

AVIS N° 2004-2 relatif à la propriété littéraire et au droit de la concurrence

Saisi par le ministre de la culture et de la communication de la question de l'incidence du droit de la concurrence sur le droit de la propriété littéraire et artistique, en particulier dans l'environnement numérique, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a adopté, lors de sa séance du 2 mars 2004, l'avis suivant.

1. Les droits de propriété littéraire et artistique (droits d'auteur et droits voisins), reconnus par de nombreuses conventions internationales, sont par essence des droits exclusifs. Ces monopoles légaux répondent, entre autres, à un objectif social de stimulation de la création et d'enrichissement du patrimoine commun. Le droit de la propriété littéraire et artistique opère par lui-même une régulation de ces droits dans le respect du bien commun. L'objectif du droit de la concurrence consiste à assurer l'efficacité économique en garantissant la liberté de choix du consommateur.

2. Le droit de la concurrence ne s'oppose pas, par principe, au droit de la propriété littéraire et artistique et son application peut jouer un rôle utile en faveur du pluralisme ou de la diversité culturelle. Les relations entre ces deux corpus juridiques ne sont donc pas nécessairement conflictuelles, d'autant qu'ils partagent un même objectif : favoriser l'innovation et la création. La jurisprudence, sur le fondement du traité de la communauté européenne, les articule en distinguant d'une part l'existence des droits de propriété littéraire et artistique, que l'application du droit de la concurrence ne saurait affecter, et, d'autre part, les conditions de l'exercice des droits de propriété littéraire et artistique que le droit de la concurrence peut réglementer. De plus, la jurisprudence admet que l'existence de droits exclusifs n'est pas en soi anticoncurrentielle et qu'il y a lieu seulement d'apprécier si les modalités fixées pour l'exercice de ces droits n'ont pas pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Elle considère aussi que le refus de licence non discriminatoire est, en soi, licite.

3. L'application du droit de la concurrence aux champs d'activités économiques relevant des seules prérogatives patrimoniales des droits de propriété littéraire et artistique peut conduire à une régulation de ces secteurs complémentaire de celle résultant de la seule application du droit de la propriété littéraire et artistique. C'est notamment le cas lorsque les titulaires de droits, qui disposent d'un monopole juridique, sont amenés à exercer ces droits dans des conditions qui caractérisent un abus de position dominante ou une entente illicite. Il convient donc de rechercher un point d'équilibre entre ces deux corpus juridiques, de manière générale ainsi que sur les questions plus particulièrement liées au développement de l'environnement numérique.

1. La recherche d'un point d'équilibre général entre les deux droits.

4. L'application des concepts économiques traditionnels, comme notamment la substituabilité ou le prix, aux droits incorporels de propriété littéraire et artistique conçus pour les œuvres de l'esprit ou autres objets protégés, apparaît dans un certain nombre de cas malaisée ou inadaptée. Notamment, l'application du droit de la concurrence aux "créations utilitaires", voire à la

propriété industrielle, est susceptible de faire prévaloir, à des fins d'efficacité des marchés, des analyses et des solutions qui pourraient avoir pour effet de réduire le champ d'exercice du droit exclusif, sans considération des effets induits à la protection de l'ensemble des œuvres de l'esprit ou objets protégés.

5. Plus fondamentalement, l'application du droit de la concurrence, en particulier si elle s'appuie sur la théorie des « facilités essentielles », pourrait impliquer l'obligation pour le titulaire de droit de mettre à la disposition de tiers son droit exclusif, si cela est considéré comme indispensable, au sens de la jurisprudence Magill, alors même que le droit exclusif confère, par définition, un monopole d'exploitation.

Dans cette hypothèse, même si un motif d'intérêt général fonde le droit de la concurrence, l'application de la théorie des "facilités essentielles" entre en contradiction avec l'objectif d'intérêt général de promotion de la création et de l'innovation qui fonde le droit de la propriété littéraire et artistique et que poursuit également le droit de la concurrence. Cette spécificité du droit de propriété littéraire et artistique explique sans doute le refus des autorités américaines de la concurrence d'appliquer la théorie des "facilités essentielles" au copyright.

Cette contradiction serait d'autant plus flagrante que le recours à la théorie dite des « facilités essentielles » ouvrirait la possibilité de faire renoncer un titulaire d'un droit de propriété littéraire et artistique à l'avantage que lui procure ledit droit au bénéfice d'une concurrence directe sur un même marché d'exploitation.

De pareilles interventions du droit de la concurrence devraient en conséquence être limitées à la démonstration de « circonstances exceptionnelles », au-delà desquelles la systématisation d'une telle approche aurait pour effet un changement de paradigme de la propriété littéraire et artistique et conduirait à dénaturer le droit exclusif au profit d'un simple droit à rémunération.

2. La gestion collective et la gestion individuelle des droits

6. Pour la gestion collective, les questions soulevées par l'application du droit de la concurrence portent principalement sur l'organisation du marché de perception et de répartition des droits. Pour la gestion individuelle, ces questions sont centrées sur les conditions d'accès aux droits.

7. - En ce qui concerne la gestion collective. L'exercice d'une activité d'intermédiaire entre les auteurs ou autres titulaires de droits et les utilisateurs par une gestion centralisée des droits sur le marché de la perception et de la répartition des droits, s'effectue couramment sous la forme de monopole de droit ou de fait qui n'implique pas, par elle-même, des situations d'abus de position dominante. L'organisation sous forme de monopole peut se justifier par l'analyse économique relative aux "monopoles naturels", la nécessité de rendre plus équilibrées les puissances de marché dans la négociation des droits entre titulaires et exploitants, mais aussi la facilité d'accès au répertoire offerte aux utilisateurs.

8. Cependant, la pluralité de sociétés de gestion collective est possible et peut s'avérer souhaitable en termes d'efficacité de gestion et favorable aux intérêts économiques des titulaires de droits. Mais elle peut induire des surcoûts de gestion par juxtaposition de postes de coûts parallèles (personnel, charges structurelles et fonctionnelles) notamment quant au réseau de perception, un risque d'éclatement des barèmes de rémunération, l'obligation, pour les usagers, de négociations et d'autorisations multiples, ou encore la fragilisation d'accords généraux avec certaines catégories d'utilisateurs.

L'application du droit de la concurrence à l'organisation de la gestion collective porte principalement sur les éléments suivants.

9. – Le régime des apports. La CJCE a indiqué que la sauvegarde efficace des droits et intérêts dont une société de gestion collective de droits d'auteur a la charge, suppose qu'elle jouisse d'une position fondée sur une cession en sa faveur, par les associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requises. Un abus de position dominante ne peut être caractérisé dès lors que les pratiques en cause ne dépassent pas les limites de ce qui est indispensable à la sauvegarde des droits et intérêts dont la société a la charge.

L'exclusivité des apports (cessions ou mandats) à la société de gestion collective apparaît à ce titre comme un élément essentiel à la négociation des rémunérations à l'égard des utilisateurs des droits.

Enfin, le développement des réseaux numériques pourrait conduire la Commission européenne à vouloir redéfinir les catégories de droits dont, en 1971, elle a permis aux membres des sociétés de gestion collective de conserver la gestion individuelle.

10. – Les niveaux de rémunération. L'exploitation sur l'Internet, qui s'effectue à l'échelle internationale, relance la perspective d'application du droit de la concurrence aux fins d'inciter au rapprochement des tarifs de rémunération des sociétés de gestion, au risque de provoquer une diminution des rémunérations. La jurisprudence communautaire a en effet décidé 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, sauf pour la société à justifier cette différence par l'existence de divergences objectives et pertinentes entre la situation de l'État membre concerné et celles prévalant dans les autres États membres.

11. - En ce qui concerne la gestion individuelle. Ce mode de gestion, à la base de la dynamique économique des secteurs d'édition ou de production, n'a pas rencontré à ce jour de difficultés particulières au regard du droit de la concurrence.

La gestion individuelle implique en effet une attention très forte au respect du droit de la concurrence, en particulier pour éviter tout risque de pratiques discriminatoires ou de refus d'exploitation injustifié.

3. Les questions plus particulièrement liées aux réseaux numériques

3.1. Le marché de la musique en ligne

12. Ce marché, fondé aussi bien sur la gestion collective que sur la gestion individuelle des droits, suscite des tensions entre les utilisateurs (plates-formes de distribution dont les éditeurs de services en ligne) et les titulaires de droits selon les modes de gestion, comme cela est normal dans le cadre d'un marché émergent.

13. Certes, la gestion collective des auteurs et les accords de réciprocité entre sociétés de gestion collective de droits d'auteurs présentent un intérêt réel pour les utilisateurs, en dépit du temps nécessaire à la première négociation des droits ou de l'absence d'accord avec certains utilisateurs.

De même, la gestion individuelle, à laquelle sont attachés les producteurs de phonogrammes pour négocier librement les conditions de délivrance des autorisations, ainsi que les rémunérations correspondant à l'exploitation de phonogrammes en ligne, n'ont pas empêché un accès par le public à un large répertoire discographique en provenance tant des "majors" que des producteurs indépendants mais au travers d'offres diverses.

14. Cependant, certains répertoires restent difficilement accessibles, en raison soit de

l'absence d'accords de certains artistes sur la mise en ligne de leurs interprétations, soit de la persistance de désaccords sur les modalités de commercialisation ayant plusieurs motifs : types de relations contractuelles (licence ou distribution), utilisation de plateformes propriétaires, systèmes de reddition de comptes, qualité d'encodage, utilisation de codecs différents, service après-vente, 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.

3.2. La gestion collective internationale des droits sur les réseaux numériques

15. La CJCE a affirmé, pour ce qui concerne les modes traditionnels d'exploitation des œuvres, que ne constituent pas une entente prohibée par l'article 81 § 1 du Traité CE, les accords de réciprocité par lesquels les sociétés de gestion donnent mandat à leurs homologues étrangères de les représenter, de manière non exclusive, sur leur territoire d'exercice, mettant ainsi à disposition des utilisateurs, pour ledit territoire, le répertoire mondial protégé.

L'exploitation des droits numériques sur les réseaux appelle une adaptation des modes d'organisation de la gestion collective internationale. En effet, cette exploitation n'est plus limitée à un (ou plusieurs) territoire donné mais a vocation à s'étendre sur l'ensemble du territoire mondial.

En conséquence les sociétés d'auteurs et les sociétés de gestion des droits de producteurs de phonogrammes ont entrepris d'adapter leurs accords de réciprocité afin que chaque société de gestion collective soit à même de délivrer aux exploitants l'autorisation d'étendue multiterritoriale – et non plus limitée au seul territoire d'exercice de la société qui délivre l'autorisation – qui leur est éventuellement nécessaire.

16. A cette occasion, la Commission européenne – au motif discutable que la gestion des droits dans l'environnement en ligne pourrait, à la différence de l'environnement hors ligne, s'effectuer à distance – a souhaité mettre fin dans une décision dite simulcasting au principe d'exclusivité territoriale inscrit dans les accords de réciprocité entre sociétés de gestion des droits des producteurs de phonogrammes et permettre aux exploitants de sites situés sur le territoire de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen de s'adresser à la société de gestion collective de leur choix, située sur ledit territoire, pour obtenir les autorisations qui leur sont nécessaires.

La Commission a aussi voulu que soient isolés, dans le seul accord de réciprocité, les services spécifiquement rendus aux utilisateurs et invité les sociétés de gestion à déployer une concurrence sur le coût desdits services. Bien que les sociétés signataires de l'accord dit simulcasting aient contesté l'analyse économique effectuée par la Commission consistant à établir un lien entre les rémunérations pratiquées par lesdites sociétés et le niveau de leur coût de gestion, elles ont accepté de mettre en œuvre la décision de la Commission dans la mesure où celle-ci restait sans effet sur leurs tarifs nationaux et était d'une portée limitée sur leur fonctionnement.

17. La Commission pourrait avoir la même approche à l'égard des accords de réciprocité entre sociétés d'auteurs qui lui ont été notifiés, lesquels prévoient que l'autorisation ne peut être délivrée à un exploitant de site que par une société d'auteurs située sur le territoire où ce dernier a sa résidence économique.

La « clause de résidence économique » vise à assurer une proximité géographique, juridique et culturelle entre la société de gestion collective et le bénéficiaire de l'autorisation. Le maintien de « la clause de résidence économique » apparaît essentiel aux sociétés de gestion collective car la faculté qui pourrait être accordée aux utilisateurs de s'adresser à la société d'auteurs de leur choix dans n'importe quel pays

peut provoquer une baisse de la rémunération des titulaires de droits par une mise en concurrence directe des sociétés de gestion collective sur les rémunérations pratiquées.

En outre, la suppression de cette clause pourrait rendre particulièrement complexe pour les utilisateurs des droits et pour les sociétés de gestion collective la négociation des autorisations, conduisant à un renchérissement des coûts de transaction à travers des négociations multiples et successives avec les diverses sociétés de gestion collective. Enfin, cette solution serait susceptible de créer des difficultés liées à l'exécution des contrats qui suppose notamment des contrôles sur place.

4. Préconisations

4.1. Sur les relations générales entre les deux droits

18. Une application adéquate du droit de la concurrence aux droits de propriété littéraire et artistique suppose que soient dûment prises en compte, tant dans l'application des articles 81 §1 et 82 du Traité CE que pour l'octroi d'une exemption sur la base de l'article 81 §3, les spécificités desdits droits ainsi que des œuvres de l'esprit et des objets qu'ils protègent. Il est souhaitable à cet égard que la dimension culturelle, les enjeux économiques, les équilibres entre l'intérêt des titulaires de droits, des exploitants et du public soient complètement et précisément pris en compte.

19. L'application de la théorie des "facilités essentielles", dans la mesure où elle est de nature à permettre d'imposer à un titulaire de droits de propriété littéraire et artistique d'autoriser l'utilisation d'une œuvre ou d'un objet protégé, notamment par un concurrent sur le même marché, doit être limitée à la démonstration de "circonstances exceptionnelles", comme la jurisprudence l'a d'ailleurs exigé jusqu'ici.

Le Conseil supérieur recommande en outre que la réflexion soit poursuivie sur l'utilité d'une distinction, quant au champ d'application de la théorie des « facilités essentielles », entre « objets utilitaires » et autres œuvres de l'esprit.

4.2. Sur la gestion collective

20. Le Conseil supérieur :

- en ce qui concerne les accords de réciprocité entre sociétés de gestion collective en général, souligne que les frais de gestion exposés par lesdites sociétés sont assumés par leurs ayants droit qui sont les seuls destinataires des services qu'elles rendent ;

- en ce qui concerne les accords de réciprocité des sociétés de gestion collective des producteurs de phonogrammes, manifeste sa préoccupation que la concurrence entre sociétés de gestion, acceptée par les signataires de l'accord dit simulcasting et portant sur les frais d'administration de ces sociétés de gestion pour les services rendus spécifiquement par elles aux utilisateurs dans le cadre de cet accord, n'entraîne une baisse des rémunérations nationales des titulaires de droit ;

- en ce qui concerne les accords de réciprocité entre sociétés d'auteurs, est d'avis que l'environnement numérique ne justifie pas par lui-même une mise en concurrence desdites sociétés et que la proximité des utilisateurs et des donneurs de licence n'est pas moins pertinente dans l'environnement numérique que pour d'autres formes d'exploitation, d'autant que l'exploitation sur l'Internet est très diversifiée et qu'elle concerne un nombre considérable d'utilisateurs des droits sur l'ensemble des territoires.

21. Deux perspectives pourraient être explorées afin de favoriser une harmonisation des rémunérations gérées collectivement au plan international dans le domaine des réseaux numériques :

- un accord international entre sociétés de gestion et exploitants;
- l'application du tarif du pays de destination, au cas par cas, selon les modes d'exploitation, chaque société de gestion délivrant une licence multi-territoriale, pour chaque territoire concerné, sur la base du tarif appliqué par la société sœur gérant les droits sur ce territoire, sans négliger les réelles difficultés pratiques qu'une telle option peut engendrer quant à la gestion des droits.

22. La gestion individuelle de certains de leurs droits, lorsque ceux-ci sont habituellement exercés collectivement par des associés des sociétés de gestion collective, est de nature à affaiblir la protection générale des ayants droit et à rendre difficile les négociations avec les exploitants auxquels seraient proposés des répertoires incomplets ou incertains.

Cette perspective ne doit pas être perdue de vue dans le cadre d'une redéfinition éventuelle des "catégories GEMA" fixées en 1971 par la Commission européenne, notamment dans l'optique des formes d'exploitation qui accompagnent le développement des réseaux numériques.

Toute réflexion sur le sujet doit notamment prendre en compte, notamment, le besoin des sociétés de gestion collective, dans un contexte de constante évolution technique, d'une stabilité des qualifications juridiques qu'elles mettent contractuellement en œuvre, par la recherche d'un rattachement dans leurs statuts des différentes modalités d'exploitation sur Internet aux "catégories GEMA" existantes.

4.3. Sur le marché de la musique en ligne

23. Le Conseil supérieur prend acte de ce que toutes les parties prenantes entendent réduire les tensions existantes aux fins de favoriser le développement des plates-formes de distribution de musique en ligne. Il souligne l'importance de l'accès du grand public aux nouveaux services numériques sur une base non discriminatoire et d'une large ouverture à cet effet des catalogues des producteurs de phonogrammes.