Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère
Culture
Communication

CONSEIL SUPERIEUR DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

MISSION VENTES PASSIVES

- Rapport -

Pierre SIRINELLI, professeur à l'Université Paris 1, *Président*
Sarah DORMONT, Maître de Conférences à l'Université Paris-Est Créteil, *Rapporteur*

Juin 2019

Le présent rapport, fruit de nombreuses auditions, n'engage que ses auteurs.

SOMMAIRE

SYNTHÈSE **5**

INTRODUCTION **9**

1. Les ventes passives et l'audiovisuel : les données du problème **11**

2. Les problèmes causés par la transposition de la théorie des ventes passives à la distribution des œuvres audiovisuelles **22**

3. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit de la concurrence **29**

4. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit d'auteur **35**

5. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle pourraient bouleverser l'économie du marché de l'audiovisuel **46**

6. Quelques propositions relatives à la mise en œuvre des ventes passives dans le secteur de l'audiovisuel européen ..... Erreur ! Signet non défini.

SYNTHÈSE

La théorie des ventes passives est à l'origine un instrument correcteur utilisé dans le but d'éviter la création d'exclusivités territoriales absolues sur le marché de vente de biens matériels au sein de l'Union européenne : les accords verticaux qui lient les fournisseurs à leurs distributeurs et organisent la vente de biens suivant des exclusivités territoriales ne peuvent bénéficier du Règlement européen d'exemption (exemption par catégorie) que s'ils laissent place à la possibilité de ventes passives, c'est-à-dire s'ils permettent la conclusion de ventes entre un distributeur et un client final, à l'initiative du client (sans démarchage du distributeur). L'alternative consiste à démontrer que les restrictions verticales envisagées produisent des effets bénéfiques qui compensent leurs effets anticoncurrentiels (exemption individuelle, art. 101, §3 TFUE).

Présentée comme une application du droit de la concurrence, l'admission des ventes passives s'inscrit donc en réalité dans la poursuite d'un marché unique. La vente passive force et brise l'exclusivité territoriale instaurée mais cet effet est regardé comme admissible car les demandes spontanées sont censées rester marginales et ne produire que peu d'effets sur le marché en cause (logique de minimis*). Ce, d'autant plus que la théorie de la vente passive ne va pas jusqu'à contraindre un distributeur de fournir à un consommateur le produit recherché. La théorie des ventes passives empêche le fournisseur d'interdire au distributeur de répondre à une vente passive.*

L'application de la théorie des ventes passives à la distribution numérique d'œuvres audiovisuelles – et notamment cinématographiques – telle qu'envisagée dans le cadre de l'affaire Sky montre que la transposition du monde physique à l'univers immatériel n'est, pour plusieurs raisons, pas heureuse.

Tout d'abord, parce qu'il n'est pas certain que la désignation de la notion – « ventes passives » – recouvre parfaitement les hypothèses de distribution audiovisuelle numérique. Outre le fait que la notion de « vente » paraît totalement inappropriée pour la désignation de l'opération juridique en cause dans le champ de l'audiovisuel, il y a lieu d'exprimer des doutes sur le caractère véritablement « passif » qui colorerait l'opération en question, en raison des facilités offertes par les réseaux numériques qui permettent une satisfaction, dématérialisée, immédiate. Soit parce qu'il est facile à un distributeur qui souhaiterait déborder sur les territoires d'autres cessionnaires exclusifs d'organiser un système souterrain mais très efficace de publicité sur son offre et donc de sollicitation de ces consommateurs. Soit parce que, même dans l'hypothèse d'une demande spontanée des consommateurs, les facilités virales offertes par réseaux sociaux ont pour conséquence d'entraîner des sollicitations bien au-delà du seuil de minimis *qui justifie l'admission de la théorie. La légitimité de la vente passive que l'on peut évoquer dans l'univers analogique est remise en cause dans l'univers numérique.*

Il y a lieu, ensuite, d'observer que les exclusivités contractuellement créées par les accords contestés n'ont pas, dans le champ audiovisuel, l'effet absolu qui existe dans l'univers de la vente de biens matériels comme des voitures ou des cosmétiques. Les exclusivités télévisées accordées ne sont, le plus souvent, que temporaires et sont elles-mêmes concurrencées puisque, avant même la diffusion à la télévision ou après celle-ci, les œuvres en question sont

proposées aux consommateurs sur d'autres vecteurs de distribution (VoD, SVoD…).

À supposer malgré tout qu'il puisse être affirmé qu'il n'y a pas d'artifice à appliquer cette théorie des ventes passives à un champ différent de celui dans lequel elle est née, il y a lieu d'observer que les effets de la mise en œuvre de cette théorie dans le domaine de l'audiovisuel seraient particulièrement peu heureux.

En premier lieu, parce que faire disparaître les exclusivités territoriales mettraient en cause toute l'organisation matérielle et économique sur laquelle repose le secteur de l'audiovisuel. La production d'œuvres cinématographiques, aujourd'hui, appelle la mobilisation de capitaux que les producteurs ne sont plus toujours en mesure de fournir seuls. Il est alors mis en œuvre un système de préventes auprès des distributeurs qui, en échange d'une exclusivité consentie dans leur mode d'exploitation et sur un territoire, préfinancent l'œuvre en amont. Sans le bénéfice d'une exclusivité qui leur permettra un retour sur investissement en aval, il y a lieu de douter que ces acteurs indispensables au secteur de l'audiovisuel consentent à prendre des risques nécessaires à la production de l'œuvre. C'est dire qu'une application sans nuance de la théorie des ventes passives serait destructrice de ce système qui existe depuis des décennies, de sorte que l'un des effets à craindre serait le détournement de ces acteurs de ce domaine ce qui aurait pour conséquence de tarir la production et donc l'offre qui est proposée aux consommateurs. Ce qui signifie que si ce dernier serait susceptible d'être regardé, dans un premier temps, comme bénéficiaire indirect de la théorie des ventes passives, il y a lieu d'observer que ce même consommateur en viendrait, à moyen terme, à souffrir des effets de tarissement ou de disparition qui viennent d'être exposés.

En deuxième lieu, il convient de remarquer que le distributeur, qui voudrait, au nom de cette théorie, répondre à la demande d'un consommateur situé sur un autre territoire, se placerait de lui-même dans une situation de contrefacteur puisqu'il rendrait l'œuvre disponible au public sur un territoire pour lequel il ne possède pas les droits.

Il ne pourrait en être autrement que si le distributeur acquérait les droits pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne. Ce qui conduit à constater, en troisième lieu, que ne subsisteraient que les distributeurs les plus puissants, pour la plupart issus d'Etats autres que ceux de l'Union. Ces géants viendraient progressivement se substituer à la myriade d'acteurs dont l'activité garantit, aujourd'hui, la diversité et la richesse culturelle de la production. Avec pour conséquence de voir une application du droit de la concurrence produire exactement un des effets anticoncurrentiels redouté et combattu !

De ce point de vue, il est indispensable d'observer que, sans doute en raison de ces diverses observations, les travaux normatifs européens, contemporains de l'application de cette théorie par la Commission, adoptent des solutions résolument orientées en sens contraire puisque les textes récemment élaborés prennent tous soin d'exclure le champ de l'audiovisuel du travail d'éviction des exclusivités territoriales. Il paraît délicat d'admettre que la pesée des avantages et des inconvénients des solutions réalisées par le législateur, en vue d'un équilibre équitable et producteur d'effets heureux, puisse être remis en cause immédiatement par d'autres institutions européennes. Il en va au moins d'une question de cohérence. Et cela d'autant plus que l'application de la théorie des ventes passives vient directement impacter le droit d'auteur dans ce qui fait son essence, son exclusivité. Or il y a lieu d'observer que le

droit d'auteur n'est pas simplement un droit de propriété mais aussi un droit à valeur constitutionnelle dans de nombreux Etats membres et un droit élevé par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au rang de droit fondamental.

C'est dire que l'application de cette théorie, à la distribution d'œuvres audiovisuelles, devrait être repensée. Soit au point d'être rejetée en raison des effets négatifs que le résultat de son application peut produire. Soit être appliquée avec davantage de prudence et en contemplation d'un certain nombre de paramètres.

Parmi ces derniers il faut mettre en avant :

- *La présence d'une offre sur le territoire du consommateur requérant, facteur défavorable à l'admission des ventes passives : les difficultés de simple commodité ne peuvent recevoir le même traitement que celles liées à une impossibilité totale d'avoir accès à une œuvre.*
- *L'étude des enjeux économiques et des effets potentiels. L'existence d'une analyse réelle, au sens de l'article 101, §3, sur la présence possible d'effets heureux au cloisonnement compensant ses effets anticoncurrentiels. La présence de ventes passives ne saurait être l'alpha et l'oméga de l'examen.*
- *L'utilité de « sanctuariser » pendant un certain temps l'exclusivité consentie.*

Si la théorie devait trouver à s'appliquer il serait peut-être opportun d'envisager la mise en place de plateformes, au niveau européen, qui faciliterait les demandes de licences de la part de consommateurs directement auprès des producteurs et non des distributeurs.

INTRODUCTION

1. ***Modus operandi***. Le présent rapport est le résultat du travail conduit par Pierre Sirinelli (président) et Sarah Dormont (rapporteur), pendant plus d'une année (janvier 2018 – juin 2019) dans le cadre du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA). L'objet de ce rapport a été fixé par la lettre de mission du président du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Monsieur Pierre-François Racine, en date du 8 janvier 2018.

2. L'objet de la mission était le suivant : « *lister les processus existants au niveau européen (textes en préparation, consultations menées, procédures en cours,…) dans lesquels l'application du concept de "ventes passives" est évoquée, de vérifier la pertinence de l'application dans l'univers numérique d'une notion apparue et appliquée dans un univers physique, puis d'examiner la justification des restrictions contractuelles territoriales au regard des spécificités de la mise à disposition des œuvres audiovisuelles en ligne, de leur mode territorial de financement et d'exploitation, ainsi que leur compatibilité avec les règles existantes, en particulier le droit d'auteur, et l'incidence des textes européens en préparation. Enfin, il s'agira si besoin est, de formuler des propositions que les autorités françaises pourraient porter au niveau européen dans le cadre des négociations sur ces textes, des concertations et des procédures en cours* ».

La mission a procédé pendant cette année à diverses auditions de professionnels français comme étrangers (issus aussi bien de pays membres de l'Union européenne que d'autres États) ainsi que d'universitaires (juristes ou économistes) ou encore d'institutions (comme par exemple la Commission européenne) dont la liste est fournie en annexe. Le rapport présenté en réunion plénière le 3 juin 2019 est le résultat de ces différentes auditions sans qu'il soit naturellement possible d'attribuer à l'une des personnes entendues la responsabilité de sa teneur.

3. **Contexte.** Si l'un des événements qui a provoqué la mise en place de cette mission était sans doute l'affaire *Sky* qui a vu la Commission européenne reprocher à certains producteurs d'œuvres audiovisuelles le fait d'imposer à la chaîne de télévision britannique l'obligation de respecter une exclusivité territoriale absolue, empêchant cette dernière de distribuer les œuvres concernées sur des territoires autres que ceux pour lesquels elle avait obtenu l'autorisation, il est impossible de considérer que ce rapport a pour objet d'apprécier le bien-fondé des griefs ainsi formulés par les autorités européennes.

4. Cette affaire a constitué, en réalité, l'occasion d'apprécier, de façon plus générale, la pertinence de l'application de la théorie dite des « ventes passives » – qui en est le fondement juridique – à la distribution d'œuvres audiovisuelles. Par voie de conséquence, s'il sera fait en certaines occasions référence à ce dossier, ce ne sera qu'à titre d'illustration éventuelle de certains aspects ou de certaines conséquences de la mise en œuvre de cette théorie dans ce champ professionnel.

5. Il n'est donc pas possible de lire ce rapport comme pouvant conduire à une approbation ou une critique de la démarche entreprise par la Commission européenne (et de son issue) à propos d'une affaire précise dont le dénouement peut dépendre de considérations particulières. Pour les mêmes raisons, le présent travail ne peut être regardé comme un commentaire de l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance de l'Union européenne, le 12 décembre 2018[1], à

[1] Tribunal de l'Union européenne, 12 décembre 2018, aff. T-873/16, *Groupe Canal Plus c. Commission européenne.*

l'occasion de la même affaire. En tout état de cause, les autorités européennes raisonnent de manière très circonstanciée, notamment quand est en cause la question des ventes passives : il ne s'agit pas d'interdire toute organisation du marché mais de sanctionner les restrictions qui vont « au-delà » de ce qui est nécessaire pour organiser un marché. Dans cette perspective, pour chaque contentieux, un certain nombre de facteurs sont pris en compte par les autorités de la concurrence, qui sont propres au marché examiné, ce qui explique que les solutions soient, en la matière, assez imprédictibles[2]. Il y a donc, de manière inhérente au raisonnement concurrentiel, une imprévisibilité des solutions et il n'est pas possible d'établir, dans l'absolu, la position des autorités en charge de la concurrence, sur une situation abstraite.

6. Les membres de cette Mission ont voulu adopter dans ce rapport une démarche plus générale d'appréciation de la pertinence de la mise en œuvre de la théorie des ventes passives au secteur audiovisuel[3] en en appréciant, d'une part, le bien-fondé théorique, notamment sur le plan juridique, et, d'autre part, les conséquences pratiques, sociales, économiques et juridiques.

7. **Plan.** La mise en œuvre des ventes passives au secteur de la distribution audiovisuelle, soulève une variété de questions qu'il est nécessaire d'analyser successivement.

- Tout d'abord, c'est le principe même de la transposition des ventes passives à la distribution audiovisuelle qui fait difficulté (2).
- Ensuite, il est nécessaire d'évaluer la cohérence de l'application des ventes passives dans le secteur audiovisuel au regard de la logique concurrentielle puisque c'est du droit de la concurrence que cette théorie est issue (3).
- Comme il s'agit ici de mettre en œuvre les ventes passives à un secteur dont les objets sont protégés par le droit d'auteur, il y a lieu également de s'interrogera sur les conséquences des ventes passives à l'égard du droit d'auteur (4).
- Enfin, il est nécessaire d'exposer les conséquences que l'application de la théorie des ventes passives pourrait avoir sur le marché de l'audiovisuel (5).
- Ces questions envisagées, il sera peut-être possible d'avancer un certain nombre de propositions visant à améliorer la mise en œuvre de la théorie des ventes passives pour le secteur concerné (6).
- Mais il reste évidemment indispensable, avant toute chose, de présenter la théorie des ventes passives et son application au secteur audiovisuel (1).

[2] Les conclusions pour un marché n'ont pas vocation à s'appliquer à un marché voisin, ce qui est très frustrant pour les acteurs du marché et notamment les titulaires de droits qui, dans certaines circonstances, vont se voir reprocher l'exercice d'un droit qui, dans d'autres circonstances, est légitime. Cette imprévisibilité est renforcée par le fait qu'il est malaisé de définir précisément ce que l'on entend par la formule « *au-delà de ce qui est nécessaire* ».
[3] V. pour l'application des ventes passives dans le secteur du livre, v. *l'addendum* p. 59.

1. Les ventes passives et l'audiovisuel : les données du problème

8. On exposera la notion de ventes passives en général (1. 1.) avant de présenter, en particulier, leur application au secteur audiovisuel et notamment l'affaire *Sky* (1. 2.).

1. 1. Où apparaissent les ventes passives dans le paysage normatif européen ?

9. Première définition et objectif des ventes passives. La notion de vente passive a été élaborée en droit de la concurrence dans le cadre des accords verticaux[4]. Pour en trouver une définition, il faut se reporter aux Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales[5] qui accompagnent le Règlement d'exemption de 2010[6] : « *par "ventes passives", on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients* »[7]. La vente passive est donc celle qui est conclue alors que le professionnel n'a pas démarché le client. La théorie des ventes passives vise à assouplir le fonctionnement des réseaux de distribution exclusive. Dans le cadre des accords de distribution exclusive, les différents distributeurs sont mutuellement tenus de respecter leurs exclusivités[8]. Autrement dit, un distributeur du réseau ne peut pas activement démarcher des clients qui relèvent, territorialement, d'un distributeur concurrent : les ventes actives en dehors des sphères d'exclusivité contractuellement définies sont interdites : c'est le principe même de la distribution exclusive, que ne remettent pas en cause les ventes passives. En revanche, selon cette théorie, la concurrence entre distributeurs peut provenir des clients : ces derniers peuvent eux-mêmes solliciter les distributeurs de leur choix, indépendamment de l'organisation de la distribution contractuellement prévue. **Les ventes passives hors réseau sont ainsi autorisées. Ou, du moins, les fournisseurs ne peuvent pas interdire à leurs distributeurs de satisfaire la demande spontanée provenant d'un client, quand bien même celui-ci se situerait en dehors de leur sphère d'exclusivité.**

L'absence d'interdiction des ventes passives constitue l'une des conditions pour qu'un accord vertical échappe à la qualification d'ententes prohibées au sens de l'article 101 du Traité sur le

---

[4] On trouve également une notion proche en droit international privé. Bien que les textes n'utilisent pas directement le même vocabulaire, en substance, le droit international privé et en particulier les textes européens distinguent le consommateur passif qui a conclu un contrat de consommation à l'issue d'une sollicitation du professionnel (corrélativement, la vente est alors active) du consommateur actif qui a de lui-même démarché le professionnel (la vente est passive). La distinction a des conséquences pour la mise en œuvre de la règle de conflit de protection : le règlement Rome I exige que l'on constate que le professionnel a « dirigé » son activité vers l'État membre du domicile du consommateur pour que la règle de protection puisse être mise en œuvre (Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, considérants 24 et 25 et article 6. 1. b)). En droit international privé, le consommateur passif – celui qui conclut une vente active – est donc mieux protégé que le consommateur actif – celui qui conclut une vente passive.

[5] Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* C 130, 19 mai 2010, pp. 1-46 (ci-après « lignes directrices »).

[6] Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après « Règlement d'exemption » ou « Règlement »).

[7] Point 51 des Lignes directrices.

[8] Ces exclusivités pouvant être territoriales ou liées à une certaine clientèle, par exemple, ou encore à des catégories de produits. Dans le cadre de la distribution des œuvres audiovisuelles, les exclusivités sont territoriales : chaque distributeur d'une œuvre audiovisuelle bénéficie d'une exclusivité de distribution pour une zone géographique contractuellement définie, qui correspond en général à un ou plusieurs États. On parle souvent de *diffuseurs* ou *télédiffuseurs* pour désigner les distributeurs d'œuvres audiovisuelles. Par la suite, on utilisera indifféremment ces termes.

fonctionnement de l'Union européenne[9]. Il existe, par construction, une tension entre la satisfaction de la demande spontanée du consommateur et le respect de l'exclusivité des différents distributeurs. L'arrêt *Consten et Grundig* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)[10] constitue la première décision qui met en œuvre la logique de la vente passive, même si le terme n'est pas explicitement utilisé. La théorie a d'abord été appliquée à des marchés de biens matériels, comme la distribution de véhicules automobiles ou de produits cosmétiques. Récemment, l'émergence du numérique a redonné de la vigueur à la théorie[11]. Pour bien en comprendre la logique et s'interroger sur la pertinence de sa transposition au secteur audiovisuel, il est nécessaire de revenir sur le cadre général dans lequel les ventes passives s'inscrivent.

10. Accords verticaux. Il est très courant que, sur un marché donné, un fournisseur cherche à coordonner l'activité de ses distributeurs afin d'améliorer la distribution des produits. En pratique, les fournisseurs exigent contractuellement de leurs distributeurs certaines conditions pour la mise en vente des produits qui sont autant de coûts : formation des vendeurs, modalités de présentation et de valorisation des produits, informations données au consommateur, etc. En contrepartie, le fournisseur garantit à ses distributeurs l'exclusivité pour la distribution des produits sur un territoire ou, autre exemple, pour une clientèle. Corrélativement, le fournisseur impose à ses distributeurs de respecter l'exclusivité des autres distributeurs, sur leurs territoires respectifs ou au regard des clientèles définies. Il s'agit donc d'un partage du marché[12] qui repose sur des obligations contractuelles réciproques et, en principe, mutuellement avantageuses.

[9] Ci-après « TFUE ».
[10] CJCE, 13 juillet 1966, aff. jtes 56 et 58-64, *Consten et Grundig c. Commission, Rec.* 1966, p. 429.
[11] L'application des ventes passives aux marchés « traditionnels » a été consolidée dans les années 1990. Le numérique a renouvelé la question. Une des questions du présent rapport est précisément celle de déterminer si les ventes passives peuvent être appliquées à la « distribution numérique ». V. *infra* n° 36 et s. pour de plus amples développements.
[12] Partage géographique ou partage de clientèle, suivant les cas.

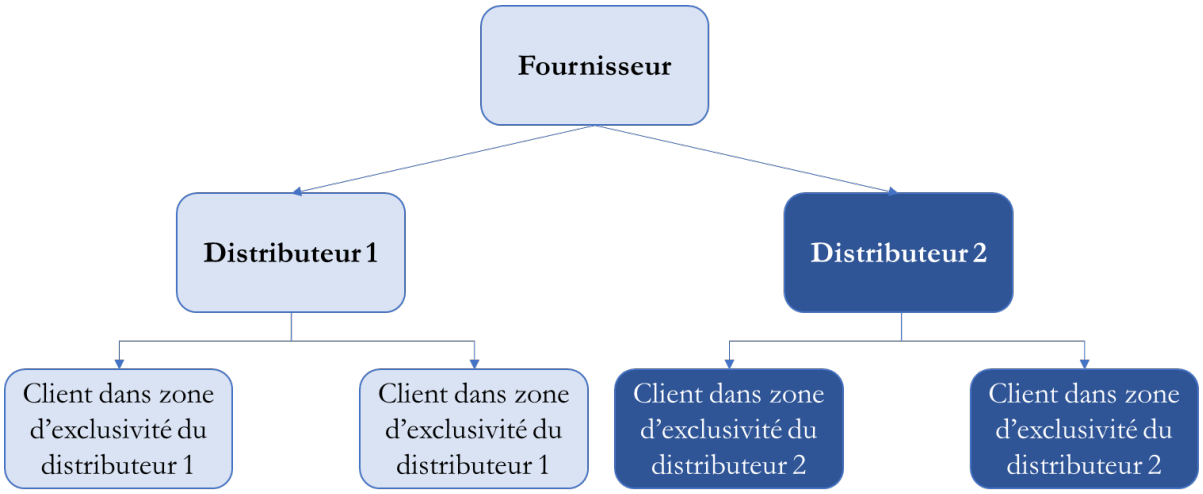


Schéma d'une organisation de distribution exclusive

Du point de vue du droit de la concurrence, ce type d'organisation de la distribution est qualifié d'accord vertical[13]. Dans ce contexte, l'exclusivité géographique constitue une restriction verticale, *a priori* prohibée par l'article 101 § 1 TFUE[14]. Un tel accord peut néanmoins échapper à l'interdiction de l'article 101 s'il est possible de prouver qu'il améliore *« la production ou la distribution des produits »*, ou promeut « *le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte* », comme en dispose l'article 101 § 3 TFUE[15]. Dans la logique de l'article 101 TFUE, il appartient donc par principe au juge de déterminer, au cas par cas, si un accord vertical – comme tout autre forme d'entente – peut échapper à la prohibition de l'article 101 § 1 TFUE, à l'issue d'un bilan économique de l'accord[16]. Dit autrement, **le droit de la concurrence tolère les accords qui, bien qu'ayant des effets anticoncurrentiels, présentent des effets positifs suffisants pour les compenser.**

11. La technique des règlements d'exemption. En pratique, une telle démarche est complexe, longue et donc peu adaptée aux besoins du marché. Les institutions européennes ont progressivement adopté des règlements d'exemption par catégories, afin d'échapper à l'évaluation

[13] V. à l'article 1 a) du Règlement d'exemption : est considéré comme un accord vertical, « *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* ».

[14] V. art. 1 b) du Règlement d'exemption.

[15] Aussi, contrairement au cas de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE), le droit de la concurrence admet qu'une entente, et notamment une restriction verticale puisse présenter un intérêt pour le marché et en particulier pour le consommateur. Ce qui compte est l'effet de la pratique et non sa forme.

[16] Ce raisonnement est directement inspiré de la règle de raison (« *rule of reason* ») élaborée par le juge *antitrust* américain lors de la mise en œuvre du *Sherman act*. On notera que les autorités européennes ont fermement condamné la mise en œuvre de la règle de raison (bilan concurrentiel) au sein de l'article 101, § 1 TFUE. Dans la décision *Métropole télévision (M6)* de 2001 (TPUE, 18 sept. 2001, aff. T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c. Commission des Communautés européennes*), le tribunal de première instance de l'Union européen a en effet considéré que l'existence même d'une règle de raison en droit communautaire, consistant à mettre en balance les effets pro et anticoncurrentiels d'un accord, était en soi « douteuse » (v. point 72 de la décision) et qu'il convenait, en revanche, d'évaluer le caractère restrictif d'un accord ou de certaines clauses dans le cadre précis de l'article 85, §3 du traité (devenu 101, § 3 TFUE) et dans le contexte « économique et juridique » pertinent (point 79 de la décision), soit à l'issue d'un bilan économique plus large. V. également F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2017, n° 552 et s., pp. 407 et s.

individuelle et sécuriser les acteurs sur le marché[17]. C'est aujourd'hui le Règlement du 20 avril 2010 qui est en vigueur[18], complété et éclairé par les lignes directrices sur les restrictions verticales[19]. La démarche ainsi que la substance de ces textes sont le reflet d'une intégration très nette de l'analyse économique par la Commission[20] ainsi que la volonté d'adopter une approche pragmatique afin de dégager des hypothèses de présomption de licéité ou d'illicéité. Il en résulte que sont exemptés par principe les accords verticaux « *dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 101, § 3, du traité* »[21], soit, en somme, les catégories d'accords qui améliorent « *l'efficience économique* »[22], bien qu'ils aient des effets anticoncurrentiels[23].

12. Les restrictions caractérisées. Selon la logique du Règlement, la présomption de licéité – l'exemption, donc – bénéfice à des accords qui ne dépassent pas certains seuils de parts de marché et ne contiennent pas de restrictions caractérisées ou de restrictions exclues. L'existence d'une restriction caractérisée est envisagée comme une atteinte particulièrement grave aux principes concurrentiels, si bien qu'elle a pour effet d'exclure l'accord du bénéfice du règlement d'exemption[24]. Sa présence fait en effet présumer que l'accord en question relève de l'article 101, § 1 et, qu'en outre, « *il est peu probable [qu'il] remplisse les conditions énoncées à l'article 101, § 3* »[25]. Pour que l'accord en question ne soit pas considéré comme une entente prohibée, il faut alors prouver que « *des gains d'efficience probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et […] que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, § 3, sont remplies* »[26] : on retombe alors dans la mise

[17] À l'origine, les règlements distinguaient les types d'accords : v. Règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, Règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords d'achat exclusif, Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise. Depuis 1999, un règlement unique concerne des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées : v. Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* L 336 du 29 décembre 1999.

[18] Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après « Règlement d'exemption » ou « Règlement »). V. not. L. Idot, « Aperçu du nouveau régime des accords verticaux », *Europe* n° 7, Juillet 2010, étude 8. On doit également mentionner le Règlement spécifique au secteur de la distribution automobile (Règlement n° 461/2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JOUE L 129 du 28.5.2010, p. 52-57) et un règlement relatif aux transferts de technologie (Comm. UE, règl. (UE) n° 316/2014, 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie, JOUE n° L 93, 28 mars 2014, p. 17).

[19] Texte précité. Ces lignes directrices ont plus généralement vocation à s'appliquer aux accords verticaux, au-delà des exemptions : v. le point 1 des lignes directrices : « *les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ».

[20] Le droit américain a eu une influence importante à cet égard, notamment sur la rédaction des lignes directrices. La jurisprudence européenne semble adopter une approche plus formaliste.

[21] Considérant 5 du Règlement d'exemption.

[22] Considérant 6 du Règlement d'exemption. Dit encore autrement, la preuve théorique de l'efficience économique justifie le recours à une présomption de légalité pour les accords concernés, au regard des règles concurrentielles.

[23] V. A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 2010, n° 257, p. 358 : « *l'exemption suppose la mise en balance, d'une part, des atteintes inhérents à toute atteinte à la concurrence, d'autres part, des avantages éventuels de celle qui résulte de l'entente ou de la catégorie d'ententes considérées et, aux termes de cette pesée, la conclusion que ceux-ci l'emportent sur ceux-là* ».

[24] Article 4 du Règlement.

[25] Lignes directrices, point 47. *Adde* F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *op. cit.*, n° 128, p. 109 : « *la présence de ces restrictions est si grave […] qu'elle fait basculer l'accord (en entier) dans la sphère de l'illicéité présumée* ».

[26] Lignes directrices, point 47.

en œuvre classique et lourde de l'article 101 TFUE.

13. Exclusivités territoriales et restrictions caractérisées. Le partage d'un marché en territoires ou clientèles fait partie des restrictions caractérisées identifiées par le Règlement ; une organisation de la distribution de biens qui repose sur des exclusivités territoriales exclut donc, en principe, que l'accord puisse bénéficier de l'exemption[27]. En toute logique, dans une telle circonstance, il faudrait alors, pour sauver l'accord, démontrer de manière circonstanciée qu'il présente des effets bénéfiques qui compensent ses effets anticoncurrentiels, selon les critères de l'article 101 § 3 TFUE.

14. Ventes passives. Le Règlement d'exemption prévoit néanmoins en l'occurrence un assouplissement : les « *exclusivités territoriales ou de clientèles sont licites par exception* » si elles permettent les *ventes passives*[28]. Les ventes passives sont définies dans les lignes directrices comme des ventes conclues à l'issue de demandes non sollicitées, qui proviennent de clients individuels[29]. Par opposition, les ventes actives sont, elles, conclues à l'issue de la prospection des clients. Ainsi « *les réseaux prévoyant (ou combinant) les exclusivités territoriales ou de clientèles [peuvent tout de même bénéficier de l'exemption] s'ils se contentent d'interdire les ventes actives* »[30]. Selon cette approche, **c'est l'exclusivité absolue qui est interdite** Un distributeur exclusif ne doit donc pas se voir interdire – notamment par son fournisseur – de répondre à des demandes émanant de clients, même en dehors de sa sphère d'exclusivité contractuelle, si les demandes en question émanent spontanément des clients. L'interdiction fait présumer l'illicéité de l'accord au regard du droit des ententes.

Aussi, l'autorisation des ventes passives – ou l'absence de clauses les interdisant – constitue-t-elle une condition *sine qua non* pour qu'un accord qui repose sur des exclusivités territoriales sur un marché bénéficie du Règlement d'exemption. Dit autrement, **le droit de la concurrence tolère donc d'emblée certains accords verticaux et admet notamment la possibilité d'organiser géographiquement la distribution de produits si les exclusivités géographiques ne sont pas absolues**, ce qui se traduit par le fait **que l'accord permette aux distributeurs de satisfaire les sollicitations spontanées de clients individuels** situés en dehors de leurs sphères d'exclusivité respectives.

[27] Art. 4, b) du Règlement d'exemption.
[28] F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *op. cit.,* n° 132, p. 112.
[29] V. lignes directrices de la Commission relatives aux restrictions verticales, point 52 (section relative aux conditions d'application du règlement d'exemption) : « *par "ventes passives", on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients* ». *Adde* L. Vogel, *Traité de droit économique, tome 1, Droit de la concurrence – Droits européen et français*, éd. Lawlex Bruylant, 2015, spéc. n° 115, pp. 232-233.
[30] F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *op. cit.,* n° 132, p. 212.

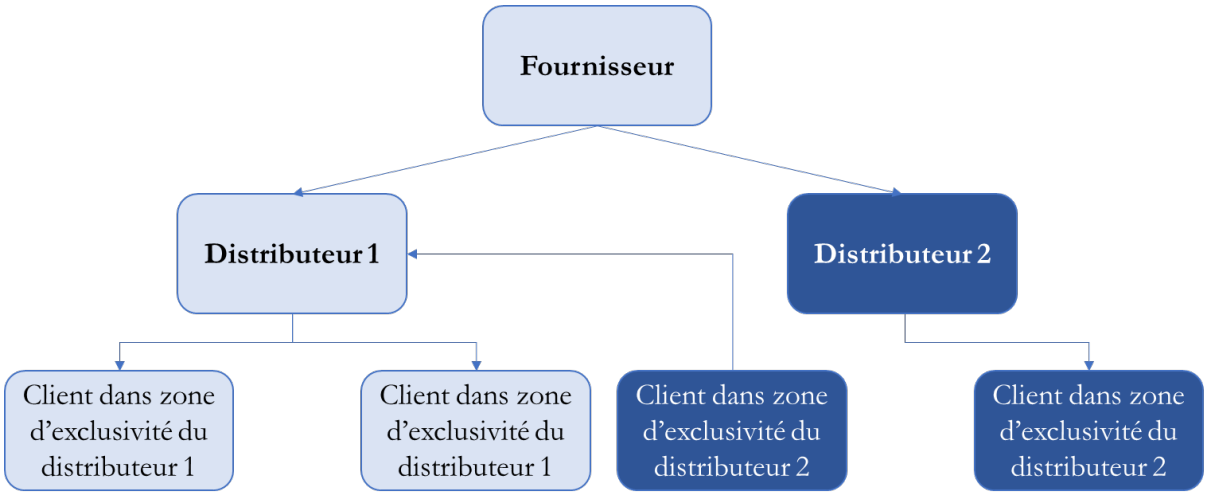
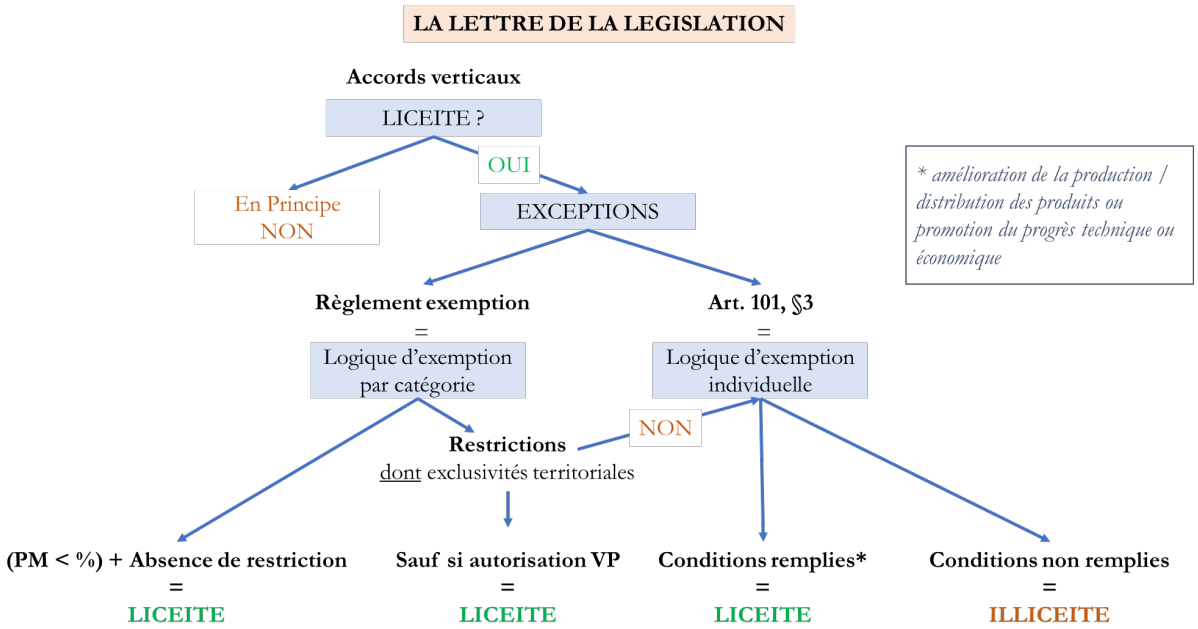


Schéma d'une organisation de distribution exclusive

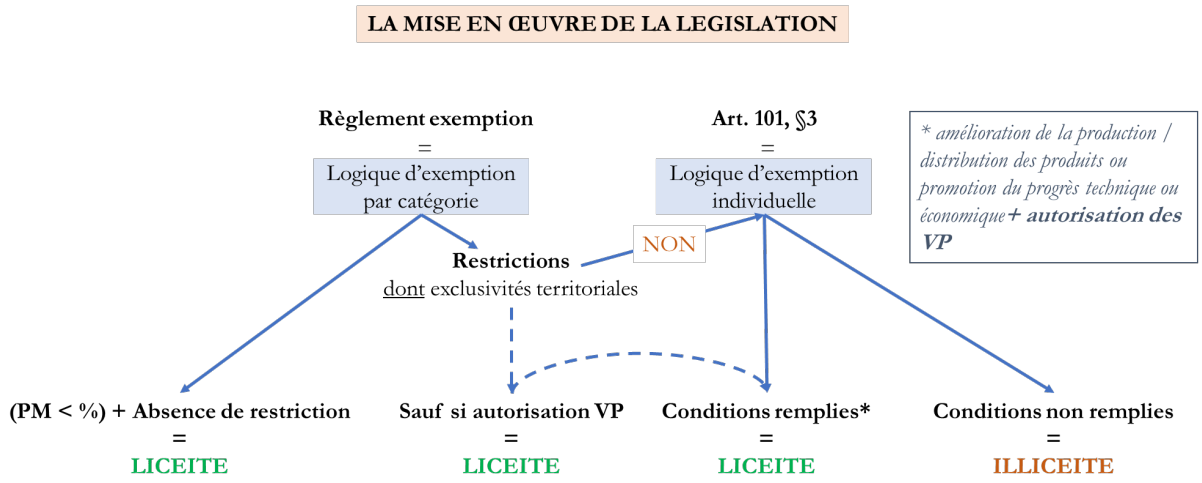
Illustration d'une vente passive

15. Un glissement critiquable quant à la place des ventes passives. Les ventes passives sont convoquées dans les textes européens dans le cadre du bénéfice du règlement d'exemption. Aussi, en toute rigueur, il devrait être encore possible de sauver un accord ne permettant pas les ventes passives en prouvant que les conditions de l'article 101, §3 TFUE sont réunies. En effet la logique du règlement est de sauver *a priori* et par catégories des accords mais en dehors du champ du règlement d'exemption, on retombe dans la logique de l'évaluation individuelle.



Selon la lettre des textes, l'autorisation des ventes passives (VP) n'apparait qu'à l'occasion de l'étude des conditions pour bénéficier du règlement d'exemption, et dans l'hypothèse particulière de l'existence d'exclusivités territoriales; l'art. 101, §3 ne fait pas mention de l'autorisation des VP (v. encadré)

16. Or la Commission semble faire des ventes passives une condition *sine qua non* de la licéité de l'accord[31]. Certes, s'il est vrai que s'il est possible, théoriquement, de démontrer qu'un accord prohibant les ventes passives peut quand même relever de l'article 101, §3 TFUE[32], la démonstration est, en pratique, très difficile à faire. **Mais le raisonnement normal doit être bien compris. Si les ventes passives sont une condition pour bénéficier *a priori* d'un règlement d'exemption, il ne faudrait pas qu'elles deviennent, par un glissement progressif, une condition générale et nécessaire pour que l'organisation d'une distribution soit licite au regard du droit de la concurrence. L'accord devrait pouvoir être sauvé en dépit de l'absence de ventes passives sur le terrain du § 3 de l'article 101.**



Dans la mise en œuvre des textes, il semblerait que l'autorisation des ventes passives a glissé dans les conditions à observer pour bénéficier de l'exemption individuelle de l'article 101, §3 TFUE (v. encadré)

1. 2. Comment les ventes passives ont-elles été mises en œuvre dans le secteur audiovisuel : présentation de l'affaire Sky

17. Enquête et communication de griefs. Le 13 janvier 2014, la direction générale de la concurrence de la Commission européenne ouvre une large enquête auprès de studios américains et de diffuseurs européens au sujet de la distribution des œuvres audiovisuelles sur le territoire européen par des chaînes de télévision payantes[33]. Ces dernières diffusent leurs programmes par satellite ou en ligne[34]. L'enquête aboutit finalement à une communication de griefs le 23 juillet 2015 à l'encontre des contrats liant la chaîne britannique *Sky UK* et six studios américains[35]. La Commission reproche à ces acteurs d'organiser contractuellement des *exclusivités territoriales absolues* lors de la distribution des œuvres audiovisuelles sur le territoire européen par le biais du géo-blocage. En vertu des clauses contenues dans les contrats liant les studios américains aux distributeurs, ces derniers ne peuvent distribuer les œuvres que sur un territoire déterminé et

[31] V. *infra* n° 42 et s. pour la discussion sur la qualification des ventes passives comme restriction par objet et la position du Tribunal sur la question.
[32] Et donc échapper à la prohibition.

doivent refuser de répondre à des sollicitations de clients situés sur un autre territoire : les ventes passives sont interdites contractuellement. Les contrats entre studios et distributeurs reposent ainsi :

- sur une organisation territoriale de la distribution dans laquelle le fournisseur (les studios américains) assure à chaque distributeur (chaînes de télévisions par exemple) une exclusivité sur son territoire
- et, par ailleurs, sur l'obligation pour chaque distributeur de respecter l'exclusivité territoriale des autres distributeurs en refusant de répondre à toute sollicitation – fut-elle spontanée – d'un consommateur situé sur un territoire en dehors de sa sphère d'exclusivité.

18. Dans sa communication des griefs, la Commission conclut ainsi à une violation probable de l'article 101 du TFUE[36] : les clauses en question ont pour effet de « *cloisonner le marché intérieur selon les frontières nationales* »[37] ; dès lors, *« en l'absence de justification convaincante, ces clauses constitueraient une infraction grave aux règles de l'UE qui interdisent les accords anticoncurrentiels (article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)* »[38]. La Commission met ainsi en œuvre, pour la distribution des œuvres audiovisuelles, un raisonnement similaire à celui qui avait été tenu par la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de l'organisation des retransmissions des matchs de foot sur le territoire européen dans l'affaire *Premier League*[39].

19. Engagements de Paramount. Le 15 avril 2016, l'un des studios visés par la communication de griefs, le studio *Paramount*, a décidé de prendre des engagements[40] qui ont été validés par la Commission le 26 juillet 2016[41], sur le fondement de l'article 9 du règlement

---

[33] La Commission européenne a créé une page dédiée à l'affaire, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40023

[34] Tous les diffuseurs visés à l'origine ne seront finalement plus inquiétés par la suite : c'est le cas notamment de la chaîne française Canal plus. La chaîne est néanmoins restée dans la procédure comme partie tierce intéressée, à l'image d'autres acteurs comme certains producteurs européens, de l'EFADs (*European Film Agency Directors*, sorte d'équivalent du CNC au niveau européen), le *british film institute*, etc. La chaîne Canal plus a notamment formé un recours contre la décision de la Commission validant les engagements Paramount. Dans cette procédure, elle a reçu un fort soutien du Gouvernement français pour la défense de la territorialité.

[35] Communication de griefs concernant la prestation transfrontière de services de télévision payante disponibles au Royaume-Uni et en Irlande (IP/15/5432). Les studios en question sont : *Walt Disney, NBCUniversal, Parmount Pictures, 20th Century Fox, Warner Bros et Sony Pictures*. Le caractère plutôt limité de la communication de griefs peut s'expliquer, sans qu'aucun élément réellement tangible ne permette de l'étayer vraiment, par une stratégie de la Commission de n'attaquer que des protagonistes américains et britanniques, probablement moins attachés à la question de la territorialité des droits d'auteur. La communication de griefs constitue une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, (article sur les engagements) du Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après « Règlement de 2003 »).

[36] Et 53 de l'article de l'article sur l'Espace économique européen (EEE).

[37] Communiqué de presse du 23 juillet 2015.

[38] *Ibidem*.

[39] CJUE, 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres* et *Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd*. En l'espèce, la Cour avait constaté que les clauses liant la *Premier League* (titulaire des droits de retransmission des matchs de football) aux radiodiffuseurs « *interdis[ai]ent aux radiodiffuseurs toute prestation transfrontalière de services relatives [aux] rencontres, ce qui permet d'accorder à chaque radiodiffuseur une exclusivité territoriale absolue dans la zone couverte par sa licence* » (point 142). Constatant ainsi l'élimination de la concurrence entre les différents radiodiffuseurs et, par ailleurs, l'absence de justification d'une telle organisation contractuelle, la Cour avait conclu à une violation de l'article 101 TFUE.

[40] Engagements pris le 22 avril 2016 (*JOUE* C 141/13 en date du 22 avril 2016), conformément à l'article 9, § 1 du Règlement de 2003 précité.

[41] Affaire AT.40023 – Accès transfrontalier à la télévision payante.

n° 1/2003[42], les rendant ainsi contraignants. Les engagements en question suppriment, dans les contrats conclus entre le studio *Paramount* et la chaîne de télévision payante britannique *Sky,* les clauses interdisant à *Sky* de répondre à la demande de consommateurs sollicitant l'accès au catalogue des œuvres *Paramount*, même si ces clients sont situés en dehors du territoire d'exclusivité de *Sky*[43]. Autrement dit, les engagements ont pour effet de permettre – et non d'imposer – à *Sky* de conclure des ventes passives avec des consommateurs situés en dehors de son territoire d'exclusivité.

20. Recours du groupe *Canal* +. Le groupe *Canal* + a introduit le 8 décembre 2016 un recours devant le Tribunal de l'Union européenne contre la décision de la Commission validant les engagements de *Paramount*[44]. Ce recours a été rejeté par une décision du Tribunal de l'Union européenne en date du 12 décembre 2018[45].

21. Décision du Tribunal. La décision reste, en toute hypothèse, délicate à analyser : il ne faut pas se méprendre sur sa portée ; il n'est pas possible, en principe, de considérer que le juge européen se prononce véritablement sur le fond de l'affaire. Il s'agit pour le Tribunal de se prononcer sur la décision de la Commission qui rend contraignants les engagements pris par Paramount. Or de tels engagements ont « *pour objet de dissiper les préoccupations de concurrence […] en excluant toute violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour l'avenir* »[46]. En les acceptant, la Commission est censée se contenter de constater qu'ils sont la condition pour dissiper le risque d'infraction aux règles de la concurrence[47]. Aussi, d'une part les engagements peuvent aller au-delà de ce qui serait strictement nécessaire pour faire cesser l'infraction[48]. D'autre part, en acceptant les engagements, la Commission ne procède pas à une analyse poussée, sur le fond, de

---

[42] Règlement de 2003 précité.

[43] Plus précisément, les engagements suivants sont rendus juridiquement contraignants pour Paramount :

(i) au moment de céder sous licence à un télédiffuseur de l'EEE sa production cinématographique en tant que contenu télévisuel payant, Paramount n'introduira ni ne réintroduira aucune obligation contractuelle empêchant un télédiffuseur de répondre à des demandes non sollicitées émanant de consommateurs résidant dans l'EEE mais en dehors du territoire sous licence dudit télédiffuseur, ou limitant sa capacité à y répondre (pas d'«obligation du télédiffuseur») ;

(ii) au moment de céder sous licence à un télédiffuseur de l'EEE sa production cinématographique en tant que contenu télévisuel payant, Paramount n'introduira ni ne réintroduira aucune obligation contractuelle lui imposant d'interdire aux télédiffuseurs résidant en dehors du territoire sous licence de répondre à des demandes non sollicitées émanant de consommateurs résidant sur le territoire sous licence ou de limiter leur capacité à y répondre (pas d'«obligation de Paramount») ;

(iii) Paramount ne cherchera pas à introduire un recours devant une juridiction pour violation d'une obligation du télédiffuseur incluse dans un accord existant de cession sous licence ;

(iv) Paramount n'exécutera ni ne fera appliquer une obligation qui lui incombe dans un accord existant de cession sous licence.

Les engagements sont valables pour une période cinq ans à compter de la notification de la décision de la Commission et ils sont obligatoires pour *Paramount* ainsi que ses successeurs en droit et ses filiales.

[44] Le recours du groupe *Canal* + est formé sur le fondement de l'article 263 du TFUE. Par ordonnance du 13 juillet 2017, le *Bureau européen des unions de consommateurs* (BEUC) a été admis à intervenir au soutien de la Commission ; *l'Union des producteurs de cinéma* (UPC), la *European Film Agency Directors* (EFADs) et *C More Entertainment AB* (chaîne de télévision payante suédoise) ont été admises à intervenir au soutien des conclusions du groupe Canal +. La République française a également été admise à intervenir au soutien du requérant (*Canal* +).

[45] TPIUE, 12 décembre 2018, aff. T-873/16, *Groupe Canal + c. Commission européenne.*

[46] Point 64 de la décision du Tribunal.

[47] Cette crainte d'infraction aux règles concurrentielles est ce qui a justifié, à l'origine, la procédure La Commission doit d'ailleurs, lors de la phase d'évaluation préliminaire, procéder à une analyse du marché et démontrer la réalité de l'infraction aux règles de concurrence de manière suffisamment précise pour permettre un éventuel contrôle du juge européen. V. L. Vogel, *op. cit.*, n° 228, p. 437.

[48] Les engagements peuvent notamment aller au-delà de ce que la Commission pourrait imposer dans le cadre de la procédure de cessation d'une infraction prévue à l'article 7 du Règlement de 2003. V. L. Vogel, *op. cit.*, n° 228, p. 436.

la pratique incriminée. Par exemple, dans l'affaire *Sky,* la décision de la Commission ne dit rien sur la possibilité que l'organisation du marché de la distribution des œuvres audiovisuelles antérieure aux engagements puisse être conforme aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE. C'est précisément pour cette raison que le Tribunal, saisi d'un recours contre la décision de la Commission explique qu'il ne lui incombe pas, dans ce contexte, « *de se prononcer sur les arguments du requérant pris de ce que les clauses pertinentes promeuvent la production et la diversité culturelles et que leur abolition mettra prétendument en péril la production culturelle de l'Union* »[49]. **Une lecture possible de la décision du Tribunal consiste donc à considérer que la juridiction s'est contentée de vérifier que la Commission avait accepté des engagements faisant cesser l'illicite.**

22. Il reste néanmoins troublant de constater que le Tribunal prend position sur le fond de l'affaire en plusieurs endroits. C'est particulièrement clair lorsque le tribunal estime que les clauses interdisant les ventes passives « *imposent des restrictions allant au-delà de ce qui est nécessaire pour la production et la distribution d'œuvres audiovisuelles nécessitant une protection des droits de propriété intellectuelle et, de ce fait, ne satisfont pas à au moins une des conditions cumulatives prévues à l'article 101, paragraphe 3, TFUE, à savoir celle de ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions non indispensables pour la protection de ces droits* »[50]. Par ailleurs, le Tribunal opère le même déplacement que la Commission quant au rôle que les ventes passives sont censées jouer dans l'analyse de la licéité du schéma de la distribution des œuvres audiovisuelles. Il ne s'agit plus seulement de vérifier que les accords de distribution bénéficient de l'exemption de principe du règlement – rôle originel des ventes passives – mais de constater que les accords en question ne respectent pas la prohibition des ententes[51]. Autrement dit, le Tribunal tient à marteler que les clauses interdisant les ventes passives ne satisfont pas à l'article 101, paragraphe 3 TFUE, alors que ce n'était pas strictement nécessaire dans le contexte de ce recours particulier. En outre, il procède ici par affirmation. On ne peut que le constater : ce qui est qualifié de « *protection territoriale absolue* » ne semble pas pouvoir trouver de justification aux yeux des autorités européennes[52].

23. Engagements ultérieurs. Au cours de l'instance ou après la décision du Tribunal, un certain nombre de studios concernés par l'enquête de la Commission ouverte en 2014 ont pris

---

[49] Point 66 de la décision du Tribunal ; « *ces arguments peuvent, en revanche être avancés par le requérant devant le juge national* ». *Adde* point 99 de la décision : « *l'article 9 du règlement n° 1/2003 est inspiré par des considérations d'économie de procédure et vise à assurer une application efficace des règles de concurrence prévues par le traité TFUE à travers l'adoption de décisions qui rendent obligatoires des engagements proposés par les parties et jugés appropriés par la Commission afin d'apporter une solution plus rapide aux problèmes de concurrence qu'elle a identifiés. Dans ce contexte, le rôle de la Commission se limite à l'examen et à l'éventuelle acceptation des engagements proposés par les entreprises concernées, à la lumière des problèmes qu'elle a identifiés dans son évaluation préliminaire et au regard des buts qu'elle poursuit* ».

[50] Point 67 de la décision du Tribunal.

[51] Point 45 de la décision du Tribunal : « *lorsque les accords que conclut le titulaire du droit d'auteur contiennent des clauses en vertu desquelles ledit titulaire est désormais tenu d'interdire à tous ses cocontractants sur le marché de l'EEE de procéder à des ventes passives à destination des marchés géographiques situés en dehors de l'État membre pour lequel il leur accorde une licence exclusive, ces clauses confèrent une exclusivité territoriale absolue contractuellement stipulée et enfreignent, de ce fait, l'article 101, paragraphe 1, TFUE* ».

[52] Est en soi révélateur de cette impossibilité d'apporter une justification, le raisonnement souvent circulaire qui est tenu dans la décision du Tribunal. On prendra à titre d'exemple le paragraphe 68. Le Tribunal y affirme qu'« *une protection territoriale absolue va manifestement au-delà de ce qui est indispensable à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès technique ou économique requise par l'article 101, paragraphe 3, TFUE, comme le démontre l'interdiction, voulue par les parties aux accords concernés, de toute prestation transfrontalière des services de diffusion télévisuelle* ». En résumé, le Tribunal ne trouve pas de justification à l'« *exclusivité territoriale absolue* » organisée par les parties car il constate que les parties font respecter cette exclusivité territoriale absolue… Mais comment opposer à un comportement que l'on cherche à justifier le constat de ce comportement… ?

des engagements similaires à ceux pris par *Paramount* dès 2016[53] :

- le 25 octobre 2018, en pleine période de sa fusion avec *Fox, Disney* a offert à la Commission des engagements sur le fondement de l'article 9 du Règlement de 2003, engagements qui ont par la suite été clarifiés le 5 février 2019
- les 12 et 13 décembre 2018[54], ce sont *NBCUniversal*, *Sony*, *Warner Bros.* et *Sky* qui ont offert de nouveaux engagements

24. Aussi, dans le cadre du marché de la télévision payante et en particulier dans les contrats liant les principaux studios américains aux chaînes de télévision européennes, **les clauses limitant ou interdisant les ventes passives sont progressivement en train de disparaître. On notera toutefois qu'à partir des engagements *Disney*, les engagements précisent systématiquement qu'ils sont pris sans préjudice de la législation sur le droit d'auteur[55], ce qui soulève des questions sur la portée et les modalités de la mise en œuvre des ventes passives[56].**

25. Le contexte général de remise en cause de la territorialité du droit d'auteur. La question de l'application des ventes passives à la distribution des œuvres s'inscrit dans un contexte plus général de discussions sur les limites du principe de la territorialité du droit d'auteur en Europe[57].

[53] Le 25 octobre 2018, ce sont les studios *Disney* qui proposent leurs engagements ; le 12 décembre 2018, c'est au tour des studios *NBCUniversal* et *Sony Pictures*, ainsi que du diffuseur *Sky*. Enfin, le 13 décembre 2018, le studio *Warner* propose ses engagements. On trouve l'ensemble de ces informations sur la page que la Commission européenne a dédiée au cas *Sky : http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40023*

[54] Soit respectivement le jour et le lendemain de la décision du TPIUE sur le recours de Canal +.

[55] Et sans préjudice des règles relatives à la portabilité, issues du Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, *JOUE L* 168, 30 juin 2017, pp. 1-1, v. *infra* n° 60 pour de plus amples développements sur ce Règlement.

[56] V. notamment *infra* n° 64 et s.

[57] V. n° 60 et s. pour cet aspect.

2. Les problèmes causés par la transposition de la théorie des ventes passives à la distribution des œuvres audiovisuelles

26. Les ventes passives ont plutôt été pensées pour un monde de distribution physique d'objets matériels. Aussi, leur application à la diffusion des œuvres audiovisuelles pose-t-elle en soi des problèmes de cohérence : est-il possible de retenir la qualification de « vente passive » lorsqu'une œuvre audiovisuelle est distribuée (2. 1.) ? Par ailleurs, le contexte de la distribution numérique soulève des questions particulières (2. 2.).

2. 1. La transposition de la théorie des ventes passives au secteur de l'audiovisuel en ligne soulève un problème de terminologie

27. Une vente passive suppose *a priori* la réunion de deux conditions : une vente (i) et la passivité du vendeur pour la conclusion de cette vente (ii). Or l'on peut douter de la réunion de ces deux exigences élémentaires lorsqu'est en cause la diffusion des œuvres audiovisuelles.

(i) Est-il possible d'évoquer une « vente » ?

28. La « vente » au sens du droit d'auteur. Le terme de distribution appliqué aux œuvres audiovisuelles ne serait-il pas trompeur ? En droit de la concurrence, la distribution couvre aussi bien la commercialisation des biens que les prestations de services. En droit d'auteur, le terme de distribution est plus étroit, il suppose un transfert de propriété[58]. La vente constitue ainsi une modalité de distribution dans laquelle le transfert de propriété s'opère en contrepartie du paiement d'un prix. On peut s'interroger, dès lors, sur la pertinence d'utiliser le qualificatif de « vente » lorsque l'on est dans le domaine de licences de droits de propriété intellectuelle. Y-a-t-il à aucun moment le transfert d'un droit de propriété, fut-il immatériel, dans le cadre de licences de droits d'auteur ?

29. La qualification de « vente » pour la distribution d'un logiciel dématérialisé (arrêt *Usedsoft*). La Cour de justice de l'Union européenne a déjà eu l'occasion de se pencher sur la question à l'occasion de l'affaire *Usedsoft*[59], dans le contexte de licences de logiciels et d'épuisement du droit de distribution des logiciels. Dans cette affaire, la Cour s'interrogeait notamment sur la question de savoir si « *la relation contractuelle entre [le titulaire des droits d'auteur sur un logiciel] et son client dans le cadre de laquelle le téléchargement du programme d'ordinateur concerné a eu lieu, peut être qualifiée de* "première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur"*, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24* »[60]. Dans le cadre de l'interprétation de la directive en question, la CJUE en avait conclu que le « *transfert par le titulaire du droit d'auteur d'une copie d'un programme d'ordinateur à un client, accompagné de la conclusion, entre ces mêmes parties, d'un contrat de licence d'utilisation, constitue une* "première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur"*, au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2009/24* ». Dans le cadre de l'interprétation de la directive sur la protection des logiciels, la CJUE a donc, sans ambiguïté mais à la surprise de la doctrine, qualifié

---

[58] V. la définition figurant à l'article 6. 1. du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 : « les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente *ou tout autre transfert de propriété* » (nous soulignons). *Adde* CJUE, 17 avril 2008, aff. C 456/06, *Peek & Cloppenburg c. Cassina SpA,* spéc. point 33.

[59] CJUE, 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *Usedsoft c. Oracle* (ci-après *Usedsoft*).

[60] V. notamment point 38 de la décision *Usedsoft.*

le transfert de la copie d'un programme d'ordinateur à un client de « *vente* ».

30. L'interprétation nécessairement stricte de l'arrêt *Usedsoft*. Il faut se garder de généraliser la solution de la Cour dans l'arrêt *Usedsoft* et de la transposer de manière générale à tout transfert de la copie immatérielle d'un objet protégé. Tout d'abord, la CJUE précise bien, dans cette même décision, qu'elle interprète la directive relative aux logiciels pour laquelle il est possible de considérer que le législateur n'a pas voulu faire de distinction entre les copies immatérielles et matérielles, contrairement, par exemple à la directive relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001. La notion de vente ainsi donnée est bien propre à la « *distribution* » de la catégorie particulière d'œuvres que sont les logiciels[61]. Ensuite, dans le cas *Usedosft* il y a une copie du logiciel qui est réalisée et qui se trouve sur le matériel du client, ce qui est *a priori* différent du service proposé par exemple par *Sky* lorsque la chaîne propose ses programmes à ses clients. En tout cas, il faudrait vérifier, au cas par cas, qu'il y a bien transfert d'une copie de l'œuvre sur le matériel des clients pour que l'on puisse appliquer par analogie la solution *Usedsoft*. Si cela est éventuellement envisageable lorsque l'œuvre est transmise en ligne, c'est déjà bien plus douteux pour les œuvres transmises par satellite. Surtout, l'affaire *Usedsoft* ne permet une qualification de vente que pour le logiciel strictement, elle ne se prononce pas sur la vente de la copie d'une éventuelle œuvre audiovisuelle. Aussi, il nous semble que, même en adoptant une interprétation large de la décision *Usedsoft*, il est difficile de dire qu'il y a vente d'un exemplaire des œuvres audiovisuelles au sens du droit d'auteur, notamment dans le contexte de l'affaire *Sky*. Ceci pose donc déjà un premier problème pour exiger des *ventes*, fussent-elles passives.

31. Le danger d'adopter une notion large de « *vente* » dans le domaine du droit d'auteur. On doit admettre que les lignes directrices visent, pour la définition des « *ventes passives* » le fait de « *satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la* prestation de services *demandés par ces clients* »[62]. Or il est possible de qualifier la mise à disposition d'œuvres audiovisuelles de prestation de services. Dans cette perspective, le refus de qualifier la distribution d'une œuvre audiovisuelle de « *vente* » n'est plus pertinent. **Mais c'est alors transposer à des actes qui relèvent du droit d'auteur des qualifications qui sont issues du droit de la concurrence**. Or le droit de la concurrence a structurellement une approche plus large et souple des notions, pour embrasser plus largement les situations et élargir son champ d'application[63]. Surtout, le droit de la concurrence s'inscrit dans une perspective économique : de ce point de vue, la distinction entre l'existence d'une vente au sens strict[64] ou une communication au public de l'œuvre[65] peut être indifférente. L'approche n'est donc pas la même que pour le droit d'auteur. Et il se trouve que la qualification de « *vente* » appliquée largement au droit d'auteur, loin d'être neutre, fragilise la mise en œuvre de ce dernier. En effet, le droit de distribution s'épuise dans un contexte européen : une fois qu'il a autorisé la distribution d'exemplaires de son œuvre sur un territoire européen, l'auteur ou le titulaire de droit ne maîtrise plus leur sort. Les exemplaires peuvent circuler et être distribués sur tous les autres territoires

[61] V. notamment point 58 de la décision *Usedsoft*.
[62] Point 51 des lignes directrices. Nous soulignons
[63] Par exemple, le droit de la concurrence adopte une notion très souple de *l'entreprise :* c'est l'entité qui poursuit une activité économique et à qui sont appliquées les règles concurrentielles. Peu importe, du point de vue de ce droit, qu'elle ait ou non la personnalité morale. Ce qui compte, c'est son activité sur le marché.
[64] Ce qui suppose un transfert de propriété.
[65] Ce qui n'implique pas qu'il y ait un transfert de propriété.

européens, sans que le titulaire de droits ne puisse s'y opposer. **L'assimilation entre distribution des œuvres audiovisuelles sur Internet et vente est donc non seulement critiquable au regard de l'opération de qualification juridique mais, en outre, elle constitue par elle-même un facteur insidieux d'érosion du droit d'auteur.**

(ii) Est-il possible d'identifier un comportement « passif » de la part du distributeur ?

32. La passivité en dehors du numérique. Dans l'expression « vente passive », la passivité désigne l'attitude du distributeur. Dans le cadre d'un accord vertical qui repose sur des exclusivités territoriales consenties et imposées à chacun des distributeurs, il s'agit pour ces derniers de ne pas démarcher des clients qui se trouvent dans la sphère d'exclusivité des distributeurs concurrents. En effet, les ventes actives sont définies comme des ventes issues de la prospection et la Commission vise, dans ce cadre, des moyens très variés comme le « *publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités* », ou encore « *les annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire* »[66]. En revanche, une publicité ou une « *action de promotion générale* » qui atteint des clients situés en dehors de la sphère d'exclusivité sans que ce ne soit l'objectif exclusif, vont être comprises dans les ventes passives[67].

33. Les difficultés liées au numérique. La difficulté vient de ce que la technologie numérique brouille totalement la question du ciblage des clients. Il est bien plus facile pour un distributeur de toucher des clients en dehors de sa sphère d'exclusivité, tout en donnant l'apparence d'un ciblage dans sa sphère d'exclusivité. Les réseaux sociaux peuvent, de manière subtile, jouer un rôle dans la promotion des produits, *via*, par exemple, des internautes qui vont diffuser un message promotionnel, sans que l'on puisse qualifier un tel comportement de prospection au sens des ventes passives. Les publics ainsi visés peuvent être facilement situés au-delà des territoires dessinés contractuellement. Autrement dit, le numérique permet, sous l'apparence d'une absence de promotion, de procéder à une prospection très efficace – probablement plus efficace que ne le permettaient les moyens traditionnels des ventes actives – au sens des lignes directrices.

34. En conclusion, il est possible d'affirmer que, suivant une certaine lecture, il n'y a en toute rigueur, ni vente à proprement parler, ni réelle passivité dans un monde numérique et notamment dans le marché de diffusion des œuvres en ligne ou par satellite. Il est nécessaire de noter toutefois que, ni la Commission européenne, ni le Tribunal de première instance de l'Union européenne n'accueillent cet argument de l'impossibilité – ou du moins de la difficulté – à distinguer les ventes *actives* des ventes *passives* dans un contexte numérique. Au contraire, selon les autorités européennes, la technologie numérique permet « *de moduler les actions de promotion active afin de les limiter au territoire pour lequel est accordée la licence exclusive* »[68].

L'incidence du numérique sur la manière de conclure des contrats se pose également d'un autre point de vue : il ne s'agit plus de considérer que les moyens de prospection sont facilités, comme nous venons de l'évoquer, ce qui remet en cause le caractère passif de la vente. Il s'agit pour la

[66] Lignes directrices, point 51.
[67] *Ibidem.*
[68] V. en particulier la décision du Tribunal précitée, en date du 12 décembre 2018, spécialement points 55 et 58.

suite de se demander si la technologie numérique n'a pas pour effet de permettre une telle généralisation des ventes passives, qu'en retour, il conviendrait de revenir sur leur bien-fondé.

2. 2. La technologie numérique devrait modifier la mise en œuvre de la théorie des ventes passives

35. La technologie numérique est un facteur de généralisation des ventes passives (i). Pour la Commission, c'est une raison supplémentaire d'encourager la conclusion de ventes passives (ii). On pourrait pourtant défendre la position strictement inverse (iii).

(i) Le numérique a un effet potentiel de généralisation des ventes passives

36. La démarche d'un client qui consiste à se fournir dans un territoire autre que son territoire de résidence ne rencontre pas les mêmes contraintes selon que l'on se situe dans un contexte analogique ou numérique. Dans un monde où la distribution se fait par voie numérique, la vente passive est doublement facilitée : d'une part le consommateur a bien plus facilement accès à l'information et peut donc identifier aisément un distributeur de biens, quand bien même celui-ci ne serait pas dans une démarche de prospection[69] ; d'autre part, le numérique permet en pratique d'acquérir plus facilement le bien. Si, en outre, le bien est lui-même en format numérique, la « distribution » du bien est globalement la même, que le distributeur se situe, ou non, sur le même territoire que l'acquéreur[70]. Il faut par ailleurs admettre que l'outil numérique peut aussi être un facteur de renforcement des exclusivités territoriales en permettant au distributeur de procéder à du géo-blocage. Le client situé en dehors du territoire est facilement identifié et, techniquement, il est aisé de l'empêcher de conclure le contrat[71]. C'est très exactement ce contre quoi lutte la Commission européenne.

(ii) La Commission européenne s'est inscrite dans une approche très favorable aux ventes passives dans un contexte numérique

37. La Commission a elle-même bien conscience du rôle qu'Internet peut jouer dans le cadre des ventes passives. Selon elle, « *Internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles […]. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. L'utilisation d'un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur […]. Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive* »[72]. Ainsi, selon la Commission, le numérique a pour conséquence d'augmenter le volume des ventes passives. Ce constat, loin de remettre en cause l'exigence de ventes passives, constitue pour la Commission une opportunité réelle pour les consommateurs qu'il ne faut pas entraver sous peine de constituer une restriction de ventes : « *en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. Il en va*

---

[69] L'argument développé ici est donc différent de celui relatif à la fausse passivité du distributeur, *supra* n° 32 et s.

[70] Avec toutefois des difficultés pratiques, concernant les moyens de paiement, les difficultés réglementaires, v. notamment *infra* n° 89 et s.

[71] Et là encore, il y a des solutions de contournement, notamment avec l'utilisation de *VPN* (*virtual private network*) qui permettent aux internautes de tricher sur leur adresse IP et de faire faussement croire qu'ils sont sur le territoire du distributeur.

[72] Point 52 des lignes directrices.

de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente »[73]. D'ailleurs, « *en soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d'une telle vente* »[74]. La Commission adopte ainsi une approche très favorable à la vente passive, dans le cadre de la distribution des biens sur Internet : elle qualifie de passives des ventes qui sont conclues alors que le distributeur fait montre d'une volonté assez claire de capter des consommateurs d'autres territoires, par exemple en ayant recours, sur son site, à d'autres langues que celui de son territoire d'exclusivité[75]. Par ailleurs, la Commission identifie un certain nombre de situations qu'elle analyse comme autant de « *restrictions de ventes passives caractérisées* », parmi lesquelles l'impossibilité pour un internaute d'accéder au site Internet d'un distributeur situé sur un autre territoire ou encore le géo-blocage d'un client au moment du paiement[76]. Dans une même perspective, la Cour de justice a jugé, dans l'affaire *Pierre Fabre*[77] qu'une clause d'un contrat de distribution sélective interdisant aux distributeurs de vendre les produits par Internet constituait une restriction de concurrence par objet, à moins que la clause ne soit objectivement justifiée.

38. Pour les autorités européennes, un distributeur doit donc en permanence être en mesure de permettre la conclusion d'une vente passive sans quoi il contrevient aux règles du droit de la concurrence. Or **si l'on peut comprendre comment, techniquement, l'outil numérique facilite la conclusion de ventes passives, il nous semble que, précisément, juridiquement, ce phénomène pourrait remettre en cause le principe même de leur tolérance, dès lors que ce volume de vente risque de progressivement concurrencer les exclusivités des distributeurs. C'est la question de la légitimité de la théorie elle-même qui se pose alors.**

(iii) Le numérique soulève fondamentalement un problème de légitimité des ventes passives

39. Le fondement de la théorie des ventes passives est, comme on l'a vu, relativement flou. C'est une exigence à l'origine prétorienne qui a, par la suite, été explicitement reprise par les règlements d'exemption[78]. Le fait de permettre la conclusion de ventes passives s'inscrit dans une volonté plus large de la Commission[79] de **lutter contre les exclusivités territoriales absolues**, qui entrent, selon son analyse, directement en contradiction avec l'établissement du marché intérieur, notamment lorsque les exclusivités géographiques coïncident avec les frontières

[73] Point 52 des lignes directrices.
[74] Point 52 des lignes directrices.
[75] On songe notamment au distributeur qui a une exclusivité sur un territoire européen mais qui propose les produits à la vente sur son site Internet dans des langues étrangères et pour des internautes d'autres territoires.
[76] Points 52 a) et b) des lignes directrices.
[77] CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la Concurrence e.a.*, *Europe* déc. 2011, comm. 471, obs. L. Idot. Rappr. et Communiqué de presse du 17 mai 2001, IP/01, 713, Yves Saint Laurent. Communiqué de presse du 6 décembre 2001, IP/00/1418, *BW / Loudspeakers*. Mais l'affaire *Coty* nuance cette approche. Du moins, la Cour admet que le souci de préserver l'image de luxe d'un produit peut justifier le refus de les voir distribuer sur certaines plateformes (en l'occurrence *Amazon*) : CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16, *Coty Germany GmbH* c. *Parfümerie Akzente GmbH*.
[78] On trouve explicitement mention des « *ventes passives* » dans le règlement d'exemption n° 2970/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Les ventes passives ne figurent pas dans la version antérieure datant de 1983 (Règlement n° 1983/83 du 22 juin 1983 concernant l'application de l'article 85 § 3 du traité à des catégories d'accords de distribution exclusive).
[79] Voire plus largement des autorités européennes.

étatiques[80]. On trouve cette idée dès 1966 et l'arrêt *Consten et Grundig*[81]. Les ventes passives ont comme fonction de limiter les exclusivités territoriales absolues tout en préservant l'accord vertical : le volume de ventes issues de sollicitations spontanées ne peut en effet n'être que marginal puisque par définition les clients ne sont pas démarchés, contrairement à l'hypothèse des ventes actives. Les distributeurs voient donc leurs exclusivités territoriales en grande partie préservées : les ventes actives en dehors de l'exclusivité restent interdites ; les distributeurs ne peuvent se concurrencer directement sur leurs territoires d'exclusivité. Dans le monde analogique, la théorie des ventes passives se justifie notamment au regard d'une **logique *de minimis,*** bien que cela ne soit jamais explicitement expliqué ainsi : les ventes passives ne peuvent bouleverser la situation des distributeurs puisqu'elles ne sont, par construction, que marginales. En revanche, elles permettent d'améliorer le sort de certains clients individuels en répondant à leur demande spontanée[82]. Dès lors, dans une hypothèse de distribution numérique, on peut légitimement s'interroger : **alors que la Commission se réjouit du rôle d'Internet dans le cadre des ventes passives, cet outil ne devrait-il pas, au contraire, remettre radicalement en cause la légitimité de ces dernières ?**[83] Autrement dit, le fondement de la théorie des ventes passives semble déjà fragile dans le monde analogique mais il peut se comprendre. **En toute rigueur, le risque de généralisation des ventes passives à l'ère numérique devrait remettre en cause leur principe même.** Ce n'est pas l'orientation suivie par la Commission qui, au contraire, tend à donner aux ventes passives une place toujours plus privilégiée.

40. Par ailleurs, une question sous-jacente à l'application des ventes passives au secteur de l'audiovisuel est celle de l'opportunité d'appliquer une telle théorie à l'ère numérique[84]. Pour les ventes passives, la technologie numérique produits des effets variés : d'un côté, elle peut donner une fausse apparence de vente passive à une vente qui a en réalité été volontairement dirigée vers le consommateur. D'un autre côté, le risque de généralisation des ventes ainsi conclues est tel qu'on peut se demander s'il est encore opportun de distinguer entre ventes actives et ventes passives. Il s'agirait donc de revenir à un principe selon lequel le distributeur, en dehors de son

---

[80] Décis. n° 88/86 de la Commission, 18 déc. 1987, *JOCE*, n° L 49, 23 févr. 1988, *Fisher-Price/Quarker Oats Ltd* (pas de mention expresse du terme « *ventes passives* » mais le raisonnement sur l'impossibilité d'interdire les importations parallèles est très proche) ; TPICE, 19 mai 1999*, BASF Coatings (AG),* aff. T-175-95 (la décision vise explicitement le terme de « *ventes passives* » et condamne un accord qui les interdit) ; CJCE, 21 septembre 2006, *JCB Service,* aff. C-167-04 P (arrêt dans lequel la Cour approuve notamment la Commission d'avoir estimé que « dans un système de distribution exclusive, les ventes passives doivent être autorisées afin d'éviter que, les désavantages dans la concurrence ne l'emportent sur les avantages », point 178).

[81] Arrêt précité.

[82] L'augmentation du bien-être des consommateurs constitue un argument important, comme toujours en matière concurrentielle. Cette préoccupation est explicite dans le cadre de l'affaire *Sky :* v. notamment le Communiqué de presse de la Commission au sujet de la communication de griefs en date du 23 juillet 2015, IP/15/5432 qui rappelle des propos tenus par la commissaire en charge de la politique de concurrence, Margrethe Vestager : « *les consommateurs européens veulent pouvoir regarder les chaînes de télévision payantes de leur choix quel que soit le lieu où ils résident ou voyagent dans l'UE. Notre enquête indique que ce n'est pas possible actuellement, aussi parce que les accords de licence entre les grands studios de cinéma et Sky UK ne permettent pas aux consommateurs d'autres pays de l'UE d'accéder aux services de télévision payante britanniques ou irlandais de Sky, que ce soit par satellite ou en ligne. Nous pensons qu'il est possible que cela soit contraire aux règles de la concurrence de l'UE.* »

[83] Cette observation est peut-être encore plus importante au regard d'une autre approximation : la Commission vise parfois les bénéficiaires des ventes passives en parlant de « *clients individuels* ». Il n'est pas certain que soient ainsi exclus les professionnels. La possibilité pour des professionnels de conclure des ventes passives dans un autre territoire bouleverserait radicalement le marché de la distribution des œuvres audiovisuelles.

[84] En réalité le problème dépasse celui spécifique aux ventes passives, c'est un problème plus général : il est souvent malaisé de transposer des notions nées dans l'univers analogique à l'univers numérique. Contrairement à ce qu'il est souvent proclamé, la technologie est loin d'être neutre.

domaine d'exclusivité, ne puisse procéder à des ventes ni actives ni passives afin de préserver le fonctionnement du marché.

Le numérique remet en question la distinction entre ventes passives et ventes actives. Il devrait, dès lors, être impossible de maintenir le rôle que l'on fait jouer à cette théorie dès lors que l'on quitte le monde purement matériel.

3. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit de la concurrence

41. Le droit de la concurrence envisage l'interdiction des ventes passives comme une restriction par objet (3. 1). Pourtant, une mise en œuvre souple de la théorie des ventes passives serait souhaitable (3. 2.).

3. 1. L'interdiction des ventes passives est envisagée par le droit de la concurrence comme une « restriction par objet »

42. Le fait de qualifier l'interdiction des ventes passives de « *restriction par objet* » a des conséquences en matière probatoire, d'une manière générale, et en particulier pour l'affaire *Sky* (i). L'approche particulièrement sévère retenue par les autorités en charge de la concurrence s'explique par la priorité accordée par ces dernières à l'objectif de libre circulation (ii).

(i) Quel est l'enjeu de la qualification de « restriction par objet » ?

43. Restrictions par objet et par effet. La distinction entre les restrictions par objet et les restrictions par effet a un fondement textuel : les pratiques visées par les articles 101 TFUE ou L. 420-1 C. Com. sont celles qui ont « *pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser la concurrence* »[85]. Ce n'est pas le critère de l'intention qui permet de départir la restriction par objet ou par effet mais plutôt un critère de nocivité : relèvent des restrictions par objet celles qui sont considérées comme particulièrement graves, celles dont on considère qu'elles ont « *des effets nuisibles dans tous les cas* »[86]. C'est la certitude – ou la quasi-certitude – de l'effet nocif qui fonde la qualification[87], ce que la Cour de justice a explicitement rappelé dans l'arrêt *Cartes bancaires*[88] : les restrictions par objet correspondent à des « *comportements collusoires [qui] peuvent être considérés comme étant tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur, en particulier, le prix, la quantité ou la qualité des produits et des services qu'il peut être considéré inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE, de démontrer qu'ils ont des effets concrets sur le marché* » ; les restrictions par effet recouvrent les comportements qui ne présentent « *pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence* », ce qui suppose « *d'en examiner les effets et, pour [les] interdire, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint, soit faussé de façon sensible* ». C'est donc très explicitement le « *degré de nocivité* » qui constitue l'élément déterminant pour opérer la distinction entre restriction par objet et par effet[89].

44. Enjeu probatoire. L'enjeu de la distinction se situe sur le terrain probatoire : la caractérisation d'une restriction par objet permet d'alléger la charge de la preuve qui incombe à

---

[85] Nous soulignons.

[86] S. Gervasoni, « Restriction par objet, restriction par effet : quelle portée encore accorder à cette distinction ? », *Concurrences*, 17 avril 2015.

[87] M. Behar-Touchais, « Restriction par objet, restriction par effet : quelle portée encore accorder à cette distinction ? », *Concurrences*, 17 avril 2015.

[88] V. CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commission,* point 51. Cette affaire a été analysée comme constituant un retour à une conception stricte de la restriction par objet par la Cour, qu'elle semblait avoir un temps abandonnée.

[89] Au-delà du texte de la décision, la distinction entre restriction par objet ou par effet est moins nette : par exemple la Cour de justice prend en compte le contexte de la pratique et prône un examen concret et individuel dans les deux cas. Elle a en outre parfois tendance à prendre en compte les effets de la pratique pour la qualifier de restriction par objet… Il s'agit donc en réalité plus d'une différence de degrés que de nature entre les deux pratiques, v. S. Gervasoni, art. précité.

l'autorité compétente. Il n'est pas besoin de prouver les effets d'une restriction par objet sur le marché pour la condamner car l'expérience passée permet de prédire sa nocivité. Si, dans la logique des textes, le droit européen ménage la possibilité de sauver une restriction par objet[90], il sera, en pratique très difficile – voire impossible – de le faire[91].

45. La restriction par objet dans l'affaire *Sky*. Dans l'affaire *Sky,* comme, plus généralement, dans des affaires dans lesquelles sont en cause des protections territoriales[92], les autorités européennes considèrent que le fait de ne pas permettre les ventes passives en mettant en place un géo-blocage constitue une restriction par objet[93]. On trouvait déjà un raisonnement analogue dans l'arrêt *Premier League*[94] : **l'effet nocif de la restriction réside dans ses conséquences délétères sur le marché intérieur. La Cour avait pourtant adopté une approche bien plus nuancée dans l'arrêt *Coditel II*[95].**

46. Dans l'affaire ***Sky,*** les autorités européennes, et le TPIUE en particulier, estiment que **l'exclusivité territoriale pourrait être remplacée par un système de licences multi-territoriales** tenant compte de l'audience effective et potentielle dans chaque État membre visé[96] : un tel système serait plus favorable aux consommateurs européens ; les distributeurs compenseraient les pertes liées à l'abandon de l'exclusivité par une extension de leur champ d'action territorial. Outre le fait que la démonstration n'est pas étayée et qu'elle ne procède, en quelque sorte, que par affirmation, le raisonnement néglige complètement les équilibres et les principes juridiques sur lesquels reposent le paysage audiovisuel européen[97]. L'évolution constatée de la jurisprudence européenne à cet égard est de nature à préoccuper les acteurs du secteur au regard des enjeux en cause.

(ii) La qualification en restriction par objet est révélateur de la priorité accordée par les instances de l'Union européenne à l'objectif de libre circulation, au détriment d'une approche en termes d'efficacité économique

47. Une analyse fondée sur la forme des comportements. En qualifiant l'interdiction de ventes passives de restriction par objet, la Commission adopte un raisonnement qui s'attache à la forme du comportement litigieux et non à ses effets : elle envisage les restrictions territoriales comme des restrictions de concurrence parce qu'elles portent atteinte au marché intérieur. En effet, l'exercice des exclusivités territoire par territoire est contradictoire avec l'idée d'un marché unique, au sein duquel circulent les biens et services sans entraves. De ce point de vue, donc, dans cette logique de marché, on comprend l'hostilité des autorités à l'égard des exclusivités : ces dernières bloquent la libre circulation en créant des barrières juridiques. Mais il faudrait, au-delà de ce constat, analyser les restrictions territoriales au regard de leur efficacité économique, soit au regard de la quantité de la diversité et de la qualité des biens et services produits et distribués.

---

[90] La restriction par objet n'est en principe pas synonyme de restriction *per se.*
[91] V. M. Behar-Touchais, art. précité.
[92] V. par exemple l'arrêt de la Cour de justice *Consten et Grundig* précité.
[93] V. notamment point 48 de la décision du Tribunal.
[94] Arrêt précité. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré qu'« *un accord qui tendrait à reconstituer les cloisonnements de marché nationaux est susceptible de contrarier l'objectif du traité visant à réaliser l'intégration de ces marchés par l'établissement d'un marché unique* » ; dès lors, de tels accords « *doivent être considérés, en principe, comme des accords ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE* » (nous soulignons, point 139).
[95] CJUE, 6 octobre 1982, aff. 262/81, *Coditel SA et autres c. Ciné-Vog Films SA et autres*, *JOCE* 1982, p. 3381.
[96] V. la décision du TPIUE, principalement points 55 à 57.
[97] V. *infra* n° 56 et s. pour les problèmes posés au regard du droit d'auteur et n° 74 et s. pour les problèmes posés au regard du système économique de l'audiovisuel européen.

48. La nécessité de prendre en compte l'efficacité des exclusivités. L'analyse économique enseigne en effet que, dans un système de distribution, les exclusivités octroyées au distributeur peuvent, dans certaines hypothèses, se justifier car elles constituent des incitations à distribuer mieux et plus. Les économistes valorisent ainsi la concurrence inter-marques – c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises qui proposent, sur un même marché, des biens ou services concurrents – au détriment de la concurrence intra-marques – c'est-à-dire la concurrence que se livrent, entre eux, les distributeurs d'un même bien ou service[98], quitte, éventuellement à moins favoriser la libre circulation des biens ou services en cause. De ce point de vue, l'analyse économique est plus favorable aux restrictions verticales – ce que sont, par exemple, les exclusivités territoriales reconnues à des distributeurs – que ne le sont, parfois, les autorités européennes en charge de la concurrence, qui doivent également – avant tout ? – poursuivre l'objectif d'intégration des marchés[99]. Cette politique concurrentielle s'observe en général dans tout le droit européen[100] : **focalisées par la constitution et le maintien du marché intérieur, les autorités négligent trop souvent – pas systématiquement[101] – les conséquences en termes d'efficacité économique**. La difficulté est peut-être encore plus prégnante quand les exclusivités trouvent leur fondement non seulement dans une organisation commerciale et contractuelle mais également dans la mise en œuvre de droits de propriété littéraire et artistique.

3. 2. Le fait de moduler dans le temps les ventes passives pourrait limiter leur effet délétère tout en préservant la logique concurrentielle

49. La démarche qui consiste à adopter une approche plus souple des ventes passives se trouve d'abord dans les textes qui préconisent parfois la modulation dans le temps de cette exigence (i). On pourrait transposer le raisonnement au secteur audiovisuel (ii).

(i) L'idée de moduler dans le temps des ventes passives apparaît dans certains textes pour préserver l'apparition d'un produit nouveau

50. Produit nouveau et modulation dans le temps. Les exclusivités ne sont pas systématiquement combattues par le droit de la concurrence. Certains textes montrent qu'il existe une volonté de préserver les exclusivités dans certains cas, et notamment dans les hypothèses de restrictions verticales. Par exemple, les lignes directrices sur les accords verticaux reconnaissent qu'il peut être utile de préserver les exclusivités territoriales en décalant dans le temps la mise en œuvre de la théorie des ventes passives, notamment quand il existe **un produit nouveau**[102]. Les lignes directrices prennent en compte le fait que le distributeur qui introduit pour la première fois

---

[98] M. Motta, *Competition policy - Theroy and practice*, Cambridge Univ. Press 2004, pp. 305 et s.

[99] D'ailleurs, le droit de la concurrence américain qui a bien plus tôt intégré l'analyse économique adopte une approche moins dogmatique et refuse de mettre en œuvre la théorie des ventes passives, préférant préserver des exclusivités qui assurent une certaine efficience économique. C'est l'École de Chicago, et notamment les écrits du juge Richard Posner qui, dès les années 1970, ont influencé le droit américain et ont conduit, pour le domaine des restrictions verticales, à adopter une approche bien plus souple et favorable aux exclusivités. Pour la recherche française sur les restrictions verticales, on se reportera à P. Rey et J. Tirole, *Handbook of Industrial Organization,* 2007, éd. Elsevier, vol. 3, spéc. chapitre 3, pp. 2145-2220.

[100] V. *supra* n° 47 et s. sur la confusion entre l'objectif concurrentiel et l'objectif de marché intérieur. *Adde* n° 98.

[101] Certaines décisions reconnaissent l'intérêt des exclusivités, notamment lorsqu'elles sont fondées sur des droits de propriété intellectuelle : v. par exemple la décision *Coditel II* précitée (CJUE, 6 octobre 1982, aff. 262/81). Dans cet arrêt, la Cour de justice considère qu'une interdiction contractuelle de diffuser un film dans un territoire exclusif concédé sous licence à un autre ne viole pas intrinsèquement l'article 85 CEE (devenu 101 TFUE).

[102] Notamment point 61 des lignes directrices qui visent explicitement l'arrivée d'une « *nouvelle marque* ».

un produit sur le marché en cause « *peut être amené à effectuer des investissements importants là où auparavant il n'existait aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit de ce producteur* ». Or, poursuit la Commission, « *de telles dépenses sont souvent irrécouvrables* », si bien que « *dans ces circonstances, le distributeur pourrait refuser de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection, pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs* ». Aussi, pour la Commission, les exclusivités territoriales absolues se justifient, un temps, au regard du comportement qu'elles engendrent ainsi du côté du distributeur. Et la Commission de préciser que, dans ces circonstances, « *les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou à la clientèle visée qui sont nécessaires pour que le distributeur récupère ces investissements ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle, même si ce type de restriction caractérisée est normalement présumé relever de l'article 101, paragraphe 1* ». **Une place particulière est donc réservée aux restrictions verticales, et notamment aux exclusivités territoriales, pour encourager les distributeurs à procéder aux investissements nécessaires à l'introduction d'un nouveau produit sur un territoire**[103].

51. Transferts de technologie et modulation dans le temps. On peut également, dans la même logique, ajouter les lignes directrices concernant l'application de l'article 101, §1 TFUE aux transferts de technologie[104] : la Commission rappelle que l'interdiction des ventes passives réalisées par les licenciés sur un territoire constitue « *normalement des restrictions caractérisées* » mais qu'elle peut échapper à l'article 101, § 1 TFUE pour une « *certaine durée si les restrictions sont objectivement nécessaires pour que le preneur […] pénètre un nouveau marché* »[105]. Or, « *tel peut être le cas lorsque les preneurs doivent consentir des investissements substantiels dans des actifs de production et dans des actions de promotion pour démarrer et développer un nouveau marché* ». On peut alors tolérer l'interdiction des ventes passives car, en l'absence d'exclusivité absolue (temporaire), les « *preneurs renonceraient fréquemment à l'accord de licence* »[106]. On peut en conclure que la logique concurrentielle – économique, dans les textes – invite à une **application plus pondérée des ventes passives que ne semble vouloir le faire la Commission, notamment dans l'affaire *Sky*.**

(ii) Pourquoi moduler dans le temps les ventes passives dans l'audiovisuel ?

52. Remarque préliminaire : l'audiovisuel, des fausses exclusivités ? Si l'on observe précisément le fonctionnement du marché de l'audiovisuel, l'exclusivité territoriale des distributeurs est relative. Ne serait-ce que parce qu'il existe une multitude de formes d'exploitation des œuvres audiovisuelles et que, même si les œuvres cinématographiques sont, en

---

[103] On notera toutefois que le nouveau règlement.

[104] Les lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JOUE* n° C 89, 28 mars 2014 et v. le commentaire de L. Idot, *Europe* n° 5, mai 2014, comm. 212. Le règlement d'exemption pour les transferts de technologie de 2014 précité a formellement supprimé la tolérance temporaire à l'interdiction des ventes passives qui existait dans le règlement antérieur de 2004 mais la logique est reprise dans les lignes directrices.

[105] Point 126 des lignes directrices sur les transferts de technologie.

[106] Comme dans les lignes directrices sur les accords verticaux, la Commission considère qu'il faut alors tolérer l'interdiction des ventes passives pendant une période d'environ deux années ou plus, soit le temps « nécessaire pour que le preneur rentabilise ces investissements. Dans la plupart des cas, une période maximale de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur en question a, pour la première fois, commercialisé le produit contractuel ou l'a vendu à son groupe de clients exclusif serait considérée comme suffisante pour que le preneur rentabilise les investissements qu'il a effectués. Toutefois, dans un cas particulier, une période plus longue de protection pour le preneur pourrait être nécessaire pour que ce dernier rentabilise les coûts supportés » (point 126).

particulier, soumises aux règles de chronologie des médias[107], les fenêtres d'exclusivité dont disposent les différents distributeurs se chevauchent toutes au bout d'un certain temps[108]. Aussi, passé, au maximum, 4 ans, il n'existe en réalité, à l'intérieur de chaque territoire, plus de réelle exclusivité pour l'exploitation : chaque forme d'exploitation concurrence l'autre[109]. **En résumé, l'exclusivité ne porte jamais que sur un mode d'exploitation déterminée. Cette exclusivité est le plus souvent temporaire et les modes d'exploitation peuvent parfois être concomitants ou concurrents[110].** C'est dire que, du point de vue des professionnels du secteur, les attentes des consommateurs sont le plus souvent satisfaites.

53. Préserver les investissements dans l'audiovisuel. Il est possible de transposer le raisonnement défendu par les textes susvisés au secteur audiovisuel. La production audiovisuelle suppose des investissements de la part des distributeurs qui sont de plusieurs ordres : les dépenses de création, les coûts d'adaptation linguistique de l'œuvre, de promotion de l'œuvre dans les médias ou encore de mise en avant de l'œuvre sur les plateformes[111]. Le modèle de la production des œuvres audiovisuelles en Europe a en plus la particularité de reposer, en partie, sur un préfinancement des œuvres par les distributeurs dans la phase amont de production[112]. Le volume des investissements nécessaires, le risque inhérent à ce type d'activité appellent ce type de financement. Le système ne s'est pas développé ainsi par commodité mais par nécessité. Les distributeurs qui y participent attendent donc de recouvrer ces investissements au moment de l'exploitation de l'œuvre sur leur territoire, ce qui n'est possible que s'ils sont, un temps, les seuls à distribuer l'œuvre en question dans le mode de communication concerné. Le risque de ne pas recouvrer ces investissements décourageraient totalement les distributeurs d'y procéder[113], ce qui mettrait donc en péril tant le financement de la production que le fonctionnement du marché de l'audiovisuel[114].

54. Préserver la concurrence sur le marché de l'audiovisuel. À vouloir appliquer trop strictement (et immédiatement) la théorie des ventes passives à la distribution des œuvres audiovisuelles, on fait courir le risque qu'à terme il y ait un amenuisement de la concurrence : la perte de maîtrise de la distribution des œuvres par les studios américains pourrait les conduire à procéder eux-mêmes à la distribution de leurs œuvres, soit à s'intégrer verticalement. L'autre risque encouru est celui d'encourager la création d'un seul gros distributeur d'œuvres audiovisuelles sur le territoire européen, qui aurait su bénéficier des ventes passives et serait parvenu à absorber les distributeurs concurrents. On rejoint ici un enseignement de l'analyse économique, qui a été parfois entériné par les juges et que l'on a pu évoquer précédemment : il

---

[107] V. *infra* n° 83 et s.

[108] Exploitation en salles, DVD et VoD, chaînes cinéma, TV payante, SVoD, chaînes généralistes, etc. V. *infra* n° 83 et s. pour les développements sur la chronologie des médias.

[109] Ce à quoi on peut opposer que le raisonnement concurrentiel envisage chaque mode d'exploitation comme un marché pertinent en soi, si bien que sur chaque marché, il y a bien une exclusivité « absolue ».

[110] V. toutefois pour un rejet – sans explication - de cet argument la décision du Tribunal, point 70.

[111] On parle à ce sujet d'éditorialisation.

[112] V. *infra* n° 74 et s. sur le marché de l'audiovisuel.

[113] Le mécanisme est particulièrement bien décrit par la Commission dans les lignes directrices sur les transferts de technologie, autre forme de transfert d'actifs immatériels, point 126 : « les risques auxquels le nouveau preneur sera confronté peuvent donc être importants, notamment parce que les dépenses promotionnelles et les dépenses d'investissement dans les actifs nécessaires pour produire avec une technologie donnée constituent souvent des dépenses à fonds perdus, c'est-à-dire que lorsque le preneur quitte ce champ d'activité particulier, il ne peut utiliser l'investissement pour d'autres activités ni le vendre sans subir une perte importante ».

[114] V. *infra* n° 74 et s. sur le marché de l'audiovisuel.

est préférable d'admettre un temps l'absence de concurrence intra-marques pour encourager, à terme, la concurrence inter-marques[115].

Ce questionnement est d'autant plus important qu'il est loisible de se demander si la Commission ne cherche pas à régler un problème… inexistant. C'est un débat qui dure maintenant, entre la Commission et les parties prenantes. Par exemple existe-t-il réellement une demande d'accès à des œuvres audiovisuelles sur le territoire européen qui ne serait pas comblée ? Est-ce qu'il y a réellement un problème d'efficience dans le secteur audiovisuel ? On peut en douter. L'application des ventes passives au secteur audiovisuel est d'autant plus préoccupante qu'est fondamentalement en jeu le droit d'auteur, dans son exercice, bien sûr, mais peut-être, plus radicalement, dans son existence. Ce sont en effet les caractéristiques fondamentales de ce droit qui sont remises en cause par les ventes passives.

55. Distinguer libre circulation et efficacité économique. La question de l'épuisement du droit d'auteur est centrale évidemment dès lors qu'il est question de concilier la mise en œuvre du droit d'auteur, d'une part et la logique du droit de la concurrence, d'autre part, surtout lorsque cette dernière se confond avec l'objectif de libre circulation. Comme cela a déjà été observé, lorsque les autorités envisagent les restrictions verticales dans la perspective d'une logique concurrentielle, les conclusions peuvent être favorables aux restrictions car elles encouragent les distributeurs à fournir des efforts qui améliorent la qualité des biens pour les consommateurs. En revanche, si c'est sous le prisme du principe de libre circulation que la question est abordée, la perspective est très différente et il est alors très difficile de sauver l'accord vertical, fût-il fondé sur l'exercice d'un droit d'auteur, droit de propriété exclusif.

La logique de libre circulation ne doit pas l'emporter systématiquement sur la logique concurrentielle. Il faut admettre qu'il peut être souhaitable de tolérer certains cloisonnements qui, à long terme, sont bénéfiques aux consommateurs.

[115] V. *supra* n° 47 et s.

4. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit d'auteur

56. La remise en cause des exclusivités territoriales par le biais du recours à la théorie des ventes passives constitue en soi une atteinte au caractère exclusif du droit d'auteur (4. 1.). Il existe, en outre, de sérieux problèmes quant aux modalités de mise en œuvre des ventes passives au marché de l'audiovisuel au regard du respect du droit d'auteur (4. 2.).

4. 1. La mise en œuvre de la théorie des ventes passives remet en cause le caractère exclusif du droit d'auteur, alors que le contexte normatif européen tend à le préserver

57. L'exclusivité est au fondement du droit d'auteur. Elle participe de sa nature (i). Par ailleurs les derniers textes européens touchant de près ou de loin à l'exclusivité territoriale du droit d'auteur peuvent être lus comme une réaffirmation, directe ou indirecte, de l'attachement du droit européen au principe d'exclusivité, et donc de possibilité d'exercice territoire par territoire du droit d'auteur (ii). Dans ce contexte, la mise en œuvre de la théorie des ventes passives apparaît comme d'autant plus injustifiée (iii).

(i) L'exclusivité est au fondement du droit d'auteur et n'est remise en cause que de manière très circonstanciée

58. Affirmation de l'exclusivité du droit d'auteur. Le droit de la propriété littéraire et artistique repose, pour son versant patrimonial, sur la reconnaissance d'un droit exclusif au bénéfice des créateurs et des titulaires de droits. Cette caractéristique, directement issue du droit de propriété, est consacrée aussi bien en droit français[116] qu'au niveau européen[117] ou international[118]. En dehors du jeu des exceptions[119], seul l'auteur ou les ayants droit des œuvres ont la faculté de décider de leur sort : autoriser leur exploitation, l'interdire, décider des modalités de l'exploitation le cas échéant[120]. Aussi, lorsqu'un studio choisit le distributeur de ses œuvres sur un territoire, impose les limites et les modalités de l'exploitation de celles-ci, le tout dans un contrat, il s'agit de l'expression de l'exclusivité de son droit sur ses œuvres[121]. Le droit d'auteur est

---

[116] Art. L. 111-1 du CPI : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ».

[117] Pour la définition du droit de reproduction, on se reportera à l'article 2 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOUE* L 167, 22 juin 2001, pp. 10-19 (ci-après « directive DADVSI »). L'article 3 relatif à la définition du droit de communication au public, ainsi que les nombreuses occurrences qui renvoient à « l'exclusivité » des droits ainsi reconnus aux auteurs pour ne se limiter qu'à ce seul texte européen, considéré comme constituant le droit commun européen du droit d'auteur, de la plume même de la Cour de justice (v. la décision *Usedsoft* précitée, point 56 : la directive relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur « constitue une *lex specialis* » par rapport à la directive DADVSI).

[118] V. notamment l'article 9 (définition du droit de reproduction) et l'article 11 (définition du droit de représentation) du Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 qui constitue le dernier arrangement en date de la Convention de Berne. La CJUE a affirmé à plusieurs reprises que la Convention de Berne faisait partie intégrante du droit de l'Union.

[119] On remarquera d'ailleurs que, lorsqu'est mise en œuvre une exception au droit d'auteur, il est nécessaire de vérifier que le jeu de l'exception vérifie le test des trois étapes et que, notamment, la mise en œuvre de l'exception ne risque pas de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Or ici il existe un risque sérieux que la mise en œuvre de la théorie des ventes passives ouvre un marché qui concurrence directement l'exploitation normale des œuvres.

[120] V. Ch. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Lexis Nexis, 4ème éd., 2015, spéc. n° 297, p. 260.

[121] En droit interne, l'article L. 131-3 du CPI prévoit explicitement que, pour être valable, la cession d'un droit d'auteur doit préciser le territoire concerné : « la transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine

donc, par nature, le pouvoir de dire « oui » ou « non », « comment », « quand » et « combien ». Cette approche, universelle, est naturellement consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne. Il est mondialement admis que les droits patrimoniaux accordés à un auteur se décomposent en deux aspects : d'une part, le droit d'autoriser l'utilisation de l'œuvre ; d'autre part, celui de l'interdire. Ce dernier aspect a été mis en exergue par la Cour de justice dans sa présentation de ce qu'il est convenu d'appeler le monopole d'exploitation. Ainsi la CJUE a pu énoncer au point 30 de sa décision rendue – en grande chambre – le 30 juin 2016[122] : « *en effet, les auteurs disposent, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, d'un droit de nature préventive leur permettant de s'interposer entre d'éventuels utilisateurs de leur œuvre et la communication au public que ces utilisateurs pourraient envisager d'effectuer, et ce afin d'interdire celle-ci* » (souligné par nous).

59. Exception de l'épuisement du droit de distribution. La force de cette exclusivité est atténuée par le droit européen, pour intégrer, sous des conditions bien précises, le principe de libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur : il s'agit de l'épuisement du droit de distribution. En effet, l'exercice du droit d'auteur, droit exclusif, se heurte, *a priori,* à la logique européenne du marché unique : la territorialité des droits – directement issue de du caractère exclusif du droit d'auteur – recrée, pour la circulation des œuvres, les frontières que le principe de libre circulation voudrait abolir. Cette opposition n'est pas nouvelle et la Cour de justice a élaboré, depuis les années 1970, une solution de conciliation avec la théorie de l'épuisement du droit de distribution des exemplaires matériels des œuvres[123] : une fois que le titulaire de droits a consenti à la mise en circulation d'exemplaires physiques de son œuvre sur un territoire européen, il ne peut plus s'opposer à leur circulation, notamment par leur importation, au sein des autres territoires de l'Union. Le droit de distribution est donc un droit qui s'épuise au premier usage : une fois donnée l'autorisation de commercialisation d'exemplaires de son œuvre, le titulaire de droit en perd la maîtrise. Il ne peut exercer sa faculté d'autoriser ou d'interdire pour un seul territoire de l'Union ; cette autorisation vaut alors pour tous les territoires de l'Union. En l'état actuel, la jurisprudence sur l'épuisement des droits ne s'applique qu'à l'hypothèse de la distribution physique d'exemplaires d'une œuvre ou à l'exemplaire immatériel d'un logiciel[124]. La jurisprudence exclut ainsi l'épuisement du droit **du droit de communication[125], sorte de distribution immatérielle des œuvres. L'épuisement du droit de distribution, sorte d'exception à la territorialité des droits n'est donc interprété que strictement et**

---

d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, *quant au lieu* et quant à la durée » (nous soulignons).

[122] CJUE, (grande chambre) 31 mai 2016, Affaire C-117/15, *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH contre Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*

[123] Les premières décisions sur l'épuisement du droit de distribution concernaient la vente de disques : v. CJCE, 8 juin 1971, aff. 78-70, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Rec.* 1971, p. 487 et CJCE, 20 janv. 1981, aff. jtes 55/80 et 57/80, *Musik-Vertrieb* c. GEMA, *Rec.* CJCE 1981, I, p. 117. La Cour a recherché une conciliation entre les anciens articles 30 et 36 du traité de Rome (Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) en date du 25 mars 1957. Article 30 : « les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres […] ». L'article 36 constitue une exception à la mise en œuvre de l'article 30, notamment si les restrictions sont liées à la protection de la « propriété industrielle et commerciale », tant qu'il n'y pas de restriction déguisée).

[124] Arrêt *Usedsoft.*

[125] CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel et autres c. Ciné Vog Films et autres*, *Rec.* 1980, p. 881 (*Coditel I*). Seul le droit de reproduction s'épuise, pas le droit de communication au public (droit de représentation en droit français), v. Ch. Caron, *op. cit.,* spéc. n° 319, p. 289. Plus récemment, mais outre-Atlantique, v. la décision *ReDigi* par laquelle le juge américain a refusé de consacrer la doctrine du *first sale* et a déclaré illicite l'activité consistant à revendre sur le marché d'occasion des fichiers mp3 : District Court Southern District of New York, *Capital Records LLC vs . ReDigi Inc,* 30 mars 2013.

correspond à des hypothèses bien définies.

(ii) Les derniers textes européens réaffirment en creux l'attachement à une possible mise en œuvre territoriale du droit d'auteur

60. Les derniers textes d'origine européenne relatifs au droit d'auteur[126] demeurent tous fondés sur le principe d'exclusivité – même quand il s'agit d'y apporter, expressément, un tempérament - et rappellent également le principe de sa territorialité, même quand il s'agit, apparemment, d'en limiter l'exercice. Au titre de ce dernier aspect, outre la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur[127], qui exclut explicitement du champ de la libre prestation des services les droits d'auteur et droits voisins et, d'une manière générale les droits de propriété intellectuelle[128], on peut identifier trois textes récents qui ont, d'une manière ou d'une autre, directement ou indirectement, préservé le principe de la territorialité du droit d'auteur, dans des contextes où celui-ci aurait pu être abandonné : le règlement portabilité en date du 14 juin 2017[129], le règlement géo-blocage en date du 28 février 2018[130] et le texte modifiant la directive câble et satellite de 1993[131], en date du 17 avril 2019[132].

- **le Règlement portabilité** cherche à permettre, par les consommateurs résidant sur un État membre de l'Union européenne et qui disposent, dans leur pays de résidence originelle, d'un abonnement à un service de contenus en ligne[133], l'accès à ces contenus, même ceux protégés par des droits de propriété intellectuelle, alors qu'ils se trouvent temporairement en résidence dans un autre État membre. En pratique, cet accès n'était pas possible avant le règlement, parce que les fournisseurs des contenus ne détenaient les droits que pour l'État de résidence habituelle. Par le truchement d'une fiction juridique[134], le règlement permet l'accès aux services dans tous les États de l'Union européenne, tout en affirmant explicitement ne pas vouloir remettre en cause « *les modèles de licence existants, tels que les licences territoriales* », ni *« porter atteinte aux mécanismes de financement existants* »[135]. Par

[126] On pourrait d'ailleurs ajouter un texte de *soft law* français : en matière audiovisuelle en France, les accords sur la transparence obligent les producteurs à rendre des comptes territoire par territoire.
[127] Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOUE* L 376, 27 déc. 2006 pp. 36–68.
[128] Art. 17. 11 de la directive relative aux services.
[129] Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, *JOUE L* 168, 30 juin 2017, pp. 1-11 (« règlement portabilité »), applicable depuis le 20 mars 2018.
[130] Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur , et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (ci-après « règlement géo-blocage »).
[131] Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOUE* L 248, 6.10.1993, pp. 15-21.
[132] Directive du Parlement européen et du Conseil en date du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil.
[133] Abonnement à une chaîne payante (*Canal + ou OCS,* par exemple), ou à un service de SVoD (*Netflix, Amazon*) ou encore à un service de musique en ligne (*Deezer, Apple music*, etc.).
[134] Art. 4 du règlement portabilité : « *La fourniture d'un service de contenu en ligne au titre du présent règlement à un abonné présent temporairement dans un État membre, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par l'abonné, sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence de l'abonné* ».
[135] Considérant 12 du règlement portabilité. Dans la formulation retenue par le texte, les licences territoriales sont associées au « niveau élevé de protection garanti par le droit d'auteur et les droits voisins dans l'Union ».

ailleurs, le Règlement distingue très explicitement la question qu'il règle de celle des ventes passives, en précisant que ce texte ne peut fonder de telles ventes : « *le concept de portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne devrait être différencié du concept d'accès transfrontalier, par les consommateurs, à des services de contenu en ligne fournis dans un État membre autre que leur État membre de résidence, qui n'est pas couvert par le présent règlement* »[136].

- **le Règlement géo-blocage**, cherche à supprimer les blocages géographiques mis en place par des services en ligne, qui ont pour effet de cantonner chaque consommateur à des services en ligne nationaux. Le règlement exclut de son champ un certain nombre de secteurs, et notamment « *les services audiovisuels, y compris les services dont l'objet principal est l'accès aux retransmissions de manifestations sportives et qui sont fournis sur la base de licences territoriales exclusives* »[137]. Par ailleurs, la clause de réexamen précise que devra être en particulier rediscutée la question du champ d'application du règlement, pour notamment « *déterminer si le présent règlement devrait s'appliquer aux services fournis par voie électronique dont la principale caractéristique est de fournir un accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés et de permettre leur utilisation* ». Toutefois, et la précision est fondamentale, le règlement précise bien que cette extension du champ ne devrait se faire que « *pour autant que le professionnel ait les droits requis pour les territoires concernés* », **ce qui exclut donc *a priori*, même en cas d'éventuelle extension du champ du règlement aux œuvres audiovisuelles, par exemple, un mécanisme de ventes passives.**
- **la Directive relative à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmission de programmes de télévision et de radio**[138] cherche à étendre le principe du pays d'origine pour faciliter la diffusion des programmes dans le cadre des services en ligne accessoires[139]. Le principe du pays d'origine, déjà prévu par la directive de 1993 pour la diffusion des œuvres par satellites[140], permet en effet de faciliter l'obtention des droits sur les programmes en question, en échappant à une négociation territoire par territoire : ce principe est directement contraire à un exercice du droit d'auteur territoire par territoire. Il reste néanmoins très strictement cantonné dans le nouveau texte : seules les relations entre les ayants droit et les organismes de radiodiffusion sont concernées par le principe du pays d'origine[141]. Par ailleurs, seuls certains programmes sont concernés : les programmes d'actualités et d'informations et les programmes intégralement financés par l'organisme[142]. En outre, de manière analogue au règlement portabilité, ce texte de directive affirme son autonomie – voire son antinomie ? – avec les ventes passives : « *le principe du pays d'origine énoncé dans la présente directive ne devrait pas conduire à imposer aux organismes de radiodiffusion […] une obligation de fournir de tels services en ligne accessoires dans un État membre autre que l'État membre de leur établissement principal* »[143].

61. Ces textes ne se contentent pas de reconnaître la réalité de la territorialité du droit d'auteur : en creux, ils la consacrent. Et ils semblent même tous, bien que d'une manière

---

136 Considérant 12 *in fine* du règlement portabilité.
137 Règlement géo-blocage, considérant 8.
138 Directive du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019, précitée.
139 Catch-up TV, rediffusion en ligne, etc.
140 V. également *infra* n° 70 et s.
141 Considérant 9 de la directive du 17 avril 2019.
142 Considérant 10 et article 3 de la directive du 17 avril 2019.
143 Considérant 11 de la directive du 17 avril 2019.

différente, rejeter la mise en œuvre des ventes passives. Il y a deux manières d'interpréter ce paysage législatif. La première consiste à remarquer que, lorsque les équilibres sont pensés au niveau normatif, entre toutes les parties prenantes, l'exclusivité du droit d'auteur qui, au niveau européen, se traduit par une mise en œuvre du droit d'auteur différenciée dans chaque État membre, est préservée : son intérêt est reconnu comme suffisamment légitime pour que ce principe soit « sanctuarisé ». Dès lors, l'application d'une règle issue du droit de la concurrence (théorie des ventes passives), qui briderait ou briserait l'exercice territorial de ces droits, porterait atteinte à l'exclusivité du droit d'auteur et donc ne pourrait être regardée que comme étant illégitime. En effet, elle **constituerait potentiellement une dérogation beaucoup plus générale au principe d'exclusivité que les textes évoqués, en s'inscrivant dans une logique de libre circulation bien plus radicale**. L'autre manière d'interpréter ces textes est de dire que la mise en œuvre des règles de concurrence reste le droit commun européen, si bien que la mise en œuvre de la théorie des ventes passives peut se faire malgré ce contexte normatif plutôt favorable à l'exclusivité du droit d'auteur[144]. Mais à quoi bon établir des textes spécifiques, en contemplation tant des impératifs de concurrence que des nécessités propres à la propriété littéraire et artistique, si c'est pour défaire, en aval, des équilibres pensés et voulus en amont ? Comment un service de la Commission peut-il détruire une construction longuement murie par le Parlement, le Conseil et … la Commission ? Et cela, pratiquement dans un même trait de temps.

62. La remise en cause de l'exclusivité dans l'affaire *Sky*. L'exclusivité territoriale dans les contrats conclus entre les studios et les distributeurs des œuvres audiovisuelles n'est donc pas uniquement la suite d'une stratégie commerciale : **il s'agit d'une modalité d'exercice d'un droit reconnu par tous les textes relatifs au droit d'auteur, à tous les niveaux dans la hiérarchie des normes[145]**. Puisque la territorialité du droit d'auteur résulte de la mise en œuvre contractuelle du droit exclusif reconnu aux ayants droit, assurer, comme le fait la Commission, que la procédure entamée contre *Paramount* et les autres studios américains ne vise à remettre en cause que les restrictions contractuelles et non le droit d'auteur[146] n'a pas de sens. Il serait au contraire possible d'aller jusqu'à affirmer que **les restrictions contractuelles sont une expression naturelle du droit d'auteur qui repose sur un principe d'appropriation mis en œuvre par un système de réservations**. La territorialité est la conséquence de l'exclusivité, principe qui est de la nature du droit de propriété dont le droit d'auteur est une manifestation. L'exclusivité a d'ailleurs été proclamée, dans certains pays, comme ayant une valeur constitutionnelle[147]. Elle est naturellement présente dans toutes les constructions nationales respectueuses de l'ordonnancement juridique mondial. Elle est consubstantielle de la nature propriétaire du droit d'auteur ce qui fait entrer ce dernier dans la catégorie des droits fondamentaux. C'est ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 18 décembre 2000[148], garantit, dans son article 17. 2, la protection de la propriété intellectuelle au

---

[144] Ce peut être d'ailleurs une manière d'interpréter le considérant 13 de la directive du 17 avril 2019, qui prévoit qu'« *en vertu du principe de la liberté contractuelle, il restera possible de limiter l'exploitation des droits concernés par le principe du pays d'origine énoncé dans la présente directive, **à condition que de telles limitations respectent le droit de l'Union*** » (nous soulignons).

[145] D'ailleurs, les textes européens et les décisions de justice rattachent désormais le droit d'auteur aux droits fondamentaux.

[146] Ce qui renvoie à une sorte de distinction entre l'existence et l'exercice du droit d'auteur, que l'on retrouve notamment dans les décisions qui appliquent le droit de la concurrence au droit d'auteur.

[147] Comme, par exemple, aux États-Unis d'Amérique.

[148] J.O. n° C 364/01, 18 décembre 2000.

titre « du droit de propriété ». Cette qualification de droit fondamental est également reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne[149] et se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[150]. Les solutions du Conseil constitutionnel français sont également en ce sens[151].

63. Conclusion. De tout cela il résulte que s'attaquer à la territorialité du droit de propriété littéraire et artistique, c'est s'attaquer au principe d'exclusivité et donc porter atteinte à l'un des effets fondamentaux du droit d'auteur au risque d'en transformer la nature. On peut s'interroger sur l'intérêt d'un changement de paradigme alors même que cette transformation n'aurait pas nécessairement pour conséquence d'offrir réellement, dans les faits, aux consommateurs un accès aux œuvres audiovisuelles[152] - accès dont on peut même se demander s'il fait l'objet d'une demande réelle[153] – et qu'elle aurait, en outre, des effets pratiques importants risquant de menacer le financement et donc peut-être l'existence même d'une industrie audiovisuelle européenne[154].

---

[149] CJUE (grande chambre), 12 septembre 2006, aff. C-479/04, *Laserdisken ApS c. Kulturministeriet* : point 65 « *or, en l'espèce, la restriction alléguée de la liberté de recevoir des informations est justifiée au regard de la nécessité de protéger les droits de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, qui font partie du droit de propriété* ».
Adde : CJUE, 2e ch., 8 septembre 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherland BV et a.* : « *31. En même temps, il découle des considérants 3 et 31 de la directive 2001/29 que l'harmonisation effectuée par celle-ci vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression* ».

[150] CEDH, 29 janv. 2008, aff. 19247/03, *Balan c. Moldavie.*
Dans cette affaire un photographe se plaignait qu'une de ses œuvres, représentant un château moldave, était reproduite, sans son autorisation (et sans rémunération), sur toutes les cartes nationales d'identité délivrées à ses ressortissants par l'État de Moldavie. Dans cette décision, la Cour de Strasbourg reconnaît que les œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur sont des « biens » au sens de la Convention EDH et plus précisément au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel. Pour caractériser la violation du droit d'auteur du photographe, la Cour a vérifié que l'atteinte au respect de son œuvre commise par l'État moldave n'était pas justifiée par une « cause d'utilité publique », conformément à l'article 1er, alinéa 2, du protocole susvisé (raisonnement habituel en cas de conflit entre deux droits fondamentaux). Pour ce faire, elle s'est livrée à un « test de proportionnalité » consistant à analyser l'utilisation de l'œuvre au regard du but d'intérêt général concerné ce qui l'a conduite à estimer que la violation du droit d'auteur ne pouvait recevoir de justification.

[151] Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 *: « 14. Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; que son article 17 proclame : " La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité " ; 15. Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins ».*

[152] Les engagements ne se contentent que d'interdire les ventes passives, ils n'imposent pas la conclusion de ventes spontanément sollicitées par des consommateurs, v. *infra* n° 64 et s.

[153] V. *infra* n° 75 et s.

[154] V. *infra* n° 74 et s.

4. 2. Les modalités de mise en œuvre de la théorie des ventes passives soulèvent des questions au regard du respect du droit d'auteur

64. Préambule sur la portée des ventes passives. Il est nécessaire de rappeler que, dans la logique du droit de la concurrence, la théorie des ventes passives consiste à ne pas interdire ces dernières, sans nécessairement les imposer. Par exemple, comme on a pu le voir précédemment, les engagements de *Paramount* ont consisté à supprimer les clauses interdisant la possibilité aux distributeurs – en l'occurrence la chaîne *Sky* – de procéder à des ventes passives mais en aucun cas à garantir que de telles ventes auraient lieu. En définitive, il s'agit d'une obligation de ne pas interdire pour le fournisseur, non d'une obligation de faire pour le distributeur et il nous semble, par ailleurs, que les conditions d'un refus de vente ne seraient pas, dans cette hypothèse, réunies[155]. Cette circonstance relativise donc la consistance des engagements. Toutefois, si l'on pousse le raisonnement et que l'on imagine l'hypothèse où de telles ventes auraient lieu, des difficultés surgissent.

65. Identification des problèmes propres au droit d'auteur. Les difficultés ici évoquées sont propres à la distribution d'objets protégés par des droits de propriété littéraire et artistique[156]. L'existence de ces droits implique que, pour qu'un distributeur puisse exploiter les œuvres sur un territoire, il doit avoir obtenu les droits pour le territoire en question (ou bénéficier d'une exception expressément prévue). Or selon la pratique du secteur audiovisuel, les distributeurs obtiennent des droits non pas pour l'ensemble du territoire européen mais uniquement pour un territoire – parfois pour un bassin linguistique[157]. Ainsi, par exemple, la chaîne *Sky* négocie-t-elle des droits pour exploiter des œuvres et les proposer à ses clients pour le Royaume Uni et l'Irlande : c'est sur ces territoires que la chaîne peut procéder à des ventes actives, en vertu des contrats qui la lient avec les studios, titulaires originaires des droits sur les œuvres audiovisuelles. L'application de la théorie des ventes passives tend à permettre à la chaîne *Sky* d'autoriser l'accès à ses programmes, par satellite, ou en ligne, à des clients situés sur des territoires en dehors du Royaume-Uni et de l'Irlande. Cette mise à disposition se fait donc en dehors des droits contractuellement négociés. Or la Commission ne se prononce pas sur les modalités de cette ouverture aux ventes passives (comment, par exemple, éviter le grief de contrefaçon que peut encourir la satisfaction de la demande du consommateur ?), au point que l'on peut se demander si le problème a été perçu. En réalité, plusieurs hypothèses sont envisageables sans qu'il ne soit possible de savoir la solution qui s'impose dans l'esprit des promoteurs de l'application de la théorie. Pour illustrer la problématique, exemple sera pris de la situation de la chaîne Sky même si, d'une part, comme cela a été dit, ce rapport n'a pas pour objet de traiter de cette affaire particulière et si, d'autre part, les rédacteurs de ce rapport ignorent tout de la situation effective des parties dans ce contentieux.

- La première hypothèse repose sur l'idée que les ventes passives ne supposent pas d'obtenir des droits supplémentaires à ceux obtenus dans le cadre du contrat initial (i).
- Suivant la deuxième hypothèse, le distributeur doit, au contraire, obtenir les droits sur l'ensemble des territoires qu'il s'agisse de ventes passives ou actives (ii).
- Enfin, la troisième hypothèse rejoint un raisonnement mis en œuvre dans le règlement

[155] V. en annexe les développements sur le refus de vente.
[156] Droit d'auteur et droits voisins du droit d'auteur.
[157] V. *infra* n° 74 et s. sur le fonctionnement du marché de l'audiovisuel en Europe.

portabilité et repose sur l'admission d'une fiction juridique (iii).

(i) Première hypothèse : les ventes passives n'imposent pas d'obtenir les droits sur les territoires couverts au-delà de l'exclusivité

66. Exposé de l'hypothèse. La première hypothèse consiste à supposer que la Commission considère que la chaîne *Sky* doit permettre l'accès aux œuvres à des clients en dehors du territoire d'exclusivité sans avoir obtenu, en amont, les droits auprès des titulaires. Cette situation aboutirait à une exploitation non autorisée d'une œuvre protégée, soit un acte de contrefaçon. La situation serait alors juridiquement encore plus critiquable que lorsque, par exemple, les autorités européennes mettent en œuvre la théorie des facilités essentielles à l'exercice d'un droit d'auteur car, dans ces hypothèses[158], l'utilisation de l'objet protégé par un concurrent repose sur une licence forcée et non un acte de contrefaçon.

67. Exclusion de l'hypothèse. Il semble difficile d'imaginer que la Commission puisse envisager que la mise en œuvre d'une politique concurrentielle puisse se faire au prix d'actes de contrefaçon, alors même que le droit européen lui-même protège le droit d'auteur et considère que les titulaires de droits doivent obtenir une « *rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres* »[159]. La Cour de justice a même considéré que « *la faculté pour le titulaire des droits d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvre* »[160]. D'ailleurs, dans l'affaire *Sky*, la Commission comme le Tribunal rappellent à plusieurs reprises qu'il ne s'agit pas de remettre en cause le droit d'auteur. La contradiction nous semble trop importante pour que cette hypothèse puisse être retenue. Les échanges informels des rédacteurs de ce rapport avec la Commission confirment le rejet de toute admission d'actes contrefaisants.

(ii) Deuxième hypothèse : les ventes passives supposent d'obtenir les droits sur l'ensemble des territoires effectivement couverts

68. La deuxième hypothèse se situe à l'opposé de la première : dans une perspective maximaliste, la mise en œuvre de la théorie des ventes passives reposerait sur l'obligation pour le distributeur d'obtenir, en amont, les droits relatifs aux œuvres audiovisuelles qu'il souhaite distribuer sur l'ensemble des territoires européens. Cette solution aurait certes l'avantage de respecter certains des principes du droit d'auteur. Elle n'en resterait pas moins irréaliste. Tout d'abord, peu de distributeurs seraient en mesure, financièrement, de pouvoir acquérir les droits sur les programmes audiovisuels pour l'ensemble des territoires de l'Union : **les ventes passives auraient alors pour effet de favoriser les plus gros distributeurs, au risque d'une importante concentration du secteur**[161]. L'autre effet potentiel pourrait être que, **perdant la maîtrise de leurs œuvres sur les marchés secondaires, les titulaires de droits en**

---

[158] La théorie des facilités essentielles a été appliquée au droit d'auteur principalement dans les arrêts suivants : CJCE, 6 avril 1995, aff. jtes C-241/91 P et C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commission des Communautés européennes, Rec.* 1995, I, p. 743 (« Magill ») ; CJUE, 29 avril 2004, aff. C-418/01 *IMS Health c. NDC Health GmbH, Rec.* 2004, I, p. 5039 (« IMS Health ») ; TPIUE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, *Rec.* 2007, II, p. 3601.

[159] Considérant 10 de la Directive DADVSI.

[160] Arrêt *Coditel I* précité, point 14.

[161] V. sur cette idée l'étude de l'Observatoire européen de l'audiovisuel de 2015, spéc. p. 14, sur l'idée que la conclusion d'accords multi-territoriaux bénéficie principalement aux plus gros services de SVoD et qu'un tel système se ferait au détriment des plus petits services.

viendraient à exiger un niveau de redevances plus élevé sur le marché principal. La logique de l'exercice du droit d'auteur marché par marché, sa « fonction essentielle » seraient alors remises en question sans effets nécessairement bénéfiques pour les utilisateurs des œuvres[162].

69. Par ailleurs, l'obligation d'obtenir des droits pour tous les territoires de l'Union **contrevient au principe de liberté de commerce et à la liberté contractuelle** puisque, selon cette construction, la Commission imposerait le champ géographique des contrats liant les studios et les distributeurs[163] en obligeant ces derniers à investir pour des zones géographiques qui, *a priori*, ne les intéressaient pas.

(iii) Troisième hypothèse : les ventes passives reposent sur une fiction juridique

70. Exposé. La troisième hypothèse renvoie à la création prétorienne d'une fiction juridique : il s'agirait de faire *comme si* les actes d'exploitation des œuvres, dans le cadre des ventes passives, sont réalisés sur le seul territoire d'exclusivité du distributeur. Dans cette perspective, permettre à un client qui en fait spontanément la demande d'avoir accès à des œuvres audiovisuelles ne constitue pas un acte de contrefaçon et n'impose pas d'avoir acquis les droits sur son territoire de résidence effective.

71. Analogie avec le règlement portabilité. On peut trouver là une analogie avec le système mis en place au niveau législatif par le tout récent Règlement portabilité précédemment exposé[164]. Ce texte cherche à régler le problème des consommateurs qui ont acquis, notamment par un abonnement[165], un droit d'accès à des œuvres protégées sur leur territoire de résidence et qui souhaitent, lors d'un déplacement dans un autre État membre[166], avoir accès aux contenus en question, qu'il s'agisse de musique, de jeux, d'œuvres audiovisuelles ou encore de manifestations sportives »[167] à partir de leurs « appareils portables »[168]. Or, en pratique, et précisément pour respecter les exclusivités territoriales des ayants droit[169], les fournisseurs de services de contenu en ligne organisent un géo-blocage des contenus, si bien que leurs clients ne peuvent plus avoir accès aux contenus en cause dès qu'ils sortent de leur territoire de résidence[170] : c'est là l'une des

---

[162] La Cour de justice a elle-même affirmé que « *la faculté pour le titulaire des droits d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film* » ainsi que l'exigence d'une rémunération appropriée faisait partie « *de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvre* » (arrêt *Coditel I* précité, point 14).

[163] Il se trouve que, dans le domaine spécifique du droit d'auteur, le principe de liberté contractuelle est spécifiquement rappelé par la Directive du Parlement européen et du Conseil en date du 17 avril 2019 établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, en son considérant 13.

[164] V. *supra*, n° 60.

[165] Le règlement précise spécifiquement qu'il s'applique « *aux services de contenu en ligne qui sont fournis contre rémunération* » (considérant 18).

[166] Le premier considérant du règlement portabilité vise les hypothèses de placements « de loisir, de voyage, de voyage d'affaires ou dans le cadre de la mobilité à des fins d'apprentissage ».

[167] Premier considérant du règlement portabilité.

[168] Le règlement portabilité vise les « *ordinateurs portables, les tablettes et les smartphones* », v. considérant 2. La situation visée concerne par exemple un abonné Canal + plus résidant en France qui, en déplacement en Italie, souhaite, depuis sa tablette, avoir accès au service de la chaîne de vidéos à la demande.

[169] Comme, par exemple, les organismes de radiodiffusion.

[170] En pratique, les fournisseurs d'accès aux services de contenu reconnaissent les adresses de protocole internet (IP) et refusent l'accès dès lors que l'adresse est en dehors du territoire de conclusion du contrat. Si bien que, comme le constate le règlement portabilité, « *l'un des obstacles à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne réside donc dans les contrats conclus entre les fournisseurs de services de contenu en ligne et leurs abonnés, qui reflètent les clauses de limitation territoriale figurant dans les contrats conclus entre lesdits fournisseurs et les titulaires de droits* » (considérant 10).

conséquences très concrètes des exclusivités territoriales qui, par capillarité, se répercutent sur les consommateurs. Pour contourner cette difficulté, le règlement crée une obligation de portabilité transfrontalière qui touche au premier chef les fournisseurs de services de contenu en ligne : ces derniers doivent nécessairement permettre à leurs clients d'avoir accès aux contenus dans l'État membre dans lequel ils sont présents temporairement, dans les mêmes conditions que s'ils étaient dans leur État membre de résidence[171], quand bien même ils n'auraient pas les droits sur les territoires de résidence temporaire. Cette obligation repose sur une fiction juridique : lorsque le client réclame l'accès aux services depuis le territoire de résidence temporaire, le règlement « répute » l'acte en question comme ayant lieu dans l'État membre de résidence[172]. Techniquement l'acte a bien lieu sur un territoire autre que l'État membre sur lequel le client a sa résidence habituelle et donc en l'occurrence sur un territoire autre que celui pour lequel le service en question est titulaire des droits pour l'exploitation des œuvres. Toutefois, le texte fait « comme si » les actes avaient lieu sur le territoire de résidence, « comme si » les fournisseurs de services de contenu en ligne accomplissaient les actes demandés par le client en déplacement sur la base des autorisations données par les titulaires de droits aux fournisseurs[173] : c'est un « mensonge » assumé du texte européen[174].

72. Analogie avec la directive câble et satellite (1993). La même logique de fiction territoriale avait déjà été consacrée dans le texte de la directive câble et satellite de 1993[175] et se retrouve dans le texte qui modifie cette directive[176]. Le fait de permettre l'accès à des programmes protégés par l'intermédiaire d'un satellite constitue un acte de communication au public – ou de représentation – des programmes[177]. La retransmission par satellite suppose donc que le bouquet satellitaire ait obtenu les droits de retransmission pour pouvoir proposer les programmes à ses abonnés. En pratique, l'empreinte des satellites est telle qu'elle dépasse les frontières nationales au-delà desquelles les opérateurs satellitaires souhaiteraient limiter leur activité. Prenant en compte cette réalité, la directive câble et satellite a prévu, de manière pragmatique, de consacrer la théorie de l'émission en son article premier[178] : on répute comme seule loi applicable à l'acte de diffusion des programmes par satellite la loi du pays à partir duquel le signal est émis, quand bien même, techniquement, le signal peut être capté au-delà de ce territoire et profite donc potentiellement à un public situé en dehors du territoire d'émission. Cela permet à l'opérateur satellitaire d'échapper à des négociations de droits pour des territoires qu'il ne souhaite pas particulièrement couvrir mais qu'il couvre, de fait[179]. L'opérateur ne négocie que pour un territoire, celui duquel est émis le signal et, juridiquement, il est couvert pour l'ensemble des territoires pour lesquels il y a une retombée des programmes.

---

171 Article 3 et considérant 21 et du règlement portabilité.
172 Article 4 et considérant 23 du règlement portabilité.
173 Considérant 23 du règlement portabilité.
174 Pour paraphraser J.-L. Baudouin, selon qui, « *le droit vit de fictions qui s'opposent au réel, officialise le mensonge et fabrique délibérément l'erreur* », in « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes – Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant 1987, t. 38, Paris, Economica, 1989, p. 22.
175 Directive précitée.
176 Directive du 17 avril 2019 précitée, spéc. article 3 et considérant 9.
177 Article 2 de la directive de 1993, art. L. 122-2 *in fine* du CPI : « est assimilée à une représentation l'émission d'une œuvre vers un satellite ».
178 *Adde* le considérant 14 de la directive de 1993.
179 Si le législateur européen avait retenu la théorie de la réception, cela aurait imposé aux bouquets satellitaires d'obtenir autant d'autorisations qu'il y existe de territoires couverts, en pratique, par l'empreinte du satellite. V. pour des développements Ch. Caron, *op. cit.*, spéc. n° 320, p. 290.

73. Limites des analogies. Il existe des différences fondamentales entre l'éventuelle fiction sous-jacente au raisonnement de la Commission dans l'affaire *Sky*[180] et les autres cas, expressément prévus, qui viennent d'être évoqués. Tout d'abord, les fictions proposées par les règlements portabilité et la directive câble et satellite sont prévues par des textes, dont les termes ont donc été débattus de manière minutieuse entre les parties intéressées pour parvenir, du moins en théorie, à un équilibre satisfaisant[181]. Ensuite, les hypothèses visées par les fictions dans les textes recouvrent des actes potentiellement plus limités que l'application de la théorie des ventes passives dans un contexte numérique. Pour ce qui est de l'empreinte satellitaire, par exemple, celle-ci reste géographiquement limitée[182] et c'est cette limite technique qui a convaincu, au moment du vote du texte, que la théorie de l'émission ne bouleverserait pas totalement la mise en œuvre du droit d'auteur. Les hypothèses évoquées par le règlement portabilité ont elles aussi vocation à rester limitées, dès lors qu'il ne s'agit de permettre des actes d'utilisation des œuvres que lors de déplacements ponctuels d'abonnés. Il s'agit d'une solution temporaire à une situation provisoire de mobilité. En revanche, dans l'application de la théorie des ventes passives, il s'agit de répondre à une demande d'un consommateur résolument installé sur un autre territoire que celui du distributeur. Il n'y a donc, dans ces hypothèses, par construction, qu'un volume limité – par l'espace, ou par le temps – d'utilisations des œuvres. En revanche, dans le contexte de l'affaire *Sky* ou ses équivalents, les ventes passives pourraient potentiellement être bien plus importantes : elles ne connaissent, en l'état actuel, aucune limite dans le temps[183], et pour les ventes passives réalisées par le numérique, il n'y a pas de contrainte technique qui limiterait l'accès aux œuvres[184]. L'importance potentielle du volume des ventes passives dans ce contexte est telle que l'on pourrait se demander si le marché ainsi ouvert ne pourrait pas, à terme, se substituer au marché des ventes actives. Si tel devait être le cas, la mise en œuvre de la théorie des ventes passives pourrait alors porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, pour reprendre l'une des conditions du test des trois étapes qui s'imposent au législateur et que le juge met en œuvre dans le cadre des exceptions au droit d'auteur. Un tel raisonnement reposerait ainsi sur une extension de l'usage des œuvres qui pourrait avoir un effet qui n'est même pas toléré quand on est dans le cadre des exceptions légalement posées.

La théorie des ventes passives est donc une manière pour la Commission européenne, et dans le contexte particulier de la distribution des œuvres audiovisuelles, de s'affranchir des bornes et des équilibres prévus par le droit européen du droit d'auteur.

---

[180] À supposer que ce soit une bonne interprétation.

[181] On notera, par exemple, les nombreuses récurrences, dans le règlement portabilité, à la nécessité de maintenir un « *niveau élevé de protection* » pour les titulaires de droit, à côté de la création de l'obligation de portabilité.

[182] L'empreinte satellitaire déborde sur une partie des territoires voisins du territoire d'émission mais elle est loin de pouvoir couvrir tout le territoire de l'Union européenne.

[183] Contrairement aux hypothèses visées par le règlement portabilité. V. également les propositions de moduler dans le temps la mise en œuvre des ventes passives, *supra* n° 49 et s. et *infra* n° 98.

[184] Contrairement aux hypothèses visées par l'empreinte satellitaire ; cette dernière reste limitée dans l'espace. V. *supra* sur les problèmes causés par la transposition des ventes passives à l'hypothèse d'une distribution numérique, n° 35 et s.

5. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle pourraient bouleverser l'économie du marché de l'audiovisuel

74. La mise en œuvre des ventes passives soulève des problèmes spécifiques au secteur de l'audiovisuel, de plusieurs ordres : financier (5. 2.), réglementaire (5. 3.) et pratique (5. 4.). Mais auparavant, il convient de s'interroger sur la réalité d'un problème sur le marché en question (5.1.).

5. 1. Les ventes passives répondent-elles à un problème réel sur le marché de l'audiovisuel ?

75. L'interrogation est légitime au regard des différents questionnements qui ont été précédemment exposés et en contemplation des effets indésirables que produirait l'application de la théorie des ventes passives. Le bouleversement de l'ordonnancement actuel répondrait-il à une réelle nécessité ? Existe-t-il véritablement un problème de concurrence sur le marché audiovisuel européen ?

76. Les instances européennes partent souvent du constat que l'on ne trouve pas toutes les œuvres audiovisuelles sur tous les territoires, ce qui justifie l'application des règles de concurrence à ce secteur. Mais s'agit-il véritablement d'un problème de marché ou n'est-ce là que le reflet d'un marché très spécifique ? La Commission elle-même a pu constater dans un *Livre vert* datant de 2011 que « *l'industrie cinématographique européenne est confrontée à des caractéristiques structurelles uniques, notamment les particularités linguistiques et culturelles et les préférences des marchés nationaux, ainsi que des ressources financières limitées* »[185]. Et de poursuivre : « *les films européens ont souvent du succès sur leur territoire d'origine mais […] leur distribution et l'attrait qu'ils présentent hors de leur territoire de production tendent à être limités* », ce qui explique la « *fragmentation* » du marché audiovisuel. Une étude menée par *Oxera, Oliver and Ohlbaum* en mai 2016[186] apporte des éclairages sur le comportement des consommateurs en Europe au regard des œuvres audiovisuelles et confirme très explicitement ce que la Commission relevait elle-même . Il est noté qu'en raison des habitudes culturelles et de la problématique de la langue, les consommateurs ont une attirance pour des œuvres réalisées sur leur territoire de résidence habituelle ou du moins dans des bassins régionaux ou linguistiques très proches[187]. Aussi, en dehors des œuvres nationales, seules les œuvres en langue anglaise, soit principalement les œuvres britanniques ou américaines, sont plébiscitées par les consommateurs européens. Il n'est pas possible d'identifier, au niveau macroéconomique une demande massive des consommateurs européens d'avoir accès à l'ensemble des œuvres produites sur les territoires européens. L'étude permet de conclure que les marchés audiovisuels sont par nature territoriaux et que, pour satisfaire la demande, les offres proposées aux consommateurs sont spécifiquement élaborées pour des marchés locaux[188]. **Le cloisonnement des marchés audiovisuels ne serait**

---

[185] *Livre vert de la Commission européenne sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne – Vers un marché unique du numérique : possibilités et obstacles*, 13 juill. 2011, COM[2011] 427 final, p. 11 (ci-après « Livre vert » ou « Livre vert sur la distribution en ligne »), p. 12. *Adde* l'étude de l'Observatoire européen sur l'audiovisuel de 2015, spéc. p. 21 : « *le marché de l'UE est hétéorgène et très fragmenté – et de ce fait exige que les distributeurs s'adaptent aux particularités nationales et mettent en place des opérations spécifiques de marketing et de distribution sur toutes les plateformes […]* ».

[186] *Oxera, Oliver and Ohlbaum*, *The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers* (ci-après « l'étude *Oxera and O&O* » ou « l'étude Oxera »), disponible à l'adresse suivante : https://www.oxera.com/publications/the-impact-of-cross-border-access-to-audiovisual-content-on-eu-consumers/

[187] V. l'étude *Oxera and O&O*, spéc. pp. 26 et s. *Adde* V. O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 3.

[188] V. l'étude *Oxera and O&O*, spéc. p. 27 : « *AV markets are territorial – consumer demand locally tairlored offerings, and are most responsive to localised marketing and promotional campaigns* ».

donc pas artificiel, selon cette étude, mais coïnciderait avec la nature de la demande pour de telles œuvres, sans oublier des facteurs plus exogènes[189]. Dès lors, on peut douter de la réalité d'un problème de concurrence sur le marché audiovisuel européen : n'est-ce pas avant tout un problème de demande ? Et celle – minoritaire – que vise à corriger la théorie des ventes passives est-elle suffisamment importante pour que l'on accepte de courir le risque de subir certaines des conséquences malvenues que la mise que sa mise en œuvre occasionnerait ?

On peut s'interroger sur la réalité d'un problème de concurrence, à l'heure actuelle, sur le marché audiovisuel européen, et sur le risque de déstructuration du marché audiovisuel par la mise en œuvre des ventes passives.

5. 2. L'application de la théorie des ventes passives créerait des problèmes relatifs au financement du secteur audiovisuel

77. Besoin d'éditorialisation. Le secteur de l'audiovisuel connaît un fonctionnement particulier, qui le distingue d'autres secteurs et qui explique l'importance des exclusivités territoriales. L'industrie des contenus – et l'industrie audiovisuelle en particulier – est une industrie de prototypes, de biens « d'expérience »[190]. Il est dès lors nécessaire que les distributeurs recourent à une forte éditorialisation sans quoi les contenus en cause sont noyés dans la masse des autres contenus[191]. Cet effort d'éditorialisation – d'ailleurs parfois imposé ou du moins fortement encouragé par la réglementation, notamment en France[192] - représente un coût important[193] dont le rendement est très fortement aléatoire[194]. La Cour de justice de l'Union européenne ne dit, elle-même, pas autre chose dans son arrêt *Luksan* en date du 9 février 2012 : « *la continuité du travail créateur et artistique des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants exige que ceux-ci perçoivent un revenu approprié et, d'autre part, que les investissements, en particulier ceux qu'exige la production de phonogrammes et de films, sont extrêmement élevés et aléatoires. Seule une protection juridique appropriée des titulaires de droits concernés permet de garantir efficacement la possibilité de percevoir ce revenu et d'amortir ces investissements* »[195]. Le distributeur n'a donc intérêt à engager un lourd investissement que s'il est certain d'échapper à la concurrence d'autres acteurs : il doit bénéficier d'une exclusivité et, dans l'audiovisuel, cela se traduit à la fois par des fenêtres d'exclusivité dans le temps[196] et des territoires d'exclusivité[197]. Cette explication, déjà évoquée plus haut[198], peut justifier en soi la

---

189 *Ibidem.* L'étude relève également d'autres facteurs expliquant le paysage audiovisuel européen : les infrastructures techniques, les règles de protection de la jeunesse variables d'un pays à un autre, et les différentes réglementations, la disparité des revenus sur le territoire européen, etc.

190 O. Bomsel et C. Rosay, « De l'importance de la territorialité », Cerna, Mines Paris Tech, nov. 2013.

191 *Ibidem.*

192 V. *infra* n° 83 et s. sur la chronologie des médias, le respect d'un certain effort d'éditorialisation permet à certains services de SVoD de bénéficier de fenêtres de diffusion plus proche de la sortie en salle.

193 V. O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 3 : « *les investissements en Europe pour la sortie en salle d'un blockbuster américain atteignent couramment 25 millions d'euros […], alors que la logistique de la circulation du film (les copies) ne coûte que 6,5 millions d'euros. […] Médiatiser coûte 3 à 4 fois plus que distribuer, au sens logistique du terme* ».

194 V. O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 3 : « *les coûts de médiation sont des coûts échoués, c'est-à-dire récupérables seulement par la vente du produit* ».

195 CJUE, 9 février 2012, aff. C. 277/10, *Martin Luksan contre Petrus van der Let*, spéc. point 77.

196 V. *infra* n° 83 et s. sur la chronologie des médias.

197 V. O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 3 : « *pour éviter le parasitisme, le contrat de licence intègre des clauses d'exclusivité. Celles-ci sécurisent le retour du distributeur et stimulent l'investissement de médiatisation* ».

198 V. *supra* n° 49 et s. et *infra* n° 98 sur la nécessité de moduler dans le temps les ventes passives.

légitimité de certains accords verticaux, et notamment certaines exclusivités territoriales[199] : « *tout autre approche conduirait à diminuer le revenu moyen par produit, ce qui nuirait tant à la compétitivité internationale des producteurs, qu'à leur capacité à financer la création* »[200] . Une telle lecture des exclusivités territoriales est par ailleurs assez classique en matière de distribution, en dehors du seul paysage audiovisuel, et c'est ce qui conduit le droit de la concurrence à adopter, dans certaines circonstances, une approche favorable aux restrictions verticales[201].

78. Système de prévente. En outre, le secteur audiovisuel repose en Europe sur un fonctionnement particulier qui vient renforcer l'exclusivité : le système des préventes. En pratique, les producteurs des contenus financent en partie leur création, en amont, auprès des distributeurs, en assurant à ces derniers qu'ils bénéficieront, en contrepartie des sommes versées avant la production, d'exclusivités territoriales pour distribuer les contenus ainsi produits. **Aussi, dans le secteur audiovisuel, les exclusivités territoriales ne sont pas uniquement fondées sur la nécessité d'assurer un important travail de commercialisation des œuvres auprès des clients, ni sur l'exercice du droit d'auteur. Elles sont également liées au modèle de financement des contenus eux-mêmes. Elles lui sont devenues quasiment consubstantielles. L'exercice territorial des droits permet d'attirer des financements ; il permet également de différencier les prix demandés aux consommateurs, en fonction de leurs territoires de résidence et donc de leur appétence à avoir accès à l'œuvre en question[202].**

79. Ce fonctionnement est propre à ce secteur : les concessionnaires automobiles ne préfinancent pas la production des voitures, pas plus que les libraires ne versent des sommes aux éditeurs pour la création des œuvres littéraires, pour prendre un exemple du secteur culturel. Dans les textes relatifs aux restrictions verticales et notamment aux exclusivités territoriales, cette circonstance n'est jamais abordée, probablement en raison de sa trop grande spécificité[203]. Plus gênante est l'absence totale de référence à la spécificité du secteur audiovisuel et notamment au système de préventes dans la décision du TPIUE dans l'affaire *Sky*.

80. L'exclusivité accordée aux distributeurs en matière audiovisuelle a donc ceci de particulier qu'elle trouve sa justification dans une multitude de raisons qui s'alimentent chacune. C'est une circonstance qu'il faudrait très certainement prendre en compte pour l'application des ventes passives au secteur audiovisuel. L'exclusivité géographique ne doit pas être seulement vue comme une modalité confortable de distribution des œuvres audiovisuelles, elle est, en l'état actuel, fondamentale pour le fonctionnement du marché. L'atteinte à cette exclusivité a été, dans certaines études, estimée à plusieurs milliards de perte de revenus par an pour le secteur de la création cinématographique, ce qui constitue en soi un risque

---

199 V. notamment le considérant 6 du règlement d'exemption : « *certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties et assurer à celles-ci un niveau optimal d'investissements et de ventes* ».

200 V. O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 4.

201 V. notamment F. Buy, M. Lamoureux et J.-Ch. Roda, *op. cit*, spéc. n° 104 et s., pp. 99 et s.

202 V. l'étude *Oxera and O&O*, notamment p. 29, dans son passage sur la décision de produire un contenu : la possibilité de discriminer par les prix, en aval de la production, est décisive pour la prise de décision de produire, en amont.

203 La seule justification de la tolérance vis-à-vis des restrictions territoriales est le travail, en aval, de commercialisation.

très net pour le niveau de production dans ce secteur[204]. La Commission elle-même a pu le reconnaître dans son *Livre vert sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles* : « *tout système qui priverait les producteurs et les distributeurs de la possibilité de récupérer leurs investissements grâce à la distribution contractuelle et aux dispositifs de commercialisation découragerait probablement nettement les investissements dans la production cinématographique* »[205].

Chiffres-clés du financement du cinéma en France par les chaînes[206]

Pour se concentrer sur le cas français, les chaînes de télévision payantes et gratuites constituent des acteurs indispensables pour le financement de la production cinématographique, française, comme européenne. En 2018, ces chaînes ont financé 175 films au total, soit 58,3 % des films agréés, dont 159 d'initiative française[207]. On notera toutefois que les investissements des chaînes de télévision diminuent de 22,5% en 2018, année pour laquelle le nombre de films financés est au plus bas niveau depuis 10 ans[208]. C'est surtout pour les films français dont le budget est supérieur à 4 M€[209] que l'apport des chaînes est déterminant : les chaînes de télévision financent 97,8%[210] de ces films à plus de 4 M€ d'initiative française[211]. Par ailleurs, **tout budget confondu, les chaînes apportent, en moyenne, 1,72 M€ aux films d'initiative française qu'elles financent et couvrent 30,8% de leur devis[212]**.

Pour les préachats, le rôle des chaînes payantes – soit celles qui bénéficient des premières fenêtres de diffusion – est primordial et, parmi ces chaînes payantes, Canal + joue un rôle prépondérant en finançant plus de 70% des investissements totaux des chaînes payantes[213]. En 2018, les chaînes payantes ont préacheté 164 films au total, soit plus de la moitié des films agréés, dont 154 films d'initiative française, ce qui représente 65% des films d'initiative française[214].

81. Outre cette structure de financement très particulière, le secteur audiovisuel connaît une réglementation également spécifique qui constitue une autre explication de l'exclusivité accordée aux distributeurs.

5. 3. Les ventes passives négligent la réglementation spécifique du secteur audiovisuel

82. Les contraintes réglementaires, nombreuses dans le secteur audiovisuel, ont pour effet de façonner un paysage et une économie spécifiques. C'est avant tout le principe de chronologie des médias qui est en cause (i), mais il existe d'autres obligations de financement imposées à certains diffuseurs (ii).

---

[204] V. notamment l'étude *Oxera and O&O* qui estime qu'à court terme la perte de revenus pour les producteurs serait de 8,2 milliards d'euros, que la perte de bien-être pour les consommateurs pourrait être estimée à 9,3 milliards d'euros et que la production de contenus baisserait de 48% (v. table 5.1 p. 76).

[205] Livre vert sur la distribution en ligne précité, spéc. p. 11.

[206] Les chiffres sont tous issus de l'étude du CNC « La production cinématographique en 2018 » pour 2018 précitée.

[207] Ce qui représente 65% des films d'initiative française. V. pour tous ces chiffres l'étude du CNC « La production cinématographique en 2018 », spéc. p. 27 publiée le 18 mars 2019 et disponible à l'adresse suivante : https://www.cnc.fr/cinema/etudes-et-rapports/etudes-prospectives/la-production-cinematographique-en-2018_959126.

[208] V. « La production cinématographique en 2018 », p. 28. Le nombre de films financés est en baisse de 9,3% en 2018, ce qui représente 18 films financés en moins par les chaînes de télévision par rapport à l'année précédente.

[209] Ce qui représente le devis moyen d'un film français.

[210] Contre 96,9 % en 2017, v. « La production cinématographique… », p. 29.

[211] Les chaînes ne financent que 15,9% des films dont le devis est inférieur à 1 M€ et 77,2 % des films dont le devis est compris entre 1 M€ et 4 M€, v. « La production cinématographique… », p. 29.

[212] V. « La production cinématographique… », p. 29.

[213] V. *infra* n° 88 et s. sur les obligations de production et l'étude « La production cinématographique… », spécifiquement p. 33 pour les obligations de Canal +.

[214] V. « La production cinématographique… », p. 30.

(i) La chronologie des médias

83. Objectif du système de chronologie des médias. La chronologie des médias est une réglementation qui a pour objectif de préserver certains modes d'exploitation des œuvres cinématographiques, au premier rang desquelles la salle[215], en imposant des fenêtres d'exploitation suivant les modes concernés. Les délais ainsi mis en place ont un caractère impératif ce qui normalement interdit toute exploitation antérieure de l'œuvre dans le mode visé. Toutefois des aménagements sont possibles lorsqu'un film n'a pas eu de succès commercial. Au-delà de cet objectif culturel et industriel, d'un point de vue économique, les règles de la chronologie des médias permettent d'appliquer des prix différents aux consommateurs selon leur disposition à payer plus cher pour accéder aux œuvres plus tôt, ce qui permet de maximiser les recettes pour chaque œuvre[216]. En France, c'est l'arrivée des postes de télévision dans les foyers qui a été à l'origine de la réglementation. Depuis, l'apparition de nouveaux modes de diffusion des œuvres et, en particulier grâce au numérique, invite périodiquement à revoir le système. La tendance est à un très net raccourcissement des fenêtres d'exploitation dans l'objectif, notamment, de lutter contre la circulation d'œuvres audiovisuelles contrefaisantes sur les réseaux[217].

84. Fonctionnement du système de chronologie des médias. La chronologie des médias repose donc sur une succession dans le temps de différents modes d'exploitation d'une œuvre cinématographique[218] afin de préserver le modèle économique de chacun et d'optimiser l'amortissement de l'œuvre, fenêtre par fenêtre[219]. Malgré une tendance du droit européen à contractualiser la chronologie, la France a maintenu certaines dispositions réglementaires voire législatives sur la chronologie des médias[220]. L'économie du système consiste à privilégier les chaînes ou services qui contribuent le plus au financement du cinéma, en leur accordant les délais les plus courts ; à l'inverse, moins la chaîne ou le service concourent au financement du cinéma, plus le moment autorisé pour diffuser l'œuvre sera éloigné de la sortie en salle. Par ailleurs, le nombre de fenêtres différentes n'a cessé de croître ces dernières années avec l'avènement de nouveaux modes de diffusion et, corrélativement, de nouveaux comportements : VHS, DVD, vidéos à la demande (VOD[221]), vidéos à la demande sur abonnement (SVOD[222]), etc.

85. Le point de départ de la chronologie est la sortie de l'œuvre cinématographique en salle[223].

---

[215] La Commission européenne elle-même reconnaît, dans son Livre vert, que « *dans le monde entier, les marchés audiovisuels sont fondés sur des dispositions d'exclusivité en matière de mise à disposition, la sortie en salle d'un film jouant un rôle essentiel dans la création de son "identité de marque" dans chaque pays où il est diffusé* » (Livre vert précité, p. 10). On peut opérer un parallèle avec la loi sur le prix unique du livre qui a vocation à préserver les libraires contre la concurrence des grandes surfaces du livre (loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre).

[216] V. R. E. Caves, *Creative industries,* Harvard University Press, 2000 : « Des prix élevés en salle pour les consommateurs cinéphiles ou impatients, plus bas pour ceux prêts à attendre la sortie en vidéo ». *Adde* O. Bomsel et C. Rosay, art. précité, spéc. p. 4.

[217] V. notamment le rapport de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, « Vidéo à la demande et télévision de rattrapage en Europe» », octobre 2009, p. 75.

[218] C'est-à-dire d'une œuvre qui obtient un visa d'exploitation. V. en annexe pour une frise récapitulative.

[219] Il existe en outre des règles qui interdisent de diffuser à la télévision française, pour les chaînes généralistes, des films à certains créneaux : des films les mercredis et vendredis soirs et les samedis et dimanches avant 20 h 30.

[220] Art. L. 231-1 à L. 234-3 issus de l'ordonnance n° 2009/1358 du 5 novembre 2009 modifiant le code du cinéma et de l'image animée, *JORF* n° 258 du 6 novembre 2009, p. 19209.

[221] Pour *video on demand.*

[222] Pour *subscription video on demand.*

[223] Ce qui suppose l'obtention d'un visa d'exploitation.

Ensuite l'œuvre peut être diffusée 4 mois plus tard sous format DVD ou VOD[224], voire 3 mois si le film a fait à l'origine moins de 100 000 entrées en salle. Les accords interprofessionnels récemment modifiés[225] prévoient que le délai à compter de la sortie de l'œuvre au cinéma est de 8 mois pour les services de cinéma de première diffusion qui ont conclu un accord avec les organisations professionnelles du cinéma[226], voire de 6 mois si le film a fait moins de 100 000 entrées en salle. 17 mois après la salle[227], s'ouvre la fenêtre accordée aux chaines de télévision payante autres que Canal + qui ont passé des accords avec les organisations professionnelles du cinéma, ainsi que les services de vidéo à la demande avec abonnement – la SVOD – qui auraient passé des accords et auraient souscrit un certain nombre d'obligations importantes[228]. Ainsi, un service comme *Netflix* pourrait bénéficier de ce délai de diffusion s'il procède à ce type d'engagements. Si ce n'est pas le cas, il sera plutôt soumis à une fenêtre de 30 mois après la diffusion en salle[229], voire de 36 mois. Sans tendre à l'exhaustivité, le délai est de 22 mois après la salle pour les services de télévision en clair et pour les services payants autres que de cinéma qui appliquent des engagements de coproduction d'un montant minimum de 3,2 % de leur chiffre d'affaires[230]. Enfin, la dernière fenêtre est une fenêtre de 44 mois après la diffusion en salle, elle bénéficie à la vidéo à la demande gratuite.

86. Compatibilité avec le droit européen. Le droit européen s'est prononcé sur la compatibilité de la réglementation française avec le principe de libre circulation en 1985 avec la décision *Cinéthèque* de la Cour de justice[231]. La Cour a considéré que le système ne remettait pas en cause les principes du droit européen, et en particulier le principe de libre circulation, dès lors qu'il ne s'agissait pas de « *favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres mais d'encourager la production cinématographique en tant que telle* »[232]. Aussi, les « *entraves éventuelles aux échanges intracommunautaires* » que peut susciter la réglementation sur la chronologie des médias sont proportionnées et ne vont pas, selon la Cour « *au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer, pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salle des œuvres cinématographiques de toute origine par rapport à d'autres moyens de diffusion* »[233]. Le principe de la chronologie a ensuite été consacré par les textes : la directive *télévision sans frontières* de 1989[234] prévoyait en son article 7 un délai de 2 ans entre la sortie en salle et la diffusion sur une chaîne de télévision. À partir de 1997[235], le principe de la chronologie est maintenu mais sa fixation est laissée aux discussions entre les parties. Cette solution, désormais constante, figure aussi bien dans la directive *services de*

---

224 Art. L. 231-1 du Code du cinéma et de l'image animée. La VoD correspond à l'accès à l'œuvre en ligne, par un acte d'achat ou de location avec paiement à l'acte.

225 Arrêté du 25 janvier 2019 portant extension de l'accord pour le réaménagement de la chronologie des médias du 6 septembre 2018 ensemble son avenant du 21 décembre 2018 entré en vigueur le 11 février 2019.

226 Sont concernées par cette fenêtre les chaînes Canal + et OCS. Le délai est de 6 mois si le film a fait moins de 100 000 entrées.

227 15 mois pour les œuvres ayant fait moins de 100 000 entrées.

228 Financement et préfinancement des œuvres françaises et européennes, versement de minimums garantis, éditorialisation des contenus, clauses de diversité, etc. V. point 1.6 du décret précité.

229 La fenêtre des 30 mois bénéficie aux services SVoD qui ont souscrit certains engagements en matière de préfinancement, de diffusion et de valorisation des œuvres européennes et françaises, de paiement de certaines taxes, etc. V. point 1.8 du décret du 25 janvier 2019 précité.

230 En France sont concernées les chaînes OCS, Ciné +, TF1, M6.

231 CJCE, 11 juill. 1985, aff. jointes 60 et 61/84, *Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français*, *Rec.* 2605.

232 Point 21 de la décision *Cinéthèque.*

233 Point 24 de la décision *Cinéthèque.*

234 Directive visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle n° 89/552 du 3 octobre 1989, *JOCE* L 298.

235 Directive n° 97/36 du 30 juin 1997, *JOCE* L 202.

médias audiovisuels[236] que dans le nouveau texte européen, adopté le 14 novembre 2018[237]. Les solutions françaises, retenues dans l'accord du 10 février 2019, sont donc parfaitement conformes au droit européen.

87. Remise en cause de la chronologie des médias par les ventes passives. Si la chronologie des médias est souvent bousculée, que ce soit dans son principe même[238] ou pour la définition précise des fenêtres d'exploitation, il s'agit d'un système qui est en cours, en France, et dans d'autres pays européens, suivant des modalités différentes : le Portugal a un système similaire à la France tandis que l'Allemagne et l'Autriche subordonnent l'octroi de subventions cinématographiques au respect des fenêtres d'exploitation[239]. Or la mise en œuvre des ventes passives pourrait remettre en question les réglementations nationales : **grâce aux ventes passives sous format numérique, les clients situés sur un certain territoire connaissant cette chronologie pourraient contourner la chronologie en vigueur dans cet État en allant requérir l'accès aux œuvres auprès de distributeurs situés sur des territoires qui ont une chronologie plus resserrée – ou pas de chronologie.** La préservation des salles de cinéma et, plus largement des différents modes d'exploitation des œuvres s'en trouveraient très fortement affectés. Si ces comportements pouvaient déjà exister à la marge dans l'univers analogique[240], le numérique modifie totalement l'échelle du problème. Cette technologie facilite non seulement en soi l'accès matériel aux œuvres mais, en outre, elle permet de résoudre des problèmes qui pouvaient, à l'ère analogique, limiter l'intérêt de se procurer un film à l'étranger comme, par exemple, la question du sous-titrage ou du doublage. Bien plus que dans le monde analogique, les ventes passives numériques risquent de court-circuiter les marchés nationaux de la salle.

(ii) Les obligations de financement incombant aux chaînes de télévision.

88. Outre l'obligation de respecter la chronologie des médias, il existe en droit français des obligations pour les chaînes de télévision de financer la production cinématographique française et européenne afin de pérenniser le dynamisme du secteur et éviter une hégémonie des œuvres américaines sur le marché français[241]. Ces obligations trouvent leurs sources dans deux décrets[242]

---

[236] Directive n° 2007/65 du 11 décembre 2007, *JOUE* L 332, art. 8 : « *les États membres veillent à ce que les fournisseurs de services de médias qui relèvent de leur compétence ne transmettent pas d'œuvres cinématographiques en dehors des délais convenus avec les ayants droit* ».

[237] Directive n° 2018/1808, du 14 novembre 2018, modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive «Services de médias audiovisuels»).

[238] Dans son livre vert de 2011 précité, la Commission posait explicitement la question du bien-fondé du maintien du système : « *les modèles actuels de financement et de distribution des films, fondés sur un étalement de la mise à disposition pour les différentes plateformes et les différents territoires, est-il encore pertinent dans le contexte des services audiovisuels en ligne ?* », *Livre vert* précité, p. 16.

[239] *Rép. de droit européen*, V° Cinéma, sept. 2018, n° 66, A.-M. Oliva.

[240] Un client situé sur le territoire français pouvait déjà se procurer un film sur support VHS ou même DVD en Grande-Bretagne, par exemple, sans avoir à attendre l'échelonnement des fenêtres d'exploitation dans son pays.

[241] V. sur les obligations de financement des chaînes le rapport du CNC précité et v. également le l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 19-A-04 du 21 février 2019 qui préconise, entre autres, d'assouplir les obligations de production cinéma et audiovisuelles et les obligations de production indépendante. Les services de télévision généralistes qui diffusent plus de 52 œuvres cinématographiques différentes par an doivent consacrer « *au moins 3,2 % de leur chiffre d'affaires net de l'année précédente à la production d'œuvres cinématographiques européennes et 2,5 % de ce chiffre d'affaires doivent concerner des films d'expression originale française* » (source : CSA https://www.csa.fr/Arbitrer/Promotion-de-la-production-audiovisuelle/Soutenir-la-creation/La-production-cinematographique). Art. 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

qui sont par ailleurs complétés, en cascade, par la convention-cadre passée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et chaque chaîne et les accords professionnels négociés entre la chaîne et les organisations professionnelles du cinéma[243]. Par ailleurs, ces obligations de financement trouvent leur équilibre dans l'assurance, pour chacune des chaînes, de récupérer l'investissement ainsi réalisé par le biais des exclusivités dont elles vont bénéficier par la suite, au moment de la diffusion de l'œuvre. À cet égard, toutes les chaînes de télévision européennes ne sont pas soumises aux mêmes contraintes. Dès lors, permettre les ventes passives sur le territoire européen pourrait avoir comme conséquences de renforcer les écarts de concurrence entre les chaînes et de perturber l'équilibre du système.

5. 4. Les ventes passives soulèvent des problèmes de mise en œuvre pratique

89. La confrontation au système des catalogues d'œuvres. A déjà été évoquée la question de l'articulation des ventes passives avec le respect du droit d'auteur[244]. D'autres problèmes d'ordre pratique se posent quand on applique cette théorie au marché de l'audiovisuel.

90. Tout d'abord, le raisonnement des autorités, lorsqu'il s'agit d'appliquer les ventes passives à l'audiovisuel, semble reposer sur une analyse œuvre par œuvre : dans ses griefs, la Commission envisage le souhait d'un consommateur d'avoir accès à une œuvre en particulier auprès d'un distributeur situé dans un autre État-membre. En pratique, les ayants droit et leurs partenaires raisonnent par catalogues et ne distinguent pas les œuvres une par une. Aussi, la mise en œuvre de la vente passive, en dehors des autres critiques de fond, pourrait se heurter, concrètement, à la réalité de la gestion des catalogues par les diffuseurs. Pour une chaîne payante, permettre à un client individuel l'accès à ses programmes ne suppose pas de négocier des droits pour une seule œuvre sur le territoire, ni même de négocier les droits pour le catalogue d'un seul studio. Cela suppose de permettre l'accès à une multitude d'œuvres, qui ont été produites par des studios différents, ainsi qu'à des émissions ou des programmes également protégés. Si la technologie numérique facilite la gestion de telles demandes, la mise en œuvre risque d'être complexe et, dans l'optique de respecter le droit d'auteur, cela conduit potentiellement le distributeur à rouvrir une multitude de négociations pour de nouveaux territoires.

91. Par ailleurs, se pose la question du prix à facturer au consommateur : faut-il lui demander le paiement d'un abonnement complet ? Prévoir un prix moindre mais qui ne permet qu'un accès limité au répertoire du diffuseur ? **On peut arguer que, dans cette circonstance, il appartient au distributeur de procéder à un arbitrage en mettant en balance l'intérêt de répondre à la vente passive et la lourdeur des négociations que cela suppose. Qu'il ne s'agit donc que d'une question de négociation et donc de marché. C'est en partie vrai. Mais, d'une part, cet argument montre que la crainte que les ventes passives favorisent les gros distributeurs est fondée : ce sont les seuls qui vont avoir un intérêt et une force de**

---

[242] Décrets n° 2010-416 du 27 avril 2010 relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision et aux éditeurs de services de radio distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre.

[243] V. l'étude « La production cinématographique… », pp. 33 et s. pour les obligations chiffrées des chaînes en France.

[244] V. *supra* n° 56 et s.

négociation suffisamment forts pour entrer sur les marchés des ventes passives. D'autre part, cela montre que l'application des ventes passives au secteur audiovisuel soulève des problèmes très particuliers, qu'il est nécessaire d'anticiper – ce qui semble négligé, jusqu'ici, par la Commission.

92. Les difficultés d'ordre fiscal. Les ventes passives se heurtent par ailleurs au problème du respect de réglementations autres que le droit d'auteur comme, par exemple, la réglementation fiscale. Pour ne prendre que cet exemple, les taux de TVA varient d'un territoire européen à l'autre. Dès lors, quel taux appliquer à la vente passive d'une œuvre audiovisuelle[245] ? Le taux du lieu d'exercice du distributeur ? Ce serait le plus pratique pour ce dernier. Mais surgit alors un autre risque, celui d'une faveur involontaire faite au distributeur situé dans un Etat connaissant une imposition moindre. Le prix moins élevé pour le consommateur qui en résulte peut générer une spirale peu vertueuse susceptible d'accélérer le phénomène des ventes passives. Les consommateurs allant volontairement au moins disant – favorisé par une fiscalité moindre – les demandes, grâce au bouche-à-oreille des réseaux, vont s'accentuant au-delà du seuil *de minimis* qui servait de justification pratique à l'application de la théorie. Faut-il alors favoriser le taux du lieu de résidence du client ? Ce serait le plus logique du point de vue fiscal. Mais en pratique, le système serait alors éminemment complexe pour le distributeur, qui devrait appliquer un taux de TVA différent à chaque fois qu'une demande provient d'un client sur un territoire différent. Potentiellement, le distributeur devrait donc prévoir autant de facturations différentes qu'il existe de territoires différents dans l'Union. À moins d'appliquer au taux de TVA le même raisonnement fictionnel que pour le respect des droits d'auteur[246] mais cela renvoie au premier grief. Ces réalités pratiques, sans être exhaustives[247], sont autant d'obligations très lourdes et peu réalistes pour les petits distributeurs qui risquent de n'avoir aucun intérêt à honorer des ventes passives, à l'inverse de plus gros distributeurs.

[245] Si tant est que cette formule ait un sens.
[246] V. *supra* n° 70 et s.
[247] Par exemple, les distributeurs en ligne ont très souvent recours à des mesures techniques de protection, précisément pour géo-bloquer l'accès aux œuvres qu'ils distribuent. Le fait de devoir honorer des ventes passives bouleverserait donc leur technique de gestion et de contrôle des œuvres.

6. Quelques propositions relatives à l'éventuelle mise en œuvre des ventes passives dans le secteur de l'audiovisuel européen

93. Bilan - Au terme de cette étude, l'analyste est indiscutablement mal à l'aise. S'il lui est loisible de comprendre que la Commission est dans son rôle en voulant faire respecter les principes dont elle est la gardienne, il lui est également permis d'être circonspect voire inquiet au vu des conséquences de cette application. Pourquoi malmener les principes fondamentaux de propriété littéraire et artistique, pourquoi désorganiser un secteur à l'équilibre précaire sans aucune garantie de résultats heureux ?

94. Sans certitude d'effets, tout d'abord. La théorie interdit d'interdire mais n'impose pas à un distributeur de satisfaire la demande d'un consommateur extérieur à sa zone de distribution. Et le grief de contrefaçon encouru par celui qui songerait à y apporter une réponse favorable suffit à justifier son refus final.

95. Sans certitude de résultat bénéfique, ensuite. Sur un plan purement économique, la théorie menace le mode de financement d'un secteur alors même que le modèle actuel est gage de richesse et de diversité culturelle. La construction existante à propos du financement du cinéma n'est pas fondée sur la seule idée d'optimiser des profits mais bien sur la recherche d'une possibilité effective de production. Déstabiliser le mode de financement reposant sur des exclusivités territoriales, c'est risquer de mettre en péril cette production. Par ailleurs, sur le plan culturel et social, à supposer même que le consommateur voit sa requête satisfaite dans l'immédiat, la désorganisation du marché qui découlerait d'une pratique inéluctablement non marginale des ventes prétendument passives en viendrait à provoquer la disparition de certains acteurs et à tarir la production de contenus, donc l'offre au profit de ce consommateur. Une issue alternative voyant quelques géants, seuls aptes à survivre à la nouvelle donne, se substituer à la myriade de protagonistes existants n'est pas précisément l'effet habituellement recherché par le droit de la concurrence.

Que faire, alors ?

96. En l'état actuel des choses, quand bien même la Commission proclame ne pas faire une application sans nuance de la théorie des ventes passives dans le secteur de l'audiovisuel européen et affirme laisser ouvertes des possibilités d'admettre la validité de certains accords territoriaux, les premiers cas d'application de cette théorie ne sont pas, on l'a vu, très heureux. Une évolution est donc nécessaire.

97. Orientations – Logiquement, le constat des effets anti concurrentiels de la mise en œuvre de la théorie des ventes passives dans le secteur de l'audiovisuel <u>devrait conduire à son abandon dans ce champ</u>, afin de ne pas favoriser les grands distributeurs ou producteurs de contenus, le plus souvent américains. Par ailleurs, la tolérance d'actes de contrefaçon - quasi nécessairement subséquents à l'application de la théorie - est bien évidemment tout autant inadmissible. Seul le législateur pourrait tenter de construire une organisation différente mais l'expérience récente montre qu'il n'estime pas cette évolution judicieuse ni opportune. Au moins à moyen terme.

98. Proposition principale : Abandon de la théorie- Face à cette prudence législative en connaissance de cause, une voie raisonnable serait un renoncement à l'application de la théorie. Il en va d'un devoir de cohérence et de prudence.

99. Mais rien n'indique que la Commission ou d'autres autorités soient disposées à suivre cette voie. Pourtant les choses ne peuvent rester en l'état.

100. Précautions élémentaires en cas volonté persistante d'institutions à l'application de la théorie. Les développements qui suivent n'incitent naturellement pas au maintien de la théorie des ventes passives dont les effets négatifs pour le secteur de l'audiovisuel ont été exposés. Ils visent seulement à tempérer la mise en œuvre de cette théorie dans l'hypothèse où elle viendrait curieusement à être à nouveau sollicitée et à tenter d'en limiter les effets négatifs sans les faire disparaître. Ces développements ne sont, par eux-mêmes, ni une incitation ni même une option. À peine un pis-aller.

101. Evolution de la théorie pour une application beaucoup plus mesurée et sur le fondement de nouveaux critères - Si les autorités européennes ne devaient pas être troublées par les arguments précédemment mis en avant et estimaient, malgré tout, que les ventes passives ne sont pas remises en cause par le numérique, il paraîtrait absolument indispensable, au moins, d'en envisager une application différente et beaucoup plus mesurée. A suivre la volonté de ces autorités de maintenir le principe de l'application de la théorie, il y aurait lieu d'en revoir les modalités de mise en œuvre tant l'environnement de l'audiovisuel est différent de celui des secteurs économiques dans lesquels la théorie a connu son essor. L'idée générale d'une construction future résiderait dans le souci de ne pas sacrifier l'architecture dans laquelle s'est construite une industrie culturelle importante pour l'Union européenne au nom d'un respect trop brutal d'un dogme concurrentiel – ou, plutôt, au nom de la poursuite d'un marché unique sans nuances.

102. Paramètres à prendre en considération - L'intervention correctrice du droit de la concurrence ne devrait se réaliser que dans des hypothèses très particulières et selon les principes directeurs suivants :

1. En cas de sollicitations d'une vente passive par un consommateur, la circonstance selon laquelle l'œuvre est ou non déjà disponible sur le territoire de résidence dudit consommateur devrait être un facteur déterminant pour l'éventuelle mise en œuvre de la théorie.

1. 1. Si l'œuvre est non disponible, l'existence concrète d'une attente d'un consommateur non satisfaite, faute d'offre sur le territoire de sa résidence, peut conduire à appréhender l'analyse de façon *a priori* moins défavorable.

L'accueil de la théorie est, en première analyse, moins choquant parce que bien qu'il s'agisse de forcer quelque peu le droit de propriété, il y a lieu d'observer qu'il n'y a pas de problème d'atteinte à l'exclusivité d'un autre distributeur. Pour autant, l'analyse des enjeux économiques et des effets potentiels ne peut être ignorée. Il y a lieu, en outre, d'observer que la situation au Temps T de la demande n'est pas nécessairement celle du temps T + 1. L'œuvre qui aura trouvé un public dans certains Etats fera peut-être l'objet d'une distribution ultérieure dans le pays de la demande. Il s'agit donc de ne pas gêner cette possibilité de carrière. Autrement dit, une certaine prudence s'impose encore.

1. 2. Dans le cas inverse d'une disponibilité de l'œuvre recherchée dans le pays de demande du consommateur, les exclusivités territoriales concédées ne nuisent pas frontalement aux intérêts des consommateurs. Si l'œuvre est accessible depuis le territoire

de résidence du consommateur qui sollicite un distributeur sur un autre territoire, les raisons de satisfaire la demande de ce consommateur paraissent devoir moins s'imposer au regard de l'entorse apportée à la nature du droit de propriété et des conséquences que l'application de la théorie est susceptible d'entraîner. Il s'agit pour le consommateur non d'une impossibilité mais d'une question de commodité ou de modalités. Certes non négligeables mais d'importance inférieure aux enjeux économiques et aux risques de ralentissement ultérieur de la production. Étant entendu que d'éventuels obstacles à la satisfaction de ces attentes ne sont le plus souvent que temporaires. La théorie des ventes passives devrait donc, en ce cas, être, *a priori*, écartée.

2. Si l'application de la théorie devait, malgré tout, être envisagée, sa mise en œuvre devrait :

- faire l'objet d'un raisonnement plus rigoureux,
- être enrichie de la prise en considération d'autres paramètres,
- tenir compte de données factuelles ou techniques importantes,
- ne pas s'affranchir inutilement du principe de respect du droit de propriété.

3. Il semble ainsi nécessaire d'instaurer d'emblée une période de « sanctuarisation » pour préserver, un temps, l'exclusivité du distributeur qui offre un produit nouveau sur le marché. Le point de départ et la durée de cette période pourraient varier suivant les situations. Si l'on s'inspire des lignes directrices sur les restrictions verticales, la durée de deux ans semble raisonnable.

4. Passée cette période, les autorités pourraient se pencher sur la légitimité de la demande de vente passive, en prenant en compte les spécificités du marché en cause et notamment le fait qu'il repose sur l'exercice du droit d'auteur, ce qui n'est pas le cas pour les marchés plus traditionnels pour lesquels sont mises en œuvre traditionnellement les ventes passives.

5. Une autre circonstance à prendre en considération serait le mode de financement de l'œuvre en cause : a-t-elle fait ou non l'objet d'une ou plusieurs préventes auprès de distributeurs, nécessaires pour réunir le budget indispensable à la mise en chantier, l'achèvement et la mise à disposition de l'œuvre en cause. Situation qui vient renforcer la nécessité d'une exclusivité de ce ou ces derniers (facteur défavorable à la conclusion de la vente passive).

6. Il faut aussi soupeser les contraintes et appréhender les mécanismes matériels et juridiques sur lesquels reposeraient la conclusion et la mise en œuvre de la vente passive recherchée. Des obstacles matériels peuvent survenir : quelle infrastructure pour répondre à la demande ? Au-delà de l'aspect technique se posera la question de savoir comment répondre à la sollicitation de consommation d'une seule œuvre quand le modèle économique du distributeur repose sur une logique d'accès via un abonnement. Comment fixer un prix ? Quelle TVA ? Etc…

7. Il faut encore rappeler que, dans l'hypothèse de mise en œuvre de la théorie, l'existence d'une exclusivité territoriale ne peut suffire à rejeter la validité de l'accord incriminé. En tout état de cause il est nécessaire de se livrer à un examen reprenant les éléments mentionnés au paragraphe 3 de l'article 101 et de laisser ouverte, pour sauver l'accord, la démonstration, de manière circonstanciée, des effets bénéfiques de celui-ci, compensant

ses effets anticoncurrentiels.

8. Enfin si, en dépit de toutes ces considérations, qui doivent être perçues comme des appels au rejet de la théorie, cette dernière devait malgré tout voir son application envisagée, il serait alors peut-être opportun de réfléchir à une forme de mise à disposition, alternative et totalement exceptionnelle par la mise en place de plateformes, au niveau européen, qui faciliterait les demandes de licences de la part de consommateurs directement auprès des producteurs et non des distributeurs.

L'application de la théorie doit être rejetée en raison tant de son inutilité pour le consommateur que de ses effets malheureux pour le secteur.

Si cette voie raisonnable n'était pas retenue, la plus grande prudence doit s'imposer.

Lorsqu'un consommateur sollicite la conclusion d'une vente passive, le fait qu'il puisse avoir accès ou non à l'œuvre sur son territoire est un facteur décisif : si c'est le cas, on doit considérer qu'une période de sanctuarisation pour l'exclusivité du distributeur est ouverte ; si ce n'est pas le cas, l'examen de la demande serait susceptible d'être fait mais il faut alors prendre en compte un certain nombre de facteurs.

Addendum : VENTES PASSIVES ET LIVRE NUMERIQUE

Des échanges dans le secteur du livre, il semblerait que l'analyse suivante puisse être menée.

La première phrase du Considérant 1 du Règlement (UE) 2018/302 du Parlement et du Conseil du 28 février 2018 *« visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur »* pose un cadre dans lequel doit s'inscrire la réflexion sur les ventes passives dans le secteur du livre, comme ailleurs :

> ***« Afin de tirer tout le parti possible du marché intérieur, défini comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises et des services notamment est assurée, il ne suffit pas de supprimer entre les États membres les seules barrières d'origine étatique. L'introduction, par des entités privées, d'obstacles incompatibles avec les libertés du marché intérieur peut neutraliser la suppression de ces barrières »***

Concrètement envisagée, ce règlement a pour objet (i) d'interdire le blocage de l'accès aux sites web et autres interfaces en ligne et le réacheminement de clients d'une version nationale à une autre et (ii) d'empêcher que les professionnels opèrent des discriminations en termes de conditions d'accès entre les clients en fonction du pays d'origine de la demande.

Le livre numérique et plus généralement les services proposant en ligne des contenus protégés par le droit d'auteur en sont pour l'instant exclus, à titre temporaire, en attendant la réévaluation de la portée de cette exclusion, une première fois au 23 mars 2020, puis ensuite tous les cinq ans (article 9.2 du Règlement).

La cadre que dresse ce texte donne sa réelle dimension à la question de l'interdiction des ventes passives étudiée par Monsieur Sirinelli et Madame Dormont : l'objectif du Règlement n'est même plus de distinguer les ventes passives des ventes actives pour permettre *in fine* l'existence d'exclusivités territoriales pour peu qu'elles ne soient pas absolues, mais bien d'empêcher purement et simplement de considérer le pays d'origine de la demande du consommateur lorsqu'il se présente en ligne.

C'est le signe que la notion même de vente passive n'est pas opérante dans l'univers de la vente en ligne. Dans son objectif de favoriser un large et unique marché intérieur, le législateur européen ne trouve plus aucune utilité à la notion de ventes passive (i). Il recourt donc à une forme encore accrue de prohibition qui comme celle des ventes passives manque ses objectifs (ii) et, plus encore, induit des effets négatifs quant au respect de la propriété intellectuelle et l'équilibre du marché (iii).

i) Une notion inopérante dans l'univers de la vente en ligne

L'exigence ici est de contraindre les distributeurs à satisfaire les sollicitations spontanées de clients individuels situés en dehors de leurs sphères d'exclusivité respectives.

Dans la vente en ligne de livres comme dans la vente de tout autre type de bien, la notion de sollicitation spontanée n'a plus de sens.

Soit l'on considère que la mise en ligne d'une offre de vente est une sollicitation et que toute offre commerciale en ligne est nécessairement active, soit l'on se place du point de vue du consommateur final qui, dès lors qu'il prend l'initiative de se connecter sur un site Internet peut être considéré comme agissant par un mouvement spontané de sa volonté et plus aucune vente en ligne ne peut être considérée comme active.

Le législateur européen l'a bien vu et s'attache maintenant à ce que le pays d'origine de la demande d'achat ne puisse plus être prise en compte dans les contrats régissant la vente en ligne. Pour les livres numériques, une telle mesure est aussi inutile que nocive.

ii) Une mesure inadaptée au but qu'elle poursuit

L'objectif affiché par les promoteurs de l'autorisation des ventes passives ou, sous sa forme accentuée, d'interdiction des restrictions territoriales, est la construction du marché unique européen.

Traduit dans les faits, la mesure vise à abattre les obstacles supposés se dresser actuellement, par exemple, entre un consommateur roumain, maltais ou tchèque et l'achat d'un livre numérique publié par un éditeur français.

Or ce marché n'existe pas.

Si l'on considère les ventes de livres numériques les plus récentes, depuis le début de l'année 2019, pour un éditeur français, elles émanent en moyenne à 96 % du bassin francophone (France, Belgique, Canada, Suisse).

Les ventes restantes (4%) émanent du reste l'Europe mais également de l'Amérique Latine, la Nouvelle-Zélande, de l'Australie et le Japon.

La demande de livres numériques en français émanant des pays non francophones de l'Union Européenne est donc quasi nulle.

Et ce, alors que plusieurs plateformes de distributions numériques desservent ces pays, comme l'atteste notamment l'étude du Bief sur l'exportation de livres numériques français, parue en 2016 et qui comporte le tableau suivant (page 31) :

5. TABLEAUX DE DISPONIBILITE ET VENTES DE LIVRES NUMERIQUES FRANÇAIS DANS L'UNION EUROPEENNE ET LES TERRITOIRES D'OUTRE-MER

UNION EUROPEENNE

Pays ouverts à la vente de livres numériques français – déclarations revendeurs

Ensemble des revendeurs
Partie des revendeurs
Aucun revendeur

Union Européenne – zone euro	Plateforme de vente en ligne	Solution marque blanche - librairies physiques françaises
Allemagne		
Autriche		
Belgique		
Chypre		
Espagne		
Estonie		
Finlande		
France		
Grèce		
Irlande		
Italie		
Lettonie		
Lituanie		
Luxembourg		
Malte		
Pays-Bas		
Portugal		
Slovaquie		
Slovénie		
Union européenne – hors zone euro		
Royaume-Uni		
Suède		
Danemark		
Pologne		
République tchèque		
Hongrie		
Croatie		
Roumanie		
Bulgarie		
Hors UE – pays francophones		
Suisse		
Canada		

Répondants : 6 revendeurs nationaux et internationaux ; une solution en marque blanche et une librairie.
Source : entretiens qualitatifs réalisés pour l'enquête "Exportation de livres numériques français", BIEF 2016.

Source: Exportation de livres numériques français - Etude du Bureau International de l'Edition Française Février 2016

iii) Une mesure aux effets négatifs multiples

La théorie des ventes passives est d'abord un instrument du droit de la concurrence et ses résultats doivent donc être mesurés à l'aune de l'objectif du maintien d'une concurrence vigoureuse, animée par des acteurs diversifiés (a).

Elle doit ensuite être confrontée aux impératifs du droit d'auteur (b).

a. L'interdiction des ventes passives contre la diversité des acteurs de la filière

❖ Tout détaillant opérant de la vente en ligne doit identifier le pays d'origine de la demande d'achat, pour de multiples raisons, dont notamment :

- La bonne application de la TVA du pays de l'acheteur
- La bonne application du droit de la consommation du pays de l'acheteur
- L'affichage du prix dans la devise applicable
- …

Les détaillants de taille modeste ou moyenne ne peuvent pas mettre en œuvre des dispositifs techniques permettant d'identifier le pays d'origine de chaque consommateur se connectant sur leur site sans engager des investissements sans commune mesure avec le chiffre d'affaires généré.

Sur un plan technique, leur seule option est donc de n'accepter que les demandes d'achat originaires d'un pays donné.

Si on le leur interdisait, cette interdiction aboutirait à ce que seuls les très grands acteurs numériques, généralement américains, soient en mesure de développer des sites de vente à même d'adapter le processus de vente à chaque pays d'origine des consommateurs.

Le niveau de diversité sur le marché s'en trouverait donc très affecté.

❖ La diversité de la filière est d'ailleurs également protégée, dans plusieurs pays européens (France, Allemagne, Belgique, Espagne…), par des lois règlementant le prix du livre.

Selon ces lois, un ressortissant de l'un de ces pays ne peut se voir appliquer, pour l'achat d'un livre publié sur le territoire national, que le prix fixé par l'éditeur.

Ce type de loi permet de conserver au livre une valeur suffisante pour irriguer toute la filière du livre (auteur, éditeur, distributeur, libraire) sur un marché où au demeurant les prix n'augmentent pas. En 2018, le prix des livres a augmenté de 0,5% contre une augmentation de 1,8 % de l'indice général des prix à la consommation sur la même période – Source : Ministère de la culture – SLL – « *Le secteur du livre : chiffres clefs 2017-2018* ».

S'il est interdit à un site de vente en ligne de distinguer ses clients selon leur pays d'origine, alors les ressortissants des pays dont le prix du livre est régulé pourront contourner l'application du prix fixé par l'éditeur en se connectant sur des sites établis en dehors de leur territoire national.

Si les lois sur le prix sont reconnues, comme c'est le cas dans l'actuel règlement *Géoblocage*, il faudra alors que les vendeurs en ligne soient à même d'appliquer le prix régulé aux consommateurs ressortissants des pays où un tel prix est applicable. Une fois encore, les seuls acteurs capables de mettre en œuvre cette application différenciée des prix selon le pays d'origine de la demande d'achat seront les opérateurs disposant des moyens financiers et humains les plus importants. Les acteurs plus modestes seront exclus de facto du marché.

b. L'interdiction des ventes passives contre le droit d'auteur

- Au premier abord, la problématique de l'exclusivité soulevée dans le domaine de l'audiovisuel paraît se poser avec moins de force que dans le domaine du livre.

  En effet, assez souvent, l'éditeur dispose des droits mondiaux pour l'exploitation de l'ouvrage qu'il commercialise.

  Cette affirmation est globalement vraie pour les éditeurs français publiant des livres d'auteurs français.

  En revanche, la question de la gestion territoriale se pose lorsque l'éditeur français s'est vu céder les droits de publication et de traduction en français auprès d'un éditeur anglo-saxon car il est d'usage que les éditeurs ou les agents anglo-saxons limitent très strictement l'étendue géographique de la cession. Or, les ouvrages traduits de l'anglais représentaient en 2018 11% de la totalité des livres publiés en France (Source : Ministère de la culture – SLL – « *Le secteur du livre : chiffres clefs 2017-2018* ».).

- Au-delà des aspects liés au droit d'auteur, les éditeurs doivent également pouvoir gérer la disponibilité de leurs publications au regard des règles nationales portant sur les infractions de presse ou la protection de la vie privée qui varient significativement d'un pays à l'autre. Un texte diffamatoire en Espagne peut ne pas l'être en France ; les contours de la vie privée protégée par le droit en Irlande ne sont pas les mêmes que ceux de cette notion en droit français. Un éditeur doit donc pouvoir sélectionner dans le détail les territoires de mise à disposition de sa publication.

- Hors des purs aspects légaux, l'interdiction de l'interdiction des ventes passives pose un réel problème de liberté contractuelle et de liberté du commerce: un éditeur peut vouloir choisir un détaillant plutôt qu'un autre pour tel ou tel pays et éventuellement adapter ses prix au niveau de vie du pays du client ou en fonction des efforts marketing et des coûts de mise sur le marché propres au territoire considéré.

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE **5**

INTRODUCTION **9**

1. Les ventes passives et l'audiovisuel : les données du problème **11**

1. 1. Où apparaissent les ventes passives dans le paysage normatif européen ? 11
1. 2. Comment les ventes passives ont-elles été mises en œuvre dans le secteur audiovisuel : présentation de l'affaire Sky 17

2. Les problèmes causés par la transposition de la théorie des ventes passives à la distribution des œuvres audiovisuelles **22**

2. 1. La transposition de la théorie des ventes passives au secteur de l'audiovisuel en ligne soulève un problème de terminologie 22
(i) Est-il possible d'évoquer une « vente » ? 22
(ii) Est-il possible d'identifier un comportement « passif » de la part du distributeur ? 24

2. 2. La technologie numérique devrait modifier la mise en œuvre de la théorie des ventes passives 25
(i) Le numérique a un effet potentiel de généralisation des ventes passives 25
(ii) La Commission européenne s'est inscrite dans une approche très favorable aux ventes passives dans un contexte numérique 25
(iii) Le numérique soulève fondamentalement un problème de légitimité des ventes passives 26

3. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit de la concurrence **29**

3. 1. L'interdiction des ventes passives est envisagée par le droit de la concurrence comme une « restriction par objet » 29
(i) Quel est l'enjeu de la qualification de « restriction par objet » ? 29
(ii) La qualification en restriction par objet est révélateur de la priorité accordée par les instances de l'Union européenne à l'objectif de libre circulation, au détriment d'une approche en termes d'efficacité économique 30

3. 2. Le fait de moduler dans le temps les ventes passives pourrait limiter leur effet délétère tout en préservant la logique concurrentielle 31
(i) L'idée de moduler dans le temps des ventes passives apparaît dans certains textes pour préserver l'apparition d'un produit nouveau 31
(ii) Pourquoi moduler dans le temps les ventes passives dans l'audiovisuel ? 32

4. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle soulèvent des interrogations au regard de la logique du droit d'auteur **35**

4. 1. La mise en œuvre de la théorie des ventes passives remet en cause le caractère exclusif du droit d'auteur, alors que le contexte normatif européen tend à le préserver 35
(i) L'exclusivité est au fondement du droit d'auteur et n'est remise en cause que de manière très circonstanciée 35

(ii) Les derniers textes européens réaffirment en creux l'attachement à une possible mise en œuvre territoriale du droit d'auteur 37

4. 2. Les modalités de mise en œuvre de la théorie des ventes passives soulèvent des questions au regard du respect du droit d'auteur 41
(i) Première hypothèse : les ventes passives n'imposent pas d'obtenir les droits sur les territoires couverts au-delà de l'exclusivité 42
(ii) Deuxième hypothèse : les ventes passives supposent d'obtenir les droits sur l'ensemble des territoires effectivement couverts 42
(iii) Troisième hypothèse : les ventes passives reposent sur une fiction juridique 43

5. Les ventes passives appliquées à la distribution audiovisuelle pourraient bouleverser l'économie du marché de l'audiovisuel 46

5. 1. Les ventes passives répondent-elles à un problème réel sur le marché de l'audiovisuel ? 46

5. 2. L'application de la théorie des ventes passives créerait des problèmes relatifs au financement du secteur audiovisuel 47

5. 3. Les ventes passives négligent la réglementation spécifique du secteur audiovisuel 49
(i) La chronologie des médias 50
(ii) Les obligations de financement incombant aux chaînes de télévision. 52

5. 4. Les ventes passives soulèvent des problèmes de mise en œuvre pratique 53

6. Quelques propositions relatives à l'éventuelle mise en œuvre des ventes passives dans le secteur de l'audiovisuel européen 55

***Addendum* : VENTES PASSIVES ET LIVRE NUMERIQUE 59**

ANNEXES

1. LETTRE DE MISSION 2

2. ARTICLE 101 DU Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne 5

3. Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne (TPIUE), 12 décembre 2018, aff. T-873/16, *Groupe Canal Plus c. Commission européenne* 6

4. TABLEAU COMPARATIF DES TEXTES EUROPÉENS RÉCENTS TOUCHANT À LA TERRITORIALITÉ DU DROIT D'AUTEUR 22

5. LE REFUS DE VENTE 23

6. CHRONOLOGIE DES MÉDIAS EN VIGUEUR EN FRANCE 25

7. CONTRIBUTION DE LA FIAPF AUX RÉFLEXIONS AUTOUR DES VENTES PASSIVES 26

8. ÉTUDE DE CAS DE LA FIAPF SUR LE FINANCEMENT ET LA DISTRIBUTION DE FILMS ET SÉRIES EUROPÉENS RÉCENTS 30

9. LISTE DES ÉTUDES SUR L'IMPACT DE L'EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE – DOCUMENT ÉTABLI PAR LA FIAPF 45

10. LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES 46

1. LETTRE DE MISSION

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère Culture

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 38 73
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr

http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique

Paris, le 08 JAN. 2018

Monsieur Pierre Sirinelli

Monsieur, cher Pierre,

L'évocation dans le cadre de plusieurs processus en cours au niveau européen de l'hypothèse d'une application du concept de ventes passives[1] à la mise à disposition en ligne d'œuvres audiovisuelles pose des problèmes à la fois en termes de pertinence au regard des caractéristiques de la fourniture sur les réseaux électroniques d'exemplaires immatériels d'œuvres et, d'autre part, de compatibilité avec le droit de la propriété littéraire et artistique.

D'une part, la Commission européenne a proposé dans le cadre de son paquet sur le commerce électronique de mai 2016 un règlement dit « géoblocage[2] », visant à interdire le blocage de l'accès aux sites web et la discrimination des clients dans quatre cas spécifiques de vente de biens et de services, tout en empêchant le contournement de cette interdiction dans les accords en matière de vente passive. En l'état, des modifications à ce texte aboutissent à exclure de son champ d'application l'accès à des œuvres audiovisuelles protégées par le droit d'auteur mais un bilan doit être effectué après trois ans puis tous les cinq ans, ce qui signifie que l'hypothèse de l'application du concept de ventes passives à la mise à disposition d'œuvres audiovisuelles en ligne reste. En outre, la Commission s'est interrogée dans la consultation sur le commerce électronique sur l'applicabilité du concept de ventes passives à la mise à disposition d'œuvres audiovisuelles en ligne[3].

---

[1] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. COM/2016/0289 final - 2016/0152 (COD)

[2] Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. COM/2016/0289 final - 2016/0152 (COD)

[3] Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique COM (2017) 229 final (10.5.2017) point 52.

D'autre part, la direction générale de la concurrence de la Commission européenne a engagé une procédure au sujet des services de télévision payante transfrontières, concernant des restrictions contractuelles convenues entre six grands studios de cinéma américains et la société Sky UK. Sont en cause des clauses empêchant cette dernière de permettre aux consommateurs de l'Union européenne résidant hors du Royaume-Uni et de l'Irlande de souscrire à des services de télévision payante disponibles au Royaume-Uni et en Irlande. Le 26 juillet 2016, la Commission européenne a rendu les engagements offerts par la société Paramount juridiquement contraignants en vertu des règles en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Cette société s'est notamment engagée à s'abstenir d'exécuter et de faire appliquer les clauses litigieuses contenues dans les contrats existants et à ne pas introduire ou réintroduire de telles clauses dans les contrats de diffusion futurs. La procédure se poursuit par ailleurs concernant les autres studios. Dans le même temps, d'autres opérateurs audiovisuels ont attaqué devant le Tribunal de l'Union européenne la décision prise par la Commission à l'égard de Paramount.

Une telle orientation a fait naître des inquiétudes importantes dans le secteur audiovisuel car elle remettrait en cause les exclusivités territoriales accordées aux diffuseurs alors même que la négociation des droits territoire par territoire est le fondement de l'économie du secteur de l'audiovisuel en Europe. Elle comporte en effet la conséquence que les titulaires de droits ne puissent pas garantir aux diffuseurs l'exclusivité qui justifie le préfinancement.

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'étude sur les ventes passives dans la distribution de contenus audiovisuels en ligne, au croisement de la propriété littéraire et artistique et du droit de la concurrence. Il s'agira de lister les processus existants au niveau européen (textes en préparation, consultations menées, procédures en cours, ...) dans lesquels l'application du concept de « ventes passives » est évoquée, de vérifier la pertinence de l'application dans l'univers numérique d'une notion apparue et appliquée dans un univers physique, puis d'examiner la justification des restrictions contractuelles territoriales au regard des spécificités de la mise à disposition des œuvres audiovisuelles en ligne, de leur mode territorial de financement et d'exploitation, ainsi que leur compatibilité avec les règles existantes, en particulier le droit d'auteur, et l'incidence des textes européens en préparation. Enfin, il s'agira si besoin est, de formuler des propositions que les autorités françaises pourraient porter au niveau européen dans le cadre des négociations sur ces textes, des concertations et des procédures en cours.

Pour mener à bien cette mission, vous serez assisté par un rapporteur, Madame Sarah Dormont, maître de conférence à l'université de Paris Est Créteil Val de Marne. Il serait souhaitable que vous ayez achevé vos travaux le 30 septembre 2018.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Monsieur, à l'expression de mes sentiments distingués.

Avec toutes mes amitiés

Le président

Pierre-François Racine

2. ARTICLE 101 DU Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

« **1.** Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

3. Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne (TPIUE), 12 décembre 2018, aff. T-873/16, *Groupe Canal Plus c. Commission européenne*.

ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre)

12 décembre 2018

« Concurrence – Ententes – Distribution télévisuelle – Décision rendant obligatoires des engagements – Exclusivité territoriale – Évaluation préliminaire – Affectation des droits contractuels des tiers – Proportionnalité »

Dans l'affaire T-873/16,

Groupe Canal + SA, établi à Issy-les-Moulineaux (France), représenté par Mes P. Wilhelm, P. Gassenbach et O. de Juvigny, avocats,

partie requérante,

soutenu par

République française, représentée par M. D. Colas, Mmes J. Bousin, E. de Moustier et M. P. Dodeller, en qualité d'agents,

par

Union des producteurs de cinéma (UPC), établie à Paris (France), représentée par Me É. Lauvaux, avocat,

par

C More Entertainment AB, établie à Stockholm (Suède), représentée par Mes L. Johansson et A. Acevedo, avocats,

et par

European Film Agency Directors – EFADs, établie à Bruxelles (Belgique), représentée par Me O. Sasserath, avocat,

parties intervenantes,

contre

Commission européenne, représentée par MM. A. Dawes, C. Urraca Caviedes et Mme L. Wildpanner, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

soutenue par

Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC), établi à Bruxelles, représenté par Me A. Fratini, avocat,

partie intervenante,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation de la décision de la Commission du 26 juillet 2016 concernant une procédure d'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire AT.40023 – Accès transfrontalier à la télévision payante), qui rend juridiquement contraignants les engagements offerts par Paramount Pictures International Ltd et Viacom Inc., dans le cadre des accords de licence sur des contenus audiovisuels qu'ils ont conclus avec Sky UK Ltd et Sky plc,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre),

composé de MM. D. Gratsias (rapporteur), président, A. Dittrich et I. Ulloa Rubio, juges,

greffier : Mme M. Marescaux, administrateur,

vu la phase écrite de la procédure et à la suite de l'audience du 14 septembre 2018,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

1 Le 13 janvier 2014, la Commission européenne a ouvert une enquête sur de possibles restrictions affectant la fourniture de services de télévision payante dans le cadre des accords de licence entre six studios américains et les principaux radiodiffuseurs de contenu payant de l'Union européenne.

2 Le 23 juillet 2015, la Commission a adressé une communication de griefs à Paramount Pictures International Ltd, établie à Londres (Royaume-Uni), et à Viacom Inc., établie à New York (New York, États-Unis), société mère de la première (ci-après, dénommées ensemble, « Paramount »). Dans cette communication, la Commission a exposé sa conclusion préliminaire concernant la compatibilité avec l'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) de certaines clauses figurant dans les accords de licence que Paramount avait conclus avec Sky UK Ltd et Sky plc (ci-après, dénommées ensemble, « Sky »).

3 Dans le cadre de son enquête, la Commission s'est focalisée sur deux clauses connexes de ces accords de licence. La première avait pour objet d'interdire à Sky, ou de limiter la possibilité de cette dernière, de répondre positivement à des demandes non sollicitées portant sur l'achat de services de distribution télévisuelle en provenance de consommateurs résidant dans l'EEE, mais en dehors du Royaume-Uni ainsi que de l'Irlande. La seconde imposait à Paramount, dans le cadre des accords qu'elle concluait avec les radiodiffuseurs établis dans l'EEE, mais en dehors du Royaume-Uni, d'interdire à ces derniers ou de limiter la possibilité de ces derniers de répondre positivement à des demandes non sollicitées portant sur l'achat de services de distribution télévisuelle en provenance de consommateurs résidant au Royaume-Uni ou en Irlande.

4 Par décision du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence du 24 novembre 2015, le requérant, Groupe Canal +, a été admis à participer à la procédure en tant que tiers intéressé au sens de l'article 13, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 773/2004 de la Commission, du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles [101 et 102 TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18).

5 Par lettre du 4 décembre 2015, intitulée « Informations sur la nature et l'objet de la procédure conformément à l'article 13, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 773/2004 », la Commission a communiqué au requérant, notamment, son appréciation juridique relative à l'application de l'article 101 TFUE aux faits de l'espèce, suivie d'une conclusion préliminaire à cet égard. Selon cette conclusion préliminaire, la Commission avait l'intention d'adopter une décision adressée à Sky et à chacun des studios visés par son enquête constatant qu'ils avaient enfreint l'article 101 TFUE et l'article 53 de l'accord EEE, leur infligeant des amendes et leur ordonnant de mettre fin à l'infraction et de s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir un objet ou un effet similaire.

6 Le 15 avril 2016, Paramount a proposé des engagements afin de répondre aux préoccupations de la Commission en matière de concurrence conformément à l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1). Après avoir recueilli des observations de la part d'autres tiers intéressés, dont le requérant, la Commission a adopté la décision du 26 juillet 2016 concernant une procédure d'application de l'article 101 TFUE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire AT.40023 – Accès transfrontalier à la télévision payante) (ci-après la « décision attaquée »).

7 Il ressort de l'article 1er de la décision attaquée que les engagements repris dans l'annexe de celle-ci sont obligatoires pour Paramount ainsi que ses successeurs en droit et ses filiales pour une période de cinq ans à compter de la notification de la décision en question.

8 La clause 1, neuvième alinéa, de l'annexe de la décision attaquée prévoit divers types de clauses faisant l'objet de la procédure (ci-après les « clauses pertinentes »). D'une part, s'agissant de la transmission par satellite, sont concernées, premièrement, la clause selon laquelle la réception en dehors du territoire couvert par l'accord de licence (overspill) ne constitue pas une violation du contrat de la part du télédiffuseur si celui-ci n'a pas autorisé ladite réception en connaissance de cause et, deuxièmement, la clause selon laquelle la réception à destination du territoire couvert par l'accord de licence ne constitue pas une violation du contrat de la part de Paramount si celle-ci n'a pas autorisé la disponibilité de décodeurs émanant des parties tierces dans ce territoire. D'autre part, s'agissant de la transmission par Internet, sont concernées, premièrement, la clause imposant aux télédiffuseurs d'empêcher le téléchargement ou la

diffusion en continu (streaming) de contenu télévisuel en dehors du territoire couvert par l'accord de licence, deuxièmement, la clause selon laquelle la visualisation par Internet (Internet overspill) à destination du territoire couvert par l'accord de licence ne constitue pas une violation du contrat de la part de Paramount si celle-ci a obligé les télédiffuseurs à employer des technologies empêchant une telle visualisation et, troisièmement, la clause selon laquelle la visualisation par Internet de contenu télévisuel en dehors du territoire couvert par l'accord de licence ne constitue pas une violation du contrat de la part du télédiffuseur si celui-ci emploie des technologies empêchant une telle visualisation.

9 Il ressort par ailleurs de la clause 1, troisième alinéa, de l'annexe de la décision attaquée que les termes « obligations du télédiffuseur » visent les clauses pertinentes ou des clauses équivalentes interdisant à un télédiffuseur de répondre à des demandes non sollicitées de la part de consommateurs résidant dans l'EEE, mais en dehors du territoire pour lequel le télédiffuseur jouit d'un droit de diffusion. Corrélativement, les termes « obligations de Paramount » désignent les clauses pertinentes ou des clauses équivalentes imposant à Paramount d'interdire à des télédiffuseurs situés dans l'EEE, mais en dehors des territoires pour lesquels un télédiffuseur jouit des droits exclusifs, de répondre à des demandes non sollicitées de la part de consommateurs résidant dans ces territoires.

10 Selon la clause 2 de l'annexe de la décision attaquée, à partir de la date de notification de la décision attaquée, Paramount est soumise à divers engagements. Tout d'abord, Paramount ne conclura ni ne reconduira ou étendra l'application des clauses pertinentes dans le cadre des accords de licence tels que ces derniers sont définis dans la même annexe (point 2.1). Ensuite, s'agissant des accords de licence existants portant sur la production de télévision payante (existing Pay-TV Output Licence Agreements), elle n'agira pas en justice afin de faire respecter les obligations des télédiffuseurs [point 2.2, sous a)]. S'agissant des mêmes accords, elle ne respectera pas ni n'agira afin de respecter, directement ou indirectement, les « obligations de Paramount » [point 2.2, sous b)]. Enfin, elle communiquera à Sky dans un délai de dix jours à partir de la notification de la décision attaquée, et à tout autre télédiffuseur établi dans l'EEE dans un délai d'un mois à partir de la même notification, qu'elle n'agira pas en justice afin de faire respecter les clauses pertinentes par les télédiffuseurs (point 2.3).

11 Le requérant avait conclu avec Paramount un accord de licence portant sur la production de télévision payante (Pay Television Agreement), entré en vigueur le 1er janvier 2014 (ci-après l'« accord du 1er janvier 2014 »). L'article 12 dudit accord prévoit que le territoire couvert par celui-ci se divise en territoires « exclusifs », couvrant notamment la France, et en un territoire « non exclusif » couvrant Maurice. L'article 3 de l'accord du 1er janvier 2014 prévoit, en outre, que Paramount n'exercera pas elle-même ni n'autorisera un tiers à exercer des droits de retransmission à destination des territoires exclusifs. L'annexe A.IV de cet accord précise, quant à elle, les obligations pesant sur le requérant en ce qui concerne l'emploi des technologies de géofiltrage empêchant la retransmission en dehors des territoires pour lesquels la licence est accordée.

12 Par lettre du 25 août 2016, Paramount a notifié au requérant l'engagement figurant au point 2.2, sous a), de l'annexe de la décision attaquée (voir point 10 ci-dessus) et a, par conséquent, précisé qu'elle n'agirait pas en justice afin de faire respecter les clauses pertinentes par le télédiffuseur et qu'elle levait toute obligation de ce dernier en vertu des clauses pertinentes. Paramount a également pris soin de préciser, dans la même lettre, que les termes « obligation du télédiffuseur » avaient le même sens que celui figurant dans l'annexe de la décision attaquée. Par lettre du 14 octobre 2016, le requérant a répondu à cette notification en soulignant que des engagements pris dans le cadre d'une procédure impliquant seulement la Commission et Paramount ne lui étaient pas opposables.

Procédure et conclusions des parties

13 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 8 décembre 2016, le requérant a introduit le présent recours.

14 Par ordonnance du 13 juillet 2017, Groupe Canal +/Commission (T-873/16, non publiée, EU:T:2017:556), le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) a été admis à intervenir au soutien de la Commission. L'Union des producteurs de cinéma (UPC), la European Film Agency Directors (EFADs) et C More Entertainment AB ont été admises à intervenir au soutien des conclusions du requérant par la même ordonnance. En outre, par décision du président de la cinquième chambre du Tribunal, du 13 juillet 2017, la République française a été admise à intervenir au soutien des conclusions du requérant.

15 Dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, le requérant a été invité, le 2 mai 2018, à répondre à une question écrite et a déféré à une telle demande le 15 mai 2018.

16 Le requérant et C More Entertainment concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

– annuler la décision attaquée ;

– à titre subsidiaire, annuler la décision attaquée en ce qu'elle concerne le marché français et les contrats du requérant ;

– condamner la Commission aux dépens.

17 La République française conclut à ce qu'il plaise au Tribunal d'annuler la décision attaquée.

18 L'UPC conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

– annuler la décision attaquée ;

– à titre subsidiaire, annuler la décision attaquée en ce qui concerne le marché français ;

– condamner la Commission aux dépens.

19 L'EFADs conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

– annuler la décision attaquée ;

– à titre subsidiaire, annuler la décision attaquée en ce qui concerne le marché français et les contrats en vigueur et futurs conclus avec le requérant ;

– condamner la Commission aux dépens.

20 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

– rejeter le recours ;

– condamner le requérant, la République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment aux dépens.

21 Le BEUC conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

– rejeter le recours ;

– condamner le requérant aux dépens.

En droit

Observations liminaires

22 À l'appui de son recours, le requérant soulève quatre moyens, tirés, le premier, d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne la compatibilité des clauses pertinentes avec l'article 101 TFUE et les effets des engagements imposés, le deuxième, d'une violation de l'article 9 du règlement n° 1/2003 en ce qui concerne l'identification des préoccupations auxquelles répondent les engagements imposés, le troisième, de la violation du principe de proportionnalité et, le quatrième, d'un détournement de pouvoir.

23 Ainsi que cela est exposé au point 11 ci-dessus, le requérant a conclu avec Paramount un accord de distribution télévisuelle, à savoir l'accord du 1er janvier 2014, comportant des clauses équivalentes aux clauses pertinentes. En effet, ainsi que cela a été précisé par le requérant en réponse à une mesure d'organisation de la procédure, l'obligation de Paramount d'interdire à des diffuseurs situés dans l'EEE, mais en dehors des territoires pour lesquels le requérant jouissait des droits exclusifs, de procéder à des ventes passives à destination de ces territoires ressort des articles 2 et 3 de cet accord. Il ressort, en particulier, de ces dispositions que Paramount a octroyé au requérant une licence portant sur plusieurs formes de retransmission télévisuelle exclusive, que tout droit non spécifiquement accordé demeure retenu par Paramount et que cette dernière s'est engagée à ne pas exercer ou autoriser n'importe quelle partie tierce à exercer ces droits à destination des territoires pour lesquels le requérant bénéficiait d'un droit exclusif. Il s'ensuit que, dans la mesure où toute partie tierce a besoin d'une autorisation explicite de la part de Paramount afin d'exercer les droits en question, l'engagement que cette dernière a pris à l'égard du requérant de ne pas accorder cette autorisation est équivalent aux « obligations de Paramount » telles que décrites au point 9 ci-dessus.

24 En exécution de son obligation découlant de la décision attaquée, Paramount a notifié au requérant sa décision de ne plus agir afin de faire respecter les « obligations du télédiffuseur » à son égard et de lever ces obligations aussi longtemps qu'elles étaient couvertes par les engagements rendus obligatoires en vertu de la décision attaquée. Ainsi que cela sera exposé plus en détail au point 95 ci-après, une telle action de la part de Paramount à l'égard de l'ensemble de ses

cocontractants dans l'EEE implique que cette dernière ne respecte plus ses obligations à l'égard du requérant découlant des articles 2 et 3 de l'accord du 1er janvier 2014 et consistant à ne pas autoriser ses cocontractants à répondre à des demandes non sollicitées en provenance de consommateurs résidant dans les territoires pour lesquels le requérant dispose d'un droit de diffusion exclusif.

25 Par conséquent, la position juridique du requérant a été affectée à la suite de l'exécution d'une obligation de la part de Paramount que la Commission a imposée à cette dernière en vertu de la décision attaquée. Compte tenu également du fait que le requérant a été admis à participer à la procédure administrative en tant que tiers intéressé et a déposé, sur le fondement d'un document que lui a communiqué la Commission, des observations à cet égard (voir points 4 et 5 ci-dessus), force est de constater qu'il a qualité pour agir contre la décision attaquée (voir, en ce sens, arrêts du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 90, et du 15 septembre 2016, Morningstar/Commission, T-76/14, EU:T:2016:481, points 31 à 34), ce que la Commission ne conteste d'ailleurs pas.

26 S'il est vrai que cette affectation confère au requérant qualité pour agir contre la décision attaquée, il n'en demeure pas moins que la question de savoir si le requérant décrit correctement les effets précis qu'engendre cette décision à son égard relève du fond de l'affaire.

27 À cet égard, le recours soulève une question essentielle portant sur la nature et la portée des effets qu'engendre une décision rendant obligatoires des engagements offerts par une entreprise, au sens de l'article 9 du règlement nº 1/2003, lorsque les engagements en question consistent en la déclaration unilatérale de ne plus honorer certaines clauses faisant partie d'un accord entre celle-ci et une autre entreprise qui, n'ayant pas été visée par l'enquête de la Commission, ne s'est pas vu adresser une communication des griefs et n'a pas offert d'engagements ni souscrit à l'offre de tels engagements.

28 Cette question est soulevée dans le cadre du troisième moyen.

Sur le premier moyen, tiré d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne la compatibilité des clauses pertinentes avec l'article 101 TFUE et les effets des engagements imposés

29 Selon le requérant, premièrement, la Commission n'a pas identifié, à l'égard des clauses pertinentes, des préoccupations tenant à une infraction par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. En réalité, ces clauses auraient pour effet de favoriser la diversité culturelle sans nuire à la concurrence, alors que les abolir conduirait à une plus forte concentration dans le secteur de la production cinématographique.

30 Deuxièmement, soutenu par la République française, le requérant fait valoir que la protection des droits de propriété intellectuelle justifie, au regard des règles du traité, l'imposition de limites géographiques telles que celles en cause. À cet égard, l'UPC fait valoir que les distinctions entre exclusivité territoriale « absolue » et « relative », d'une part, et ventes « actives » et « passives », d'autre part, ne sauraient trouver application dans un contexte numérique ne connaissant pratiquement pas de frontières. En outre, compte tenu des possibilités offertes aujourd'hui par la multitude de plateformes de télédistribution payante par Internet, en DVD ou en vidéo à la demande, les clauses pertinentes n'entraînent pas, selon le requérant et la République française, une véritable exclusivité et n'affectent donc pas la concurrence. Or, la Commission aurait dû procéder à une analyse précise du secteur audiovisuel cinématographique, faute de quoi la décision attaquée donne lieu à un renversement irrégulier de la charge de la preuve.

31 Troisièmement, le requérant souligne que l'exclusivité territoriale poursuivie par les clauses pertinentes ne concerne qu'une partie des contenus présents sur le marché de la télévision payante, si bien qu'elle n'est pas en mesure d'éliminer la concurrence sur ce marché. Ainsi, soutenu par l'UPC et la République française, le requérant fait valoir que les clauses pertinentes permettent d'accorder une rémunération appropriée absolument nécessaire pour les détenteurs des droits d'auteur dans le cadre d'une concurrence par les mérites adaptée aux caractéristiques de chaque marché national selon des fenêtres d'exploitation adaptées. Elles garantissent également la survie du modèle économique mis en œuvre par les opérateurs tels que le requérant. Ce modèle permettrait une répartition objective du risque engendré par le financement de la production cinématographique de l'Union, auquel le requérant est obligé de consacrer une part importante de ses ressources totales. Selon l'UPC, le modèle en question répond à la réglementation en vigueur dans certains ordres juridiques nationaux, sans pour autant que la Commission ait entrepris un examen à leur égard.

32 Ainsi, quatrièmement, l'inapplicabilité des clauses pertinentes affecterait indirectement mais certainement l'ensemble des relations contractuelles du secteur et donnerait lieu à l'apparition de licences d'envergure au niveau de l'Union bouleversant l'équilibre de négociation au détriment des producteurs de l'Union. La disponibilité de financement à destination de la production audiovisuelle de l'Union, y compris par le biais des contributions que les radiodiffuseurs versent aux entités nationales de l'audiovisuel, serait radicalement limitée en conséquence, de sorte que la qualité et la diversité de l'offre proposée aux consommateurs et, en fin de compte, la diversité culturelle protégée en vertu de l'article 3 TUE et de l'article 167, paragraphe 4, TFUE s'en trouveraient compromises. Or, en indiquant simplement que, à la suite des engagements souscrits, Paramount pourrait toujours accorder des licences sur une base territoriale, la Commission n'aurait pas motivé sa décision à suffisance de droit s'agissant de la pertinence de cette circonstance au regard des conséquences identifiées par le requérant.

33 La Commission, soutenue par le BEUC, conteste le bien-fondé de ce moyen.

34 Il convient de rappeler que l'article 9, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 est ainsi libellé :

> « Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse. »

35 En outre, le considérant 13 du règlement nº 1/2003 dispose ce qui suit :

> « Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction [...] »

36 Ainsi, dans le cadre de l'application de l'article 9 du règlement nº 1/2003, le rôle de la Commission se limite à la vérification que les engagements proposés répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 41).

37 Il convient également de relever que, ainsi qu'il ressort de l'article 9 du règlement nº 1/2003, l'évaluation préliminaire à laquelle se réfère cette disposition (voir point 34 ci-dessus) est destinée aux entreprises visées par l'enquête de la Commission et a pour but de permettre à ces dernières d'apprécier l'opportunité de proposer des engagements appropriés remédiant aux problèmes de concurrence constatés par la Commission. En effet, la clôture de la procédure d'infraction engagée à l'encontre de ces entreprises leur permet d'éviter la constatation d'une violation du droit de la concurrence et l'éventuelle infliction d'une amende (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 48).

38 Il ressort de ces considérations que, si la motivation d'une décision adoptée en vertu de l'article 9 du règlement nº 1/2003 se doit d'inclure l'évaluation préliminaire ayant déclenché l'ouverture d'une négociation fructueuse sur des engagements, cette motivation ne peut en aucun cas comporter tous les éléments nécessaires pour établir une violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ni, à plus forte raison, les éléments justifiant de considérer que le paragraphe 3 de cette disposition ne peut être appliqué à l'égard du comportement initialement incriminé.

39 Par conséquent, ainsi que le fait valoir la Commission, le contrôle de légalité de la décision attaquée peut porter uniquement sur la question de savoir si les circonstances exposées dans la décision attaquée établissent des préoccupations en matière de concurrence si, dans l'affirmative, les engagements rendus obligatoires répondent à ces préoccupations et, enfin, si Paramount n'a pas offert d'engagements moins contraignants y répondant d'une façon aussi adéquate.

40 À cet égard, la Commission a exposé, aux considérants 37 à 44 de la décision attaquée, que les accords aboutissant à une exclusivité territoriale absolue reconstituaient les cloisonnements de marchés nationaux et contrariaient l'objectif du traité visant à établir un marché unique. Ces clauses sont donc réputées avoir pour objet de restreindre la concurrence, à moins que d'autres circonstances relevant de leur contexte économique et juridique ne permettent de constater qu'elles ne sont pas susceptibles de produire ce résultat. À ce dernier égard, la protection du droit d'auteur a pour but de garantir une rémunération appropriée pour ce dernier et non la rémunération la plus élevée possible résultant d'arrangements excluant toute prestation transfrontalière de services de radiodiffusion télévisuelle et entraînant ainsi une protection territoriale absolue.

41 Or, ainsi que la Commission l'a exposé aux considérants 46 à 49 de la décision attaquée, eu égard à leur contenu, à leurs objectifs et à leur contexte économique et juridique, les clauses pertinentes ont pour objet d'exclure toute concurrence transfrontalière et d'accorder une protection territoriale absolue aux radiodiffuseurs cocontractants de Paramount.

42 Force est de constater que les motifs résumés aux points 40 et 41 ci-dessus sont fondés et qu'ils suffisent pour justifier des préoccupations sur la compatibilité des clauses pertinentes avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Contrairement donc à ce que font valoir le requérant, la République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment, la décision attaquée est à la fois motivée à suffisance de droit et exempte d'erreur quant au bien-fondé de ses motifs.

43 En particulier, certes, dans un contexte factuel caractérisé par des barrières importantes restreignant sérieusement les possibilités de distribution télévisuelle transfrontalière, le fait que le titulaire du droit d'auteur concède à un licencié unique le droit exclusif de diffuser du contenu audiovisuel sur le territoire d'un État membre et donc d'en interdire, pendant une période déterminée, la diffusion par d'autres opérateurs n'ayant pas obtenu l'autorisation des titulaires de droits concernés ni versé de rémunération à ceux-ci ne suffit pas pour constater qu'un tel accord doit être considéré comme l'objet, le

moyen ou la conséquence d'une entente interdite par le traité (voir, en ce sens, arrêts du 6 octobre 1982, Coditel e.a., 262/81, EU:C:1982:334, points 15 et 16, et du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 137).

44 Par conséquent, un titulaire de droits d'auteur peut concéder, en principe, à un licencié unique le droit exclusif de radiodiffuser par satellite, pendant une période déterminée, un objet protégé en vertu d'un tel droit à partir d'un seul État membre d'émission ou à partir de plusieurs États membres (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 138).

45 En revanche, lorsque les accords que conclut le titulaire du droit d'auteur contiennent des clauses en vertu desquelles ledit titulaire est désormais tenu d'interdire à tous ses cocontractants sur le marché de l'EEE de procéder à des ventes passives à destination des marchés géographiques situés en dehors de l'État membre pour lequel il leur accorde une licence exclusive, ces clauses confèrent une exclusivité territoriale absolue contractuellement stipulée et enfreignent, de ce fait, l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

46 En effet, un accord qui tendrait à reconstituer les cloisonnements de marchés nationaux est susceptible de contrarier l'objectif du traité visant à réaliser l'intégration de ces marchés par l'établissement d'un marché unique. Ainsi, des contrats visant à cloisonner les marchés selon les frontières nationales ou rendant plus difficile l'interpénétration des marchés nationaux doivent être considérés, en principe, comme des accords ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 139).

47 À cet égard, il y a lieu de tenir compte de l'évolution du droit de l'Union survenue, en particulier, en raison de l'adoption de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO 1989, L 298, p. 23), et de la directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble (JO 1993, L 248, p. 15), qui visent à assurer le passage des marchés nationaux à un marché unique de production et de distribution de programmes (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 121).

48 Dans ce contexte, lorsqu'un contrat de licence vise à interdire ou à limiter la prestation transfrontalière des services de radiodiffusion, il est réputé avoir pour objet de restreindre la concurrence, à moins que d'autres circonstances relevant de son contexte économique et juridique ne permettent de constater qu'un tel contrat n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 140).

49 Il convient donc d'examiner tant l'objet que le contexte économique et juridique dans lequel s'insèrent les clauses pertinentes.

50 À cet égard, ainsi qu'il ressort des points 3, 8, 9, 11 et 23 ci-dessus, les obligations réciproques stipulées en vertu des clauses pertinentes entre Paramount et ses cocontractants, dont le requérant, ont précisément pour objet d'éliminer la prestation transfrontalière des services de radiodiffusion de contenu audiovisuel faisant l'objet des accords s'y rapportant. Ces clauses confèrent donc, par voie d'accord, une protection territoriale absolue et ont pour objet d'éliminer toute concurrence transfrontalière entre différents radiodiffuseurs dans le domaine des services que proposent ces derniers. Par conséquent, compte tenu des considérations exposées aux points 43 à 48 ci-dessus, ces clauses étaient de nature à susciter, pour la Commission, des préoccupations en raison de leur objet anticoncurrentiel contraire à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 142 et 144).

51 En outre, s'agissant du contexte économique et juridique des clauses pertinentes, contrairement à ce que font valoir le requérant, la République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment, le fait que les accords de distribution télévisuelle en cause portent sur des œuvres couvertes par le droit d'auteur ne permet pas de constater qu'ils ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence.

52 En effet, d'une part, les engagements rendus obligatoires en vertu de la décision attaquée n'affectent pas l'octroi même de licences exclusives pour la diffusion de contenu télévisuel dont Paramount détient les droits. Au contraire, les engagements en question visent à mettre fin à l'application des clauses pertinentes, qui aboutissent à une exclusivité territoriale absolue et ont pour objet d'éliminer toute concurrence entre différents radiodiffuseurs au sujet d'œuvres couvertes par ces droits, et ce en vertu d'un ensemble d'obligations réciproques consacré dans les accords de distribution télévisuelle.

53 D'autre part, s'il est vrai que l'objet spécifique de la propriété intellectuelle vise notamment à assurer aux titulaires des droits qui en découlent la possibilité de les exploiter commercialement, il n'en demeure pas moins que cet objet ne garantit pas à ces derniers la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible mais uniquement une

rémunération appropriée. Cette conclusion est confirmée par le considérant 10 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO 2001, L 167, p. 10), ainsi que par le considérant 5 de la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO 2006, L 376, p. 28) (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 107 et 108).

54 Une rémunération appropriée du détenteur de ce droit est celle qui est en rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui jouissent ou qui souhaitent jouir de la prestation fournie. Ainsi, en matière de radiodiffusion télévisuelle, une telle rémunération doit notamment être en rapport raisonnable avec des paramètres des émissions concernées tels que leur audience effective, leur audience potentielle et la version linguistique. Cette approche est confirmée par le considérant 17 de la directive 93/83 (arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 109 et 110).

55 À cet égard, force est de constater que, dans le cadre d'un système de licences dépourvues de clauses visant à cloisonner les marchés selon les frontières nationales, rien ne s'oppose à ce que le titulaire de droits négocie un montant qui prend en compte l'audience potentielle tant dans l'État membre pour lequel la licence exclusive est accordée que dans tout autre État membre dans lequel les émissions faisant l'objet de l'accord de distribution sont également reçues. En effet, la technologie nécessaire pour la réception des œuvres couvertes par les droits en question permet de déterminer l'audience effective et potentielle, et cela par ventilation par pays de provenance de la demande d'achat (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 112 et 113). Cette même technologie permet également de moduler les actions de promotion active afin de les limiter au territoire pour lequel est accordée une licence exclusive.

56 Dans un tel contexte, rien n'exclut que le détenteur des droits puisse réclamer un supplément en échange d'une licence prenant en compte l'audience effective et potentielle dans l'ensemble de l'EEE. En revanche, le supplément forcément plus important versé aux fins d'une exclusivité territoriale absolue trouve sa justification dans les différences de prix artificielles entre les marchés nationaux cloisonnés, inconciliables avec le but essentiel du traité, qui est la réalisation d'un marché intérieur. Dans cette mesure, ce supplément va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer à ces titulaires une rémunération appropriée (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 114 à 116).

57 Corrélativement, en ce qui concerne l'activité d'un opérateur tel que le requérant, l'éventuelle baisse des prix d'abonnements sur le territoire français, jusqu'alors configurés à un certain niveau grâce à la protection territoriale absolue garantie par l'application des clauses pertinentes, peut être compensée par le fait que, en exécution des engagements rendus obligatoires en vertu de la décision attaquée, Paramount a déclaré son intention de ne plus poursuivre l'application desdites clauses. Cette déclaration implique que le requérant est désormais libre de s'adresser à une clientèle située dans l'ensemble de l'EEE et non seulement en France. Cela est en harmonie avec le but essentiel que poursuit le traité lorsqu'il établit un marché sans frontières intérieures, au sein duquel la concurrence n'est pas faussée par des accords, des décisions ou des pratiques concertées prohibées par l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Par conséquent, même si le requérant consacre une partie de ses recettes au financement de produits de l'audiovisuel qui nécessitent un soutien spécifique, le jeu normal de la concurrence, désormais ouvert à l'échelle de l'EEE, lui donne des possibilités que les clauses pertinentes lui niaient tant que Paramount avait l'intention d'en exiger le respect.

58 Il s'ensuit que les arguments du requérant, de la République française, de l'EFADs, de l'UPC et de C More Entertainment pris du prétendu caractère licite des clauses pertinentes au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir points 29 à 32 ci-dessus) doivent être écartés. Pour les motifs exposés au point 55 ci-dessus, il en est de même de la prétendue impossibilité de faire une distinction entre ventes actives et ventes passives hors territoire exclusif dans un contexte numérique (voir point 30 ci-dessus).

59 En outre, dans la mesure où les arguments pris de ce que les clauses pertinentes promeuvent la production et la diversité culturelles et que leur abolition mettra prétendument en péril la production culturelle de l'Union (voir points 30 à 32 ci-dessus) sont à comprendre comme tirés de l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 3, TFUE à l'égard des clauses en question, ces arguments ne sauraient prospérer.

60 Certes, de tels arguments visent à faire valoir que les clauses pertinentes contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits de l'audiovisuel.

61 Toutefois, ainsi qu'il ressort des motifs exposés aux points 34 à 39 ci-dessus, la procédure donnant lieu à une acceptation d'engagements offerts est régie par le principe selon lequel les entreprises visées par l'enquête sont informées des préoccupations de la Commission et apprécient l'opportunité de proposer des engagements pour l'avenir en échange du fait que la Commission ne constatera pas d'infraction pour le passé. La Commission, pour sa part, apprécie l'opportunité de renoncer à la constatation d'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE et d'économiser ainsi les ressources qu'elle aurait dû consacrer à l'affaire en cause, en échange d'engagements portant par définition sur l'avenir et dissipant toutes ses préoccupations en la matière.

62 Dans ce cadre, la question de savoir si le comportement ayant suscité les préoccupations en question remplit les conditions cumulatives d'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE s'avère étrangère à la nature même d'une décision telle que la décision attaquée. En effet, d'une part, l'application de cette disposition présuppose une constatation d'infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE. D'autre part, l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE consiste à déterminer les effets pro-concurrentiels produits par l'accord enfreignant l'article 101, paragraphe 1, TFUE et à voir si ces effets pro-concurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels (arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, EU:T:2003:281, point 107).

63 Or, premièrement, ainsi que cela a été exposé aux points 34 et 35 ci-dessus, lorsque la Commission estime que l'engagement offert est de nature à répondre à ses préoccupations, elle peut le rendre obligatoire par voie de décision pour l'entreprise l'ayant offert, sans pour autant que cette institution puisse établir, dans la décision en question, s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction.

64 Deuxièmement, le fait de rendre obligatoires les engagements offerts a précisément pour objet de dissiper les préoccupations de concurrence exprimées par la Commission en excluant toute violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE pour l'avenir, ce qui perdrait son sens en cas d'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. En effet, cette dernière disposition a pour objet non pas de contraindre l'entreprise visée par l'enquête à modifier son comportement au regard duquel la Commission a formulé des préoccupations de concurrence, mais précisément de déclarer inapplicable l'article 101, paragraphe 1, TFUE en permettant ainsi à cette entreprise de poursuivre l'action qui a provoqué l'ouverture de l'enquête.

65 Ainsi, s'il est vrai que la Commission peut accepter et rendre obligatoire un engagement proposé en vertu duquel un accord, une décision ou une pratique concertée suscitant des préoccupations au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE sont modifiés afin de remplir désormais les conditions de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, elle n'est pas obligée d'apprécier si un tel accord, une telle décision ou une telle pratique concertée remplissent ces conditions lorsque l'engagement proposé consiste simplement, comme en l'espèce, en l'abandon pur et simple de ce comportement.

66 Il ressort de ce qui précède qu'il n'incombe pas au Tribunal, dans le cadre du contrôle de légalité dont ce dernier est investi en vertu de l'article 263 TFUE, de se prononcer sur les arguments du requérant pris de ce que les clauses pertinentes promeuvent la production et la diversité culturelles et que leur abolition mettra prétendument en péril la production culturelle de l'Union. Ces arguments peuvent, en revanche, être avancés par le requérant devant le juge national dans le cadre d'une procédure intentée contre Paramount sur le fondement de l'accord du 1er janvier 2014, ce juge pouvant saisir à cet égard tant la Commission en vertu de l'article 15 du règlement nº 1/2003 que la Cour en vertu de l'article 16 du même règlement et de l'article 267 TFUE (voir point 102 ci-après).

67 En tout état de cause, force est de constater que les considérations exposées aux points 53 à 57 ci-dessus excluent l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, puisque les clauses pertinentes imposent des restrictions allant au-delà de ce qui est nécessaire pour la production et la distribution d'œuvres audiovisuelles nécessitant une protection des droits de propriété intellectuelle et, de ce fait, ne satisfont pas à au moins une des conditions cumulatives prévues à l'article 101, paragraphe 3, TFUE, à savoir celle de ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions non indispensables pour la protection de ces droits (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 145).

68 En particulier, d'une part, une protection territoriale absolue va manifestement au-delà de ce qui est indispensable à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès technique ou économique requise par l'article 101, paragraphe 3, TFUE, comme le démontre l'interdiction, voulue par les parties aux accords concernés, de toute prestation transfrontalière des services de diffusion télévisuelle, même s'il s'agit d'œuvres pour lesquelles une licence a été octroyée par Paramount elle-même et diffusées sur le territoire d'un État membre (voir, en ce sens, arrêt du 8 juin 1982, Nungesser et Eisele/Commission, 258/78, EU:C:1982:211, point 77).

69 Or, il ressort des considérations figurant au point 57 ci-dessus qu'une éventuelle baisse des recettes du requérant en provenance des clients situés en France peut être compensée par le fait que, grâce à la mise en œuvre des engagements rendus obligatoires en vertu de la décision attaquée, ce dernier est désormais libre de s'adresser à une clientèle située dans l'ensemble de l'EEE et non seulement en France.

70 D'autre part, l'argument selon lequel les clauses pertinentes n'éliminent pas toute concurrence au sujet des œuvres qu'elles couvrent puisque ces dernières sont également disponibles sur des supports ne relevant pas de celles-ci vise la condition figurant à l'article 101, paragraphe 3, sous b), TFUE. Or, les motifs exposés aux points 53 à 56 et 67 à 69 ci-dessus suffisent pour écarter l'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE en l'espèce (arrêt du 8 juin 1982, Nungesser et Eisele/Commission, 258/78, EU:C:1982:211, points 74, 75 et 78).

71 La Commission a exposé, en substance, ces appréciations aux considérants 40 à 44 de la décision attaquée dans le cadre de son analyse préliminaire relative à l'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

72 Il s'ensuit que, même s'il devait être considéré que la Commission était dans l'obligation d'examiner l'applicabilité de l'article 101, paragraphe 3, TFUE dans la procédure litigieuse, la conclusion figurant au considérant 52 de la décision attaquée, selon laquelle son examen préliminaire a abouti à la conclusion que les conditions cumulatives d'application de l'article 101, paragraphe 3, TFUE n'étaient pas réunies, doit être lue à la lumière des motifs exposés aux considérants 40 à 44 de la décision attaquée. Cette appréciation de la Commission doit donc être considérée comme exempte d'erreur.

73 Par conséquent, premièrement, la décision attaquée est motivée à suffisance de droit en ce qui concerne la question de savoir si les engagements offerts par Paramount en l'espèce, consistant à ne plus honorer les clauses pertinentes, étaient propres à dissiper les préoccupations que la Commission avait exprimées en matière de concurrence et, deuxièmement, cette institution n'a pas commis d'erreur en répondant par l'affirmative à cette même question.

74 Il y a donc lieu de rejeter le premier moyen.

75 Il convient, à présent, d'examiner le troisième moyen.

Sur le troisième moyen, tiré d'une violation du principe de proportionnalité

76 Le troisième moyen comporte deux branches, la première étant tirée de la violation du principe de proportionnalité en raison du caractère manifestement disproportionné des engagements rendus obligatoires (voir points 77 et 78 ci-après) et la seconde de l'affectation indue des droits contractuels des tiers, tels que le requérant (voir point 79 ci-après).

77 En effet, soutenu par la République française, le requérant fait valoir que le principe de proportionnalité trouve application en matière d'engagements, même si ces derniers sont fondés sur une offre émanant de la partie visée par l'enquête. Dans ce contexte, la Commission se devrait de vérifier que les engagements répondaient aux préoccupations qu'elle avait identifiées et que l'entreprise concernée n'avait pas proposé d'engagement moins contraignant y répondant de manière aussi adéquate.

78 Or, d'une part, la Commission aurait rendu obligatoires des engagements ne répondant pas à des préoccupations formulées dans son appréciation préliminaire, si bien qu'ils sont manifestement plus contraignants que ce qui aurait été nécessaire afin de pallier les préoccupations effectivement identifiées. Cette appréciation serait d'autant plus justifiée que les engagements litigieux auraient un effet néfaste sur la diversité culturelle au sein de l'ensemble de l'EEE en raison de la perte des recettes que les télédiffuseurs pourraient affecter à la réalisation des films européens.

79 D'autre part, soutenu par la République française, le requérant fait valoir que les engagements rendus obligatoires en vertu de la décision attaquée affectent les intérêts des tiers dans la mesure où ils constituent une modification unilatérale de l'accord du 1er janvier 2014 au sujet de clauses dont il tire des droits, sans que la procédure administrative ait porté sur l'accord en question, ce qui aurait affecté négativement ses droits procéduraux. Or, il ressortirait de la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE (JO 2011, C 308, p. 6) que, pour être accepté, un engagement doit notamment s'appliquer directement, en ce sens qu'il ne doit pas dépendre de la volonté d'un tiers non lié par celui-ci. Par conséquent, lorsque l'engagement consiste en la modification d'une relation contractuelle nécessitant l'assentiment des parties contractantes, comme en l'espèce, l'offre d'engagement doit être rejetée par la Commission. La Commission s'étant écartée de sa propre communication sans offrir une justification quelconque dans la décision attaquée, cette dernière devrait être annulée.

80 Premièrement, la Commission soutient à nouveau que les engagements proposés répondaient de manière adéquate aux préoccupations qu'elle avait identifiées en matière de concurrence, si bien qu'elle n'était pas tenue de rechercher elle-même des solutions moins onéreuses ou moins contraignantes.

81 Deuxièmement, la Commission fait valoir avoir dûment tenu compte des intérêts des tiers en les invitant à soumettre leurs observations et en examinant celles-ci.

82 Troisièmement, soutenue par le BEUC, la Commission soutient que la décision attaquée n'aurait pas privé le requérant de ses droits contractuels ni n'aurait affecté la valeur des clauses pertinentes. Au contraire, ce ne serait que la volonté de Paramount qui aurait eu pour effet que cette dernière n'adhère plus ou ne soit plus liée par les clauses en question. À cet égard, quatrièmement, la Commission souligne que la décision attaquée n'a pas d'effet erga omnes et qu'elle ne préjuge en rien d'une éventuelle action du requérant contre Paramount pour violation de ses obligations contractuelles. Examinés sous cet angle, les engagements offerts par Paramount ne dépendaient pas de la volonté d'un tiers au sens du point 128 de sa communication concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE. En outre, l'accord du 1er janvier 2014 ne contiendrait pas de clause équivalente à celle décrite au considérant 2, sous b), de la décision attaquée.

83 Il convient d'examiner d'abord la seconde branche du troisième moyen, prise de l'affectation, en méconnaissance du principe de proportionnalité, des droits contractuels des tiers, tels que le requérant.

84 En revanche, les arguments présentés dans le cadre de la première branche du présent moyen et pris de la violation du principe de proportionnalité en ce que les engagements rendus obligatoires ne reposeraient pas sur un exposé de préoccupations adéquat et qu'ils iraient au-delà de ce qui serait nécessaire pour pallier les préoccupations effectivement exposées (voir points 77 et 78 ci-dessus) se confondent en réalité avec ceux avancés au soutien du deuxième moyen. Ils seront donc examinés dans le cadre de ce dernier.

85 Il ressort de l'argumentation des parties que celles-ci s'accordent sur la prémisse selon laquelle un acte tel que la décision attaquée ne peut légalement avoir pour effet, à l'égard du requérant, la suppression des clauses pertinentes de l'accord du 1er janvier 2014. En effet, en réponse à l'argument que le requérant a soulevé à cet égard (voir point 79 ci-dessus), la Commission soutient que la décision attaquée ne déploie pas un tel effet, mais oblige simplement Paramount à déclarer à ses cocontractants son intention de ne plus honorer les clauses pertinentes. Selon la Commission, cette obligation ne préjuge en rien l'appréciation que pourrait formuler le juge national quant à la validité des clauses en question à la suite d'un recours que le requérant déciderait d'intenter contre Paramount devant ledit juge.

86 En effet, le droit des opérateurs économiques de configurer leurs relations en fonction de leur volonté telle que celle-ci est exprimée dans les accords qu'ils concluent relève de la liberté contractuelle. Cette liberté, qui inclut la possibilité de choisir son partenaire économique et de déterminer le contenu d'un accord, est garantie par l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacre la liberté d'entreprise (arrêt du 22 janvier 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, points 42 et 43).

87 S'il est vrai que la liberté d'entreprise ne constitue pas une prérogative absolue et doit être prise en considération au regard de sa fonction dans la société, il n'en demeure pas moins que sa limitation doit, en conformité avec l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux, être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel de ladite liberté (voir, en ce sens, arrêt du 22 janvier 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, points 45 à 48).

88 Il ressort, à cet égard, de l'article 9 du règlement nº 1/2003 (voir point 34 ci-dessus) que l'offre effectuée par une entreprise en vertu de cette disposition doit constituer un « engagement ». Il doit consister en une concession, à savoir en une limitation de l'éventail des comportements que celle-ci serait encline à adopter. Cet engagement peut consister soit en une obligation d'agir d'une manière déterminée, soit en une obligation de s'abstenir d'une action.

89 En outre, lorsque la Commission estime que l'engagement offert est de nature à répondre à ses préoccupations, elle peut le rendre obligatoire par voie de décision pour l'entreprise l'ayant offert, sans pour autant que cette institution puisse établir, dans la décision en question, s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Cette décision est adressée, comme en l'espèce, aux seules entreprises ayant offert l'engagement et n'est obligatoire que pour celles-ci, conformément à l'article 288, quatrième alinéa, TFUE.

90 Force est donc de constater, à l'instar de ce que font valoir le requérant et la Commission, qu'une décision adoptée sur le fondement de l'article 9 du règlement nº 1/2003 ne peut avoir pour objet ou pour effet de rendre un engagement, au sens exposé au point 88 ci-dessus, obligatoire pour des opérateurs qui ne l'ont pas offert et qui n'y ont pas souscrit.

91 En effet, une telle possibilité irait à l'encontre de la lettre de l'article 9 et du considérant 13 du règlement nº 1/2003 (voir point 35 ci-dessus), dont il ressort que les engagements acceptés par la Commission sont à rendre obligatoires pour les entreprises qui les ont proposés. Cette approche est également reflétée au point 115 de la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE. Selon ce point, « [s]i la Commission accepte [l]es engagements, elle peut adopter une décision les rendant obligatoires pour les parties visées par la procédure ». Or, il est constant que, en tant que partie tierce n'ayant pas reçu une communication des griefs, le requérant n'a pas été « visé par la procédure » que la Commission a ouverte exclusivement à l'encontre de Paramount et de Sky. Par conséquent, lorsque l'engagement consiste à laisser inappliquée une clause contractuelle conférant des droits à un tiers, reconnaître à la Commission le pouvoir de le rendre obligatoire à l'égard dudit tiers sans que celui-ci l'ait offert et sans que la procédure de la Commission ait été intentée contre celui-ci constituerait une ingérence dans la liberté contractuelle de l'opérateur en question allant au-delà des prévisions de l'article 9 du règlement nº 1/2003.

92 Cette conclusion est par ailleurs confirmée par le point 128 de la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, qui dispose ce qui suit :

> « Les engagements doivent être dépourvus d'ambiguïté et s'appliquer directement[, à savoir que leur mise en œuvre ne doit pas dépendre de la volonté d'un tiers non lié par les engagements]. En outre, quand les engagements ne peuvent pas être mis en œuvre sans l'accord d'un tiers (par exemple quand un tiers qui ne constituerait pas un acheteur approprié au vu des engagements détient un droit de préemption), l'entreprise doit fournir une preuve de l'accord de ce tiers. »

93 Dans ce contexte, se pose la question de savoir si, compte tenu de son libellé ainsi que du contexte juridique dans lequel elle a été adoptée, la décision attaquée a pour objet ou pour effet que l'engagement offert par Paramount s'apparente, en violation de l'article 9 du règlement nº 1/2003, à un engagement qu'aurait offert le requérant.

94 À cet égard, il y a lieu de relever que, premièrement, selon l'article 1er de la décision attaquée, les engagements exposés dans l'annexe de celle-ci sont obligatoires pour Paramount ainsi que pour les successeurs et les filiales de cette dernière. Il ne ressort donc pas de la décision attaquée que celle-ci impose une quelconque obligation aux cocontractants de Paramount tels que le requérant.

95 Deuxièmement, le fait pour Paramount de s'engager de manière générale à ne pas agir en justice afin de faire respecter l'obligation des télédiffuseurs consistant à ne pas procéder à des ventes passives en dehors de leur territoire exclusif, telle que prévue au point 2.2, sous a), de l'annexe de la décision attaquée, implique automatiquement que Paramount n'honore pas son obligation d'interdire de telles ventes, comme cela est prévu au point 2.2, sous b), de la même annexe. Cet engagement entraîne, à son tour, automatiquement la mise en cause du droit contractuel dont jouissent les télédiffuseurs cocontractants de Paramount à l'égard de cette dernière, consistant à ce qu'elle garantisse à chacun d'eux une exclusivité territoriale absolue en ce qui concerne l'objet de chaque accord de licence portant sur la production de télévision payante.

96 Or, la question qui se pose dans un tel contexte est de savoir si ce résultat est engendré par la décision attaquée elle-même, auquel cas il s'agirait d'un effet irrémédiable à l'égard d'un tiers n'ayant ni offert ni souscrit à l'engagement rendu obligatoire, ou bien si, comme le fait valoir la Commission, la déclaration de Paramount de ne plus honorer les clauses pertinentes est essentiellement un acte que cette dernière entreprend à ses propres risques et n'affecte en rien la possibilité de ses cocontractants de saisir le juge national afin de faire respecter lesdites clauses ou bien de se voir accorder des dommages et intérêts.

97 Il convient de rappeler, à cet égard, que, selon l'article 16, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003, « [l]orsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article [101] ou [102 TFUE] qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission ».

98 Toutefois, le règlement nº 1/2003 expose, dans son considérant 13, que les décisions relatives aux engagements « sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence ou les juridictions des États membres de faire [des constatations portant sur la question de savoir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction] et de statuer sur l'affaire ». De manière similaire, le considérant 22 du règlement nº 1/2003 expose que « [l]es décisions relatives aux engagements adoptées par la Commission n'affectent pas le pouvoir qu'ont les juridictions et les autorités de concurrence des États membres d'appliquer les articles [101] et [102 TFUE] ».

99 En effet, contrairement aux décisions adoptées en vertu de l'article 7 du règlement nº 1/2003, une décision rendant des engagements obligatoires en conformité avec l'article 9 de ce règlement ne contient pas de motifs qualifiant le comportement examiné d'infraction à l'article 101 TFUE ni n'implique que ce comportement relève de cette dernière disposition. L'article 9 du règlement nº 1/2003 est inspiré par des considérations d'économie de procédure et vise à assurer une application efficace des règles de concurrence prévues par le traité FUE à travers l'adoption de décisions qui rendent obligatoires des engagements proposés par les parties et jugés appropriés par la Commission afin d'apporter une solution plus rapide aux problèmes de concurrence qu'elle a identifiés. Dans ce contexte, le rôle de la Commission se limite à l'examen et à l'éventuelle acceptation des engagements proposés par les entreprises concernées, à la lumière des problèmes qu'elle a identifiés dans son évaluation préliminaire et au regard des buts qu'elle poursuit (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, points 38 et 40 ; voir également, en ce sens, arrêt du 23 novembre 2017, Gasorba e.a., C-547/16, EU:C:2017:891, point 25).

100 Il s'ensuit que, comme l'expose la Commission, lorsque la décision attaquée impose à Paramount de ne plus honorer les clauses pertinentes dans ses rapports avec ses cocontractants, cette obligation ne préjuge en rien du pouvoir qu'ont les juridictions nationales, saisies d'un recours introduit par le requérant, d'apprécier si ces clauses sont effectivement contraires à l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de tirer, le cas échéant, les conséquences qui s'imposent en vertu du paragraphe 2 du même article ainsi que du droit national. Dans ce contexte, la décision attaquée pourra, tout au plus, influencer les appréciations du juge national dans la seule mesure où elle contient une appréciation préliminaire dont celui-ci doit tenir compte seulement en tant qu'indice du caractère anticoncurrentiel de l'accord examiné au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (arrêt du 23 novembre 2017, Gasorba e.a., C-547/16, EU:C:2017:891, points 27 et 29). Ainsi, compte tenu de son caractère sommaire et préliminaire, l'évaluation de la Commission au regard du droit de la concurrence figurant dans une décision au titre de l'article 9, paragraphe 1, du règlement nº 1/2003 ne doit pas, en définitive, empêcher la juridiction nationale de parvenir à un résultat partiellement ou totalement différent dans la même affaire à la suite d'investigations supplémentaires et d'un examen plus approfondi (conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Gasorba e.a., C-547/16, EU:C:2017:692, points 33 et 35).

101 Par conséquent, le fait que les engagements individuels offerts par une entreprise ont été rendus obligatoires par la Commission n'implique pas que d'autres entreprises sont dépourvues de la possibilité de protéger leurs droits éventuels dans le cadre de leurs relations avec cette entreprise (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 49).

102 Dans ce cadre, si le juge national estime, au terme de son analyse et après avoir examiné la possibilité de recourir aux voies prévues aux articles 15 et 16 du règlement nº 1/2003, que les clauses pertinentes enfreignent l'article 101, paragraphe 1, TFUE sans qu'elles satisfassent aux conditions du paragraphe 3 du même article, il lui incombera de prononcer leur

nullité en vertu de l'article 101, paragraphe 2, TFUE. En revanche, s'il considère que les clauses pertinentes n'enfreignent pas l'article 101, paragraphe 1, TFUE ou qu'elles satisfont aux conditions du paragraphe 3 de cet article, il lui incombera le cas échéant d'apprécier le bien-fondé de la demande dont il aura été saisi, l'article 101 TFUE ne faisant pas obstacle à l'application des clauses pertinentes.

103 Dans cette dernière hypothèse, si le résultat de la procédure déroulée devant le juge national amène Paramount à contrevenir à l'engagement rendu obligatoire en vertu de la décision attaquée, il incombera à la Commission, le cas échéant, de rouvrir son enquête conformément à l'article 9, paragraphe 2, sous b), du règlement nº 1/2003, auquel cas cette institution ne sera pas liée par la décision du juge national (voir, en ce sens, arrêts du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB, C-344/98, EU:C:2000:689, point 48, et du 25 novembre 2014, Orange/Commission, T-402/13, EU:T:2014:991, point 27).

104 Eu égard à ce qui précède, il convient de conclure que la décision attaquée n'affecte pas la possibilité pour le requérant de saisir le juge national afin de faire constater la compatibilité des clauses pertinentes avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de tirer, à l'égard de Paramount, les conséquences prescrites par le droit national, sans même exclure la possibilité d'ordonner les mesures provisoires qui s'imposent afin de sauvegarder les intérêts des parties jusqu'à ce que ledit juge statue définitivement (voir, en ce sens, arrêt du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB, C-344/98, EU:C:2000:689, point 58).

105 Il convient d'ajouter que le requérant se serait trouvé dans une situation substantiellement similaire si Paramount, en procédant à une analyse autonome et avant toute intervention de la Commission, avait conclu que les clauses pertinentes pourraient paraître problématiques au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et avait déclaré son intention de ne plus les honorer en invoquant à cet effet l'article 101, paragraphe 2, TFUE.

106 Par conséquent, en adoptant la décision attaquée, la Commission a agi dans les limites des pouvoirs qui lui étaient conférés par l'article 9 du règlement nº 1/2003 et a sauvegardé l'objectif de celui-ci, qui est inspiré par des considérations d'économie de procédure et d'efficacité (voir point 99 ci-dessus), sans affecter les droits contractuels ou procéduraux du requérant d'une manière qui irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.

107 Dans ce contexte, il y a lieu de comprendre le point 128 de la communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE (voir point 92 ci-dessus) non pas comme impliquant qu'une décision adoptée en vertu de l'article 9 du règlement nº 1/2003 et qui concerne les relations contractuelles de l'entreprise qui a offert un engagement avec des tiers déploie à elle seule des effets sur les droits contractuels de ces derniers, mais comme une condition visant à garantir l'effectivité de l'engagement afin que la Commission l'accepte. Ainsi, l'inclusion du point 128 dans la communication en question de la Commission n'a eu ni pour objet ni pour effet d'exclure que, dans un cas comme celui de l'espèce, la Commission accepte, en exerçant le pouvoir d'appréciation dont elle jouit en la matière, un engagement de Paramount de déclarer à ses cocontractants son intention de rendre inapplicables les clauses pertinentes, même s'il demeure possible pour le juge national, saisi par le requérant, de conclure que les clauses en question ne contreviennent pas à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

108 Il s'ensuit que, en rendant obligatoires pour Paramount les engagements figurant aux points 2.2 et 2.3 de l'annexe de la décision attaquée, la Commission n'a pas outrepassé le pouvoir que lui confère l'article 9 du règlement nº 1/2003 et n'a pas enfreint le principe de proportionnalité à cet égard, si bien que la seconde branche du premier moyen doit être écartée.

Sur le deuxième moyen, ***tiré d'une violation de l'article 9 du règlement nº 1/2003 en ce qui concerne l'identification des préoccupations auxquelles répondent les engagements imposés***

109 Soutenu par la République française, le requérant fait valoir que les engagements acceptés par la Commission ne répondent pas à des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire qu'a effectuée cette institution. En particulier, la décision attaquée aurait pour objet d'examiner les accords entre Paramount et Sky relatifs à la distribution des œuvres audiovisuelles au Royaume-Uni et en Irlande. Or, la Commission a rendu obligatoires des engagements concernant l'ensemble de l'EEE, et cela sans examiner le contexte juridique et économique entourant les accords conclus entre Paramount, d'une part, et les radiodiffuseurs autres que Sky actifs dans l'EEE, d'autre part. En partant de la prémisse selon laquelle toute analyse préliminaire relative au marché du Royaume-Uni et de l'Irlande pouvait être implicitement extrapolée à l'égard du marché français, qui n'a pas fait l'objet d'une analyse, la Commission aurait commis une erreur manifeste entraînant une erreur de droit. Qui plus est, la Commission aurait imposé les mêmes conséquences à Sky et au requérant, alors que ces deux radiodiffuseurs n'auraient pas joui des mêmes droits procéduraux, ce qui aurait entraîné une violation des droits de la défense du requérant. L'approche de la Commission deviendrait encore plus paradoxale après la sortie du Royaume-Uni de l'EEE, puisque les engagements rendus obligatoires s'appliqueraient exclusivement dans des marchés n'ayant pas fait l'objet d'une quelconque analyse préliminaire de la part de la Commission.

110 Le requérant et la République française ajoutent que, dans ce contexte, la Commission aurait dû ouvrir une procédure visant tous les accords de distribution conclus par Paramount et donner ainsi à toutes les parties contractantes la

possibilité de répondre à une communication des griefs. En outre, dans le même ordre d'idée, la Commission aurait dû déclarer obligatoire une partie des engagements de Paramount en laissant à cette dernière le soin de se désengager de ses obligations à l'égard des tiers. Il s'ensuivrait que, en rendant les engagements proposés obligatoires pour l'ensemble des relations contractuelles de Paramount dans l'EEE, la Commission a outrepassé ses pouvoirs et a ainsi enfreint l'article 9 du règlement nº 1/2003.

111 La Commission conteste le bien-fondé de ce moyen.

112 Ainsi que cela a été exposé au point 84 ci-dessus, il y a lieu d'examiner ensemble les arguments présentés dans le cadre de la première branche du troisième moyen, pris de la violation du principe de proportionnalité, et ceux avancés au soutien du deuxième moyen. En effet, tous ces arguments concernent la question de savoir si, en adoptant la décision attaquée, la Commission a affecté la position du requérant d'une manière disproportionnée ou injustifiable au regard de la nature et de la portée géographique des préoccupations de concurrence que cette institution a exprimées.

113 Il convient de rappeler que les caractéristiques spécifiques des mécanismes prévus aux articles 7 et 9 du règlement nº 1/2003 et les moyens d'action qu'offre ce règlement en vertu de chacune de ces dispositions sont différents, ce qui implique que l'obligation d'assurer le respect du principe de proportionnalité, qui incombe à la Commission, a une portée et un contenu différents selon qu'elle est considérée dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces articles (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 38).

114 En particulier, la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le cadre de l'article 9 du règlement nº 1/2003 se limite à la vérification que les engagements offerts répondent aux préoccupations dont la Commission a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ces préoccupations. C'est dans ce contexte que la Commission doit tenir compte de l'intérêt des tiers, sans qu'elle soit tenue de rechercher elle-même des solutions moins rigoureuses ou plus modérées que les engagements qui lui ont été proposés (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, points 41 et 61).

115 En effet, d'une part, les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement nº 1/2003 acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision qu'elle adopterait conformément à l'article 7 de ce règlement après un examen approfondi. En revanche, la clôture de la procédure d'infraction engagée à l'encontre de ces entreprises leur permet d'éviter la constatation d'une violation du droit de la concurrence et l'éventuelle infliction d'une amende (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 48).

116 D'autre part, ainsi que cela a été exposé au point 101 ci-dessus, le fait que les engagements individuels offerts par une entreprise ont été rendus obligatoires par la Commission n'implique pas que d'autres entreprises sont dépourvues de la possibilité de protéger leurs droits éventuels dans le cadre de leurs relations avec cette entreprise (arrêt du 29 juin 2010, Commission/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, point 49). À cet égard, il ressort des appréciations relatives aux effets que déploie la décision attaquée à l'égard du requérant (voir points 85 à 104 ci-dessus) que ce dernier peut saisir le juge national afin de faire constater la compatibilité des clauses pertinentes avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de demander à celui-ci de tirer, à l'égard de Paramount, les conséquences prévues par le droit national, sans même exclure la possibilité d'ordonner les mesures provisoires qui s'imposent afin de sauvegarder les intérêts des parties jusqu'à ce que ledit juge statue définitivement (voir, en ce sens, arrêt du 14 décembre 2000, Masterfoods et HB, C-344/98, EU:C:2000:689, point 58).

117 Il s'ensuit que la prise en compte de l'intérêt des tiers dans le cadre d'une procédure d'engagements implique que, parmi plusieurs types d'engagements proposés et répondant de manière aussi adéquate aux préoccupations que la Commission a exprimées en matière de concurrence, cette dernière doit rendre obligatoire celui qui, lorsqu'il sera mis en œuvre par le destinataire de la décision, aura un effet moins prononcé à leur égard.

118 Or, premièrement, il ressort des éléments exposés aux points 43 à 58 ci-dessus que, de par leur nature, les clauses pertinentes ont pour objet de cloisonner les marchés nationaux de l'ensemble de l'EEE, sans que leur contexte économique et juridique permette de constater qu'elles ne sont pas susceptibles de porter atteinte à la concurrence. Par conséquent, les préoccupations exprimées par la Commission concernent valablement l'ensemble de cet espace géographique, de sorte que les engagements offerts et rendus obligatoires sont en adéquation avec celles-ci, sans que la Commission soit obligée d'analyser un par un les marchés nationaux concernés. Les arguments que le requérant a avancés à cet égard tant dans le cadre du deuxième moyen (voir point 109 ci-dessus) que dans le cadre du troisième moyen (voir points 77 et 78 ci-dessus) sont donc dénués de pertinence.

119 Deuxièmement, en l'espèce, aucun engagement répondant de manière aussi adéquate aux préoccupations que la Commission a exprimées en matière de concurrence et dont la mise en œuvre par Paramount aurait eu des effets moins prononcés à l'égard du requérant n'a été proposé à la Commission. En tout état de cause, aucun engagement de la sorte n'apparaît comme étant manifestement adéquat pour répondre de manière aussi efficace aux préoccupations de la Commission sans imposer à Paramount de ne plus honorer les clauses pertinentes.

120 Troisièmement, l'argument pris de ce que les engagements ont un effet néfaste sur la diversité culturelle au sein de l'ensemble de l'EEE en raison de la perte des recettes que les télédiffuseurs pourraient affecter à la réalisation des films européens est à écarter pour les motifs exposés aux points 57 et 69 ci-dessus.

121 Quatrièmement, dans la mesure où, par leurs arguments, le requérant, la la République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment font implicitement valoir l'existence de barrières insurmontables d'ordre pratique empêchant la prestation de services de diffusion transfrontalière à destination du marché français, force est de constater qu'ils n'apportent aucun élément susceptible de démontrer une telle circonstance. En outre, l'inclusion de l'article 3 dans l'accord du 1er janvier 2014 constitue un indice particulièrement concluant en sens inverse (voir, en ce sens, arrêt du 20 janvier 2016, Toshiba Corporation/Commission, C-373/14 P, EU:C:2016:26, points 33 et 47).

122 Dans ces conditions, cinquièmement, les arguments pris en particulier du fait que le requérant n'a pas joui des mêmes droits procéduraux que Sky ainsi que du retrait imminent du Royaume-Uni de l'Union sont également dénués de pertinence. En effet, la prise en compte de l'intérêt des tiers dans le cadre d'une procédure d'engagements a le sens exposé aux points 115 à 117 ci-dessus, si bien que l'argument pris des droits procéduraux limités dont jouirait le requérant en tant que tiers intéressé doit être écarté pour les motifs figurant au point 119 ci-dessus. Quant au grief pris du retrait imminent du Royaume-Uni de l'Union, il suffit de rappeler que les clauses pertinentes ont pour objet de cloisonner les marchés nationaux de l'ensemble de l'EEE, si bien que ledit retrait n'affecterait pas, en tout état de cause, la validité des préoccupations exprimées par la Commission (voir point 118 ci-dessus).

123 Il ressort des considérations qui précèdent que, en adoptant la décision attaquée, la Commission n'a pas outrepassé les compétences qui lui étaient conférées en vertu de l'article 9 du règlement nº 1/2003 ni n'a enfreint le principe de proportionnalité, comme le fait valoir le requérant dans le cadre de la première branche du troisième moyen.

124 Il y a donc lieu de rejeter le deuxième moyen ainsi que la première branche du troisième moyen.

Sur le quatrième moyen, tiré d'un détournement de pouvoir

125 Selon le requérant, le fait d'avoir accepté des engagements couvrant l'ensemble de l'EEE et ne répondant pas à des préoccupations de concurrence, comme cela a été exposé dans le cadre du deuxième moyen, implique que la décision attaquée a été adoptée pour un motif illicite, ce qui serait également constitutif d'un détournement de pouvoir. En outre, la Commission se serait substituée au législateur de l'Union, qui est saisi de la question relative au géofiltrage dans la diffusion des œuvres audiovisuelles, et aurait ainsi empiété sur les compétences de ce dernier en préemptant ces choix. Le déroulement du processus législatif mais aussi les implications de la décision attaquée, bien plus vastes que l'objet de cette dernière, témoigneraient d'une volonté de la Commission d'imposer une réglementation de fait en préjugeant également le résultat d'autres enquêtes en cours. Le requérant invite par ailleurs le Tribunal à demander à la Commission de communiquer les actes préparatoires relatifs à la décision attaquée et au processus législatif en cause, afin que les indices sérieux portant sur un détournement de pouvoir soient davantage corroborés.

126 L'EFADs fait valoir que la Commission n'a pas publié une version complète des engagements offerts ni donné accès à la communication des griefs aux tiers intéressés.

127 La Commission conteste le bien-fondé du quatrième moyen.

128 Il convient de rappeler qu'un détournement de pouvoir existe lorsqu'une institution exerce ses compétences dans le but exclusif ou, tout au moins, déterminant d'atteindre des fins autres que celles excipées ou d'éluder une procédure spécialement prévue par le traité pour parer aux circonstances de l'espèce (arrêt du 25 janvier 2007, Dalmine/Commission, C-407/04 P, EU:C:2007:53, point 99).

129 Or, ainsi qu'il ressort du point 118 ci-dessus, les engagements offerts et rendus obligatoires sont en adéquation avec les préoccupations de concurrence exprimées par la Commission, et cela s'agissant de l'ensemble de l'EEE. Par conséquent, l'argument du requérant selon lequel la Commission a commis un détournement de pouvoir en ce que les engagements en question ne répondaient pas aux préoccupations exprimées repose sur une prémisse erronée.

130 Quant aux autres arguments du requérant pris du prétendu empiètement sur le processus législatif, force est de constater qu'un tel processus, tant qu'il n'a pas abouti à l'adoption d'un texte législatif, est sans préjudice des pouvoirs dont la Commission est investie en vertu de l'article 101 TFUE et du règlement nº 1/2003. Par conséquent, le fait que la Commission a exercé ces pouvoirs en rendant obligatoires pour Paramount les engagements que celle-ci a offerts alors qu'une procédure législative était en cours au sujet des droits tels que ceux concernés par la présente affaire n'est pas susceptible de démontrer un détournement de pouvoir.

131 Enfin, force est de constater que les griefs soulevés par l'EFADs concernant la publication des engagements offerts et l'accès à la communication des griefs constituent en réalité des moyens qui n'ont pas été soulevés par le requérant et doivent donc être rejetés comme irrecevables. En tout état de cause, les entreprises et les autres entités n'ayant pas la

qualité de partie concernée au sens de l'article 27, paragraphe 2, du règlement nº 1/2003 ont les droits prévus à l'article 27, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003 et à l'article 13 du règlement nº 773/2004, que la Commission a respectés en l'espèce (voir points 4 et 5 ci-dessus).

132 Il y a donc lieu de rejeter le quatrième moyen ainsi que le recours dans son intégralité.

Sur les dépens

133 Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal , toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

134 Par ailleurs, aux termes de l'article 138, paragraphe 1, du règlement de procédure, les États membres qui sont intervenus au litige supportent leurs dépens et, aux termes de l'article 138, paragraphe 3, du règlement de procédure, le Tribunal peut décider qu'un intervenant autre que ceux mentionnés aux paragraphes 1 et 2 supportera ses propres dépens.

135 Le requérant ayant succombé, il y a lieu de le condamner aux dépens de la Commission, à l'exclusion de ceux relatifs à l'intervention de la République française, de l'EFADs, de l'UPC et de C More Entertainment, et aux dépens du BEUC, conformément aux conclusions de ces derniers.

136 En outre, il y a lieu de décider que la République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment supporteront, outre leurs propres dépens, les dépens exposés par la Commission relatifs à leurs interventions.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (cinquième chambre)

déclare et arrête :

1) Le recours est rejeté.

2) Groupe Canal + SA, supportera, outre ses propres dépens, les dépens exposés par la Commission européenne, à l'exclusion de ceux relatifs à l'intervention de la République française, de la European Film Agency Directors – EFADs, de l'Union des producteurs de cinéma (UPC) et de C More Entertainment AB, et par le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC).

3) La République française, l'EFADs, l'UPC et C More Entertainment supporteront, outre leurs propres dépens, les dépens exposés par la Commission relatifs à leurs interventions.

4. TABLEAU COMPARATIF DES TEXTES EUROPÉENS RÉCENTS TOUCHANT À LA TERRITORIALITÉ DU DROIT D'AUTEUR

Les textes européens touchant à la territorialité			
	Lien du texte avec la territorialité du droit d'auteur	**Solution adoptée**	**Principales dispositions du texte concernées**
Règlement portabilité du 14 juin 2017, applicable depuis le 20 mars 2018	S'intéresse à l'hypothèse d'un utilisateur qui (i) réside dans un EM, (ii) y a souscrit un abonnement à un service de contenu en ligne (abonnement à une chaine TV payante, à un service de musique...) et (iii) se déplace temporairement dans un autre EM (loisirs, travail). Cet utilisateur ne peut en principe pas bénéficier d'un accès aux oeuvres dans l'EM de résidence temporaire car son fournisseur de contenu ne dispose pas des droits pour cet EM; en toute hypothèse l'abonnement repose sur les droits obtenus par le fournisseur sur le territoire de résidence habituelle.	Fait échapper au principe de territorialité du droit d'auteur pour l'hypothèse visée en créant **une fiction :** les actes effectués dans l'EM temporaire sont réputés effectués dans l'EM de résidence habituelle ; le texte du règlement exclut explicitement le jeu des ventes passives	- Considérant 12 : "*Le présent règlement devrait assurer la portabilité (...) sans modifier les modèles de licence existants, tels que les licences territoriales, et sans porter atteinte aux mécanismes de financement existants. Le concept de portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne devrait être différencié du concept d'accès transfrontalier, par les consommateurs, à des services de contenu en ligne fournis dans un État membre autre que leur État membre de résidence, qui n'est pas couvert par le présent règlement*. - Art. 4 : "*La fourniture d'un service de contenu en ligne au titre du présent règlement à un abonné présent temporairement dans un État membre, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par l'abonné, sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence de l'abonné*"
Règlement géo-blocage du 28 février 2018, applicable depuis le 3 décembre 2018	Tend à empêcher le blocage géographique (cloisonnement géographique des marchés EM par EM) instauré par des fournisseurs de services ou de biens en ligne.Un certain nombre de contenus protégés par le droit d'auteur, notamment les contenus audiovisuels, sont en pratique concernés par ces stratégies de géo-blocage.	**Préserve explicitement les contenus distribués sur la base de licences territoriales,** notamment les services audiovisuels	- Considérant 8 : "*Les services audiovisuels, y compris les services dont l'objet principal est l'accès aux retransmissions de manifestations sportives et qui sont fournis sur la base de licences territoriales exclusives, sont exclus du champ d'application du présent règlement*". - Art. 1.5. : "*Le présent règlement ne porte pas atteinte aux règles applicables dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, notamment celles prévues par la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil*".
Directive cab. sat. du 17 avril 2019, à transposer au sein des EM	Tend notamment à étendre le principe du pays d'origine, adopté en 1993 pour les radiodiffusions par câble ou satellite, aux contenus accessoires en ligne afin de faciliter la distribution des contenus sur le territoire européen ; le principe du pays d'origine entre directement en contradiction avec l'exercice du droit d'auteur territoire par territoire	**Limite doublement la mise en oeuvre du pays d'origine** : 1. à certains programmes - aux programmes de radio - aux programmes de télévision qui sont (i) des programmes d'informations ou d'actualités ou (ii) des propres productions de l'organisme de radiodiffusion, entièrement financées par lui 2. aux relations entre les titulaires de droits et les organismes de radiodiffusion et uniquement aux fins de la fourniture d'un service en ligne accessoire	- Considérant 9 : "*Le principe du pays d'origine devrait s'appliquer exclusivement aux relations entre les titulaires de droits (...) et les organismes de radiodiffusion, et uniquement aux fins de la fourniture d'un service en ligne accessoire, de l'accès à celui-ci ou de son utilisation".* - Considérant 10 : "*Etant donné les spécificités des mécanismes de financement et d'octroi de licences pour certaines œuvres audiovisuelles, qui sont souvent fondés sur l'octroi de licences territoriales exclusives, il convient, en ce qui concerne les programmes de télévision, de limiter le champ d'application du principe du pays d'origine prévu par la présente directive à certains types de programmes".* - Art. 3 : sont concernés a) les programmes de raio et b) les "*programmes de télévision qui sont : i) des programmes d'informations et d'actualités, ou ii) des propres productions de l'organisme de radiodiffusion, entièrement financées par lui*"

5. LE REFUS DE VENTE

Définition. Le refus de vente consiste, pour un professionnel, à refuser de vendre un produit ou d'exécuter une prestation de services en faveur d'un autre professionnel ou d'un consommateur. C'est l'hypothèse d'un refus de vente à un consommateur qui nous intéresse ici[1]. En effet, on s'interroge concrètement sur la question de savoir si un distributeur situé en France (chaîne de télévision) peut refuser à un consommateur situé sur un autre État membre de l'Union européenne l'accès à ses programmes. Le refus de vente est sanctionné en droit français par l'article L. 121-11, al 1er du Code de la consommation : « *est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* »[2].

Applicabilité de la disposition française. L'hypothèse que nous soulevons intéresse un échange transfrontière. Dès lors, un préalable se pose : la question de la loi applicable à l'échange économique envisagé. Il faut donc tout d'abord s'interroger sur la possibilité, pour un consommateur situé sur un autre territoire de l'Union européenne, d'invoquer la disposition française sur le refus de vente. Là encore, il faut distinguer selon que le consommateur saisit le juge français ou le juge de son territoire de résidence : le règlement Bruxelles 1 bis[3] lui offre une option de ce point de vue. Si le consommateur saisit le juge français, on peut envisager que ce dernier qualifie la réglementation sur le refus de vente de loi de police du for : elle est l'expression d'un ordre public de protection, elle est nécessaire pour la protection du marché[4] et sa sanction est de nature pénale. Il appliquera donc la réglementation au litige en cause. Si c'est un juge étranger (mais européen) qui est saisi, il pourra également mettre en œuvre la réglementation sur le refus de vente s'il la qualifie de loi de police étrangère. En raison de sa qualification en loi de police (du for ou étrangère suivant les cas), la disposition du Code de la consommation sur le refus de vente a donc très certainement vocation à s'appliquer à un professionnel situé en France, peu importe l'endroit où se situe le consommateur.

Mise en œuvre du refus de vente dans l'hypothèse des ventes passives : bénéfice du motif légitime ? La définition de la « *prestation d'un service* » est suffisamment large pour comprendre l'accès à une œuvre. La question de savoir si le refus d'un distributeur de répondre à la

---

[1] On notera que le refus de vente entre professionnels ne constitue plus aujourd'hui un délit pénal, ni une pratique restrictive de concurrence depuis la loi du 1er juillet 1996 dite loi *Galland*. Pour être prohibé, un refus de vente entre professionnels doit présenter les caractéristiques d'une pratique anticoncurrentielle ou remplir les conditions pour engager la responsabilité civile de son auteur. Il n'y a plus de prohibition *per se* des refus de vente entre professionnels.

[2] Le refus de vente à un consommateur sans motif légitime constitue une contravention de 5ème classe, v. art. R. 132-1 du Code de la consommation.

[3] Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles 1 bis ».

[4] Comme les règles du droit de la concurrence.

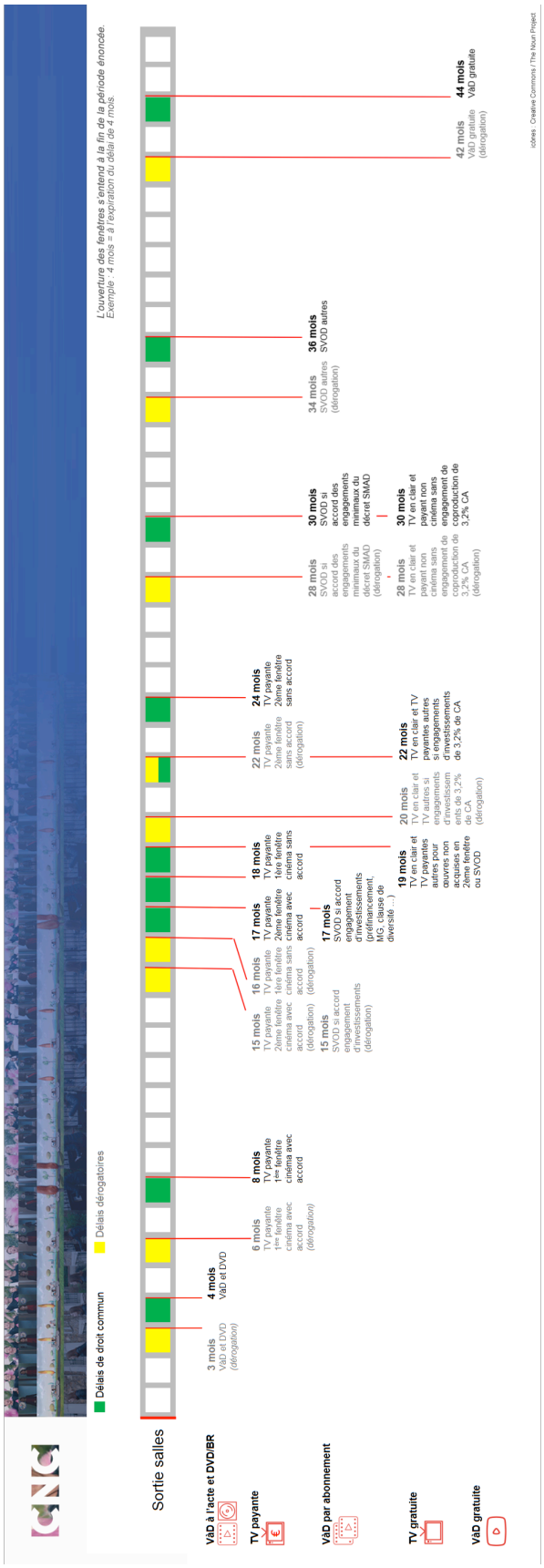
sollicitation d'une vente passive par un consommateur entre ou non dans le champ de la prohibition du Code de la consommation conduit donc surtout à s'interroger sur la définition du « *motif légitime* » qui permettrait au professionnel d'échapper à la règle. Or celle-ci est laissée à l'appréciation des juges. Dans la jurisprudence, les motifs légitimes de refuser une vente sont principalement la mauvaise foi du demandeur, l'indisponibilité du produit ou encore la demande anormalement formulée[5]. Il est possible de considérer que, dans l'hypothèse de la sollicitation par un consommateur d'un accès à une œuvre diffusée par un distributeur sur un territoire, le fait que ce dernier n'ait pas obtenu les droits sur le territoire de résidence habituelle du consommateur constitue un motif légitime. En effet, dans ce cas, la « vente » constituerait un acte de contrefaçon et on ne peut exiger du distributeur qu'il obtienne les droits sur l'ensemble des territoires européens, desquels sont susceptibles d'émaner des demandes de consommateurs. Aussi est-il possible de considérer que l'éventuel refus, par un professionnel, de répondre à la sollicitation d'un consommateur dans le cadre de la distribution audiovisuelle, ne remplit pas les critères pour être qualifié de refus de vente au sens du Code de la consommation.

Le refus de vente comme abus de position dominante : des conditions non remplies. Outre la prohibition issue du Code de la consommation, le droit français sanctionne le refus de vente sur le fondement de l'abus de position dominante de l'article L. 420-2 C. Com. : « *est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, […]* ». L'Autorité de la concurrence est venue préciser que trois conditions devaient être remplies pour mettre en œuvre cette disposition : (i) le caractère indispensable (ou objectivement nécessaire) du produit ou service auquel l'accès est refusé, (i) l'affectation de la concurrence résultant du refus d'accès ou de fourniture et (iii) le caractère novateur du produit offert par le demandeur d'accès[6]. Dès lors, le consommateur qui demande un accès à une œuvre audiovisuelle pour la satisfaction de ses besoins privés ne satisfait pas à ces conditions.

[5] Le comportement insultant et l'impolitesse d'un consommateur a été qualifié de motif légitime de refus de vente : v. CA Versailles, 7 mars 2003, *Lettre distrib.* 5/2003. 4.

[6] Autorité de la concurrence n° 12-D-01 du 10 janv. 2012. Ces conditions découlent directement de la théorie des facilités essentielles.

6. CHRONOLOGIE DES MÉDIAS EN VIGUEUR EN FRANCE



7. CONTRIBUTION DE LA FIAPF AUX RÉFLEXIONS AUTOUR DES VENTES PASSIVES

Contribution de la FIAPF aux Réflexions autour des Ventes Passives

Mission sur les Ventes Passives menée par le CSPLA

La Fédération Internationale des Associations de Producteurs de Films est une organisation professionnelle dédiée à la défense et à la promotion des intérêts juridiques, économiques et créatifs des producteurs de films et de programmes audiovisuels dans le monde. La FIAPF a pour membres 35 associations nationales de producteurs établies dans 17 pays européens, mais également en Afrique, en Asie, en Amérique du Nord et en Amérique Latine.

La FIAPF se réjouit de l'opportunité de contribuer aux réflexions de la Mission sur les ventes passives menée par le CSPLA assignée au Professeur Pierre Sirinelli le 8 janvier 2018.

La possibilité pour les producteurs d'exercer la liberté contractuelle et commerciale de mettre en place diverses formes d'exclusivité avec les coproducteurs et/ ou les distributeurs d'un projet est clé (que ce soit par territoire / version(s) linguistique(s), par plateformes et/ou fenêtres de distribution). En effet le maintien de cette capacité est essentiel pour lever les fonds nécessaires pour la production des films et des programmes audiovisuels. Il l'est aussi pour garantir l'investissement dans la promotion des contenus (dépenses en marketing) mais aussi pour optimiser l'investissement dans les droits de distribution sur le territoire de production comme sur les marchés étrangers. Dans ce contexte la FIAPF et ses membres sont particulièrement préoccupés par les initiatives européennes - qu'elles soient de nature législative ou relative à la mise en œuvre du droit de la concurrence - qui éroderaient l'exclusivité territoriale et limiteraient la liberté des producteurs à gérer les droits des œuvres sur une base exclusive et territoriale pleine et absolue. Ces initiatives incluent le Règlement portant sur la portabilité des services en ligne (2017), le Règlement portant sur le géo-blocage (2018), la proposition de Règlement portant sur la diffusion des contenus en ligne sur une base transfrontalière (processus législatif en cours) mais également l'enquête relative au secteur du commerce en ligne[1] et les enquêtes individuelles.

Nous comprenons que la doctrine des ventes passives stipule que les distributeurs doivent être libres d'accepter des requêtes non sollicitées de consommateurs résidant dans des territoires hors de celui dont les distributeurs ont obtenu la licence d'opérer la distribution. Nous comprenons par ailleurs que la doctrine des ventes passives s'appliquerait dans ce contexte sans prendre en compte qu'il y ait infraction au droit d'auteur dès lors que le service serait fourni au consommateur hors du territoire de licence. En cela nous considérons la doctrine des ventes passives comme particulièrement problématique. Elle remet en cause la possibilité pour le producteur d'accorder

[1] http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

une exclusivité territoriale pleine et absolue à ses partenaires de production et de distribution avec comme conséquence un effet négatif sur le financement des films et des programmes audiovisuels ainsi que sur la capacité à assurer une distribution optimale tel qu'exposé ci-dessous. Nous considérons par ailleurs que la doctrine des ventes passives est inappropriée dans le contexte de la distribution sur internet où aucun effort actif en termes de marketing n'est requis – la seule présence en ligne est suffisante – et avec des publics potentiellement multilingues.

Les producteurs s'appuient sur la liberté contractuelle et commerciale pour financer les œuvres cinématographiques et audiovisuelles et pour procéder à la licence des droits de l'œuvre. A cette fin ils combinent divers modèles dont l'établissement d'accords avec d'autres producteurs, avec les futurs partenaires de distribution ou encore des plateformes dont la taille et la couverture géographique peuvent différer, ceci en fonction des goûts et préférences des consommateurs. Cette réalité commerciale vaut pour tous les producteurs, qu'ils soient basés dans ou hors de l'Union Européenne, quel que soit leur taille, qu'ils soient indépendants ou organisés en studio. Cette approche permet un cercle vertueux pour l'investissement, la co-production et la distribution future de l'œuvre. Nous joignons une compilation d'études de cas (Annexe I) qui illustre la contribution dans les budgets de production de films et de programmes audiovisuels de la coproduction et/ou des préventes des droits exclusifs de distributions des diverses fenêtres (salles, vidéo physique et en ligne, télévision). Cette contribution s'établit entre 30 % et 47%. Par ailleurs le coût d'acquisition des droits de distribution sur un territoire est souvent amorti au travers de l'exploitation sur différents supports de distribution (salle, vidéo physique, en ligne et télévision). Dissocier les divers droits de distribution en appliquant différents régimes juridiques à différents types de droits perturberait fondamentalement le financement et la distribution des films et programmes audiovisuels. C'est ce que propose la proposition de Règlement portant sur la diffusion des contenus en ligne sur une base transfrontalière qui appliquerait un régime juridique spécifique aux droits relatifs aux services auxiliaires en ligne.

Avec ses initiatives législatives et le focus des règles de concurrence sur les pratiques de licence du secteur audiovisuel, la Commission européenne sous-estime ou interprète de façon erronée le rôle que le droit d'auteur et la liberté commerciale jouent pour permettre la création, le financement et la distribution du film et du programme audiovisuel. Nous ne souscrivons pas à l'idée que la "rémunération" et les revenus des producteurs et des autres ayant-droits augmenteraient du fait de l'augmentation attendue des ventes au-delà du territoire de licence alors que l'incapacité en premier lieu à lever le financement nécessaire à la production des films et des programmes audiovisuels concernés - basé sur une exclusivité territoriale plein et absolue - est ignorée ou écartée. En particulier s'agissant de marketing et de distribution, considérer l'audience européenne comme un « marché numérique unique » et les œuvres de création comme un simple produit ignorent fondamentalement les réalités commerciales et de la création du marché de la culture dans l'Union Européenne. Le succès de l'exploitation en ligne dans ce marché actif dépend de la capacité à offrir une grande variété de films et de programmes audiovisuels d'une manière qui est pertinente linguistiquement et attractive culturellement et qui réponde aux divers goûts et préférences des audiences nationales (lorsqu'il ne s'agit pas de créer ex-nihilo un public pour un film ou un programme audiovisuel, en particulier hors du territoire de production, avec entre autres des stratégies de marketing prenant en compte les aspects culturels et sociaux du pays de distribution mais également un travail en profondeur sur les versions linguistiques).

Dans le contexte d'une exclusivité territoriale pleine et absolue, il est fait référence aux « restrictions contractuelles » (dans le contexte des ventes passives) comme si elles étaient distinctes des droits exclusifs protégés par les législations du droit d'auteur de l'UE ou nationales ainsi qu'à la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (Article 17(2)). En fait ces supposées « restrictions » sont constitutives de la mise en œuvre des droits accordés par accords contractuels entre producteurs et les titulaires de droits pour la distribution en ligne des films et des programmes audiovisuels. D'une manière générale, ces arrangements sont entièrement cohérents avec l'exercice légitime des droits exclusifs qui sont protégés par le droit européen, mais également par les Traités internationaux auxquels ont adhéré l'Union Européenne et les Etats Membres[2].

Il est crucial que le lien entre le système du droit d'auteur et les pratiques de licence exclusive soit compris et reconnu : c'est précisément la valeur perçue/ estimée des droits territoriaux exclusifs qui sert de monnaie pour les producteurs quand ils financent les films et programmes audiovisuels – et qui permet aux futurs distributeurs d'amortir leurs investissements en créant un marché dans le territoire de licence via les divers modes de distribution et de manière adaptée aux spécificités linguistiques et culturelles, au climat social. Une exclusivité territoriale réduite ou limitée n'impacterait pas seulement les futurs revenus tel qu'évoqué par le Rapport Préliminaire de la Commission européenne dans son enquête sectorielle pour le commerce en ligne[3] mais entraverait les conditions essentielles permettant aux productions cinématographiques et audiovisuelles d'être financées, promues et distribuées laissant les consommateurs avec une offre appauvrie en termes de diversité culturelle et linguistique.

Par ailleurs, il existe un risque réel qu'une diminution de la valeur des droits de licence territorialisée (consécutive à la possibilité des ventes passives transfrontalières) amène à une consolidation graduelle des droits de distribution qui seraient alors représentés et vendus seulement sur une base pan-européenne par un nombre restreint de diffuseurs / distributeurs de grande taille. La conséquence d'une telle consolidation serait un accès réduit aux contenus pour les consommateurs, une offre de services en ligne moins nombreuse et/ou des prix plus élevés pour l'accès au contenu. Le consommateur verrait ainsi son choix de contenus se restreindre, avec un effet négatif sur la diversité culturelle en favorisant les contenus les plus *mainstream*, une offre moins variée en termes de films et de programmes audiovisuels avec moins de contenus disponibles dans la langue nationale.

---

[2] La titularisation des droits sur une base territoriale et exclusive n'est pas en tant que telle considérée comme restrictive au regard de la concurrence (cfr. C-62/79). Cependant l'application du principe du pays d'origine dans plusieurs Règlements de l'Union Européenne tels que le Règlement portant sur la portabilité des services en ligne et la proposition de Règlement portant sur la diffusion des contenus en ligne sur une base transfrontalière retirerait la territorialité du droit d'auteur comme une importante justification dans le contexte des règles européennes de la concurrence. Aussi alors qu'il est parfois dit que la proposition de Règlement portant sur la diffusion des contenus en ligne sur une base transfrontalière n'obligerait pas les diffuseurs à rendre les œuvres sur les services auxiliaires disponibles sur une base transfrontalière (mais leur offrirait seulement sa facilitation), des experts en droit de la concurrence, tels le Professeur Associé au *London School of Economics and College of Europe*, Pablo Ibáñez Colomo sont d'un avis contraire. Ils pensent qu'il est raisonnable de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (C-403/08 et C-429/08) pour conclure que l'érosion de la territorialité du droit d'auteur qui résulterait des initiatives régulatrices exclurait la capacité des parties prenantes à s'accorder sur un droit de licence territorialisé car cela ne pourrait plus être justifié par la nature territoriale du droit d'auteur. Voir l'Avis de Pablo Ibáñez Colomo : https://chillingcompetition.com/2017/06/15/copyright-reform-against-the-background-of-pay-tv-and-murphy/.

[3] Ibid – Note de bas de page n°1.

Nous pensons également que les diffuseurs / distributeurs opérant à l'échelle nationale et de taille plus petite rencontreraient de grande difficulté à opérer dans un tel contexte par leur incapacité à assumer le risque financier d'un investissement dans des licences pan-européennes. Le marché serait ainsi caractérisé par une concurrence réduite, plutôt que renforcée. A contrario un plus grand nombre de diffuseurs / distributeurs mis en concurrence offre des conditions commerciales plus favorables pour les producteurs ainsi qu'une offre plus diversifiée en termes de services en ligne, de contenus présents sur ces services et d'offres tarifaires pour les consommateurs.

*****

Limiter la capacité des producteurs à garantir une exclusivité territoriale pleine et absolue avec leurs coproducteurs et/ou les diverses partenaires de distributions physiques ou en ligne aura un effet négatif tant pour la valeur des droits concernés que pour les opportunités de recoupements des investissements opérés par les producteurs et leurs partenaires de distribution. Fragiliser le système actuel des licences territorialisées et exclusives réduirait les investissements dans le film et la production audiovisuelle en raison de la réduction de la valeur des droits inhérente à une perte de la garantie d'exclusivité. Moins de contenus serait produit, le consommateur en souffrirait comme le démontre l'étude Oxera[4] sur l'impact de l'accès transfrontalier sur les contenus cinématographiques et audiovisuels sur les consommateurs de l'Union Européenne. D'autres rapports et études ont aussi confirmé que la titularisation des droits sur une base exclusive et territoire par territoire est essentielle pour lever les investissements lourds et indispensables qui caractérisent le développement, le financement, la promotion et la distribution du film et du programme audiovisuel. La liste complète est annexée au présent document (Annexe II).

Annexe I: Etudes de cas (originellement produites en 2015 pour une soumission auprès de la Commission européenne par la FIAPF ainsi que par d'autres organisations professionnelles du secteur cinématographique et audiovisuel IFTA, IVF et MPA)

Annexe II: Liste des études sur l'importance de l'exclusivité territoriale pour le financement et la distribution du film et des programme audiovisuels

FEDERATION INTERNATIONALE DES ASSOCIATIONS DE PRODUCTEURS DE FILMS

www.fiapf.org

[30 juillet 2018]

[4] https://www.oxera.com/publications/the-impact-of-cross-border-access-to-audiovisual-content-on-eu-consumers/.

8. ÉTUDE DE CAS DE LA FIAPF SUR LE FINANCEMENT ET LA DISTRIBUTION DE FILMS ET SÉRIES EUROPÉENS RÉCENTS

Case studies on the financing and distribution

of recent European films & television series

July 2015

Those case studies were produced by FIAPF, IFTA, the IVF and the MPA

Acknowledgements

FIAPF wishes to thank the following producers, executive producers, production companies and sales agents for providing the information on which these case studies are based:

The Lobster

(Page 2)

Lee Magiday and Andrew Lowe (Element Pictures)

A Royal Affair

(Page 4)

Anders Kjærhauge (Zentropa)

Amour

(Page 6)

Margaret Ménégoz (Les Films du Losange)

The Cut

(Page 8)

Reinhardt Brundig and Claudia Steffen (Pandora Films)

The Railway Man

(Page 10)

Andy Paterson (Sympathetic Ink)

Poldark – a television series

(Page 12)

James Penny (Mammoth Screen)

The Lobster

Director: Jorgos Lanthimos

Production companies: Element Pictures, Faliro House, Haut et Court, Lemming Films, Scarlet Films, in association with Protagonist Films

How producers from five countries came together to support the creative vision of one of Europe's most original film makers

Yorgos Lanthimos' *The Lobster* is one of 11 European films selected for the Main Competition at the 2015 Cannes Film Festival, where it was awarded the coveted Jury Prize. The Cannes selection is one of the most prestigious in the world. Greek-born Lanthimos is widely regarded as one of the most original and talented contemporary film directors in Europe.

With a budget of €4.2 m, the financing requirements of this ambitious sci-fi fantasy film were well above the scale Lanthimos had been accustomed to as a director of low-budget movies. Once Colin Farrell and Rachel Weisz were signed up as the two leads however, the project attracted considerable attention. The **budget was covered through a complex mix of national and European public sector contributions and the pre-selling of territorially exclusive distribution rights** to distributors and TV channels in the European and global marketplace.

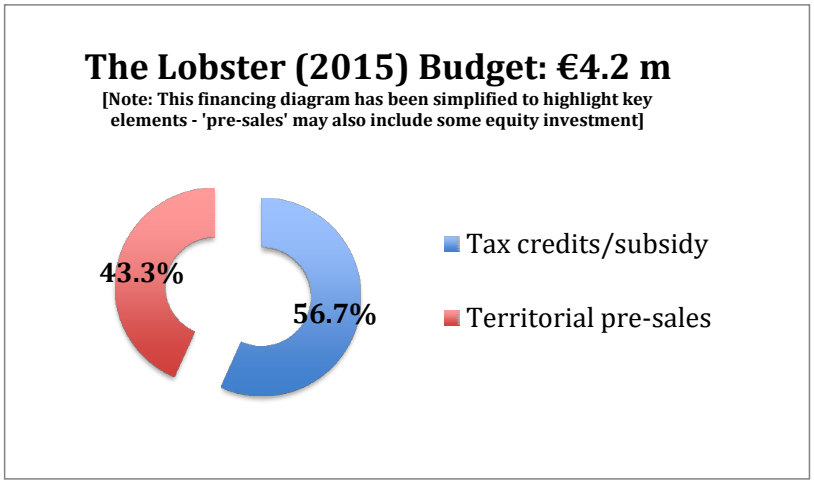
The Lobster required an official 5-way co-production between the UK, Ireland, Greece, The Netherlands and France. Whilst Ireland contributed the lion's share (58%) of the overall co-production funding, the UK and France each contributed 11%, with The Netherlands and Greece adding 20% between themselves. A further 11% came from Eurimages, the Council of Europe's film co-production fund.

No creatively ambitious European film made to that commercial scale can hope to be fully financed using public sector funds only (recall EU state aid rules normally place a ceiling on public funding at 50%). **National distributors, television channels and international sales agents play a pivotal role in closing the gap between what the**

producers can hope to cover out of public funding and/or private equity and the final budget. The intervention of these commercial players is predicated on their ability to secure exclusive distribution rights on an all-rights basis for the EU territory in which they operate.

Fully 36% of *The Lobster*'s €4.2m budget was covered out of such sales. 20% came from the international film distributor Sony Pictures Worldwide Acquisitions, who put up a minimum guarantee payment against the anticipated value of licensing distribution rights to national distributors in the EU and the world at large. A further 4% came from a contribution by French pay-TV platform Canal+, against exclusive pay-TV broadcasting rights on its French service. A further 12% came from a similar deal with UK free-to-air film channel Film4, against exclusive rights for the UK. Additional foreign pre-sales eventually raised the total contribution to over 43%.

The contribution from operators in the marketplace (e.g. national distributors and TV channels) is key to closing the financing and making a European independent film happen. **Distributors and TV channels are only prepared to take such risks if they know they can protect the speculative investment required to bring a film to local audiences, through contractually agreed territorial exclusivity, applicable to all domestic distribution platforms** (cinema/physical carriers/online/television)**:** the overall cost of acquiring distribution rights for any one territory can only be amortized across these different distribution channels, which are economically inter-dependent: splitting the different distribution rights by applying different legal regimes to different types of rights would fundamentally undermine both the financing and the distribution of films.



A Royal Affair

Director: Nicolaj Arcel

Production companies: Zentropa Entertainments in co-production with Film I Väst

This Danish/Swedish/Czech Republic co-production won two Silver Bear awards (Best Actor and Best Screenplay) at the prestigious Berlinale film festival in 2012 and was nominated for an Academy Award for Best Foreign Language Film in 2013.

A Royal Affair brings to the big screen the true story of an ordinary man, a German doctor, who wins the Danish queen's heart, becomes the King's best friend, and starts a revolution using the King's absolute constitutional power against the opposing ruling political classes in Denmark. The historical events took place in Denmark in 1770-72 and laid the foundations of modern Danish democracy - liberating and empowering the Danish people – against this backcloth, the film weaves a dynamic story of court intrigue, royal insanity, imprisonment, executions and passionate love.

Although the historical episode itself is strongly significant for most Danes, its dramatization on film as a character and ideas' driven historical costume drama, proved extremely challenging to make attractive and relevant to investors and audiences in the rest of Europe.

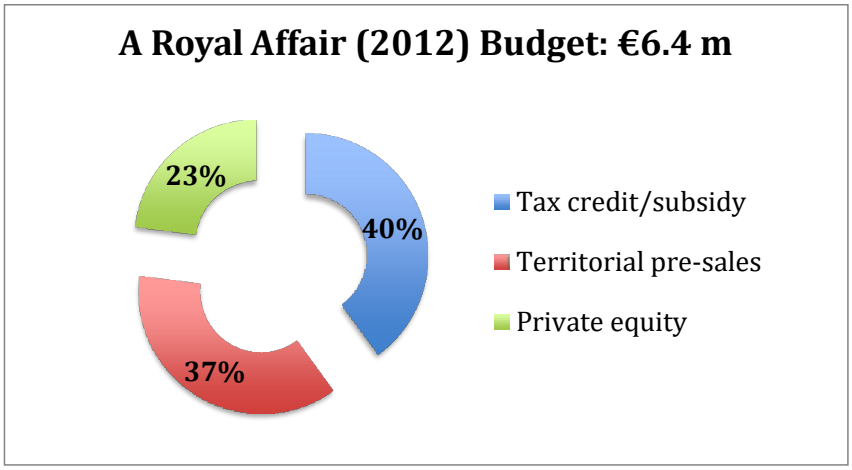
The project took approximately 5 years to develop and involved an early script for an English-language film based on a historical novel. The substantial development costs involved in this part of the process were lost and written off by the production company when a decision was made to abandon the English-language project and start all over again from a script in Danish.

The greatest challenge at the scriptwriting stage was to adapt the historical characters and situations in such ways as to ensure that contemporary audiences could identify and understand: How do you modernize the story of a 15 year old English princess who moves to Denmark to marry a mad King? She plays music, reads Voltaire and Rousseau and makes the king's best friend, a German doctor, her lover. Almost a year was spent on character development after the original English-language script was scrapped. The director and co-author of the script, Nikolaj Arcel, played a determining role in this process. The effort paid off, with the script receiving a Silver Bear award at the 2012 Berlinale in recognition of the successful adaption of a compelling historical episode.

At at a total of EUR 6.4 m, the resulting film is an expensive production by Danish and average

European film budget standards. From the outset, the producers knew raising this budget would be a challenge but were also aware that high-end production values would be indispensable in order to make the film commercially attractive at home and in other EU markets. The full amount was raised from 20 different financing sources, including 8 foreign pre-sales of exclusive territorial rights for the Scandinavian territories, Poland, Germany, Switzerland, UK, Spain, Benelux and the US. These **pre-sales involve financial commitments by national distributors before the film is produced, enabling the producers to borrow from a bank, with the pre-sale contract as a reliable collateral.** The pre-sale integrates distribution strategies within the production planning itself, effectively ensuring that the finished film will be available in several other EU Member States markets outside the production country.

Several factors were instrumental in bringing this film about financially: an attractive package made up of a strong script, a skilled director and reputable cast cast (Director Nikolaj Arcel and male lead Mads Mikkelsen enjoy international recognition) and a production company, Zentropa with a proven track record working with renowned directors such as Lars von Trier, Thomas Vinterberg, Susanne Bier and collecting multiple international awards. Well before the film had completed production, a promotional reel at the 2011 Cannes Film Market helped secure foreign interest in backing the film, largely through co-production agreements which attracted subsidies and pre-sales of exclusive territorial rights to distributors in Europe. **Fully 37% of the budget was covered out of such pre-sales, which rest on the ability of local distributors to protect their high risk upstream financial commitment by securing territorially exclusive exploitation on all relevant local distribution platforms.**



Amour

Director: Michael Haneke

Production companies: Les Films Du Losange, X Filme, Wega Films

With a budget of €8m, this Oscar®winning film by one of Europe's iconic film directors was a challenge to finance and produce in view of its dark subject matter and uncompromising style. Success depended on pan-European cooperation between producers, the availability of public sector funding and, crucially, the pre-selling of territorially-exclusive distribution rights to national distributors and TV channels.

Casting an unflinching gaze at the mental and emotional ordeal of an elderly Parisian couple devastated by the onset of dementia, *Amour* is a striking example of the kind of creative risks taken by one of Europe's finest and most controversial film directors: Austrian-born, Michael Haneke has attracted financing for his imposing body of work by developing cross-border relationships with producers in France and Germany over many years and many films. These creative and business partnerships have proven indispensable to raise budgets on Haneke's often dark-themed and profound films.

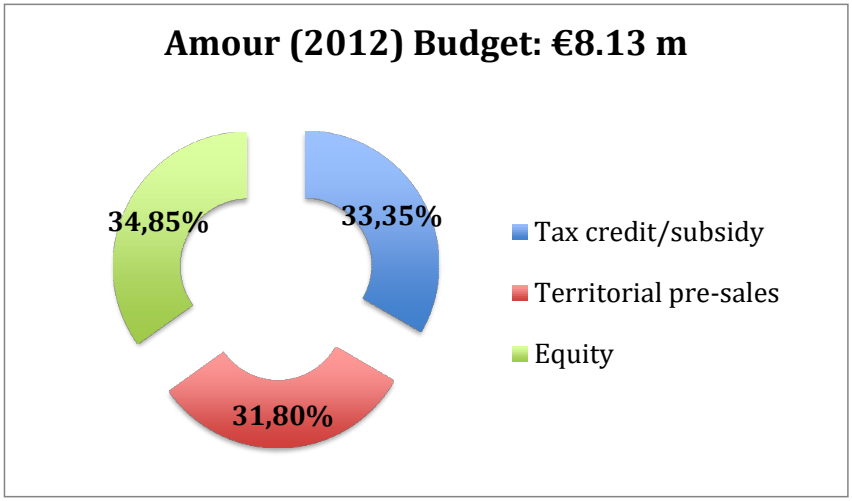
For *Amour*, which cost just over €8m to make, Haneke resorted to the exact same partners who had teamed up to produce his previous film *The White Ribbon*, a winner of many prestigious awards including the Palme d'Or (Cannes Film Festival) and a Golden Globe (US). 70% of the budget was raised by producer Margaret Ménégoz of Les Films du Losange from a variety of sources in France. The balance of 30% came from X-Filme, one of Germany's leading production companies and from Wega Film in Austria.

The producers freely admit that *Amour* was an extremely challenging project to raise funds for. The combination of the two leads being elderly (1960s *Nouvelle Vague* stars Jean Louis Trintignant and Emanuelle Riva are now in their eighties), with a subject matter (illness and old age) which remains a contemporary taboo, made it an unlikely commercial project. Ultimately, that it got made at all is a tribute to the single mindedness of Haneke and his producers and a reflection of the director's high status as a European cultural icon: a Haneke film, no matter how dark, is always a media event.

Like other films at the cultural high end, *Amour* was able to attract a substantial amount of public funds from its core co-production partners. There consisted in direct subsidies from national and regional film funds, as well as tax credit. Those combined contributions covered

a third of the film's budget. However, like the majority of European films, *Amour's* private sector contributions made up well over half of its budget in order to be made. In this case, French broadcasters were strategic. The participation of free public channel France 3 and the French pay-TV operator Canal + consisted of a mixture of equity investment recoverable out of sales in other media and the pre-purchase of exclusive rights for the national territory. Pre-sales of TV rights to German broadcasters also helped sustain the risk taken by X Filme for the German market.

Exclusive territorial pre-sales to a large number of countries both inside and outside the EU were concluded in the period of time between the start of production and the film's worldwide premiere a the Cannes Film Festival, thereby ensuring that the film would reach audiences throughout the EU and the world at large. **This European success depended largely on the integrity of territorial exclusivities in the licensing of distribution rights, as a mechanism that protects the release risks taken by distributors** who commit money upfront before a film is even completed. The overall cost of acquiring distribution rights for any one territory can only be amortized across these different distribution channels, which are economically inter-dependent: Splitting the different distribution rights by applying different legal regimes to different types of rights would fundamentally undermine both the financing and the distribution of films.



The Cut

Director: Fatih Akin

Production companies: Pandora Filmproduktion, Pyramide Productions, Corazón International, Dorje Films, Mars Media Entertainment

Multi-territory EU-wide distribution was at the forefront of the producers' minds in planning and financing this ambitious European film – an approach which required the active collaboration of national film distributors all over Europe.

Born in Germany of Turkish parents, film director Fatih Akin believes in making films that matter, films that reflect the vitality and the conflicts of contemporary Europe and its complex relationship with the generations risen from immigration.

With *The Cut*, planned and developed over many years, Akin's ambition was to achieve a cinematic rendering of the Armenian genocide, to tell a broader story about the past century as an era of violent dislocation, exile and loss.

The Cut combined two challenges that are familiar to EU-based film companies committed to a culturally meaningful cinema. On the one hand, the film tackled a dark subject matter and its authenticity dictated the need to stay away from known international stars. Both these imperatives would downgrade the mainstream commercial appeal of the project. On the other hand, a significant budget was needed in order to do justice to the epic scale and creative ambition. How to raise a large budget on a project which required steering away from commercial compromises in order to be artistically successful? This was the central dilemma the producers had to address.

Owing to its complexity and scale, the project required a long gestation and the **producers had significant costs of creative development, spending over €900.000 before even starting production.** Such **development costs are a distinguishing feature of film as an economic good**. Film companies in the EU need to secure considerable working capital in order to

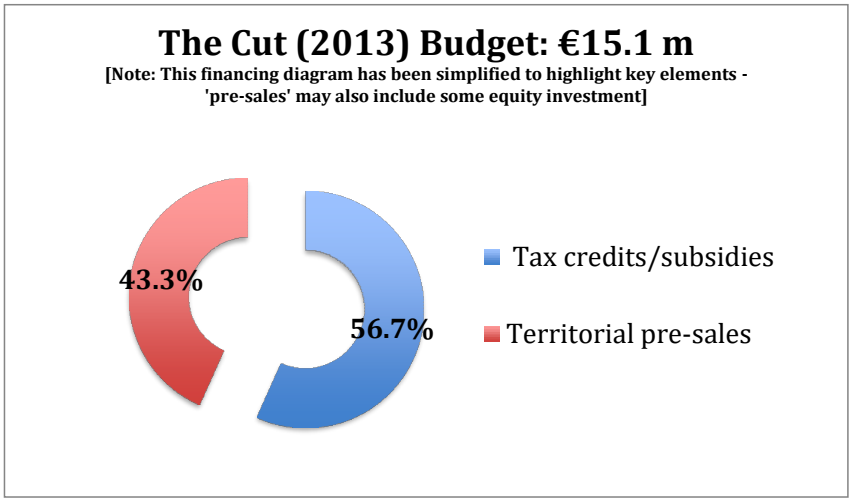
finance creative development as an indispensable prerequisite for attracting production investment in the projects.

After an intensive two years of creative preparations *The Cut* started production on a final budget of €15.1 million. Whilst this figure may be low by Hollywood standards, it was exceptionally high for a European film, the majority of which are made for well under €5m.

The financing was largely the result of an official co-production agreement between partner companies in Germany and a prominent French film production and distribution outfit. Co-production status gave *The Cut* both German and French nationality. This meant that State funding for the film was accessible in both countries. At the start of production, the contribution of regional and national funds from the two countries reached 46% of the total Budget, with the Council of Europe film fund Eurimages contributing an additional 5%, with Canadian tax rebate and producers' contribution another 5.7% **The public sector contribution, whilst strategic, left a large proportion of the budget to be covered out of other sources.**

In order to cover the significant budget gap, the producers of *The Cut* and its international sales agent secured distribution deals not only in France, in its capacity as co-producer, but also in Italy, Poland, Turkey and the CIS countries. *The Cut* also attracted financial commitments from both pay-TV and free TV broadcasters in Germany and France, their joint contributions alone accounting for 31% of total budget. **All these pre-sales were achieved before filming started, enabling the partners to cover the budget gap and start production**.

In total, contributions made by the **pre-selling of exclusive territorial rights on *The Cut*, including TV sales, allowed the production to cover just over 43% of the budget.** The making of *The Cut*, a quintessentially high-end EU film, **illustrates how distribution into multiple territories is in fact built-in to the very approach of European film producers** when considering a new project. Thus, *The Cut* had distribution guarantees in a dozen European countries before it was even completed. **Distributors rely on the commercial freedom to secure territorial exclusivities for all domestic distribution platforms in order to cover the significant risk they take by investing in a project before its production.**



The Railway Man

Director: Jonathan Treplinski

Production companies: Archer Street Productions, Lionsgate, in association with Silver Reel

***The Railway Man*, a 1995 best-selling book by former British army officer and WW2 prisoner-of-war Eric Lomax, was made into a major British film in 2012. It has since had a successful commercial career in the UK and overseas.**

After being taken prisoner by the Japanese army whilst in operation in Singapore in 1942, Lomax and his comrades were forced – under violent and inhumane conditions – to build the infamous Burma "Death Railway", featured in David Lean's epic *The Bridge Over the River Kwai* (1963). Brutally tortured by his captors, Lomax bore the marks of great trauma into his old age. In 1993, after a long search, the author finally met with his main torturer…

Though an intimate drama of trauma, healing and forgiveness, *The Railway Man* also required an epic sweep, not least for the WW2 scenes of imprisonment and forced labour. The rights to the book were first optioned in 1999. It took the experienced film makers until 2011 to develop the project to the point where they were able to attract Colin Firth, a major British star. In spite of this, no big studio seemed prepared to take a risk on a difficult and complex psychological drama aimed squarely at the more mature, high-end market.

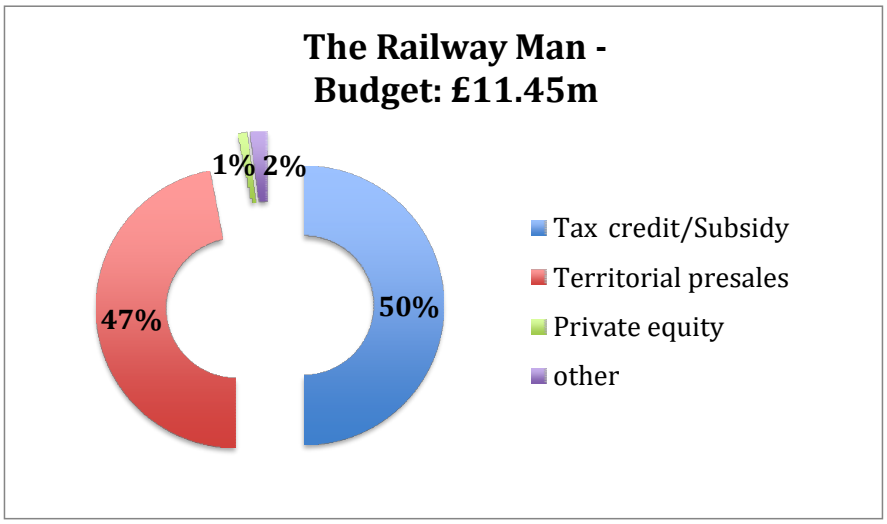
In their efforts to raise the £11,5 m budget, **the producers were helped by the fact that the story lent itself naturally to an official co-production between the UK and Australia, whose soldiers had fought shoulder to shoulder in The Pacific.** Once The Railway Man had won its co-production status, the production qualified to attract State subsidy in both countries. A total of £4.9 m was raised by the producers as a mixture of British and Australian tax credit, soft loans from Creative Scotland, Screen Australia and two regional Australian subsidy funds. Modest additional funds came in as equity participation from a post-production company.

In spite of substantial Australian and British public sector financing for this ambitious project, a majority proportion of the budget had to be found from the marketplace. **The success of the producers in raising the balance of the budget hinged on their contractual freedom to pre-sell distribution rights to the project to individual film distributors in a wide range of countries, including EU Member States**.

The high quality of the script, and the high-end cast attached to the project (by then, Nicole Kidman had joined), made it possible for the international sales company, Lionsgate, to pre-sell rights to the finished film before production had started. **Territorial pre-sales raised £3.7 m.**

Once again, **distributors located in EU Member States contributed the biggest share: rights were pre-sold in this way in France, UK, Greece, Portugal, Scandinavian countries, Benelux countries, Iceland and the CIS**. Local distributors agreed to deposit around 20% of the value of those territorial rights' transactions as a direct contribution to the budget. The balance was cash-flowed through a specialized financing company, Silver Reel, **using the pre-sales contracts as collateral**. Encouraged by the buoyant pre-sales, Silver Reel also agreed to cover a substantial additional share of the budget, based on estimates of the value of the territories yet unsold. This effectively brought the **contribution of pre-sales (realized and anticipated), to just over 47% of the budget.**

The making of *The Railway Man* exemplifies the **strategic importance of territorial pre-sales of rights to a film as a means of financing quality British projects through the marketplace and fostering the wide circulation of the resulting films in the EU.** It also demonstrates how **territorial pre-sales are a key motivator for equity investors and other financiers to take a risk on also contributing to the budget of a UK independent film**.



Poldark

Directors: Edward Bazalgette, William Mc Gregor

Production company: Mammoth Screen

This high-end period drama series made for television relied on pre-selling exclusive territorial TV licenses in the EU to cover its £12m costs.

High-end television production is one of the most conspicuously visible brands in the success story of Europe's creative industries. Many of the high-end drama series developed and produced by producers and broadcasters not only attract large audiences at home but have also been remarkably successful in other EU markets, with virtuous knock-on effects on these Member States' branding as tourist destinations and the contribution of their heritage industry to GDP. The recent wave of so-called 'Nordic noir' procedurals (e.g. *The Bridge*, *The Killing*) and historical dramas (e.g *1864*) showed how smaller EU countries (Denmark, Sweden, Norway) can exploit local talent to very successful effect and brand their countries in the rest of Europe.

The UK is another Member State with a healthy slate of drama productions which travel to the rest of the EU.

Since its first season launch in 2010, *Downton Abbey* has sold in over 150 countries around the world, where it won unanimous praise and attracted robust viewing figures. *Downton Abbey* is also a leading performer on transactional and subscription-based online platforms throughout the world.

The first season of *Poldark*, a high-end period drama series broadcast on BBC1, had a budget around £12 m. It was premiered through March and April, on BBC1 – the channel which originally committed to the project – to critical acclaim and viewing figures of nearly 7 million.

The vision of Mammoth Screen, the company that developed and produced this series based on popular novels by Winston Graham, **is to extend its life over several seasons if the first run proves successful.** This potential to develop and produce further runs provides much of the added value of the TV series as compared to independent feature films, most of which enter the marketplace as single creative prototypes, not as part of a potential franchise. **It is not untypical for such TV series to be based on a business plan or 5 years or more.**

Up until the early 2000s, British television drama series could very often rely on a single British

free-to-air broadcaster's license fee to cover the majority proportion of its costs. **License fees covering 80 to 95% of budget were common at a time when free-to-air broadcast television had fewer competitors** and the online space was a fledgling market place. In this configuration, production companies would have had to cover reasonable gaps between broadcast license fee and production budget. In those years, the DVD market for local drama series was holding strong and many of those projects could cover their deficit out of pre-selling DVD rights for the UK market. Success in such transactions was all the more likely on returning series that had already achieved branding with audiences.

The consolidation of pay TV's market share, combined with the strong growth in alternatives to linear television – especially OTT VoD platforms – has radically transformed competitive dynamics in this segment of the audiovisual content marketplace in the past decade. As a result of transfer of value from free TV to those new entrants, leading broadcasters are now offering far lowering license fees. Although budget coverage varies, empirical evidence indicates that **TV producers in the EU can now expect these license fees to cover between 30 to 60% at the most** (though there are significant variations in each EU territory). While local tax credits enable them to cover a further percentage (typically 15 to 20%), **gaps between local market financing and total budget are frequently in the 20 to 50% range.**

In order to adapt to such structural changes, UK drama series' producers have tightened their business relationships with overseas television stations. In many cases, they have looked to the US as a vast market with a strong demand from a variety of content. **The US' public broadcasting system (PBS) has had special editorial and aesthetic affinities with the high-end output of UK drama**, owing in particular to its perceived educational value, which is consistent with the remit of the PBS system. Thus, **a commitment by a US free-to-air channel to pre-buy US television rights was a significant factor in the decision by UK international sales agent ITV Studios Global Entertainment to take the risk of advancing a large proportion of the budget for *Poldark,* and helped close the gap not covered by the BBC for the UK free TV rights.**

In order to fully close the gap and cover its risk, ITVGE needed to close pre-sales of territorial TV rights in other countries. EU Member States would have been considered a priority in this risk management strategy.

Without the ability to attract such territorial rights sales – with most of the high-value territories located in the EU - it is likely that a TV series of the cost, scale and ambition of *Poldark* may not be made altogether. An added challenge regarding territorial sales of rights in such projects with the potential for the commissioning of further runs/seasons is that – unlike with individual independent films – the producers and international sales company will be seeking long term commitments – typically 5 years or more – from the broadcasters putting up license fees for broadcast and other rights in their respective territories. **Additionally to the cost of acquiring the exclusive license, those national broadcasters in EU Member States will be making a substantial investment of their own in dubbing or subtitling and marketing to a local audience.**

Disclaimer: some of the financial data included in this compilation of film financing/distribution case studies are based on the films' financing plans, which do not necessarily always reflect with absolute accuracy the actual production spend, owing to changes occurring between project planning and the production process

www.fiapf.org

9. LISTE DES ÉTUDES SUR L'IMPACT DE L'EXCLUSIVITÉ TERRITORIALE – DOCUMENT ÉTABLI PAR LA FIAPF

1. The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers
   Oxera and O&O, May 2016

2. Economic analysis of the territoriality of the making available right in the EU
   Charles Rivers Associates, March 2014

3. A study on the potential impact of the Digital Single Market on the sports audiovisual ecosystem in Europe
   Sports Right Owners Organisation (SROC), June 2016

4. Study on territoriality and its impact on the financing of audiovisual works
   European Audiovisual Observatory, IRIS Plus, September 2015

5. Case studies on the financing and distribution of recent European films & television series
   IVF/FIAPF/IFTA/MPA, July 2015

6. Study on the making available right and its relationship with the reproduction right in cross-border digital transmissions
   De Wolf & Partners, December 2014

7. Study on the application of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society (The InfoSoc Directive)
   De Wolf & Partners, December 2013

8. Key Findings of the European Commission's Eurobarometer 2015 on Cross-border Access to Online Content
   Creativity Works!, December 2015

9. Why territories matter. Vertical restraints and portability in AudioVisual Media Services
   Olivier Bomsel & Camille Rosay, October 2013

10. The value of territorial licensing to the EU
    Enders Analysis, October 2013

11. The economic potential of cross-border pay-to-view and listen audiovisual media services
    PLUM study, March 2012

12. Multi-territory licensing of audiovisual works in the European Union
    KEA study, October 2010

10. LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

I. Représentants d'organisations professionnelles

Auteurs

SACD

Hubert Tilliet, Directeur juridique

SCAM

Vianney Baudeu, Directeur juridique
Nicolas Mazars, Directeur des affaires juridiques et institutionnelles

Chaînes de télévision

Canal +

Christophe Roy, Directeur des Affaires Européennes, Directeur Juridique Adjoint, Distribution, Concurrence et DTSI
Morgane Schüster

M6

Nathalie-Camille Martin, Directrice juridique
Vincent Dusauge, Responsable juridique nouveaux média
Alexis Cathala

TF1

Jean-Michel Counillon, Secrétaire général
Sébastien Frapier, Directeur juridique
Stéphanie Soppelsa, Responsable Juridique Pôle Contenus TF1
Anthony Level, Directeur des Affaires Règlementaires Numériques

Consommateurs

UFC-Que Chosir

Antoine Autier, Responsable adjoint du service des études

Éditeurs

SNE

Arnaud Robert, Directeur juridique et relations institutionnelles du groupe Hachette Livre
Catherine Blache, Responsable relations institutionnelles internationales
Léa Bernard, Chargée de mission commissions Juridique et Illustration

Opérateurs techniques

Association des Services Internet Communautaires (ASIC)
Giuseppe di Martino, Président de l'ASIC, et co-fondateur de Loopsider
Benoit Tabaka, Directeur des relations institutionnelles et des politiques publiques - Google France

Producteurs

Association of Film & Audiovisual Producers (AGICOA)
Chris Marcich, President of the Board

Associação para a Gestão Coletiva de Direitos de Autor e de Produtores Cinematográficos e Audiovisuais – (GEDIPE - Portugal)
Victor Castro Rosa, Gabinete de Estudos e Relações Externas

Club des producteurs européens (EPC)
Alexandra Lebret, Secrétaire générale

Fédération internationale des associations des producteurs de films (FIAPF)
Charlotte Lund Thomsen, Legal council
Benoît Ginisty, Directeur général

Société civile des Producteurs de Cinéma et de Télévision (Procirep)
Idzard van Der Puyl, Délégué général

Union des producteurs de cinéma (UPC)
Frédéric Goldsmith, Délégué général

II. Représentants d'institutions publiques

Centre National du Cinéma et de l'Image Animée (CNC)
Julie-Jeanne Régnault**,** Directrice adjointe en charge des affaires européennes
Emilie Cardoso, chargée de mission à la Direction financière et juridique

Commission européenne
Direction Générale de la concurrence (DG COMP)
Guillaume Loriot, Directeur
Et l'équipe chargée des affaires antitrust dans le secteur des médias

Ministère de la Culture
Secrétariat général
Alban de Nervaux, chef du Service des affaires juridiques et internationale
Anne Le Morvan, cheffe du Bureau de la propriété intellectuelle
David Pouchard, adjoint à la cheffe du Bureau de la propriété intellectuelle
Sarah Jacquier, chargée de mission
Estelle Airault, cheffe du Bureau des affaires européennes
Jérôme Gerbaud, chargé de mission au Bureau des affaires européennes

Direction générale des médias et des industries culturelles

Peggy Leroy, chargée de mission au Bureau des affaires européennes et internationales

III. Universitaires

Martine Behar-Touchais, Professeur de droit, École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 (Panthéon – Sorbonne)

Olivier Bomsel, Professeur d'économie, Écoles des mines

Anne Perrot, Professeur d'économie, Ancienne vice-présidente de l'autorité de la concurrence

Louis Vogel, Professeur de droit, Université Paris 2 (Panthéon-Assas)

IV – Avocats

Eric Lauvaux, Cabinet Nomos, Paris

Ted Shapiro, Cabinet Wiggin, Bruxelles