

Membres : **Marie MARAIS, Cour de Cassation**
Valérie- Laure BENABOU, Université Versailles-Saint Quentin
Hélène de MONTLUC, Ministère de la culture
Valérie MICHEL AMSELLEM, Conseil de la concurrence
Irène LUC, Conseil de la concurrence
Christelle ADJEMIAN Conseil de la concurrence
Anne SOMMERARD, DGCCRF
Stéphane LEMARCHAND Avocat
Jean MARTIN Avocat
Alain WEBER, Avocat
Philippe BELINGARD, France Télévision
Xavier BLANC, SPEDIDAM
Thierry CARLIER, UPF
Karine COLIN, SPPF
Thierry DESURMONT, SACEM
Charles DUBAIL, FNPS
Laurent DUVILLIER, SCAM
Daniel DUTHIL, APP
Xavier FILLIOL, GESTE
Nicolas GARBARD, SFA
Pascaline GINESTE, Canal+
Marc GUEZ, SCPP
Marianick LAMBERT, UFCS
Laurence MARCOS, SCPP
Emmanuel MICHAU, ACSEL
Marc MOSSE, BSA
Florence-Marie PIRIOU, SGDL, SOFIA
Christiane RAMONBORDES, ADAGP
Pascal ROGARD, CSPEFF
Jérôme ROGER, UPFI
Hervé RONY, SNEP
Laurent TARDIF, SNAM
Emmanuel DE RENGERVE, SNAC
Jean-Paul RIGAMBERT, SPMI
Bertrand SALORD, ADOBE
Jean VINCENT, ADAMI
Nicole ZMIROU, SACD

RAPPORT

I. OBJECTIFS ET METHODE.

A. Objectif et composition de la Commission.

1. L'objectif principal des travaux de la Commission a consisté à rechercher des points d'équilibre entre le droit de la propriété littéraire et artistique sous l'ensemble de ses aspects et le droit de la concurrence aux échelons communautaire et national. A cet effet, la Commission a cherché à identifier des points de friction connus ou envisageables, notamment entre les titulaires de droits exclusifs et les utilisateurs, mais aussi au regard des modalités de gestion (individuelle ou collective) en veillant à conserver une approche prospective à partir d'enjeux contemporains révélés ou renouvelés par l'environnement technique numérique et des réseaux. Elle a aussi cherché à conforter le droit de la propriété littéraire et artistique en fonction des objectifs qu'il permet d'atteindre, y compris faciliter les exploitations, et n'a pas écarté d'envisager les adaptations juridiques nécessaires.

2. Les Présidents ont souhaité que la Commission bénéficie d'une participation élargie et puisse s'ouvrir à des expertises spécifiques. Ils ont notamment souhaité que la représentation des utilisateurs et consommateurs soit effective, que des représentants du Conseil de la Concurrence – sa rapporteure générale-adjointe - Mme Valérie MICHEL AMSELLEM, de la DGCCRF - Anne SOMMERARD - puissent être présents, ainsi que des Cours compétentes – Mme Marie MARAIS, Conseillère à la Cour de Cassation. Ils ont par ailleurs sollicité le concours d'un autre professeur de droit spécialisé en droit communautaire et droit de la propriété littéraire et artistique, Mme Valérie-Laure BENABOU, en qualité d'expert extérieur, mais aussi des avocats intéressés par ces sujets, notamment Maître Stéphane LEMARCHAND.

3. Les travaux de la Commission ont été animés par la volonté de suivre les travaux des institutions communautaires, en particulier un projet de communication de la Commission sur la gestion des droits et la *Résolution du Parlement européen sur un Cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins* dont Mme Mercedes ECHERER était rapporteur et qui a été adopté le 15 janvier 2004 ⁽¹⁾, ont permis d'orienter les réflexions menées au sein de la Commission du CSPLA.

⁽¹⁾ Résolution du Parlement Européen sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins
[\[http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=p0040115FR.pdf&LANGUE=FR\]](http://www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=p0040115FR.pdf&LANGUE=FR)

B. Méthode.

4. Classiquement, la Commission a procédé à un nombre assez élevé de réunions, permettant dans un premier temps d'identifier les problématiques générales, d'établir des analyses plus sectorielles ou spécifiques sur tel ou tel aspect des relations entre ces droits, puis dans un second temps d'enrichir les réflexions à partir d'auditions. Le rapport de synthèse des travaux n'est donc pas concentré sur les seuls aspects indiqués dans la lettre de mission car ceux-ci ont cherché à envisager de manière aussi complète que possible les questions posées par les relations entre ces droits. L'avis, en revanche, est davantage centré sur les objectifs assignés par la lettre de mission.

5. Pour aborder les problématiques touchant aux relations entre ces droits, ont été combinées une approche sectorielle et une approche transversale, l'une et l'autre présentant des avantages et inconvénients opposés : l'analyse sectorielle permet de pointer l'ensemble des difficultés rencontrées dans les relations entre le droit de propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence ; elle permet de mieux anticiper les difficultés à venir ; à l'inverse, l'approche transversale, davantage théorique, permet d'envisager plus facilement les règles et les difficultés générales mais risque de ne pas tendre à des propositions très précises. Les deux démarches apparaissent, en réalité, complémentaires, c'est pourquoi la Commission a procédé successivement à une analyse générale et transversale dans un premier temps, puis à des analyses plus sectorielles. Son calendrier de travail a été le suivant:

2002

25 septembre : Définition de la méthode et des sujets

4 octobre : Problématique générale

21 octobre : Exposé : Pr V-L. BENABOU

7 novembre : Exposé : Maître LEMARCHAND

20 novembre : Exposé : J-M. GUTTON, T. DESURMONT

5 décembre : *Rapport oral intermédiaire au CSPLA*

2003

7 janvier : Exposé : Mme V. MICHEL-AMSELLEM

28 janvier : Exposé des principes : Pr. L. VOGEL, Pr. P. SIRINELLI

28 février : Audition Cabinet BIRD & BIRD

5 mars : *Document de travail d'étape*

21 mars : Audition : Pr. François LEVEQUE, Pr. Jane GINSBURG

23 avril : Objectifs et programme de travail

17 mai : Audition : X. FILLIOL, S. HINTZY

2 juin : Audition : D. DUTHIL, A. VILLETTE, M. MOSSE

20 juin : Audition : V. DE LABOULAYE, I. RAMOND-BAILLY, L. DACHARY

24 juin : *Document de travail d'étape complémentaire*

10 juillet : Exposé : T. DESURMONT, J-M. GUTTON, L. DUVILLIER, N. ZMIROU

8 septembre : Audition : P. NEGRE, C. PICASSO

3 octobre : Point sur les problématiques

23 octobre : Audition : J. LOVERGNE

4 novembre : Présentation des conclusions dans l'affaire IMS, Pr. V.L. BENABOU
5 décembre : Analyse d'un projet de communication de la Commission européenne
14 décembre : *Rapport oral au CSPLA*

2004

7 janvier : Présentation du projet de rapport
20 janvier : Poursuite des discussions sur le rapport (1^{ère} partie)
2 février : Poursuite des discussions (2^{nde} partie)
12 février : Adoption du rapport, discussion sur l'avis
24 février : Adoption de l'avis

II. ANALYSE DES RELATIONS ENTRE LES DEUX DROITS.

6. La relation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique a été abordée à l'occasion d'initiatives communautaires présentes ou annoncées. Dans le passé, la Commission européenne a organisé depuis plusieurs années une réflexion sur le sujet, notamment lors de l'Audition sur la gestion collective - Conclusions (Bruxelles, 13-14 novembre 2000)⁽²⁾, de la *Conférence internationale sur la gestion et l'utilisation légitime de la propriété intellectuelle - Discours d'ouverture* ⁽³⁾ de la Conférence internationale sur "*Le Droit d'auteur européen revisité*" à Saint Jacques de Compostelle 16-18 juin 2002. ⁽⁴⁾

7. L'avancement de la réflexion menée par la Direction Générale Marché Intérieur devrait conduire à l'adoption d'une communication de la Commission sur la gestion des droits qui porterait à la fois sur les questions de droit de la concurrence mais aussi les modalités d'exploitation et de gestion des droits dans l'environnement numérique.

8. En outre, le Parlement européen s'est saisi de la question de la gestion des droits à travers le Rapport présenté par Mme Mercedes ECHERER qui a abouti à l'adoption le 15 janvier dernier d'une Résolution sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Cette résolution établit aux yeux de la Commission du CSPLA des points d'équilibres qui méritaient d'être soutenus, même si des interrogations subsistent, notamment, quant à l'opportunité de mettre en place un statut européen des sociétés de gestion collective, dont le contenu reposerait en outre sur une généralisation de l'arbitrage obligatoire. A ce titre, les Présidents de la Commission, P. Sirinelli et L. Vogel, ont demandé au Président du CSPLA, J-L. Silicani de bien vouloir en informer le Ministre de la culture et de la communication pour que les autorités françaises puissent en tenir compte.

⁽²⁾ Audition sur la gestion collective - Conclusions (Bruxelles, 13-14 novembre 2000

[http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/intprop/news/hearing.htm]

⁽³⁾ *Conférence internationale sur la gestion et l'utilisation légitime de la propriété intellectuelle - Discours d'ouverture*

[http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/speeches/spch261.htm]

⁽⁴⁾ Conférence internationale sur "*Le Droit d'auteur européen revisité*" à Saint Jacques de Compostelle 16-18 juin 2002

[http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/news/2002-06-conference-report-rightsman_en.htm]

A. PRINCIPES ET OBJECTIFS DES DEUX DROITS.

9. A titre de rappel introductif, on indiquera les principaux objectifs et modalités d'exercice des deux droits à examiner, ainsi que les principales relations qu'ils entretiennent.

- Objectif, nature et champ d'application du droit de la concurrence.

10. L'objectif poursuivi par l'instauration d'un droit de la concurrence est que la pression concurrentielle incite les opérateurs économiques à l'allocation optimale de leurs ressources pour offrir aux consommateurs le meilleur service au meilleur prix. ⁽⁵⁾

11. A cette fin, le droit de la concurrence dont le champ d'application couvre toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles émanant des personnes publiques, agit a posteriori sur les comportements des agents économiques, en sanctionnant les ententes illicites (visant à faire obstacle à la libre fixation des prix ou à répartir des marchés) et les pratiques abusives mises en œuvre par des entreprises en position dominante sur un marché pertinent. Pour être sanctionnées, ces pratiques doivent avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au fonctionnement de la concurrence, par exemple en limitant l'accès au marché d'un nouvel entrant ou en entravant le développement de l'activité d'un concurrent. Il met également en œuvre des mécanismes de contrôle *a priori* sur les structures de marché, par le contrôle des concentrations, afin d'éviter que ne se créent des entités à fort potentiel anticoncurrentiel. Le droit communautaire a, au surplus, pour objectif spécifique de favoriser l'intégration des marchés. ⁽⁶⁾

12. Par principe, le droit de la concurrence ne s'oppose pas au droit de la propriété littéraire et artistique. Son application aux activités économiques régies par le droit de la propriété littéraire et artistique peut se réaliser en tenant compte des spécificités de ce domaine s'il existe un risque d'affectation de la concurrence. Il se peut encore que l'objectif de concurrence ne soit pas altéré par la propriété littéraire et artistique et il se peut enfin que les deux corps de règles poursuivent par différents moyens des objectifs communs.

13. L'application du droit de la concurrence dans le domaine du contrôle des concentrations peut d'ailleurs jouer un rôle prépondérant et nécessaire en faveur du pluralisme ou de la diversité culturelle, en veillant notamment à l'intérêt des consommateurs. Tel a été le cas par exemple dans les domaines de l'édition littéraire ou de la musique. L'appréciation et le contrôle de l'efficacité du marché par le droit de la concurrence n'impliquent donc pas que soient rejetés d'autres objectifs qui n'apparaissent pas comme directement et immédiatement liés au droit de la concurrence – ceux ici, du droit de propriété littéraire et artistique. Toutefois, il peut être nécessaire de concilier ces droits.

⁽⁵⁾ articles 81 et 82 du Traité et règlement communautaire.

⁽⁶⁾ articles 81 et 82 du Traité et règlement communautaire.

14. Si le droit de la concurrence s'applique ainsi aux droits de propriété littéraire et artistique, il prévoit toutefois un régime particulier pour ces droits qui tendent au même objectif que le sien, celui de favoriser l'innovation et la création.

15. Pour ce faire, la jurisprudence distingue, d'une part, l'existence du droit auquel le droit de la concurrence ne s'applique pas, d'autre part, les conditions d'exercice de ce droit, à l'égard desquelles le droit de la concurrence s'applique. La distinction dégagée en premier lieu à propos des droits de propriété industrielle a été reprise dans l'arrêt *Deutsche Grammophon* à propos des droits voisins qui retient que « *si le traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le traité* »⁽⁷⁾ et s'est étendue aux droits d'auteurs.

16. Le principe que l'on peut dégager de l'ensemble de la jurisprudence est que le droit de la concurrence ne met pas en cause la possibilité reconnue aux titulaires des droits de propriété littéraire et artistique d'exercer leurs droits patrimoniaux et économiques dans toutes leurs dimensions et comme ils l'entendent, mais ceci dans la limite d'un « exercice légitime » qui ne fausse pas artificiellement le jeu de la concurrence

17. Dans la mesure où le critère d'affectation sensible des échanges entre Etats membres, qui détermine l'application du droit communautaire de la concurrence est rempli, un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles relatives aux droits de propriété littéraire et artistique sont qualifiables au regard du droit communautaire de la concurrence.

18. A compter du 1^{er} mai 2004, les entreprises n'auront plus à notifier leurs accords à la Commission pour obtenir une exonération sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 81 du Traité. Elles devront apprécier elles-mêmes leur conformité au droit de la concurrence, au regard de la jurisprudence communautaire et des lignes directrices édictées par la Commission.

19. Les autorités de concurrence nationales, telles, en France, le Conseil de la concurrence, et la DGCCRF ainsi que les juridictions nationales devront, par voie d'exception, si elles sont saisies d'une plainte relative à un accord prétendument anticoncurrentiel, appliquer elles-mêmes cet alinéa et décider s'il y a lieu d'exonérer l'accord sur ce fondement. En ce sens on peut véritablement parler d'une « décentralisation » de l'application du droit de la concurrence communautaire au niveau des autorités nationales de concurrence, ce qui va conforter leur rôle.

Objectif, nature et champ d'application du droit de propriété littéraire et artistique.

20. Nés, successivement en Angleterre, aux Etats-Unis puis en France au XVIII^e siècle, les droits de propriété littéraire et artistique sont le fruit d'un essor technique et d'une évolution philosophique et sociale. Aux Etats-Unis, le *copyright* se fonde sur un principe constitutionnel sans que soit perdue de vue sa logique utilitariste. En France le droit d'auteur repose sur l'établissement du droit de représentation puis du droit de

⁽⁷⁾ *Deutsche Grammophon* (CJCE, 8 juin 1971, aff. 78/70 : Rec. CJCE, p. 487).

reproduction prônés dans le souffle de la Révolution avec une emphase qui place l'auteur au centre de la construction nouvelle. Il se nourrit d'une vision " romantique " qui imprègne la jurisprudence du XIX^{ème} siècle pour conduire à l'élaboration de notions comme " le salaire des auteurs ", la " récompense pour dette sociale ", etc. ou de concepts détachés de toute analyse économique, comme le droit moral du créateur. Mais son élément essentiel et universel tient au caractère d'exclusivité qui lui est spécifique. On peut d'ailleurs considérer ce droit comme ayant une valeur constitutionnelle en particulier à travers le droit de propriété, ce que devrait établir la Charte de l'Union européenne, ou encore, qu'il relèverait de la déclaration des droits de l'homme.

21. Quels que soient les pays concernés, le droit d'auteur tente de réaliser en son sein un équilibre entre intérêts privés et intérêt général. La recherche de cette « balance des intérêts » est présente dans tous les systèmes. Seul change, suivant les Etats, le centre de gravité de cet équilibre. Mais dans tous les cas l'acte fondateur du droit d'auteur repose sur l'idée d'une récompense à la création et sur l'encouragement à l'élaboration d'œuvres " socialement " utiles. Certes, la destination d'une œuvre ou son mérite ne sont pas des critères d'accès à la protection (le principe d'indifférence de ces éléments est même ouvertement posé) mais le but de la reconnaissance du droit d'auteur est indiscutablement, au-delà de la prise en considération de la personne du créateur, la recherche d'un enrichissement du Patrimoine de l'Humanité.

22. La logique est un peu différente, s'agissant des droits voisins. L'histoire de ces prérogatives est plus récente et les analyses économiques y sont, dès l'origine, plus présentes. Le lien avec la personnalité de l'attributaire originel des droits est également moins marqué. Il s'agit dans un certain nombre de cas de reconnaître et de protéger les droits des artistes-interprètes, des producteurs et des entreprises de communication audiovisuelle dont le travail ou les investissements contribuent au processus création de la production et de la diffusion.

23. L'interrogation essentielle réside alors dans le point de savoir si l'équilibre interne à la propriété littéraire et artistique entre intérêt général et intérêts particuliers peut être regardé comme satisfaisant du point de vue du droit de la concurrence ou si les conséquences économiques des monopoles ainsi constitués et mis en œuvre ne justifient par une deuxième régulation, externe, par le biais du droit de la concurrence.

24. C'est à la recherche de cet éventuel deuxième point d'équilibre que la commission du CSPLA a travaillé pendant plus d'un an et demi. La démarche est plus ou moins délicate selon que l'on considère que les relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique sont complémentaires, conflictuelles ou antagonistes.

B. LES PROBLEMATIQUES.

25. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Rome, le droit de la concurrence a de plus en plus étendu son emprise sur le droit de la propriété littéraire et artistique. Les relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique, telles que révélées par la jurisprudence communautaire, ont accentué les points de friction et d'opposition. La Commission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

a donc été conduite à dresser une liste des questions diverses qui peuvent se poser, même si elle n'a choisi d'en approfondir qu'un certain nombre :⁽⁸⁾ n'ont pas été traités par exemple les concentrations industrielles dans le domaine culturel, de la diffusion, les *DRMS* (leur propriété intellectuelle et leur emploi), les aides publiques ou la réglementation en faveur de la culture. Si l'application du droit de la concurrence au droit de la propriété littéraire et artistique ne soulève pas de problème de principe, elle n'est pas sans soulever des difficultés d'application.

26. La propriété littéraire et artistique ne reposant pas sur de seuls fondements économiques mais étant également porteuse de valeurs culturelles ou scientifiques et justifiée par un encouragement de la création et une aspiration à l'épanouissement et au progrès, les analyses classiques du droit de la concurrence peuvent se révéler délicates dans leurs applications.

27. La commission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a pu ainsi constater que nombre de questions peuvent se poser. Quand et sur le fondement de quels critères déclencher le jeu régulateur du droit de la concurrence ? Avec quels outils d'analyse ? Avec quels instruments d'intervention ? Il est apparu à de nombreux membres de la commission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique qu'il manquait souvent une véritable étude de la pertinence de l'usage de tels ou tels critères ou notions du droit de la concurrence dans le domaine spécifique du droit de la propriété littéraire et artistique. Cette absence rendait malaisée l'appréciation de l'opportunité de l'action. D'autant que, cette dernière réalisée, faisait aussi souvent défaut une étude de l'efficacité de la régulation opérée. L'infléchissement des principes de la propriété littéraire et artistique, les valeurs dont cette dernière est porteuse, méritaient une mesure du bénéfice réel de l'intervention du droit de la concurrence. Quelles conséquences néfastes ont été évitées ? Quels résultats économiques ont été obtenus ? Quelles améliorations ? Pour qui et à quel prix ? Quels effets sur les aspects non purement économiques du secteur culturel ?

28. Une analyse de ce type paraît d'autant plus nécessaire qu'est en cause la légitimité d'une intervention qui peut parfois mettre à mal des principes de propriété littéraire et artistique. Il est raisonnable de vouloir concilier des valeurs à d'autres qui peuvent paraître antagonistes, mais encore faut-il comprendre pourquoi et comment. Il ne s'agit naturellement pas d'écarter le jeu du droit de la concurrence dans le domaine de la propriété littéraire et artistique mais d'en refuser une application qui ne serait pas appropriée. L'efficacité de l'intervention du droit de la concurrence requiert une analyse particulièrement fine et complète des enjeux en cause ainsi que des effets désirés et obtenus.

29. Au-delà de ces interrogations de principe tirées du simple bon sens, nombre de questions techniques peuvent être évoquées.

⁽⁸⁾ L'analyse économique a été abordée directement à deux reprises : audition de L. Levêque et présentation de l'analyse des concentrations dans le secteur des médias à partir du rapport à la Commission européenne [http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/legal_analysis.pdf et http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/european_economics.pdf]. Il n'apparaît pas cependant que la Commission du CSPLA a disposé des compétences et données nécessaires à ce type d'analyse.

Nature des droits de propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence.

30. La nature même des droits exclusifs de propriété littéraire et artistique conduit à s'interroger sur leur compatibilité avec le droit de la concurrence. Toutefois, selon la jurisprudence, l'octroi de droits exclusifs n'est pas en soi anticoncurrentiel. Il y a lieu d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence.⁽⁹⁾ L'exclusivité peut dans certains cas accroître la concurrence et favoriser l'efficience d'un marché, notamment si elle conduit à diminuer les coûts de transaction. Elle peut par ailleurs constituer un élément nécessaire pour atteindre d'autres objectifs que ceux qui sont assignés au droit de la concurrence, par exemple, la création, le pluralisme, etc.

31. La nature des œuvres littéraires et artistiques, parmi l'ensemble des œuvres de l'esprit faisant l'objet d'une protection juridique, soulève la question de la pertinence des champs et des frontières d'application du droit de la concurrence en fonction de l'intérêt économique attaché à l'exploitation de celles-ci et de leur caractère "utilitaire". Le droit de la concurrence s'applique plus aisément et fréquemment aux "créations utilitaires" ou "œuvres-produits", ce phénomène étant susceptible de produire un double effet : d'une part, une segmentation assez forte entre les différentes catégories d'œuvres (il y aurait un droit d'auteur à deux vitesses, suivant la nature des œuvres), d'autre part, une diminution du champ d'exercice du droit exclusif ou une limitation de sa portée pour favoriser l'exploitation des œuvres au profit d'un accès plus large.⁽¹⁰⁾

Inadéquation partielle des instruments du droit de la concurrence pour appréhender la propriété littéraire et artistique

32. Une approche économique de la concurrence implique d'examiner les notions de marchés et de comportements anticoncurrentiels qui s'analysent *in concreto*. Or sur ce point, on ne peut que relever la difficulté d'appliquer les instruments d'analyse économique au droit d'auteur, ceux-ci prenant la plupart du temps appui sur le brevet dont les conditions d'attribution et d'exercice sont sensiblement différentes.

33. L'étude des décisions rendues par les autorités de la concurrence témoigne de la difficulté d'appliquer des concepts économiques conçus pour des biens et services matériels, comme le concept de substituabilité, à des biens immatériels, tels que les droits de propriété intellectuelle.

34. Au delà de la difficulté d'adapter les instruments de l'analyse concurrentielle classique au droit d'auteur, le conflit entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle peut aboutir à une négation des prérogatives de l'auteur ; c'est notamment le cas lorsque l'application du droit de la concurrence, et plus particulièrement de la théorie des facilités essentielles, implique l'obligation pour le

⁽⁹⁾ Arrêt de la Cour du 18 mars 1980. *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel*, et autres contre *Ciné Vog Films et autres* ; ou Arrêt du 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon / Metro SB* pour un droit exclusif de distribution légalement reconnu

⁽¹⁰⁾ cf. décisions *Magill* et *IMS*, mais aussi l'arrêt du Conseil d'Etat sur le fichier SIRENE ou de la Cour de Cassation quant à l'annuaire détenu par France Télécom.

titulaire du droit de le mettre à la disposition de tiers s'il est considéré comme indispensable, alors que le droit d'auteur confère, par définition, un monopole d'exploitation à l'auteur. L'application de la théorie des infrastructures essentielles implique toujours la négation d'un droit de propriété, que ce droit de propriété s'applique à un bien matériel ou à un bien immatériel. Toutefois, c'est un motif d'intérêt général partagé par le droit de la concurrence, la promotion de l'innovation, qui justifie et fonde le droit de propriété reconnu à l'auteur. Cette singularité du droit de propriété de l'auteur explique sans doute le refus des autorités américaines de la concurrence d'appliquer la théorie des facilités essentielles au copyright. Son application par les autorités internes et communautaires devrait prendre en compte l'objet spécifique du droit d'auteur et le fondement de la protection qui lui est attachée, et être limitée, comme le souligne la Cour au sujet de l'affaire *Magill*, à des « *circonstances exceptionnelles* ».

La structure et la nature du marché de la gestion des droits

35. La situation de position dominante des SPRD n'a pas manqué de susciter l'intérêt des autorités de concurrence, notamment au regard de l'article 82 du Traité. Les redevances perçues par les SPRD sur les utilisateurs ne sont susceptibles d'être qualifiées d'abus par les autorités de concurrence que dans les cas où ces redevances ont fait l'objet d'une application discriminatoire entre catégories d'utilisateurs sans que ces différences de traitement soient objectivement justifiées ou encore dans les cas où ces redevances ont été fixées à un niveau abusivement élevé. Sur ce plan, il convient de prendre en compte la réalité des pouvoirs de marché et non le seul pouvoir théorique résultant de la prise en compte d'un droit exclusif, tandis que la distinction entre rémunération des ayants droit et frais de gestion parfois mise en avant, se révèle discutable et en toute occurrence extrêmement délicate à appréhender.

36. La licéité des systèmes d'accords de réciprocité a été affirmée en principe dans les deux arrêts de la CJCE du 13 juillet 1989. Ces accords ne permettent à une société de gestion collective d'accorder à un utilisateur une licence couvrant le répertoire d'une société sœur qu'elle représente que pour son propre territoire national. La Commission européenne a récemment validé l'accord *Simulcating* qui prévoit la possibilité pour les sociétés de gestion collective parties audit accord de concéder à un utilisateur une licence multiterritoriale couvrant, outre son propre répertoire, celui d'une société sœur qu'elle représente dans le cadre de l'Internet, sous réserve que les parties se fassent concurrence sur leurs frais d'administration correspondants à des services rendus par elles aux utilisateurs au seul titre de l'accord multilatéral.

L'intervention du droit de la concurrence

37. L'application du droit de la concurrence à des activités économiques fondées sur l'exercice, l'exploitation ou la gestion des droits exclusifs de propriété littéraire et artistique révèle certaines limites du droit de la propriété littéraire et artistique à réaliser à lui seul une régulation de marché.

38. Inversement, cette application peut traduire son inadaptation aux objectifs poursuivis par les droits de propriété littéraire et artistique.

Mesure du principe de l'intervention du droit de la concurrence.

39. Le droit de la concurrence intervient classiquement sur le double terrain des abus de position dominante (article 82 du Traité) et des ententes (article 81 du Traité), sans limitation *a priori* en ce qui concerne tel ou tel secteur ou droit en cause, sous réserve des observations suivantes :

40. En premier lieu, l'application du droit de la concurrence trouve sa limite dans la distinction – relativement abstraite – entre « l'existence » du droit qui ne fait pas l'objet de contrôle et de limitation et « l'exercice du droit » qui peut être sanctionné. Cependant il convient de veiller à ce que le contrôle de l'exercice du droit par le juge ne conduise pas à remettre en cause "l'existence" même de ce droit.

41. En deuxième lieu, s'agissant du contrôle des abus de position dominante, la jurisprudence semble faire valoir des analyses économiques (facilités essentielles) dont les effets pourraient être insuffisamment mesurés sur la propriété littéraire et artistique et même l'optimum économique en général.

42. En troisième lieu, s'agissant du contrôle des ententes, il apparaît que les conditions de gestion des droits à l'échelon communautaire ou international à travers les contrats de réciprocité présentent des spécificités de nature à préserver les niveaux de rémunération des titulaires de droits et qu'il est très délicat d'établir les champs et les frontières d'introduction de concurrence : sur les prix et barèmes, les coûts d'administrations, les services, etc. Dans ce contexte, les conditions d'application du droit de la concurrence au droit de propriété littéraire et artistique appellent une analyse, le cas échéant critique.

Mesure de la portée de l'intervention du droit de la concurrence.

43. Sans que la légitimité des objectifs du droit de la concurrence soit remise en cause, l'analyse des résultats obtenus par son application à l'exercice d'un droit exclusif de propriété littéraire et artistique ou aux activités de gestion de ces droits, n'a pas été réalisée, qu'il s'agisse de résultats juridiques, économiques, sociaux ou culturels.

44. Cette analyse doit sans doute porter aussi bien sur la méthode et les objectifs du contrôle des positions dominantes que des ententes qui revêtent, notamment en matière de gestion collective des droits, des objectifs propres.

Perspectives.

45. Les analyses sectorielles d'application du droit de la concurrence au droit de la propriété littéraire et artistique manifestent l'asymétrie entre ces deux droits, malgré une communauté importante d'objectifs : la capacité de sanction du droit de la concurrence confère aux objectifs qu'il poursuit une prééminence qu'il peut être nécessaire de tempérer. D'une manière générale, il pourrait convenir d'effectuer des propositions relatives au droit de la concurrence aux fins de respecter les objectifs poursuivis par le droit de propriété littéraire et artistique, en reformulant les objectifs des droits respectifs et en examinant les techniques du droit de la concurrence.

46. De manière plus précise, l'articulation entre ces deux droits semble pouvoir être trouvée par une application du droit de la concurrence qui prenne pleinement en compte les spécificités du droit de la propriété littéraire et artistique ainsi qu'à travers les conditions d'exemption prévues par le Traité et leur analyse : "amélioration de la production ou de la distribution des produits", "promotion du progrès technique ou économique", tout en réservant aux utilisateurs "une partie équitable du profit qui en résulte", "sans imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et donner la possibilité d'éliminer la concurrence". Il s'agit alors notamment d'examiner la prise en compte de la dimension culturelle propre au droit de propriété littéraire et artistique.

III. CHAMPS SECTORIELS D'APPLICATION.

47. L'application, à l'échelon communautaire comme national, du droit de la concurrence au champ de la propriété littéraire et artistique peut être étudiée selon des secteurs d'activités économiques ou culturels, des catégories de droits protégés, des marchés spécifiques, voire des modes de gestion des droits. Les diverses applications recensées traduisent par conséquent des problématiques souvent différentes. On distinguera trois catégories d'application : celles qui sont relatives à des secteurs d'activité économique ou catégories de droits spécifiques, celles qui portent sur le marché de la gestion des droits, celles enfin qui combinent les deux précédentes dans le cadre du marché de la musique en ligne.

48. La question de l'accès aux droits de propriété littéraire et artistique est centrale du point de vue du droit de la concurrence. Elle s'étend aux œuvres de l'esprit entendues largement, soit aussi bien les données, les interfaces et les instructions de logiciels propriétaires, etc. Elle se manifeste ainsi par exemple dans des domaines ne relevant pas de la culture au sens strict, par exemple quant aux gisements de données publiques et aux relations entre secteur public et secteur privé pour l'exploitation de ces données.

A. L'édition de logiciels.

49. Le secteur économique des logiciels protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique est susceptible de soulever des questions du point de vue du droit de la concurrence à la fois en termes d'organisation du marché et d'accès aux œuvres protégées. Une grande partie des équilibres entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique se concentre sur le principe et les conditions pratiques de la décompilation à des fins d'interopérabilité des logiciels, prévue par la directive du 14 mai 1991. Le régime de décompilation reflétait les préoccupations de concurrence de l'industrie de l'informatique des années 80 et en pratique, il n'est guère mis en œuvre ; en revanche les débats actuels de concurrence en matière de logiciel portent désormais sur : l'accès à des plates formes technologiques incontournables pour développer une activité commerciale que d'aucuns pourraient considérer comme une "facilité essentielle", l'ouverture du marché de la maintenance et des services autour de logiciels de tiers, etc.

50. - S'agissant de l'analyse des secteurs économiques (logiciels professionnels, jeux vidéos, multimédia), la structuration des filières peut, en première approche, soulever

des interrogations sur les conditions d'utilisation des droits de propriété littéraire et artistique à des fins anti-concurrentielles. Par exemple, dans le domaine de l'édition de logiciels de jeux vidéos, l'organisation d'une concurrence dépend pour une grande part de l'interopérabilité des systèmes, notamment entre logiciels et systèmes d'exploitation des consoles, c'est-à-dire dans la pratique des conditions non-discriminatoires d'accès aux kits de développement (logiciels pour partie propriétaire) propres d'une part, au marché des consoles de jeu, et d'autre part, aux systèmes d'exploitation d'ordinateur qui peuvent former deux marchés pertinents distincts, dans lesquels les opérateurs sous la forme d'une même société peuvent à la fois être titulaires des droits des logiciels de développement et éditeurs.

51. Dans ce contexte, c'est moins l'application du droit de la concurrence au droit de la propriété littéraire et artistique qui est en jeu que l'organisation de la filière (relations entre fabricants de consoles, éditeurs et studios), laquelle par la gestion des droits exclusifs relatifs aux kits de développement aurait plutôt favorisé, selon les diverses parties intéressées, un système d'exigence et de qualité bénéfique au marché comme aux utilisateurs des droits (éditeurs, studios) et aux consommateurs.

52. - S'agissant du droit des logiciels, les risques d'abus de position dominante ou de pratiques discriminatoires doivent en principe être limités par les conditions juridiques encadrant les modalités d'exercice du principe de décompilation des programmes d'ordinateur à des fins d'interopérabilité, à la fois favorables aux utilisateurs et à de nouveaux entrants.⁽¹¹⁾ Ce principe semble constituer le point d'équilibre nécessaire et satisfaisant entre titulaires de droits et utilisateurs et n'est pas fondamentalement remis en cause au plan communautaire.⁽¹²⁾ Il a d'ailleurs donné lieu à peu de contentieux au plan national.⁽¹³⁾ Dans ces conditions, plusieurs membres de la Commission considèrent que le seul droit de propriété littéraire et artistique est de nature à atteindre un équilibre entre titulaires des droits et utilisateurs sans recours au droit de la concurrence puisqu'il permet d'atteindre des objectifs analogues.

53. Sous réserve des questions qui pourraient être soulevées en termes de concurrence déloyale, l'application du droit de propriété littéraire et artistique aux logiciels dits "libres" réduit les risques de tensions avec le droit de la concurrence puisqu'elle permet la liberté d'utilisation, d'étude, de modification et de distribution et se fonde sur une logique de partage et donc d'accès à de nouveaux entrants et de développement de nouveaux marchés ou usages. Cependant pour l'ensemble des logiciels, dès lors que le droit de propriété littéraire et artistique n'atteindrait pas ces objectifs, quelques difficultés particulières pourraient nécessiter l'application du droit de la concurrence en fonction d'analyses *in concreto*, par exemple en ce qui concerne l'étendue du champ d'application de la protection au titre du droit de propriété littéraire et artistique et du droit à décompilation (codes, logiciels de décompilation, format, etc.). Inversement, le non-respect des droits de propriété littéraire et artistique, notamment au regard de la contrefaçon, constitue dans ce domaine, peut-être plus significativement, un instrument

⁽¹¹⁾ Directive 91/250 du 14 mai 1991, art. 6 ; art. 122-6 [XXX] du CPI.

⁽¹²⁾ *Rapport sur la mise en œuvre et les effets juridiques de la directive 91/250*, 10 avril 2000, Commission européenne. []

⁽¹³⁾ cf. par exemple, TGI de Lille, 17 septembre 2002

de concurrence déloyale, le droit de propriété littéraire et artistique et le droit de la concurrence poursuivant alors les mêmes objectifs.

B. Les données publiques et les bases de données.

54. Comme cela a été exposé, les relations entre droit de la propriété littéraire et artistique et droit de la concurrence semblent particulièrement difficiles s'agissant de certaines catégories d'objets protégés. Le sens commun semble en effet devoir distinguer, sans que le critère de distinction soit fermement constitué, les créations dites « utilitaires » ou ce que les juristes désignent sous l'expression de « petite monnaie » et les créations artistiques. Quantitativement ce sont surtout les créations à caractère industriel qui ont suscité une application frontale des règles de concurrence. La nécessité d'accès s'est traduite à plusieurs reprises par l'octroi de licences obligatoires, concernant des bases de données certes protégées mais qui contiennent des données publiques.

55. La jurisprudence relative au droit de la concurrence est venue limiter à plusieurs reprises le caractère exclusif des droits de propriété littéraire et artistique en posant que le refus opposé par un service public d'octroyer une licence de commercialisation des bases de données publiques est contraire aux règles de concurrence si ce refus n'est pas dûment justifié et s'il affecte les conditions de la concurrence entre opérateurs sur un marché apparenté.⁽¹⁴⁾ En même temps, l'équilibre entre les deux droits s'établit en considérant que le détenteur des droits peut légitimement prélever des redevances d'usage spécifiques pourvu que le prix d'accès aux usagers soit fondé sur la base de critères transparents non discriminatoires et orientés vers la couverture des coûts exposés.⁽¹⁵⁾

56. Il apparaît toutefois que ces décisions se démarquent des canons de la propriété intellectuelle en déniaient au titulaire non seulement son pouvoir de refuser la licence mais encore sa liberté dans la détermination du taux de redevance.⁽¹⁶⁾

57. - Les bases de données. Ce dernier domaine révèle que les relations entre droit de la concurrence et droit de la propriété littéraire et artistique peuvent singulièrement se tendre s'agissant d'objets protégés revêtant un caractère utilitaire marqué. Notamment en ce que l'attribution aux producteurs de bases de données d'un droit de lutter contre l'extraction non autorisée du contenu de leurs bases (droit sui generis) paraît conférer une exclusivité plus forte que celle ordinairement accordée par le droit d'auteur. C'est pourtant sur le terrain des droits d'auteur qu'ont été développées les analyses des contradictions entre droit de la concurrence et propriété littéraire et artistique dans la jurisprudence communautaire.

58. - La jurisprudence Magill.⁽¹⁷⁾ La Cour de Justice des Communautés européennes a été conduite à juger abusif le refus opposé par six chaînes de télévision irlandaises de

⁽¹⁴⁾ Avis du 28/12/01 du Conseil de la concurrence sur le répertoire SIRENE de l'INSEE ; décision du 19 février 2002 sur le fonds cartographique de l'IGN.

⁽¹⁵⁾ C.E. 29 juillet 2002, CEGEDIM Sté.

⁽¹⁶⁾ C.E. 29 juillet 2002, CEGEDIM Sté.

⁽¹⁷⁾ *Magill TV Guide*, 21 décembre 1988, JOCE L-78

communiquer leurs grilles de programmes, sur lesquelles elles se sont vues reconnaître un droit d'auteur, à la société *Magill TV Guide Lt* qui souhaitait créer un guide hebdomadaire réunissant l'ensemble des programmes des 6 chaînes. La CJCE a défini le marché pertinent en cause comme celui « des informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision » et constaté que les chaînes disposaient d'un monopole de fait sur ces informations, considérées comme matière première pour élaborer un guide de programmes. La Cour a estimé que le refus d'accorder l'accès à ces informations protégées constituait un abus de position dominante des chaînes, étant donné que l'information protégée était une donnée indispensable pour permettre à la société *Magill* de soutenir la concurrence sur le marché des magazines de télévision. Plusieurs conditions ont fondé cette décision : le bien immatériel protégé par le droit d'auteur serait mis à la disposition de sujets qui n'entrent pas en concurrence directe avec le titulaire du droit d'auteur ; le produit de l'entreprise qui souhaite obtenir la licence serait, sous divers aspects, nouveau par rapport à celui réalisé par le titulaire du droit d'auteur ; il constituerait un nouveau produit, susceptible d'apporter une plus-value aux consommateurs finals. De fait, la CJCE a fait application de la théorie dite des "facilités essentielles", considérant que les chaînes avaient abusé de leur position dominante, voire monopolistique, sur le marché amont des « informations servant à confectionner les grilles de programmes de télévision » pour entraver l'apparition d'un nouvel entrant sur le marché aval des guides de programmes de télévision.

59. - L'affaire IMS ⁽¹⁸⁾ porte sur les conditions de concurrence dans le domaine du développement de bases de données d'un standard de structuration territoriale de *reporting* des données dans le secteur pharmaceutique et oppose des entreprises concurrentes pour l'accès à cette base de données. ⁽¹⁹⁾

60. Le problème posé par l'affaire *IMS* est de faire application de la théorie des facilités essentielles sur le même marché d'exploitation. Un titulaire de droit devrait renoncer à l'avantage que lui procure la propriété littéraire et artistique au profit d'une concurrence directe. Cette jurisprudence peut donc avoir des conséquences très significatives sur le droit de propriété littéraire et artistique ; le risque d'un passage d'un droit exclusif à un droit à rémunération.

61. En cours d'examen devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, l'affaire *IMS* a d'ores et déjà fait l'objet des conclusions de l'avocat général Tizzano qui sont révélatrices de l'analyse des autorités de concurrence concernant les relations entre droit de la concurrence et droit de la propriété littéraire et artistique. La Commission du CSPLA s'interroge sur son champ : s'étend-t-il à l'ensemble des relations entre droit de la concurrence et droit de la propriété littéraire et artistique, ou bien, n'intéresse-t-il que la partie du droit de la concurrence qui touche les œuvres fonctionnelles ou utilitaires ? Il semble difficile d'imaginer comment un créateur (romancier, peintre, sculpteur ...) pourrait détenir une position dominante sur un marché. Nul artiste, aussi célèbre et

⁽¹⁸⁾ Affaire C-418/01 *IMS Health GmbH & Co. OHG* contre *NDC Health GmbH & Co. KG*

⁽¹⁹⁾ La Commission ayant décidé l'instauration d'une licence légale d'accès à la base de données, la décision est attaquée en référé devant le Tribunal de 1^{ère} instance qui reproche à la décision de la Commission d'avoir anticipé une décision en matière d'abus de position dominante pour accorder la licence légale. Parallèlement devant les juridictions allemandes, le refus de rendre accessible la base de données fait l'objet d'une question préjudicielle auprès de la CJCE.

productif soit-il ne peut prétendre à un tel pouvoir de marché. On voit encore moins bien comment il pourrait en abuser... Pour toutes ces raisons de bon sens, il est douteux que la jurisprudence *Magill - IMS* puisse s'appliquer à l'ensemble des œuvres de l'esprit.

C. Cinéma et communication audiovisuelle.

62. Au plan communautaire, le secteur cinématographique a fait l'objet d'une analyse principale sur le fait de savoir si la concession exclusive du droit de représentation sur un film ne tombe pas par nature sous les interdictions de l'article 81 du Traité. Dans l'arrêt *Coditel II*, la CJCE a décidé que non, sauf si les conditions d'exploitation avaient pour effet de restreindre d'une manière sensible la distribution de films ou de fausser la concurrence sur le marché cinématographique.⁽²⁰⁾ Plus particulièrement, il appartient aux autorités nationales de veiller à ce que l'exercice du droit exclusif de représentation ne crée pas de barrières artificielles et injustifiées au regard des nécessités de l'industrie cinématographique, ou la possibilité de redevances dépassant une juste rémunération des investissements réalisés, ou une exclusivité d'une durée excessive par rapport à ces exigences et si, d'une manière générale, cet exercice dans une aire géographique déterminée n'est pas de nature à empêcher, à restreindre, ou à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

63. Au plan national, le secteur de l'image a fait l'objet de plusieurs décisions qui ont davantage mis à jour des pratiques discriminatoires dans le champ de la concurrence. Ainsi, dans le secteur de l'exploitation cinématographique, l'octroi de droits de diffusion ne peut pas faire l'objet de pratiques discriminatoires ; par exemple, un distributeur ne peut refuser l'exploitation d'un film sans raisons légitimes et objectives. Par ailleurs, a été examinée l'intégration entre les activités de production, distribution et d'exploitation en salle notamment à l'occasion de l'examen des cessions réciproques entre Gaumont et Pathé (1993).

64. Dans le secteur de la communication audiovisuelle, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de se prononcer sur plusieurs catégories de pratiques anticoncurrentielles.

65. Dans une décision n° 91-D-51 du 19 novembre 1991 relative au marché des programmes de télévision réservés à la diffusion sur les réseaux câblés, le Conseil de la concurrence a estimé que les clauses d'exclusivité des contrats-types de diffusion conclu entre les principaux câblo-opérateurs et certains éditeurs de programmes, tels *Canal J*, *Planète*, *Ciné Cinéma* et *Canal bis*, aux termes desquelles chaque câblo-opérateur réservait l'exclusivité de diffusion, sur son réseau, à la chaîne thématique de son groupe, avait eu, au moins potentiellement pour effet d'interdire ou de limiter l'accès au marché d'éditeurs concurrents proposant aux réseaux des programmes ayant un contenu proche de ceux bénéficiant de l'exclusivité, était donc restrictive de concurrence et tombait sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 85 du traité de Rome.

⁽²⁰⁾ Arrêt de la Cour du 6 octobre 1982. *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel*, et autres contre *Ciné Vog Films* et autres.

66. Dans une décision n° 98 D 70 du 24 novembre 1998, le Conseil a censuré comme abus de position dominante le fait, pour *Canal Plus*, de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion par abonnement des films français à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour le paiement à la séance.

67. Par ailleurs, dans une décision n° 99 D 34 du 8 juin 1999, le Conseil a jugé que « le contrat par lequel le titulaire d'un droit d'auteur concède un droit d'exclusivité de reproduction ou de diffusion n'est pas illicite en soi ; (...) il y a lieu cependant, d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet ou ne peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence » ; « il est loisible au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle, soit de se réserver l'usage de ce droit, soit d'en concéder l'usage exclusif à la personne de son choix ; (...) dans les deux cas, les produits mis sur le marché en application de cette exclusivité ne peuvent, en tout état de cause, être offerts que par un seul opérateur, lequel ne peut, dès lors, pour les produits considérés, être en concurrence avec un autre offreur » ; en conséquence le fait que les conditions de vente de ces produits soient fixées par concertation entre le détenteur et son concessionnaire est indifférent au regard du droit de la concurrence.

68. Dans une décision n° 99 D 85 du 22 décembre 1999, le Conseil a estimé que les clauses réservant exclusivement aux filiales de *TF1* le droit d'exploitation des films par vidéogrammes coproduits par *TF1* pendant cinq ans constituaient un abus de position dominante de *TF1*.

69. Plus récemment, le 23 janvier 2003, le Conseil de la concurrence, saisi en mesure conservatoire par la société *TF1* s'agissant notamment d'un éventuel abus de position dominante de la *LFP* (Ligue Professionnelle de Football) pour l'attribution exclusive des droits de retransmission à la télévision du championnat de football de ligue 1 pendant 3 ans à la société *Canal Plus et Kiosque*, a considéré, dans une décision 03 MC 01 que « l'attribution exclusive d'un bien à une entreprise dominante peut avoir des effets restrictifs de concurrence ; en l'espèce, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'attribution exclusive à *Canal Plus et Kiosque* des droits de retransmission des matchs de championnat de ligue 1 par la *LFP*, qui en a le monopole légal, ne prive la société *TPS* d'un élément essentiel à son développement ou à sa pérennité et conduise à une diminution du bien être du consommateur ».

70. Enfin, dans une décision n° 93 MC 03 du 1^{er} décembre 2003, le Conseil a jugé que le fait pour la société *TDF*, d'avoir conclu des contrats lui conférant l'exclusivité de la diffusion de programmes de *Radio France*, n'est pas en soi contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce, mais que toutefois, de tels contrats peuvent être visés par ces dispositions, si les conditions dans lesquelles ils ont été négociés ou les clauses qu'ils contiennent ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence sur les marchés concernés.

71. Les radiodiffuseurs et télédiffuseurs doivent pouvoir, dans le respect des droits des ayants droits concernés, de manière non-discriminatoire et dans les limites de la réglementation applicable, retransmettre leurs programmes aux moyens des nouveaux services numériques afin d'éviter tout effet restrictif injustifié.

D. Le domaine musical.

72. Les questions d'accès aux œuvres, aux catalogues, c'est-à-dire aux marchés, intéressent non seulement la question des droits et des conditions juridiques de licence d'utilisation mais aussi les relations entre les acteurs économiques concernés (producteurs et distributeurs/diffuseurs), c'est-à-dire les stratégies industrielles sous-jacentes à la propriété et l'exploitation des droits. Ces questions prennent une acuité particulière pour les exploitations numériques des œuvres musicales sur les réseaux.

Le marché de la distribution d'œuvres musicales en ligne.

73. Le marché de la musique en ligne s'appuie tant sur la gestion collective que sur la gestion individuelle des droits dont le rôle respectif varie selon les droits en cause. (droits d'exploitation des auteurs et droits voisins des producteurs et artistes et interprètes). La gestion collective est principalement utilisée par les auteurs ; la gestion individuelle est principalement le fait des producteurs de phonogrammes y compris dans le domaine de l'exploitation de phonogrammes en ligne qui, à l'instar de la distribution de supports dans le monde physique, constitue un mode d'exploitation pour lequel les producteurs de phonogrammes considèrent indispensable de conserver une capacité de négocier librement les conditions de délivrance des autorisations ainsi que les rémunérations correspondantes.

74. Des tensions sont apparues dans les deux modes de gestion, comme il s'en produit normalement lors du développement d'un nouveau marché. Ces tensions n'ont pas remis en cause l'intérêt pour les utilisateurs de la gestion collective des auteurs, ni celui présenté par les accords de réciprocité entre société de gestion collective de droits d'auteur, en dépit du temps nécessaire à la première négociation des droits ou en l'absence d'accords avec certains utilisateurs.

75. Dans le cadre de la gestion individuelle des producteurs, les tensions apparues n'ont en fin de compte pas empêché un accès par le public à un très large répertoire discographique, en provenance des *majors* comme des producteurs indépendants. Toutefois, certains répertoires restent encore difficilement accessibles en raison de désaccords de certains artistes, soit sur le principe, soit sur les modalités de mise en ligne de leurs interprétations.

76. Par ailleurs, certains opérateurs n'ont pas encore accès à l'ensemble du répertoire disponible en raison de la persistance de certains désaccords sur les modalités de commercialisation. Ces désaccords concernent notamment le type de relations contractuelles (licence ou distribution), l'utilisation de plates-formes propriétaires, les systèmes de reddition de comptes, la qualité d'encodage, l'utilisation de *codecs* différents, le service après-vente, l'absence d'accord général sur la personne justiciable de l'autorisation au titre du droit d'auteur et sur le montant de la rémunération afférente.

77. En outre, la gestion individuelle des droits, souhaitée tant par les *majors* que par les producteurs indépendants, pourrait justifier que des initiatives soient prises par ces producteurs afin de faciliter l'acquisition des droits d'utilisation du répertoire des producteurs indépendants. L'accord cadre signé entre la SPPF et certains exploitants en ligne en est un exemple.

Les relations avec les autres SPRD au plan international.

78. Jusqu'à une date récente, les accords de réciprocité n'existaient principalement qu'entre les sociétés d'auteurs et, dans une moindre mesure, les sociétés d'artistes. Dans le cadre des accords entre sociétés d'auteurs, les sociétés n'exercent leur activité que sur le territoire de l'Etat sur lequel elles sont installées et donnent mandat à leurs homologues étrangères, de les représenter sur leurs territoires d'exercice. Ces accords présentent deux caractéristiques. D'une part, ils ne sont pas exclusifs, ce qui permet à la société mandante d'autoriser directement une utilisation sur le territoire de la société mandataire. D'autre part, ces accords sont territorialement limités, la société mandataire ne pouvant gérer que sur son territoire d'exercice le répertoire de la société mandante. Ainsi, la société d'un Etat membre ne peut donner une autorisation d'exploitation du répertoire mondial que pour son territoire d'exercice ; pour les autres territoires, il est nécessaire de négocier avec chacune des sociétés nationales. La CJCE a reconnu ⁽²¹⁾ que ces accords sont licites ⁽²²⁾ et ne sont pas constitutifs d'ententes prohibées au sens de l'article 81-1 du Traité de la Communauté Européenne.

79. L'exploitation des droits dans le domaine de la musique en ligne a totalement renouvelé la question dans la mesure où l'exploitation ne concerne plus la gestion du répertoire mondial sur un (ou plusieurs) territoire donné, mais la gestion du répertoire sur l'ensemble des territoires du monde. ⁽²³⁾

⁽²¹⁾ Arrêt du 13 juillet 1989, *Lucazeau e.a. / SACEM e.a.* ; Arrêt du 13 juillet 1989, Procédure pénale contre Tournier qui établit en outre que le parallélisme de comportement de SPRD ne constitue pas une infraction parce qu'elle trouverait sa raison "dans le fait qu'en cas d'accès direct à leur répertoire dans un autre Etat membre, ces sociétés seraient obligées d'organiser à l'étranger leur propre système de gestion et de contrôle."

⁽²²⁾ Arrêts du 13 juillet 1989 ;: "Ne sont pas, par eux-mêmes, restrictifs de la concurrence de façon à relever de l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1, du traité, des contrats de représentation réciproque entre sociétés nationales de gestion de droits d'auteur en matière musicale par lesquels ces sociétés se confient mutuellement le droit d'accorder, sur le territoire dont elles sont responsables, les autorisations requises pour toute exécution publique d'œuvres musicales protégées par des droits d'auteur de membres des autres sociétés et de soumettre ces autorisations à certaines conditions, conformément aux lois applicables sur le territoire en cause, ces contrats visant le double but, d'une part, de soumettre l'ensemble des œuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même Etat, conformément au principe de non-discrimination retenu par les conventions internationales applicables en matière de droits d'auteur et, d'autre part, de permettre aux sociétés de gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre Etat, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités, sans être contraintes d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres contrôles sur place.

Il pourrait en être autrement si ces contrats de prestation de services instituaient une exclusivité en ce sens que les sociétés de gestion se seraient engagées à ne pas donner l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée établis à l'étranger."

⁽²³⁾ Plusieurs plaintes ont aussi été déposées auprès de la Commission européenne dans d'autres domaines : RTL Group contre le refus de la GEMA d'autoriser les exploitations des programmes pour

80. - pour les droits d'exécution publique et de reproduction mécanique des auteurs, les « Accords de Santiago » passés en automne 2000 entre la SACEM, la BUMA, la GEMA, le BMI et la PRS, puis par les autres sociétés d'auteurs membres de la CISAC, prolongeant les accords de réciprocité entre sociétés d'auteurs, visent les droits d'exécution publique. Ils permettent aux sociétés d'auteurs de délivrer dans le domaine d'Internet des autorisations de portée mondiale et non plus limitées à leur territoire d'exercice pour l'utilisation de musique sur Internet à un diffuseur par la société d'auteurs du pays où ce diffuseur a sa résidence économique. Ces accords ont été complétés par les « Accords de Barcelone » de septembre 2001, en ce qui concerne le droit de reproduction mécanique, qui prévoient que l'autorisation doit être donnée par la société d'auteurs sur le territoire de laquelle l'exploitant du site a sa résidence économique afin de tenir compte de la proximité géographique, juridique et culturelle qui doit avoir lieu entre la société de gestion collective et les utilisateurs des œuvres. Pour les utilisateurs de droits, ces accords permettent à tout exploitant de négocier auprès de la société d'auteurs nationale l'ensemble des droits gérés par toutes les sociétés d'auteurs.

81. pour les droits voisins des producteurs, l'IFPI a proposé de mettre en œuvre un accord de réciprocité pour faire valoir le principe d'application du droit du pays de réception pour les exploitations sur Internet.⁽²⁴⁾ Sur le modèle des accords réciproques traditionnels des sociétés d'auteurs, l'accord initial de l'IFPI avait prévu des mandats réciproques entre sociétés de gestion collective de producteurs de phonogrammes et le maintien d'une exclusivité territoriale auprès des diffuseurs Internet, afin de faciliter l'octroi de licences mondiales auprès des utilisateurs tout en conservant une perception à l'échelle territoriale permettant d'assurer le respect des barèmes nationaux. Dans une décision dite « *simulcasting* », la Commission européenne a souhaité mettre fin au principe d'exclusivité territoriale notamment pour favoriser la liberté de choix des utilisateurs. Elle a aussi voulu que soient isolés, dans le cadre du seul accord de réciprocité, les services spécifiquement rendus aux utilisateurs. Elle invite enfin les sociétés de gestion à déployer une concurrence sur les coûts de gestion des services spécifiquement rendus aux utilisateurs dans le seul cadre de l'accord de réciprocité. Bien que les sociétés signataires de l'accord aient contesté l'analyse économique effectuée par la Commission consistant à établir un lien entre les tarifs des SPRD et le niveau de leurs coûts de gestion, elles ont accepté de mettre en œuvre la décision de la Commission dans la mesure où celle-ci restait sans effet sur leur tarifs nationaux et était d'un effet limité sur leur fonctionnement.

82. La Commission Européenne pourrait vouloir imposer une telle approche aux sociétés d'auteurs à propos des accords de Santiago et de Barcelone - qui ont été notifiés

l'ensemble des marchés nationaux ; *Music Choice Europe*, bouquet de radios par satellite et par câble, qui entend négocier les autorisations d'exploitation avec la société de gestion collective de son choix.

⁽²⁴⁾ C 104 [2003/C 104-0010](#) Final report of the Hearing Officer in case COMP/C 2/38.014 - IFPI *Simulcasting (pursuant to Article 15 of Commission Decision 2001/462/EC, ECSC of 23 May 2001 on the terms of reference of Hearing Officers in certain competition proceedings - OJ L 162, 18.6.2001, p. 21)* [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/c_104/c_10420030430en00100010.pdf]

L 107 [2003/L 107-0058](#) Commission Decision of 8 October 2002 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case No COMP/C2/38.014 - IFPI "Simulcasting") (notified under document number C(2002) 3639)

[http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2003/l_107/l_10720030430en00580084.pdf]

à la Commission Européenne, qui ne s'est pas encore prononcée- au motif - déjà avancé par la Commission dans la décision *simulcasting* - que l'environnement en ligne se différencie de la gestion hors ligne en ce qu'elle ne nécessiterait pas de surveillance physique des établissements autorisés, laquelle pourrait être effectuée en ligne à distance. Dans ce contexte, la justification économique traditionnelle de l'absence de concurrence entre sociétés de gestion collective pour la fourniture de services transfrontaliers ne pourrait plus être retenue.

83. La SACEM, comme les autres sociétés d'auteurs, n'entendent pas modifier les accords de Santiago et de Barcelone en supprimant la "clause de résidence économique". Elles font valoir que la faculté reconnue aux usagers de s'adresser à la société d'auteurs de leur choix, qui aboutirait à mettre ces SPRD en concurrence directe, entraînerait une baisse de rémunération des ayants droit. Il importe de relever à cet égard que l'accord *simulcast* prévoit que chaque société de gestion collective prend en considération les tarifs en vigueur dans les territoires à destination desquels l'utilisateur diffuse en *simulcast* pour déterminer le montant à payer par celui-ci, tandis que l'accord de Barcelone ne fait application de ce principe que pour les diffusions à la demande et que l'accord de Santiago laisse chaque SPRD libre de fixer le montant de la rémunération.

84. Les sociétés d'auteurs invoquent en outre le fait que la suppression de la clause de résidence économique soulèverait d'importants problèmes de gestion des droits, tenant notamment à la possibilité ainsi ouverte aux usagers de mener des négociations multiples et successives avec les diverses sociétés et à la nécessité pour une SPRD de négocier avec des diffuseurs sur Internet venant de pays dont la langue, la culture, les traditions juridiques ou les marchés d'exploitation lui sont inconnus. Des difficultés supplémentaires naîtraient concernant l'exécution du contrat d'exploitation, qui suppose des contrôles sur place pour vérifier la réalité des recettes réalisées par l'utilisateur et peut obliger la société de gestion à saisir les tribunaux (indépendamment des cas d'utilisation illicite).

85. Au total, les sociétés d'auteurs considèrent que la proximité de l'utilisateur et du donneur de licence est une nécessité fondamentale pour une gestion efficace et satisfaisante des droits d'auteur dans le domaine d'Internet au même titre que les secteurs d'activité traditionnels. Il en est d'autant plus ainsi que les accords de Santiago et de Barcelone concernent un nombre d'utilisateurs considérable et des formes d'exploitations multiples et très diversifiées et que, si la Commission a jusqu'ici limité la suppression de la clause de résidence économique aux sociétés de l'U.E. et de l'E.E.E., l'U.E. va prochainement s'élargir à dix nouveaux Etats.

86. Les sociétés d'auteurs font enfin valoir que le raisonnement suivant lequel le niveau des tarifs de rémunération est le reflet des coûts de gestion est erroné, qu'elles ne rendent de services qu'à leurs membres, qui en acquittent seuls le coût, et non aux utilisateurs. Il n'y a donc aucune pertinence à vouloir mettre en concurrence les sociétés de gestion à l'égard des usagers en fonction des coûts de gestion, pour des services dont ils ne sont pas les destinataires, qui ne sont pas répercutés à ces derniers, mais aux seuls sociétés de gestion.

87. Toutes ces raisons conduisent les sociétés d'auteurs à considérer que la clause de résidence économique des accords de Santiago et de Barcelone est indispensable à

l'existence même de ces accords et est conforme au droit de la concurrence en raison des avantages qu'elle comporte sur le plan concurrentiel ou sur d'autres plans.

IV. LE MARCHE DE PERCEPTION ET REPARTITION DES DROITS.

88. Les relations entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété littéraire et artistique concernent les modalités de gestion de ces droits. Si dans une logique personnaliste, les droits de propriété littéraire et artistique sont exercés individuellement, la gestion collective constitue une modalité de gestion de ces droits, librement choisie par les titulaires, mais répondant le plus souvent à des règles spécifiques (uniformité des barèmes, apports exclusifs, libre accès au répertoire par tous les utilisateurs dans les mêmes conditions d'exploitation, etc.) et qui entre dans le champ d'application du droit de la concurrence.

89. Les questions posées par les relations entre droit de la concurrence et modalités de gestion des droits sont en partie différentes : pour la gestion individuelle les questions soulevées ont aussi trait aux conditions d'accès, aux risques de discrimination, etc., tandis que pour la gestion collective qui peut assurer une garantie de la concurrence entre les utilisateurs, les questions portent davantage sur l'organisation du marché de perception et de répartition des droits.

90. La Commission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique soutient la perspective de mise en œuvre à destination des utilisateurs d'un "guichet commun ouvert" aux différents modes de gestion aux fins notamment de favoriser l'amélioration des systèmes d'information sur le marché de la perception et répartition des droits.

A. La gestion collective.

91. En vertu des articles 81 et 82 du Traité, le droit de la concurrence s'applique aux sociétés de gestion collective qui sont des entreprises qui exercent une activité de prestataires de services et d'intermédiaires entre les auteurs ou autres titulaires de droits et les utilisateurs et qui offrent une gestion centralisée des droits en opérant sur le marché de la perception et de la répartition des droits, notamment national sous la forme courante de monopole.⁽²⁵⁾

92. L'application du droit de la concurrence aux activités des sociétés de gestion collective soulève régulièrement la question des risques d'abus de position dominante ou d'ententes illicites.

93. Pour être sanctionnées au regard du droit de la concurrence, les sociétés de gestion collective doivent être convaincues de pratiques susceptibles d'être considérées comme abusives. Quatre terrains principaux peuvent être envisagés :

- Pratiques de discriminations au moyen de redevances différentes appliquées à des opérateurs qui se trouveraient dans une même situation ;

⁽²⁵⁾ cf. Arrêt du 25 octobre 1979, Greenwich Film / SACEM ;

- Application de redevances abusivement élevées;
- Imposition d'obligations aux ayants-droit allant au-delà de ce qui est nécessaire au regard de la gestion des droits ;
- Obstacle à l'accès au marché de la perception des droits, pour lequel toutefois, si l'apparition de nouveaux entrants peut être un moyen d'améliorer les performances de gestion des SPRD et être ainsi conforme à l'intérêt économique des associés, en même temps, les conditions techniques de perception (nombre d'utilisateurs, réseau de contrôle, niveau d'investissements initiaux, etc.) rendent l'émergence de nouveaux entrants difficile.

La structure du marché de la gestion collective.

94. A cet égard, le droit de la concurrence ne détermine pas *a priori* une préférence pour le caractère pluraliste et concurrentiel de la gestion collective et des logiques de dissociation de sociétés. Il ne s'oppose pas par nature à des accords, des monopoles ou des logiques d'intégration. La question doit être abordée en tenant compte de l'objectif d'efficacité économique et des différences de situation selon les droits gérés.

95. Pour des raisons historiques, économiques ou juridiques l'organisation du marché de la perception et de la répartition des droits tend à centraliser la perception et la répartition à travers des sociétés civiles, le plus souvent en situation de monopole de fait ou de droit, par conséquent en position dominante, laquelle n'implique pas par elle-même des situations d'abus. La situation de monopole des sociétés de perception et de répartition des droits souvent rencontrée s'explique par trois éléments principaux :

- l'analyse économique des "monopoles naturels" est souvent invoquée. Elle justifie la situation de monopole par l'importance des investissements nécessaires à l'établissement d'un réseau de perception efficace sur l'ensemble d'un territoire pour une ou plusieurs catégories de droits ou répertoires gérés ;
- la formation de relations de marchés équilibrées peut aussi justifier la formation de situation de monopole de gestion des droits en vue de rendre plus symétriques les puissances économiques dans la négociation des droits entre titulaires et exploitants ;
- la facilité offerte pour l'exploitation des droits que constitue la gestion en monopole vient aussi à l'appui de la centralisation de la gestion des droits.

96. En outre, la gestion collective peut être rendue obligatoire par le législateur, sans que la loi impose pour autant l'existence d'une seule société. Tels sont les cas rencontrés pour la gestion des droits audiovisuels pour certaines exploitations du câble ou pour la gestion des droits de reprographie, mais aussi du droit de prêt public.

97. Les représentants des télédiffuseurs et radiodiffuseurs représentés au sein de la commission ont indiqué rencontrer des difficultés, en particulier en ce qui concerne l'utilisation d'extraits de morceaux de musique enregistrée. Ils se montrent favorables à

un *système de licence collective*. Une telle formule leur paraît nécessaire, à l'instar de systèmes de gestion collective obligatoire que l'on rencontre dans les Etats membres de l'UE pour l'exploitation de certains droits d'auteurs ou de droits d'utilisation des phonogrammes du commerce, ceci afin notamment d'éviter d'avoir à conclure des accords individuels avec chaque ayant droit concerné et de réduire ainsi les coûts de transaction.

98. Une gestion collective obligatoire serait également, pour ces catégories d'utilisateurs, sans doute nécessaire s'agissant de l'exploitation à *la demande des programmes originellement conçus pour la radiotélévision traditionnelle*, étant donné que la grande majorité des productions radiophoniques et télévisuelles comprennent une musique d'accompagnement tirée de phonogrammes du commerce et incluent donc à ce titre des extraits de phonogrammes du commerce.

99. Selon les radios télévisions, qui sont utilisateurs de répertoires importants, la gestion individuelle des droits exclusifs en matière de droits musicaux pourrait présenter peu d'avantages, notamment en ce qu'elle peut induire des préférences en faveur des catalogues les plus importants

100. Les représentants des producteurs de phonogrammes ont indiqué que les exploitations visées aux § 97 et 98 faisaient déjà l'objet d'une gestion collective volontaire, donnant accès à un répertoire considérable (près de deux millions de phonogrammes) et que seul un nombre très limité de ces phonogrammes restaient gérés individuellement, pour ces types d'exploitation et à l'initiative de certains artistes interprètes. La demande des diffuseurs leur paraît par conséquent totalement injustifiée. Il leur semble notamment parfaitement légitime qu'un utilisateur, souhaitant exploiter un phonogramme spécifique, figurant dans le petit nombre de phonogrammes gérés individuellement, et qui refuserait d'utiliser au autre phonogramme parmi les deux millions de phonogrammes gérés collectivement, fasse l'effort de négocier individuellement l'utilisation de ce phonogramme spécifique. L'instauration d'une gestion collective obligatoire pour ces utilisations constituerait, selon eux, une atteinte grave et discriminatoire à leur droit de propriété, indispensable au dynamisme de la production phonographique. Les producteurs de phonogrammes considèrent que l'objectif de ces diffuseurs est, en réalité, de favoriser leur intérêt économique au détriment de celui des producteurs de phonogrammes.

101. Si le monopole de gestion est le plus souvent pratiqué pour une catégorie de droits ou un répertoire donné, la pluralité de sociétés de gestion collective et leur concurrence sur le marché de la perception et de la répartition des droits est non seulement possible mais peut s'avérer souhaitable pour les associés des sociétés de perception et de répartition des droits.

102. Pour une même catégorie de droits ou de répertoire gérée de manière collective à côté ou non de droits gérés de manière individuelle, la gestion collective peut être assurée concurremment par plusieurs sociétés de gestion collective. Par exemple la gestion des droits voisins des producteurs de phonogrammes est assurée par la SCPP et la SPPF, le cas échéant de manière commune pour certains types d'exploitations s à travers la SCPA. C'est peut-être surtout la réalité qui prévaut quant à la gestion des

droits dans le domaine des arts visuels qui fait l'objet d'une double situation : des possibilités ouvertes de choisir un régime de gestion individuelle pour certains auteurs et ayants droit, une gestion collective dans un cadre caractérisé par une pluralité historique de sociétés de perception et de répartition des droits : ADAGP-SAIF voire, pour partie, la SCAM et autrefois la SPADEM (et la SDI) dont la mise en liquidation atteste des difficultés que pose dans ce secteur particulier une pluralité de sociétés de gestion dans un domaine dont la spécificité limite l'étendue des modes d'exploitations.

103. L'analyse des intérêts économiques et culturels en faveur d'un mode d'organisation du marché est contrastée.

104. La concurrence de sociétés de perception et de répartition des droits sur un même marché peut constituer un vecteur d'efficacité de gestion qui peut être favorable aux intérêts économiques des titulaires de droits

105. Toutefois, d'un point de vue économique, la pluralité de SPRD sur un même marché pertinent de perception des droits, qu'il s'apprécie en fonction de la nature des droits et des catégories de titulaires, des répertoires, des modes d'exploitation et de la territorialité de celle-ci, etc. ne constitue pas nécessairement un avantage en termes d'efficacité économique. A certains égards, elle peut apparaître contre-productive : surcoût de gestion par juxtaposition de postes de coûts parallèles (personnel, charges structurelles et fonctionnelles) notamment quant au réseau de perception, risque d'éclatement des barèmes de rémunération, obligation pour les usagers de négociations et d'autorisations multiples, fragilisation d'accords généraux avec certaines catégories d'utilisateurs.

106. D'un point de vue culturel, la multiplicité d'opérateurs de gestion des droits sur un même marché de droits peut aussi être une source de difficultés pour les utilisateurs-exploitants de ces droits, et par conséquent un frein à l'exploitation la plus efficiente et élargie, notamment à l'étranger. Plus largement, la mise en concurrence d'une pluralité d'acteurs peut induire un affaiblissement global de la défense de l'intérêt général collectif d'une catégorie de titulaires et une réduction de leur puissance économique préjudiciable à l'ensemble des rémunérations des titulaires.

107. Dans une réponse à une question parlementaire du 12 novembre 1996, le Commissaire européen Mario Monti a indiqué que la gestion collective est généralement reconnue comme un mode rationnel pour l'exploitation des œuvres littéraires et artistiques dans la mesure où elle permet d'assurer *"un équilibre satisfaisant entre les intérêts des ayants droit et de l'industrie culturelle, d'une part, et les utilisateurs d'œuvres, d'autre part"*. La spécificité de la gestion collective justifie ainsi en règle générale une position d'exclusivité des sociétés de gestion vis-à-vis des utilisateurs afin que les ayants droit et les utilisateurs puissent en tirer pleinement bénéfice. Par conséquent, les sociétés de gestion se trouvent très souvent en situation de position dominante de fait, la pluralité de sociétés agissant pour une même catégorie de droits pouvant générer une diminution de l'efficacité et un renchérissement des coûts de la gestion.

Les relations avec les membres.⁽²⁶⁾

108. Le droit de la concurrence s'étend aux relations entre les SPRD et leurs membres en particulier dans les situations de monopoles. Le cadre juridique est fixé par la Cour de justice des communautés européennes qui a indiqué que la sauvegarde efficace des droits et intérêts dont elle a la charge suppose que la société de perception et de répartition des droits (SPRD) jouisse d'une position fondée sur une cession en sa faveur, par les auteurs associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requises. L'abus de position dominante ne peut être caractérisé dès lors que les pratiques de la SPRD ne dépassent pas les limites de ce qui est indispensable à la sauvegarde efficace des droits et intérêts.⁽²⁷⁾

109. La Commission Européenne et la CJCE n'ont jamais contesté la légitimité de l'exclusivité des apports (cessions ou mandats) au titre du droit de la concurrence. L'exclusivité des apports apparaît comme un élément essentiel à la négociation des barèmes de droits sans que puisse s'exercer une concurrence entre la SPRD et ses membres.

110. Concernant la gestion individuelle de certains de leurs droits par des sociétaires de SPRD, diverses SPRD ont exprimé leurs réserves pour deux raisons :

111. La gestion individuelle affaiblirait tout d'abord la position des SPRD et rendrait très difficile les négociations avec les exploitants auxquels elles proposeraient des répertoires incomplets, compliquant en outre par là l'exercice paisible de leur activité.

112. La situation dans laquelle des titulaires de droits retireraient certains droits aux sociétés de gestion collective existantes dans des conditions révélant un abus serait préjudiciable à certains utilisateurs des droits, radiodiffuseurs et télédiffuseurs, et pourrait être constitutive, dans une certaine mesure, d'une rupture illicite d'une relation commerciale établie.

113. Elle risquerait ensuite d'amoindrir la protection des ayants droit. En effet, sauf dans des cas rarissimes, les ayants droit individuels ne gèrent pas eux-mêmes leurs droits mais les cèdent à des exploitants qui pourraient profiter de ce que les auteurs gèrent leurs droits eux-mêmes pour obtenir des autorisations à des conditions plus avantageuses que celles appliquées par les SPRD. *A contrario*, certains ayants droits individuels veulent pouvoir gérer individuellement une partie de leurs droits car ils estiment pouvoir obtenir de meilleures rémunérations par ce type de gestion.

114. La Commission a rendu deux décisions dans l'affaire " GEMA ", du 2 juin 1971 et du 6 juillet 1972, exigeant que les SPRD permettent à leurs membres, pour la première,

⁽²⁶⁾ Cette question a été abordée partiellement, certains contentieux étant pendants devant le Conseil de la concurrence.

⁽²⁷⁾ Arrêt du 21 mars 1974, *BRT / SABAM* selon lequel "une exploitation abusive peut être constituée par le fait qu'une entreprise chargée d'exploiter des droits d'auteur occupant une position dominante au sens de l'article 86 impose à ses adhérents des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social et qui entravent ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent dans l'exercice de son droit d'auteur."

de ne pas apporter la gestion de l'une des sept catégories de droits identifiées par cette décision ou, pour la seconde, de formes d'exploitation non limitativement énumérées.

114. En outre, dans un accord conclu avec la SACEM, la Commission avait, à l'époque, considéré que les auteurs ressortissants de la Communauté européenne devaient avoir la possibilité de ne pas apporter l'une des sept catégories de droits visées, sous réserve que, dans un souci de protection des auteurs à l'égard des exploitants, qu'ils la confient cette catégorie à une autre société de gestion collective. Cette solution s'est appliquée, concernant la SACEM, jusqu'en 2000.

115. La Commission Européenne a alors considéré que la clause statutaire de la SACEM était trop absolue. Les statuts de la SACEM ont donc été modifiés en 2000 pour retirer l'obligation de confier les droits à une autre SPRD, sous réserve qu'une demande motivée soit adressée au conseil d'administration de la SACEM et que celui-ci donne son accord. Ce compromis apparaît acceptable, dans la mesure où il concilie l'aspiration de certains auteurs à gérer individuellement certains droits et la nécessité de permettre aux SPRD, conformément aux principes dégagés dans l'arrêt BRT/SABAM, de fonctionner de manière satisfaisante au profit des ayants droit.

116. La Commission Européenne, statuant sur la plainte d'ayants droit qui revendiquaient la faculté de gérer individuellement certains droits, plainte qui a été rejetée après la modification des statuts de la SACEM, a justifié qu'un retrait de droits d'un sociétaire ne puisse intervenir que sur décision motivée du conseil d'administration de cette dernière par l' *"importance pour la SACEM de suivre l'évolution quantitative de la gestion individuelle afin de s'assurer que les équilibres généraux garantissant le bon fonctionnement de la gestion collective ne soient pas compromis"*.

117. En effet, les sociétés d'auteurs considèrent qu'il est fondamental que, par le jeu des retraits d'apports, les SPRD ne voient pas leur répertoire amputé des droits dont la gestion est la plus aisée pour ne se voir confier que les droits dont la gestion est plus complexe et plus onéreuse. A défaut, l'action des SPRD se trouverait affaiblie et leur coût de gestion augmenterait, au détriment des auteurs qui ne veulent, ou ne peuvent, pas assurer eux-mêmes la gestion de certains de leurs droits. Les SPRD doivent rester un outil au service de tous les ayants droit, y compris les plus petits. Cette perspective ne doit pas être perdue de vue dans le cadre d'une redéfinition éventuelle des "catégories GEMA", fixées il y a maintenant plus de 30 ans, que certains appellent de leur vœu pour répondre, notamment, aux nouvelles formes d'exploitation des œuvres sur Internet.

Il convient notamment de ne pas partir de l'*a priori* selon lequel il y aurait lieu de faire de l'exploitation sur Internet une catégorie à part, tant sont différentes les unes des autres les très diverses exploitations dont Internet est le vecteur, plutôt que de rattacher les différentes modalités d'exploitation sur Internet aux catégories existantes, de façon à ce que ces catégories recouvrent mieux la réalité actuelle.

118. Les relations avec les utilisateurs. Les questions soulevées par le droit de la concurrence concernent la question des tarifs. Les SPRD sont en position dominante car elles constituent des intermédiaires indispensables pour que les utilisateurs (chaînes de

radio, de télévision, groupes de communication, producteurs, syndicats de discothèques, etc.) accèdent à leur répertoire.⁽²⁸⁾

119. S'agissant du contrôle des tarifs pratiqués, les arrêts de la CJCE de 1989 peuvent créer des déséquilibres en décidant que le fait, pour une société de gestion collective en position dominante, d'imposer à des usagers des redevances sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres États membres peut constituer un indice d'abus de position dominante dans la mesure où la comparaison des tarifs a été effectuée sur des bases homogènes (indice qui, s'il existe, peut être détruit si la société en cause peut justifier la différence de tarifs par des divergences objectives et pertinentes entre la situation de l'Etat membre concerné et celle prévalant dans les autres Etats membres - CJCE 13 juillet 1989 – 110/88, 241/88 et 242/88). Néanmoins, les rémunérations pratiquées dans les autres Etats de l'Union européenne doivent s'apprécier dans leur contexte national et leur prise en compte s'inscrire dans l'ensemble des critères pertinents pour apprécier l'existence d'un rapport raisonnable entre la prestation fournie et le prix demandé.

120. La question des tarifs, dans la perspective de l'application du droit de la concurrence, est renouvelée avec l'avènement de l'Internet et, de façon générale, de nouveaux médias dont l'exploitation se fait à l'échelle internationale. Ce phénomène constitue en effet une incitation forte à ce que les sociétés de gestion rapprochent leurs tarifications. Une telle ambition, dans le cadre du droit de la concurrence, n'est pas sans écueil.

121. On peut concevoir :

1) un rapprochement spontané entre sociétés de gestion en matière de tarifs. Cette pratique, néanmoins, risque de les faire accuser d'une entente ou pratique concertée tombant sous le coup de l'article 81 paragraphe 1 du Traité de Rome (sous réserve d'une éventuelle exonération au titre du paragraphe 3 du même article).

2) un accord international entre sociétés de gestion et exploitants sur le principe retenu en matière phonographique dans le cadre du contrat BIEM – IFPI. Il est intéressant de relever, de ce point de vue, que les statuts du BIEM (Bureau International des Sociétés gérant les droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique), structure regroupant toutes les sociétés d'auteurs de gestion du Droit de Reproduction Mécanique dans la perspective de négocier les tarifs avec l'industrie du disque, ont été expressément approuvés par la Commission Européenne qui a estimé qu'il n'y avait « *aucun motif pour la Commission d'intervenir en vertu des dispositions de l'article 81 paragraphe 1 à l'égard de l'accord notifié, car cet accord ne restreint pas sensiblement la concurrence au sens de cet article* » (décision COMP/36.941, notification des statuts du BIEM).

3) une option en faveur du tarif du pays de destination, chaque société de gestion délivrant une licence multi-territoriale accordant son autorisation, pour chaque territoire concerné, sur la base du tarif appliqué par la société sœur gérant les droits sur ce

⁽²⁸⁾ cf. Dénonciation de l'accord BIEM/IFPI par les producteurs de phonogrammes en juin 2000, plainte déposée par la société *Universal* devant la Commission européenne.

territoire. Une telle option a été choisie par les sociétés de gestion des droits des producteurs phonographiques dans l'accord *simulcasting* et par les sociétés d'auteurs de droit mécanique, pour les seules diffusions à la demande, dans le cadre des accords de Barcelone. Il convient toutefois de faire observer que cette option peut comporter des difficultés d'applications pratiques (connaissance effective des tarifs sur tous les pays de destination, connaissance de l'utilisation effective du répertoire sur ces pays, application de tarifs éventuellement très différents les uns par rapport aux autres, prise en compte de situations marginales...). A ce titre, les sociétés d'auteurs ont indiqué que le caractère très sérieux de ces difficultés et la lourdeur de gestion qui en résulte les ont conduit légitimement à ne pas appliquer ce principe ou à n'en faire qu'une application partielle, par exemple en limitant l'application à la diffusion à la demande.

La gestion individuelle.

122. La gestion individuelle des droits est très répandue dans les secteurs de l'édition littéraire, de la production cinématographique et audiovisuelle et de la production phonographique. Elle est à la base de la dynamique économique de ces secteurs. Toutefois, le secteur de l'édition phonographique utilise également de manière significative la gestion collective, soit en raison de dispositions législatives l'y obligeant, soit de manière volontaire, parce qu'elle répond à une demande des utilisateurs ou qu'elle permet une meilleure efficacité économique

123. D'une manière générale, à l'instar des producteurs audiovisuels, les producteurs de phonogrammes sont très attachés à l'exercice individuel de leurs droits exclusifs et considèrent que la gestion collective de ces droits patrimoniaux ne peut s'exercer que sur un mode purement volontaire.

124. La gestion individuelle est particulièrement utilisée dans les activités commerciales traditionnelles (vente de supports) ou dans les nouvelles (commerce électronique) ou pour les licences d'utilisation à forte valeur ajoutée.

125. Sous réserve des difficultés évoquées au §§ 97-100 ci-dessus, le mode de gestion individuelle des droits, n'a pas rencontré de difficultés particulières, notamment au regard du droit de la concurrence. Elle implique en effet, comme tout mode de gestion, une attention très forte au respect du droit de la concurrence, en particulier pour éviter tout risque de pratiques discriminatoires, de refus d'exploitation injustifié, etc.

126. Pour avoir une offre attractive, l'exploitation de services musicaux ou audiovisuels en ligne suppose l'accès au répertoire le plus large. Pour ces raisons, l'ensemble des parties concernées, détenteurs de droits comme exploitants de services en ligne, s'accordent sur le fait qu'il est souhaitable que les difficultés évoquées soient surmontées dans les meilleurs délais.

127. Les cessions exclusives des droits d'auteur aux éditeurs qui pourraient en principe soulever des questions du point de vue du droit de la concurrence, apparaissent fortement encadrées par le droit de la propriété littéraire et artistique, aussi bien quant aux droits patrimoniaux qu'aux droits moraux. Le droit de la propriété littéraire et artistique semble, en ce qui concerne le domaine de la gestion directe des droits, grâce

aux certains mécanismes de régulation (abus de droit moral, exploitation permanente et suivie,...) susceptible de garantir un équilibre satisfaisant et contribuer à atteindre par lui-même des objectifs partagés avec le droit de la concurrence.⁽²⁹⁾

128. Il est à relever que, dans le domaine des arts visuels, les ayants droit ne pratiquent la gestion individuelle que sur le territoire français et sont, pour la gestion de leurs droits à l'étranger, membres des sociétés d'auteurs des pays correspondants.

Le Rapport a été adopté le 12 février 2004 à l'unanimité de la *Commission droit de la propriété littéraire et droit de la concurrence*

Louis Vogel, Président
Pierre Sirinelli, Président
Philippe Chantepie, Rapporteur

⁽²⁹⁾ Toutefois, certains équilibres internes au droit de propriété littéraire et artistique sont susceptibles d'être modifiées en ce qui concerne l'intérêt des consommateurs, avec l'implantation de systèmes de protection technique susceptible d'interdire des actes autorisés, en particulier l'exception de courte citation.