

UNIVERSITÉ PARIS OUEST NANTERRE LA DÉFENSE
École doctorale de Droit et de Science politique

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT D'AUTEUR

THÈSE

pour l'obtention du titre de

DOCTEUR EN DROIT

présentée et soutenue publiquement

le 31 janvier 2012

par

Guillaume BEAUDOIN

JURY

Directrice de thèse : Madame Emmanuelle CLAUDEL,
Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

Rapporteurs : Monsieur Georges DECOCQ,
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

Monsieur Patrick TAFFOREAU,
Professeur à l'Université Nancy 2

Suffragant : Monsieur Denis BARTHE,
Maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont en premier lieu à Madame le Professeur Emmanuelle Claudel. Elle a su, par sa critique, toujours constructive et bienveillante, par ses conseils et ses encouragements, m'accompagner avec patience jusqu'au bout de ce travail. Je ne saurais jamais assez l'en remercier.

Je remercie Monsieur le Professeur Georges Decocq, Monsieur le Professeur Patrick Tafforeau et Monsieur Denis Barthe d'avoir accepté de participer au jury de ma soutenance. Leur jugement ne pourra qu'enrichir ma perception du sujet et de mon propre travail.

Je n'ai aucun mot assez fort pour dire à Marie-Violaine mon admiration. Toujours à mes côtés, elle a fait preuve d'une patience inépuisable. La joie que constitue l'aboutissement de ce travail, nous la partageons ensemble.

Je remercie également mes parents. Leur présence discrète et attentive tout au long de ce parcours a toujours été d'un grand réconfort.

Je remercie enfin tous mes proches, famille et amis, pour leur soutien constant, leurs encouragements, ainsi que pour l'aide précieuse qu'ils ont pu m'apporter lors de l'achèvement de ce travail.

SOMMAIRE

Liste des principales abréviations	9
Avertissement.....	13
Introduction générale	15
PREMIÈRE PARTIE	
L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU DROIT D'AUTEUR	31
Titre I : La délicate réception des conditions d'application du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur	35
Chapitre 1 : Les entreprises en droit d'auteur	37
Chapitre 2 : Le marché pertinent et le droit d'auteur	87
Titre II : Les voies de la soumission du droit d'auteur au droit de la concurrence	143
Chapitre 1 : L'applicabilité du droit de l'Union européenne au droit d'auteur	147
Chapitre 2 : Les critères de l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur	179
DEUXIÈME PARTIE	
L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU DROIT D'AUTEUR	225
Titre I : Ententes anticoncurrentielles et droit d'auteur	229
Chapitre 1 : Ententes anticoncurrentielles et exercice individuel d'un droit d'auteur.....	231
Chapitre 2 : Ententes anticoncurrentielles et gestion collective de droits d'auteur.....	281
Titre II : Abus de domination et droit d'auteur	339
Chapitre 1 : Abus de position dominante et exercice individuel d'un droit d'auteur.....	341
Chapitre 2 : Abus de position dominante et gestion collective de droits d'auteur.....	437
Conclusion générale	491
Bibliographie.....	497
Index des matières	527
Index des principales décisions citées.....	533
Table des matières	535

Liste des principales abréviations

<i>A&M</i>	Auteurs & Médias
ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AFEC	Association française d'étude de la concurrence
A.L.A.I.	Association littéraire artistique et internationale
aff.	affaire
<i>Ann. propr. ind.</i>	Annales de la propriété industrielle
Autorité conc.	Autorité de la concurrence
av. gén.	Avocat général
<i>BOCCRF</i>	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
<i>c/</i>	contre
C. Civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass.	Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>CCC</i>	Contrats, Concurrence, Consommation
<i>CCE</i>	Communication Commerce électronique
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
cf.	<i>confer</i>
chron.	chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
coll.	collection
comm.	commentaire
Comm. conc.	Commission de la concurrence
Commission	Commission des Communautés européennes
comp	comparer
concl.	conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C.S.P.L.A.	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
dactyl.	dactylographié
DADSVI	Droit d'auteur droits voisins dans la société de l'information
DGCCRF	Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DG Concurrence dir.	Direction générale de la concurrence de la Commission européenne sous la direction de
<i>Dr. auteur</i>	Le Droit d'auteur (OMPI)
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
éd.	édition
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
<i>EIPR</i>	<i>European Intellectual Property Review</i>
<i>eod. loc.</i>	<i>eodem loco</i>
	au même endroit
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cetera</i>
<i>Europe</i>	Revue Europe
fasc.	fascicule
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
IR	Informations rapides
<i>GATT</i>	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
gr. ch.	Grande chambre
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
<i>J.-Cl.</i>	JurisClasseur
<i>JDI</i>	Journal du droit international "Clunet"
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux - Droit européen</i>
jurisp.	jurisprudence
IRPI	Institut de recherche en propriété intellectuelle
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> à l'endroit cité
not.	notamment
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
<i>OECD</i>	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OMC	Organisation de coopération et de développement économiques
OMPI	Organisation mondiale du commerce
<i>op. cit.</i>	Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle <i>opere citato</i> ouvrage cité
p.	page
p. ex.	par exemple
<i>Petites affiches</i>	Les petites affiches
pp.	pages
préc.	précité
<i>Propr. intell.</i>	Propriétés intellectuelles
pt	point
<i>rapp.</i>	rapport
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rec.</i>	Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance

<i>Revue conc. consom.</i>	Revue de la concurrence et de la consommation (DGCCRF)
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIDA</i>	Revue internationale du droit d'auteur
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJJ</i>	Revue de la recherche juridique
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RLDI</i>	Revue Lamy Droit de l'immatériel
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>s.</i>	suiwant(e)s
<i>sect.</i>	section
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>t.</i>	tome
<i>T. correc.</i>	Tribunal correctionnel
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>Traité CE</i>	Traité instituant la Communauté européenne
<i>Traité CECA</i>	Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier
<i>Traité CEE</i>	Traité instituant la Communauté économique européenne
<i>TRIPS</i>	<i>Trade-related aspects of intellectual property rights</i> (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce)
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne
<i>v.</i>	voir
<i>vol.</i>	volume
<i>WC</i>	<i>World Competition</i>
<i>WIPO</i>	<i>World intellectual property organisation</i> Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle

AVERTISSEMENT

Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le droit communautaire est devenu « droit de l'Union européenne ». Par commodité, on le dénommera également « droit européen » – étant entendu que le droit issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, également désigné sous cette appellation, n'est pas concerné par notre propos. Les références au droit et à l'activité jurisprudentielle communautaires seront toutefois conservées dans une perspective historique.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La liberté contractuelle en matière de droit d'auteur apparaît en quelque sorte, aujourd'hui, comme une liberté surveillée »¹.

1. – Le droit d'auteur en proie à des logiques externes. De simple discipline juridique, le droit d'auteur est devenu, en l'espace de quelques années, un véritable enjeu de société. L'essor spectaculaire des techniques numériques y a pour beaucoup contribué. La démocratisation de l'outil informatique et d'Internet, associée à la dématérialisation des supports, a en effet permis une diffusion sans précédent des œuvres de l'esprit, y compris, parfois, dans des conditions préjudiciables aux auteurs, lorsque s'est développé le phénomène du téléchargement illégal d'œuvres protégées. Cet aspect des choses, largement médiatisé en France à l'occasion de récentes réformes législatives², a permis de rappeler que le droit d'auteur se situait au carrefour d'intérêts parfois antagonistes³. En effet, le droit d'auteur défend par nature les intérêts des créateurs : d'un point de vue matériel, il leur permet de tirer profit de leur création, tandis que d'un point de vue plus personnel, il leur donne la possibilité de se défendre de toute atteinte tendant à dénaturer l'œuvre en tant qu'expression de leur personnalité. Néanmoins, force est de reconnaître que le droit d'auteur, conçu à l'origine

¹ A. FRANÇON, « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. 55.

² V. notamment l'adoption de la loi dite « DADSVI » (loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*) qui transpose la directive (CE) n° 2001/29 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* (JOCE n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10), ou encore la mise en place de l'HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet), créée par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 *favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*.

³ J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 1937, n° 7 et s. : « toute législation de cette nature doit être essentiellement une œuvre de conciliation d'intérêts également respectables, et non pas une œuvre de combat ».

comme un droit naturel et individualiste, guidé par le seul intérêt de l'auteur⁴, présente aujourd'hui un visage quelque peu différent : celui d'un droit qui doit composer avec – et peut-être même servir – d'autres intérêts que ceux de l'auteur. On pense notamment aux producteurs, aux intermédiaires exploitants⁵, mais aussi et surtout au public⁶ dont les revendications d'accès aux œuvres finissent par apparaître légitimes, sous couvert de concepts tels que le droit à la culture⁷ ou le droit à l'accès à l'information⁸.

Si notre étude ne s'inscrit pas directement dans cette actualité, elle y fait cependant écho, d'une certaine manière, en ce qu'elle procède d'une approche du droit d'auteur qu'on pourrait qualifier d'exogène⁹. Elle consiste en effet à envisager les conséquences de l'application d'une norme étrangère au droit d'auteur – le droit de la concurrence – à des situations mettant en cause un droit d'auteur. Elle pose donc la question d'une définition pragmatique des contours du droit d'auteur, intégrant aussi bien la législation sur le droit d'auteur elle-même, que les pressions et contraintes externes.

Parmi les pressions et contraintes externes, figure en bonne place le droit européen. En vertu du principe de primauté qui le caractérise, le droit européen est en effet susceptible d'exercer

⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 4 : « *Les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas considérés, dans la législation française, comme les instruments d'une politique, inspirée par des considérations d'opportunité, par le souci de stimuler la création intellectuelle : ils constituent les modes d'expression du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs* ». En ce sens, tout en admettant une évolution de la matière qui tend à remettre en cause ce principe, v. not. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n^{os} 61 et s. et n^{os} 78 et s. ; P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 42 et s.

⁵ J. ESCARRA, J. RAULT et F. HEPP, *eod. loc.*

⁶ S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 2004 ; R. PRADES, *Intérêt du public et droit d'auteur ; de la conception classique aux exigences actuelles*, thèse Paris XII, 1999. V. également, sur un plan littéraire, les citations relevées par Christophe Caron qui témoignent, déjà au XIX^e – voire au XVIII^e siècle puisque Kant est cité –, de l'inévitable incursion du public dans la sphère du droit d'auteur (C. CARON, « Le consommateur en droit d'auteur », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245). Ainsi, Victor Hugo affirmait que « *la propriété littéraire appartient plus que tout autre à l'intérêt général* » (V. HUGO, interview in *Congrès littéraire international de Paris de 1878*, Paris, 1879, p. 276).

⁷ Sur ce sujet, v. M. CORNU, *Droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, préf. Denis Tallon, Bruylant Bruxelles, 1996.

⁸ C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, préf. Michel Vivant, Litec, 2004 ; A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?* (dir. S. DUSOLLIER), Bruylant Bruxelles, 2000, p. 5 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759.

⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^{os} 2 et s.

une influence considérable sur les législations nationales. En matière de droit d'auteur, cette influence s'exerce de deux manières : d'une part, par l'adoption de directives devant être transposées par les États membres en vue d'une harmonisation européenne dans le domaine du droit d'auteur¹⁰ ; et d'autre part, par l'élaboration d'une jurisprudence européenne issue de l'activité juridictionnelle du Tribunal de première instance et de la Cour de justice, ainsi que de la pratique décisionnelle de la Commission. En effet, ainsi que nous le verrons, les autorités européennes ont été amenées par plusieurs fois à apprécier, dans le domaine de l'exercice de droits d'auteur, la conformité de comportements d'entreprises aux règles économiques des traités, et particulièrement aux règles relatives à la libre concurrence. On notera, sur ce sujet, que le droit européen n'est pas seul en cause : le droit interne de la concurrence exerce son influence sur le droit d'auteur d'une manière identique.

2. – Les droits de propriété intellectuelle approchés par le droit de la concurrence.

La question de l'application du droit de la concurrence en matière de droit d'auteur s'inscrit dans la problématique plus large de l'application du droit de la concurrence dans un contexte impliquant des droits de propriété intellectuelle¹¹. On peut, à ce sujet, véritablement parler de rencontre entre deux branches du droit, tant les logiques respectives de chacune semblent *a priori* contraires. Alors que les droits de propriété intellectuelle ont pour objet de conférer des droits exclusifs – également qualifiés de monopoles d'exploitation – à leurs titulaires, le droit de la concurrence se méfie des mécanismes d'exclusivités et des positions de monopoles qui constituent un terrain favorable aux restrictions ou à l'élimination de la concurrence. Toutefois, l'opposition n'est pas si frontale qu'il n'y paraît. On relève même une forme de

¹⁰ V. *infra*, n° 161.

¹¹ Le sujet a déjà fait l'objet de plusieurs études, parmi lesquelles C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009 ; J. GSTALTER, *Le droit de la concurrence appliqué aux droits de propriété intellectuelle. Réflexions sur les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, à paraître en mars 2012 aux éditions Larcier ; OCDE, *Intellectual Property Rights*, Competition Policy Roundtable DAF/COMP(2004)24, janvier 2005, disponible sur <http://www.oecd.org/> ; W. ALEXANDER, *Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité CEE*, Bruylant, 1971. Plus spécifiquement sur le droit d'auteur, G. HANIA, *Droit d'auteur et droit de la concurrence*, thèse Paris XII, dactyl., 2006.

On renverra également avec intérêt aux études traitant de l'application du droit européen aux droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'à celles traitant spécifiquement de l'application des règles de libre circulation des marchandises. V. not. V.-I. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997 ; A. BERNARD, *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, thèse Paris II, 1989 ; B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, 1989 ; D. GRAZ, *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, Genève, 1988 ; *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle*, Actes du colloque de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 1996.

convergence dans les finalités poursuivies par les deux corps de règle. En effet, la protection de la propriété intellectuelle est, d'un point de vue économique, un facteur d'incitation à la nouveauté¹² : une entreprise n'engage de dépenses de recherche et développement en vue d'un produit nouveau que si elle est assurée de ne pas voir pillé par d'autres le fruit de son investissement. De l'efficacité des droits de propriété intellectuelle dépend donc la possibilité d'une « compétition par la nouveauté »¹³. Celle-ci n'est pas sans rappeler le principe de la « concurrence par les mérites » qui vise, en droit de la concurrence, à « garantir à la société et aux consommateurs, les meilleurs produits et services au plus bas prix »¹⁴. En effet, dans un cas comme dans l'autre, les efforts de l'entreprise sont tournés vers une meilleure satisfaction des besoins des consommateurs ou utilisateurs¹⁵.

Cette convergence ne suffit toutefois pas à dissiper les points de friction qui s'expliquent principalement par le fait que la protection de la propriété intellectuelle ne peut se résumer à un mécanisme d'incitation. Elle est en effet, à titre premier, tournée vers la défense des intérêts des titulaires de droit. À ce titre, elle reconnaît à ces derniers, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, un monopole d'exploitation pouvant servir de support à un comportement anticoncurrentiel. Le problème vient certainement de ce que les droits de propriété

¹² On entend ici le terme de « nouveauté » dans un sens large, et non dans le sens technique employé en droit français des brevets (v. art. L. 611-1 du CPI, précisant le sens de la notion de « nouveauté » en tant que condition de brevetabilité de l'invention). Il rejoint le terme d' « innovation », lui aussi entendu dans un sens large, tel que défini par M. Canivet : « dans son sens commun, et dans son sens le plus large, l'innovation désigne tout changement introduit sciemment dans l'économie par un agent quelconque, et ayant pour but et pour résultat une utilisation plus efficace ou plus satisfaisante des ressources » (G. CANIVET, « Le droit doit-il protéger l'innovation ? », in « Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ? », Colloque de Sciences Po du 22 mai 2003, *Dr. et patr.*, octobre 2003, n° 119, p. 60).

¹³ En ce sens, Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE n° L 157 du 30 avril 2004, p. 45, point 1 : [...] la protection de la propriété intellectuelle est un élément essentiel pour le succès du marché intérieur. La protection de la propriété intellectuelle est importante non seulement pour la promotion de l'innovation et de la création mais également pour le développement de l'emploi et l'amélioration de la compétitivité ».

¹⁴ B. VESTERDORF, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" », Conférence du 24 février 2005 donnée dans le cadre du cycle « Droit et économie de la concurrence » de la Cour de cassation, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/>. Sur la notion de « concurrence par les mérites » et son rôle dans l'application du droit de la concurrence, v. *infra*, n° 349.

¹⁵ En ce sens, Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transferts de technologie (2004/C 101/02), JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 2, point 7 : « ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence en poussant les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles ».

intellectuelle, comme le droit de la concurrence, disposent chacun d'une forte légitimité. Dans l'hypothèse d'une confrontation entre ces deux corps de règles, il faut alors accepter que l'un prenne le pas sur l'autre.

3. – Légitimité du droit de la concurrence. La légitimité du droit de la concurrence découle tout d'abord du fait que la matière relève de l'ordre public et, plus particulièrement, de l'ordre public économique de direction¹⁶. On entend par là que l'application du droit de la concurrence doit être guidée par l'intérêt général, y compris lorsque cela doit conduire à sacrifier des intérêts individuels, même si ceux-ci sont juridiquement protégés. Un second aspect mérite encore d'être relevé. En droit de la concurrence, la norme est aussi bien de source interne qu'europpéenne. Aussi, il convient de ne pas oublier que lorsque c'est le droit européen de la concurrence qui est en cause, le principe de primauté s'applique, ce qui signifie, en termes de hiérarchie des normes, que l'application du droit d'europpéen doit prévaloir sur l'application des droits nationaux des États membres.

4. – Légitimité des droits de propriété intellectuelle. La forte légitimité des droits de propriété intellectuelle a tout d'abord un caractère historique. Le droit de la propriété intellectuelle, sans remonter à des temps immémoriaux, demeure bien plus ancien que le droit de la concurrence. Son avènement a véritablement eu lieu, en France, à l'époque de la Révolution française. Le cheminement des idées héritées de la philosophie des Lumières – ou, plus tôt encore, de John Locke – a conduit à la consécration du droit de propriété « classique » en tant que droit naturel et imprescriptible de l'homme, et à la reconnaissance de son caractère « *inviolable et sacré* »¹⁷. Concomitamment, s'est développée l'idée d'un droit de propriété portant sur les créations intellectuelles. Si celui-ci ne figure pas expressément dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il a toutefois été « *considéré avec passion* »¹⁸, comme en témoignent les rapports de projet de loi relatifs aux grandes lois fondatrices du droit de la propriété intellectuelle en France¹⁹. On trouve ainsi, sous la plume

¹⁶ Cf. *infra*, n° 35.

¹⁷ Articles II et XVII de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789.

¹⁸ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 24.

¹⁹ Décret des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791 *relatif aux nouvelles découvertes et inventions en tout genre d'industrie* (droit de brevet) ; Décret des 13 et 19 janvier 1791 *relatif aux spectacles* (droit de représentation des œuvres dramatiques) ; Décret des 19 et 24 juillet 1793 *relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs* (droit de reproduction).

de Le Chapelier, la célèbre formule selon laquelle « *la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et [...] la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain* »²⁰. Dans la même veine, Lakanal écrivait : « *de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, celle dont l'accroissement ne peut, ni blesser l'égalité, ni donner d'ombrage à la liberté, c'est, sans contredit, celle des productions du génie* »²¹. Notons que si l'on imagine bien ces propos s'appliquer aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, on en retrouve également l'idée force dans le rapport de projet de décret relatif aux droits de brevet datant de la même époque²².

Cette sacralisation historique trouve aujourd'hui un écho dans la qualification de droits fondamentaux – ou de droits de l'homme – que les instances européennes reconnaissent aux droits de propriété intellectuelle. Selon la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *la propriété intellectuelle est protégée* » au même titre que le droit de propriété²³. Elle l'est également en vertu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux termes de récentes décisions de la Cour européenne²⁴. Si l'affirmation

²⁰ Rapport fait par M. Le Chapelier, au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance, fac-similé disponible sur <http://gallica.bnf.fr/>, reproduit par extraits par A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. I, Librairie Jules Renouard et C^{ie}, Paris, 1838, p. 309.

²¹ J. LAKANAL, *Rapport du projet de décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs* (décret des 19 et 24 juillet 1793 préc.), reproduit par extraits par A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, p. 326.

²² S. DE BOUFFLERS, *Rapport sur la propriété des auteurs de nouvelles découvertes et inventions en tout genre d'industrie*, Imprimerie nationale, 1791, disponible sur <http://gallica.bnf.fr/>, et cité par A.-C. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin Libraire, Paris, 1844, p. 107 : « *S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée ; celle-là, du moins, paraît hors d'atteinte ; elle est personnelle, elle est indépendante, elle est antérieure à toutes les transactions ; et l'arbre qui naît dans un champ n'est pas aussi incontestablement au maître de ce champ que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur. L'invention, qui est la source des arts, est encore celle de la propriété : elle est la propriété primitive ; toutes les autres ne sont que des conventions* ».

²³ Article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02), JOUE n° C 83 du 30 mars 2010, p. 389. Proclamée le 7 décembre 2000 à Nice, la Charte a subi quelques modifications mineures, notamment lors de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne de 2007 qui lui a conféré une force juridique contraignante. Les références citées correspondent à sa rédaction la plus récente, actuellement en vigueur. Sur le texte en lui-même et son apport à la propriété intellectuelle, v. C. CARON, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », CCE, juin 2001, comm. n° 55.

²⁴ CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, disponible sur <http://www.echr.coe.int/> ; CCE, mai 2007, comm. n° 67, obs. C. CARON : « *l'article 1 du Protocole n° 1 s'applique à la propriété intellectuelle en tant que telle* » (pt 72). On rappellera que l'article 1 du Protocole n° 1 de la CEDSH garantit le droit à la protection de la propriété. On notera également que le cas soumis à l'appréciation des juges concernait un droit de marque. En énonçant le même principe au sujet de droits d'auteur, un arrêt de 2008 a confirmé que l'article 1 du Protocole n° 1 s'appliquait bien à la propriété intellectuelle en général en énonçant le même principe au sujet des droits d'auteurs (CEDH, 4^e sect., 29 janvier 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*, disponible sur <http://www.echr.coe.int/> ; CCE, juin 2008, comm. n° 76, obs. C. CARON).

de ce caractère de droit fondamental confère aux droits de propriété intellectuelle une légitimité indéniable, on peut toutefois s'interroger sur la pertinence d'une telle reconnaissance au profit de l'ensemble des catégories de droits de propriété intellectuelle. En effet, des droits tels que les droits de marque ou certains droits voisins du droit d'auteur relèvent davantage d'une protection de l'investissement que d'une protection de la création intellectuelle. À la différence du droit d'auteur qui constitue la catégorie la plus évidente de droits fondamentaux au sein des propriétés intellectuelles²⁵, il apparaît douteux et certainement non souhaitable que de tels droits puissent être honorés de la qualification de droits fondamentaux²⁶. Le conflit de légitimités ainsi décrit apparaît donc comme encore plus criant lorsque l'intervention du droit de la concurrence a lieu dans la branche spéciale de la propriété intellectuelle que constitue le droit d'auteur.

5. – Au sein des propriétés intellectuelles, la singularité du droit d'auteur. La famille des droits de propriété intellectuelle se décompose en deux branches principales : on trouve, d'une part, la propriété littéraire et artistique, qui regroupe les droits d'auteurs et droits voisins du droit d'auteur²⁷, et d'autre part, la propriété industrielle qui regroupe les droits de brevets, de marque, les obtentions végétales ou encore les dessins et modèles. Ces deux grandes catégories de droits ont en commun de reconnaître, au bénéfice d'un titulaire, un droit exclusif d'exploitation sur un bien immatériel tel qu'une œuvre de l'esprit, une invention, un signe distinctif... En dehors de cet élément fédérateur, force est de reconnaître qu'il règne, au sein de la propriété intellectuelle, une grande diversité liée à l'existence de différences de logique assez profondes.

²⁵ M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61 ; C. CARON, « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *CCE*, octobre 1999, chron. n° 1. V. également R. CASSIN, « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits de créateurs des œuvres de l'esprit », in *Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225, au sujet de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 selon lequel « *chacun a droit à la protection de ses intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ».

²⁶ V. en ce sens C. CARON, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, juin 2001, comm. n° 55.

²⁷ La protection du droit d'auteur porte sur les œuvres de l'esprit, tandis que celles des droits voisins porte sur des objets autres qui gravitent dans le champ de la création et sont parfois qualifiés d'« auxiliaires » de la création : droit des artistes-interprètes, droit des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, droit des entreprises de communication audiovisuelles. Il faut encore ajouter, au titre de la propriété littéraire et artistique, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données.

Trois grands types de logique régissent l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Un premier type de logique est tourné vers la défense des intérêts des créateurs en tant que personnes : il s'agit de la logique du droit d'auteur. Elle repose naturellement sur la reconnaissance de droits patrimoniaux, indispensables pour que l'auteur puisse tirer profit de sa création, mais également sur l'affirmation d'un droit moral fort qui traduit la prise en compte du respect dû à l'œuvre en tant que celle-ci est une forme d'expression de la personnalité de son auteur²⁸. L'existence de ce droit moral conduit d'ailleurs à qualifier le droit d'auteur – au moins dans sa composante morale – de droit de la personnalité²⁹. À cette logique du droit d'auteur, on peut rattacher sans difficulté la catégorie de droits voisins du droit d'auteur qu'est le droit des artistes-interprètes. En effet, ce droit est, parmi les droits voisins, le seul à protéger véritablement une forme d'expression de la personnalité de l'artiste, et le seul, du même coup, à comprendre une composante morale comparable à celle du droit d'auteur.

Le second type de logique a trait aux droits de propriété industrielle, tournés vers la protection de l'innovation au sens large (droits de brevets, d'obtentions végétales ou dessins et modèles) et des signes distinctifs (marque et nom commercial)³⁰. Il est tout d'abord important de noter la forte connotation économique qui se dégage de ces droits : leur vocation est ouvertement de recevoir une application industrielle ou commerciale. Ils se démarquent en cela sensiblement des droits d'auteur qui, sans être en dehors du circuit économique, existent naturellement dès la naissance de l'œuvre³¹, indépendamment de toute application industrielle ou commerciale, et possèdent, en certaines hypothèses, un rôle culturel auquel ne peut prétendre aucun des droits de propriété industrielle. La logique de la propriété industrielle semble caractérisée par le fait que la considération pour la personne du titulaire semble moins déterminante que la prise en compte d'une pluralité de facteurs dont l'importance varie selon les droits de propriété intellectuelle en cause : « *considérations d'intérêt public, d'incitation à la recherche-développement, de police de la concurrence* », « *intérêt du consommateur* » et « *souci de préserver un domaine public* »³².

²⁸ V. *infra*, n° 17.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 40.

³¹ Cela se traduit, du point de vue du régime juridique, par une spécificité importante du droit d'auteur, à savoir que la protection est acquise sans condition de dépôt administratif, à la différence des droits de propriété industrielle.

³² *Ibid.*

Le troisième type et dernier type de logique concerne les droits voisins autres que celui des artistes-interprètes, à savoir les droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les droits des entreprises de communication audiovisuelle ainsi que les droits des producteurs de bases de données. La dénomination de « droits voisins du droit d'auteur » peut prêter à confusion. Il est vrai que certains de ces droits gravitent autour de la création artistique. On peut ainsi être tenté de leur prêter, à l'instar du droit d'auteur, un rôle culturel. En réalité, ce sont surtout des droits qui protègent un investissement économique dont il se trouve qu'il est réalisé dans le secteur culturel. Cette catégorie des droits est sans doute celle qui reflète le moins une logique de propriété intellectuelle dans la mesure où l'objet de la protection n'est pas le produit d'une activité intellectuelle, mais le produit d'un investissement.

Cette analyse sommaire des différents droits de propriété intellectuelle en fonction des logiques qui les anime nous conduit à penser qu'il est possible d'adopter d'autres présentations de la matière que celle reposant sur la classique distinction bipartite entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle. L'unité de la propriété littéraire et artistique semble en effet fragile. On distingue aisément en son sein des droits sur la création personnelle, d'une part, et des droits sur l'investissement économique, d'autre part. Dans cette perspective, on peut d'ailleurs légitimement se demander si ces derniers n'ont pas plus à voir avec certains droits de propriété industrielle tels que le droit de marque, considéré comme un droit d'occupation³³, qu'avec le droit d'auteur ou le droit des artistes-interprètes. Quoiqu'il en soit, le droit d'auteur semble occuper, dans ce panorama des droits de propriété intellectuelle, une place tout à fait singulière : il se distingue en effet des autres droits par l'existence d'un droit moral fort³⁴, qu'on rattache volontiers à la catégorie des droits de la personnalité, ainsi que par sa vocation occasionnellement culturelle³⁵. Ces caractères font de lui un droit dont

³³ Le droit d'occupation se distingue du droit de création en ce qu'il n'est assujéti à aucune condition d'originalité ou de nouveauté.

³⁴ Le droit moral est également présent dans le droit de brevet, mais dans une bien moindre mesure. Il se résume à un droit de divulgation et à un droit de paternité, là où le droit moral de l'auteur comprend également un droit au respect de l'œuvre, un droit de repentir et un droit de retrait.

³⁵ Le droit d'auteur protège les œuvres originales (cf. *infra*, n^{os} 101 et s.). À ce titre, il protège naturellement les œuvres à caractère artistique telles que les œuvres littéraires, musicales ou les œuvres relevant des beaux-arts. Dans ces hypothèses, le rôle culturel du droit d'auteur est indéniable. Il faut toutefois préciser que le visage actuel du droit d'auteur est bien différent de celui qu'il offrait à ses origines : la protection s'étend désormais à toutes sortes de créations dépourvues de caractère artistique, depuis les programmes d'ordinateur (lois du 3 juillet 1985 et du 10 mai 1994) jusqu'aux créations les plus utilitaires telles que le fameux panier à salades dont l'exemple est si souvent cité (Cass. Crim. 2 mai 1961, *D.* 1962, *jurisp.* p. 163, note P. GREFFE ; *JCP* 1961. II.

l'objet semble moins directement économique que celui des autres droits de propriété intellectuelle – sentiment qui ne peut être que renforcé par sa qualification de droit fondamental.

6. – Le paradoxe économique du droit d'auteur. Alors que l'esprit et le régime du droit d'auteur semblent révéler un droit sans accointance particulière pour la chose économique, il est paradoxal de voir à quel point s'est développé le poids économique du droit d'auteur. Nous faisons bien sûr référence au poids considérable des industries musicales et cinématographiques – qui ne détiennent leur puissance que par la grâce de droits d'auteurs et de droits voisins efficaces³⁶. Mais le développement du poids économique du droit d'auteur ne se résume pas à cela. Le droit d'auteur est devenu, en l'espace de quelques dizaines d'années, un outil stratégique de première force dans l'activité économique des entreprises. On en veut pour preuve l'inclusion du logiciel – du moins en droit français – ou des bases de données dans son champ de protection, ou encore ce phénomène de « *privatisation de l'information* » par le biais de la propriété littéraire et artistique que relevait un auteur³⁷. Ce mouvement de fond, caractéristique de la mutation de notre société en « société de l'information »³⁸, reflète l'importance économique de l'immatériel, devenu « *moteur déterminant de la croissance* » : en effet, « *c'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenu l'avantage compétitif essentiel* »³⁹.

12242, note P. AYMOND, et l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, CA Amiens, 4 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12821, note P. AYMOND).

³⁶ Ces industries sont parfois regroupées sous la qualification d'« industrie du droit d'auteur ». Selon une publication de la DG Marché intérieur et services de la Commission européenne, le droit d'auteur serait en passe de devenir, dans notre société de l'information, « *l'un des principaux générateurs de richesse de l'UE* » ; en 2005, « *le secteur du droit d'auteur [représentait] représente déjà plus de 5 % du produit intérieur brut (PIB) européen et [occupait] plus de 3 % de la main-d'œuvre* » ; « *en tant que branche d'activité, il est deux fois plus important que l'automobile et est reconnu comme une composante fondamentale de la société de l'information et une garantie essentielle de la création de connaissance* » (« Le droit d'auteur à la croisée des chemins », Dossier spécial, *Single Market News*, n° 37, mai 2005).

³⁷ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 389.

³⁸ N. CURIEN et P.-A. MUET, « La société de l'information », *Rapport du Conseil d'analyse économique*, avril 2004, La documentation française, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>.

³⁹ M. LÉVY et J.-P. JOUYET, « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », *Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel*, décembre 2006, p. I, disponible en ligne sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>. Les auteurs expliquent l'avènement de l'immatériel par l'organisation du travail qui fait l'objet d'une nouvelle division internationale : « *la production se déplace dans les pays à bas coûts de main-d'œuvre et les pays développés se spécialisent dans les technologies de pointe, la construction de l'offre commerciale, la création du concept ou la maîtrise du design. Tous les secteurs industriels, des semi-conducteurs au textile, des logiciels aux télécommunications, font désormais de l'immatériel la clé de leur avenir. La valeur des entreprises repose de plus en plus sur des éléments immatériels, parfois quantifiables,*

Le droit d'auteur est donc ce curieux mélange d'un droit qui, dans l'esprit, sert une toute autre cause que l'activité économique, mais qui, dans la pratique, y est parfaitement intégré. Cette singularité fait de lui un objet d'étude passionnant dès lors qu'il est mis en cause dans des problématiques relevant du droit économique, telles que celles posées par l'application du droit de la concurrence.

7. – Champ de l'étude. Entendu au sens large, la notion de droit de la concurrence recouvre aussi bien les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations d'entreprises, que celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence et à la concurrence déloyale. Comme nous l'avons souligné, l'intérêt du sujet réside dans l'analyse du droit d'auteur par le prisme du droit économique. Il s'agit donc, concrètement de mesurer l'impact sur le marché – et plus particulièrement sur sa structure concurrentielle – de l'exploitation légitime de droits d'auteur. En cela, le droit des pratiques restrictives et le droit de la concurrence déloyale ne seront pas concernés ; ces branches du droit de la concurrence sanctionnent en effet des comportements faisant l'objet de prohibitions *per se*, indépendamment de toute atteinte au marché. Nous écarterons également de notre champ d'investigation les règles relatives au contrôle des concentrations. Cela ne signifie pas exactement que la question des concentrations ne puisse présenter aucun lien avec le droit d'auteur : il peut notamment être tenu compte, dans l'analyse d'une opération de concentration, de la détention de droits de propriété intellectuelle au titre des actifs immatériels détenus par les entreprises en cause⁴⁰. En revanche, l'application des règles relatives au contrôle des concentrations n'est en rien susceptible de modifier le périmètre des prérogatives du droit d'auteur ou de contribuer, même indirectement, à un affaiblissement de la protection. Elle se distingue en cela de l'application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles qui seront, elles, au cœur de notre étude.

8. – Pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles a pour vocation de défendre une concurrence libre et non faussée sur les marchés par l'interdiction de certains comportements d'entreprises jugés néfastes pour la concurrence. Les deux catégories de comportements visés sont, d'une part, les ententes anticoncurrentielles,

parfois moins, par exemple la valeur de leur portefeuille de brevets et de leurs marques ou la capacité créative de leurs équipes ».

⁴⁰ C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, n° 208 et s.

prohibées par l'article 101 du TFUE et par l'article L. 420-1 du Code de commerce et, d'autre part, les abus de domination, principalement constitués par les abus de position dominante (articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce) et, plus marginalement, par les abus de dépendance économique, connus du seul droit interne (article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce). Ces deux types de pratiques sont susceptibles de s'inscrire dans un contexte économique mettant en cause des droits d'auteur. Encore nous faut-il préciser exactement à quel titre ces droits d'auteurs peuvent être concernés.

9. – Exercice individuel du droit d'auteur. Les droits d'auteur sont principalement concernés par l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles à deux titres : au titre de leur exercice par les titulaires de droit, et au titre de leur gestion par les sociétés de perception et de répartition des droits – moins précisément, mais plus simplement dénommées sociétés de gestion collective. L'exercice du droit d'auteur désigne l'exercice de l'ensemble des prérogatives des titulaires de droit⁴¹. Ces prérogatives peuvent être d'ordre patrimonial. Ainsi en est-il des droits exclusifs de reproduction ou de représentation qui s'opposent à toute utilisation de l'œuvre non consentie par le titulaire de droits et fondent le principe d'un droit à rémunération en cas d'utilisation consentie. Elles sont également d'ordre moral : droit de divulgation, droit à la paternité, droit au respect de l'œuvre, droit de repentir et droit de retrait constituent, ensemble réunis, le socle du droit moral de l'auteur⁴². Si le droit d'auteur tire largement sa spécificité, au sein des droits de propriété intellectuelle, du droit moral, on constatera que seuls les droits patrimoniaux sont concernés par l'application du droit de la concurrence. Ce sont eux qui, par l'intermédiaire des contrats de licence dont ils font l'objet, sont susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence. Ce sont eux encore qui permettent d'opposer un refus de licence qui peut, tel un refus de vente ou de prestation, s'avérer abusif lorsque le titulaire jouit d'une position dominante sur le marché en cause.

10. – Gestion collective des droits d'auteur. La gestion collective des droits constitue le deuxième aspect du droit d'auteur intéressant le droit de la concurrence. Elle révèle une particularité notable de la problématique de l'application du droit de la concurrence au droit

⁴¹ Parmi, les titulaires de droit, on trouve à titre principal les auteurs ; créateurs d'une œuvre de l'esprit, ils ne peuvent être que des personnes physiques. On trouve également d'autres personnes, physiques ou morales, qui, sans être auteur de l'œuvre sont qualifiées de titulaires de droit en vertu d'un transfert à leur profit des droits d'un auteur.

⁴² On notera que ces prérogatives du droit moral ne peuvent être exercées que l'auteur de l'œuvre, et non par le simple titulaire cessionnaire de droits. En effet, le droit moral protège la personnalité de l'auteur qui s'exprime à travers son œuvre ; seul ce dernier peut donc l'exercer.

d'auteur, par comparaison aux autres droits de propriété intellectuelle. Le système de la gestion collective répond à plusieurs besoins. Il est tout d'abord un service organisé par et pour les titulaires de droits. En effet, l'exploitation économique des droits à titre personnel peut s'avérer délicate pour le titulaire en raison de la multiplicité des demandes d'utilisation auxquelles il peut se trouver confronté, et de la difficulté – voire de l'impossibilité – de contrôler physiquement l'utilisation effective des œuvres. Par l'accumulation des droits ainsi cédés par les auteurs, les sociétés de gestion collective acquièrent un poids économique non négligeable et se dotent ainsi d'un véritable pouvoir de négociation auprès d'utilisateurs parfois extrêmement puissants, notamment dans le domaine de l'audiovisuel. Le système de la gestion collective est d'ailleurs également profitable aux utilisateurs puisque ceux-ci peuvent obtenir des licences portant sur l'ensemble du répertoire des sociétés de gestion collective. Pourtant, aussi indispensable soit-il à une bonne protection des auteurs, le contexte de la gestion collective ne présente pas que des avantages. Du point de vue du droit de la concurrence, notamment, le système est observé avec la plus grande circonspection, principalement en raison du monopole de fait que détiennent les sociétés de gestion collective sur leur territoire national⁴³. Celui-ci favorise aussi bien des accords entre sociétés de gestion collective de différents États, qui peuvent être appréciés sur le terrain des ententes anticoncurrentielles, que des abus de position dominante à l'égard de leurs adhérents ou de certains de leurs utilisateurs.

11. – Influence du droit de la concurrence sur la protection des auteurs. Les hypothèses d'exercice individuel du droit d'auteur laissent deviner le danger que représente l'application du droit de la concurrence pour le droit d'auteur. Alors même que le titulaire exerce ses droits de façons parfaitement légitime et conforme aux règles du droit d'auteur, sa liberté contractuelle est mise en cause au titre du droit de la concurrence. Par cette mise en cause, le périmètre de l'exercice légitime du droit d'auteur, et donc la définition même des prérogatives du titulaire, s'en trouvent mécaniquement modifiés. Une telle limitation sera plus facilement acceptée si elle découle de l'application du droit interne, et plus particulièrement du droit civil – on pense notamment à la théorie de l'abus de droit⁴⁴ –, dans la mesure où elle ne sera pas le fruit de l'intervention d'une norme « étrangère ». L'intervention du droit de la concurrence, de par sa nature économique et de par sa source,

⁴³ Cf. *infra*, n° 245.

⁴⁴ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, avant-propos Georges Bonet, Litec, 1998.

partiellement européenne, est en revanche plus dérangeante. C'est la raison pour laquelle il convient de rechercher les limites d'une mise en cause acceptable aux regards des objectifs conjugués d'efficience économique et de protection des auteurs que poursuivent respectivement le droit de la concurrence et le droit d'auteur. En effet, une remise en cause excessive du périmètre de l'exercice légitime conduirait à un affaiblissement de la protection des auteurs qui pourrait devenir, à moyen ou long terme, un frein à la création artistique⁴⁵, ainsi qu'à l'innovation dans son sens le plus large⁴⁶.

On aurait tort de considérer que la problématique de l'application du droit de la concurrence dans le domaine de la gestion collective constitue une question à part. Elle s'inscrit exactement dans la même logique : quelles limites les autorités de concurrence doivent-elles s'imposer dans la recherche de l'efficience économique, compte tenu de la nécessité de préserver l'efficacité du système de gestion collective ? En effet, nul ne remet en cause le fait que ce dernier est absolument indispensable à une protection effective des auteurs et qu'il concourt, partant, au développement de la création. Une application trop zélée du droit de la concurrence pourrait en cela conduire, non à remettre directement en cause le périmètre des droits des titulaires, mais à condamner, de fait, leur effectivité par un contrôle du respect de l'utilisation des œuvres rendu plus difficile.

Il apparaît ainsi que la conciliation du droit d'auteur et du droit de la concurrence passe par la recherche d'un savant équilibre, si tant est que celui-ci soit réellement de l'ordre du possible. Il s'agira en effet davantage de tendre vers cet équilibre – c'est-à-dire de rechercher les limites

⁴⁵ Le rapport entre le niveau de protection de l'auteur et l'incitation à la création est une question délicate. À l'époque de la Révolution française, les droits d'auteur, considérés comme des droits naturels, n'ont fait qu'être reconnus. Ils n'ont pas été octroyés ou conférés dans la perspective d'inciter à la création (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n^{os} 42 et s.). Face à cette conception individualiste, s'est développée une conception collectiviste qui a consisté à prendre en considération l'intérêt général, manifesté notamment par l'intérêt du public, et à envisager le droit d'auteur comme une récompense et, partant, un encouragement à la création. À l'heure actuelle, les deux logiques s'interpénètrent (*ibid.*). On peut bien sûr considérer qu'il est dans la nature de l'homme de vouloir créer de belles choses, indépendamment d'une quelconque forme de protection. On ne peut cependant nier que le paysage de la création, y compris artistique, ne serait pas ce qu'il est en l'absence de droits protégeant efficacement les auteurs et autres titulaires de droits. Ainsi, d'une certaine manière, le droit d'auteur constitue sans aucun doute un facteur d'incitation à la création. Il est certain que cela va parfois plus dans le sens de la création de richesse que dans le sens de la création de beauté. Cela est naturellement d'autant plus vrai que le droit d'auteur apparaît de plus en plus, lorsque qu'il protège des contenus informationnels ou techniques dépourvus de caractère artistique, comme un droit tourné vers la protection de l'investissement. Et là encore, il est certain que l'investissement ne serait pas identique s'il n'existait aucune manière de le protéger juridiquement.

⁴⁶ V. G. CANIVET, cité ci-dessus, note 12.

acceptables d'une intervention du droit de la concurrence – plutôt que de l'atteindre. Car face au droit de la concurrence, le combat est par hypothèse déséquilibré. Le droit de la concurrence exerce en effet son emprise sur de multiples aspects des ordres juridique internes, aussi bien dans le domaine du droit commercial, que du droit civil ou même du droit social. À l'inverse, il ne se voit imposer aucune limitation par une norme extérieure. L'encadrement du degré d'emprise du droit de la concurrence ne peut donc venir que d'une auto-limitation. Étant donnés les manifestes points de friction existant entre les deux matières, les autorités de concurrence ont œuvré dans ce sens en précisant les conditions d'applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur, notamment en proposant un cadre de légitimité à leur intervention (Première partie). Nous verrons, à travers l'application effective du droit de la concurrence au droit d'auteur, que ce cadre n'a pas toujours été respecté et qu'il ne peut, en tout état de cause, se substituer à une analyse économique au cas par cas de chaque type de pratique. Nous nous demanderons, pour chacune d'entre elles, si les solutions dégagées par les autorités de concurrence permettent d'approcher au mieux l'équilibre nécessaire entre les impératifs de protection de la concurrence et les impératifs de protection des auteurs (Deuxième partie).

*

* *

Première partie : L'applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur

Deuxième partie : L'application effective du droit de la concurrence au droit d'auteur

PREMIÈRE PARTIE

L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE

AU DROIT D'AUTEUR

12. – La question de l'applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur est une question ancienne et pour partie résolue. Il ne s'agit plus réellement de savoir si le droit de la concurrence doit, ou non, s'appliquer à des situations mettant en cause l'exercice de droits d'auteur : la jurisprudence et la pratique décisionnelle démontrent en effet que cette application existe, de fait, depuis longtemps déjà. En revanche, la question de l'applicabilité garde tout son intérêt en ce qu'elle permet d'identifier un certain nombre de difficultés naissant de la rencontre des deux matières et de comprendre la nécessité d'une application raisonnée du droit de la concurrence au droit d'auteur.

En effet, l'application du droit de la concurrence suppose d'avoir recours à des notions clés à connotation fortement économique telles que celles d'entreprise ou de marché. Le droit d'auteur, lui, n'est en rien concerné par ces notions. Se présentant traditionnellement sous les traits d'un droit impliqué dans le rayonnement culturel de la création artistique, il apparaît comme un droit très éloigné des considérations du droit économique. Cette représentation du droit d'auteur, sans être totalement inexacte, est sans doute quelque peu dépassée : le droit d'auteur apparaît désormais comme un outil de puissance économique majeur, quels que soient les secteurs économiques concernés, et le visage de l'industrie culturelle d'aujourd'hui montre que culture et économie sont loin d'être antinomiques. Toutefois, cette représentation demeure fortement structurante de la discipline juridique qu'est le droit d'auteur. Il en résulte que les conditions d'application du droit de la concurrence peuvent parfois heurter certains principes véhiculés par le droit d'auteur (Titre I). Conscientes de ce risque, et soucieuses de ne pas l'accentuer, les autorités européennes, premières soumises à ces questions, ont tenu à délimiter leur rôle en précisant les modalités d'une intégration du droit d'auteur dans le champ d'application du droit de la concurrence (Titre II).

TITRE I

LA DÉLICATE RÉCEPTION DES CONDITIONS D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR

13. – Le droit de la concurrence a pour objet les comportements d'entreprises susceptibles d'affecter la concurrence sur un marché déterminé. Entreprise et marché apparaissent ainsi comme deux notions clés conditionnant l'application du droit de la concurrence. Si d'autres conditions d'application sont parfois citées⁴⁷, les conditions d'entreprise et de marché retiennent spécialement notre attention car ce sont principalement elles qui posent question dans le cadre d'une application du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur. Alors que l'entreprise est généralement considérée comme le sujet du droit de la concurrence⁴⁸, le droit d'auteur a pour principal sujet l'auteur, personne physique. Nous serons ainsi amenés à nous interroger sur la qualification de l'auteur en tant qu'entreprise, ainsi que, plus généralement, sur la notion d'activité économique en droit d'auteur (Chapitre 1). La notion de marché s'appuie quant à elle sur le critère de substituabilité. Nous nous demanderons comment ce critère peut être interprété dans le domaine du droit d'auteur où la protection n'est accordée qu'aux œuvres originales (Chapitre 2).

⁴⁷ On peut citer ici la condition de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de la pratique en cause, ainsi que, pour l'application du droit de la concurrence européen, l'affectation du commerce entre États membre. Ces deux conditions sont parfois regroupées sous la dénomination d' « atteinte au marché » (M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd., Sirey, 2011, n^{os} 169 et s.

⁴⁸ V. *infra*, n^o 33.

Chapitre 1

Les entreprises en droit d'auteur

14. – La notion d'entreprise étrangère au droit d'auteur. Considérée comme une notion clé du droit de la concurrence, la notion d'entreprise est peu familière au droit d'auteur. Indissociablement liée à la notion d'activité économique, elle est davantage une notion économique que juridique. Elle peut apparaître, à ce titre, bien éloignée des préoccupations du droit d'auteur. Celui-ci vise en effet principalement à protéger les auteurs, en leur permettant de tirer profit de l'exploitation de leurs œuvres (droits patrimoniaux) et de voir respectée l'essence de leur personnalité s'exprimant au travers de leur œuvre (droit moral). On ajoutera qu'il concourt, d'une certaine manière, à la réalisation d'une politique culturelle, dans la mesure où les œuvres protégées sont, sinon majoritairement, au moins originellement des créations relevant du domaine de la littérature, de la musique ou des beaux-arts. Les règles du droit d'auteur semblent ainsi bien étrangères à toute considération relative au bon fonctionnement des marchés.

Culture et économie : voilà bien deux termes qui pourraient paraître, à certains égards, antinomiques. C'est un point de vue dont certains spécialistes de la propriété littéraire et artistique se sont d'ailleurs fait l'écho, à l'occasion de débats relatifs à l'application du droit de la concurrence dans des secteurs concernés par le droit d'auteur⁴⁹. La question est pourtant depuis longtemps réglée par le droit de la concurrence. Celui-ci ne voit, lui, aucune antinomie, et intègre dans son champ d'application toutes les activités culturelles, pourvu qu'elles ne relèvent pas par ailleurs des quelques rares cas d'exclusion du champ de l'activité économique⁵⁰.

⁴⁹ C'est un point sur lequel nous reviendrons. Cf. *infra*, n° 26.

⁵⁰ V. *infra*, n° 50.

Qu'il soit question d'activité culturelle ou non, le droit d'auteur présente en tout état de cause des spécificités susceptibles de se heurter aux logiques du droit de la concurrence. Ce phénomène peut s'illustrer à travers l'étude de la notion d'entreprise dans le cadre d'échanges économiques impliquant des droits d'auteur. Cette perspective nous amène en effet à nous poser certaines questions au sujet de l'identité des entreprises dans le domaine du droit d'auteur. Qui sont-elles ? Coïncident-elles avec les principaux acteurs connus du paysage du droit d'auteur ? Des spécificités propres au droit d'auteur conduisent-elle à ce que certains de ces acteurs soient écartés du champ des entreprises ?

Ces questions impliquent de délimiter schématiquement ce qu'on entend par « acteurs » du droit d'auteur. Sous ce terme, nous visons les personnes physiques ou morales aptes à tirer parti des diverses prérogatives que confère la législation relative au droit d'auteur, c'est-à-dire ceux qu'on désigne, dans le vocable de la propriété intellectuelle, comme les « titulaires de droits ». Certains d'entre eux sont indiscutablement des entreprises au sens du droit de la concurrence. Prenons ainsi le cas des auteurs de refus de licence abusifs sur lesquels on aura l'occasion de revenir ultérieurement⁵¹. Tous les exemples que fournit la jurisprudence concernent des personnes morales, et plus particulièrement des sociétés, titulaires de droits⁵² sur des œuvres de l'esprit dépourvues de caractère artistique, et dont l'originalité même est parfois discutée, au point que se pose la question de la légitimité de leur protection par le droit d'auteur. Dans une telle hypothèse, la qualification d'entreprise de la société en cause ne pose aucune difficulté.

Il est en revanche plus intéressant de se pencher sur le cas de l'auteur. Ce dernier est en effet, en tant que créateur de l'œuvre, le plus emblématique des titulaires de droits. À ce titre, il est véritablement au cœur des préoccupations de la législation française sur le droit d'auteur. Il apparaît donc essentiel de s'interroger sur le traitement que lui réserve le droit de la concurrence. Or, de ce point de vue, ses traits caractéristiques, et notamment son individualité, semblent faire de lui un sujet de peu d'intérêt pour le droit de la concurrence (Section 1). Nous verrons néanmoins qu'aucune raison ne justifie son exclusion du principe

⁵¹ Cf. *infra*, n^{os} 305 et s.

⁵² Sans pouvoir prétendre à la qualité d'auteur (cf. *infra*, n^o 20), une société personne morale peut être investie de prérogatives identiques à celles de l'auteur – du moins en ce qui concerne les droits patrimoniaux – en tant que titulaire de droits. Elle peut notamment acquérir cette qualité en vertu d'une cession des droits de l'auteur à son profit, ou au titre de la promotion d'une œuvre collective (cf. *infra*, note 168).

du champ des entreprises, dans la mesure où le critère qui semble devoir être pris en considération est celui de l'activité économique. Ceci nous conduit à nous interroger sur la notion d'activité économique, et sur les éventuelles spécificités que celle-ci pourrait receler s'agissant de l'exercice d'une activité impliquant l'exercice de droits d'auteur (Section 2).

SECTION 1 L'INDIVIDUALITÉ DE L'AUTEUR CONFRONTÉE À LA NOTION D'ENTREPRISE

15. – On conçoit aisément qu'un groupement, quelle que soit sa forme, ne puisse échapper aux contraintes du droit de la concurrence, dès lors que son activité constitue manifestement un maillon du tissu économique. On imagine en revanche plus difficilement l'auteur individuel, créateur d'une œuvre de l'esprit, devoir rendre des comptes aux autorités de concurrence. De là pourrait naître le sentiment que l'auteur devrait échapper à l'application du droit de la concurrence en raison de son individualité. Il est vrai que, dans la conception française du droit d'auteur, l'auteur est le créateur de l'œuvre, et par là-même, une personne physique (§ 1). Or, l'application du droit de la concurrence aux personnes physiques ne va pas nécessairement de soi. D'où la tentation qui a pu se faire jour, principalement en doctrine, d'exclure l'auteur du champ des entreprises en sa qualité de personne physique (§ 2).

§ 1. – L'auteur en droit français : le créateur, personne physique

16. – Alors que l'auteur occupe une place centrale dans le dispositif de protection institué par le législateur, il peut apparaître paradoxal que ce dernier n'ait pas pris la peine d'en définir la notion dans le Code de la propriété intellectuelle (A). Les interprétations doctrinales et jurisprudentielles des dispositions législatives existantes ont néanmoins permis d'identifier l'auteur comme étant le créateur de l'œuvre et, partant, de dégager le principe selon lequel l'auteur d'une œuvre est nécessairement une personne physique (B).

A. – LE PARADOXE DE L'ABSENCE DE DÉFINITION LÉGALE EN DROIT FRANÇAIS

17. – **La protection de l'auteur : une préoccupation particulièrement présente en droit français.** Plus que dans d'autres législations, l'auteur semble placé, en droit français, au cœur des préoccupations de l'édifice que constitue le droit d'auteur. On peut en effet affirmer

qu'il fait l'objet d'une considération particulière dans la mesure où lui sont reconnues, outre ses prérogatives patrimoniales, des prérogatives extrapatrimoniales fortes, qu'on qualifie habituellement de « droit moral » de l'auteur⁵³. Ainsi, alors qu'on s'accorde généralement à reconnaître que les différences entre notre droit d'auteur et le droit du *copyright*⁵⁴ tendent aujourd'hui à s'estomper⁵⁵, l'une d'entre elles semble subsister : en effet, les systèmes anglo-saxons, au sein desquels les prérogatives économiques de l'auteur apparaissent primordiales, ne laissent que peu de place au droit moral⁵⁶, tandis que le droit français en fait, lui, l'une de ses caractéristiques principales. L'existence du droit moral est en effet rappelée dès le premier article du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 111-1 *C. propr. intell.*), et les dispositions relatives aux prérogatives y ressortissant font l'objet d'un chapitre complet (art. L. 121-1

⁵³ On se contentera de rappeler ici les quatre prérogatives principales qui composent le droit moral : droit de divulgation, droit au respect, droit à la paternité, et droit de retrait ou de repentir.

Plus généralement, on renverra, sur cette notion, à la doctrine, évidemment abondante. On citera principalement : *Le droit moral de l'auteur*, congrès d'Anvers, 19-24 septembre 1993, A.L.A.I., 1994 ; P. SIRINELLI, *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse dactyl., Paris II, 1985 ; S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit français, allemand et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, t. I, *L'évolution historique et le mouvement international*, et t. II, *Le droit moderne*, 2 vol., P. A. Norstedt & Söners, Stockholm, 1967-1973 ; S. DE GORGUETTE D'ARGOEUVES, *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire*, préf. René Cassin, Dalloz, 1926 ; H. DESBOIS, « La conception française du droit moral de l'auteur » in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1963, t. II, p. 519 ; H. DESBOIS, « Le droit moral », *RIDA*, avril 1958, p. 121 ; Y. GENDREAU, « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », *RJJ* 1988/1, p. 42 ; G. KOUMANTOS, « Faut-il avoir peur du droit moral ? », *RIDA*, avril 1999, p. 87.

On notera par ailleurs que l'expression de « droit moral » – au singulier – coexiste avec celle de « droits moraux » – au pluriel. Cette différence de terminologie n'a rien d'insignifiant. Monsieur Caron relève ainsi que « dès son émergence, le droit moral a été tiraillé entre unité et diversité : certains évoquaient un unique « droit moral », alors que d'autres y voyaient des droits moraux. Le débat est toujours actuel. Le chapitre qui traite du droit moral, dans le Code de la propriété intellectuelle, s'intitule « droit moraux ». C'est aussi l'approche qui est privilégiée par le droit communautaire. Mais ce pluriel ne saurait effacer la profonde unité de ce droit, laquelle coexiste également avec une véritable diversité, en fonction des prérogatives, des œuvres concernées, etc. » (C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 244).

⁵⁴ On réservera le terme de « droit d'auteur » aux mécanismes de protection des œuvres de l'esprit connus du droit français ; le terme de « copyright » désignera ceux existant en droit anglo-saxon. Encore faut-il préciser que le terme de *copyright* ne peut désigner une réalité uniforme, car des différences – parfois significatives – existent entre le droit anglais et le droit américain. La place faite au droit moral de l'auteur en est une illustration. Cf. *infra*, note 56.

⁵⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 36 : « les différences entre le droit d'auteur et le droit du *copyright* appartiennent, au-delà des symboles, assez largement au passé ». Pour une étude complète, v. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, préf. Louis Van Bunnem, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 1993.

⁵⁶ Si le droit moral n'est pas à proprement parler inexistant dans les systèmes anglo-saxons, il est cependant beaucoup moins développé que ne l'est le droit moral du droit d'auteur français. L'affirmation vaut pour le droit anglais qui reconnaît aux auteurs de tous types d'œuvres les seuls droits à la paternité et l'intégrité ; elle vaut à plus forte raison pour le droit américain qui ne reconnaît ces mêmes droits qu'aux seuls auteurs d'œuvres d'art visuel. Précisons par ailleurs que seul le droit français reconnaît au droit moral son caractère perpétuel ; les systèmes anglo-saxons alignent quant à eux la durée du droit moral sur celle des droits patrimoniaux. Pour plus de détails, on renverra au *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, sous la direction de M. CORNU, I. DE LAMBERTERIE, P. SIRINELLI et C. WALLAERT, CNRS Éditions, Paris, 2003.

C. propr. intell.), primant d'ailleurs sur celui consacré aux droits patrimoniaux de l'auteur. Ici s'exprime l'idée que l'impératif de protection des œuvres de l'esprit ne résulte pas de la seule nécessité d'assurer à l'auteur le pouvoir de tirer profit du fruit de son travail, mais qu'il se justifie encore par le fait que l'œuvre porte à jamais l'empreinte de la personnalité de son auteur, et que ce lien indéfectible qui unit l'auteur à son œuvre mérite d'être préservé⁵⁷. Par la reconnaissance de ce droit moral, le droit français témoigne ainsi de son attachement à une protection forte de l'auteur.

18. – L'absence de définition légale de l'auteur. Il apparaît dès lors paradoxal que, plaçant l'auteur au centre de ses préoccupations, le législateur n'ait pas pris la peine d'en définir la notion. Si un chapitre consacré aux titulaires du droit d'auteur figure bien dans le Code de la propriété intellectuelle, seul l'article L. 113-1 fait référence à la notion d'auteur, envisagée dans son sens générique⁵⁸ : « *La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* ». Mais l'affirmation, qui ne constitue qu'une règle de preuve destinée à permettre la désignation de l'auteur par le biais d'un mécanisme de présomption, n'est malheureusement pas de nature à préciser les contours de la définition de l'auteur. On peut bien sûr regretter cette absence de définition légale. D'autres dispositions du Code la propriété intellectuelle éclairent néanmoins la notion d'auteur par touches successives.

B. – LE PRINCIPE DE L'AUTEUR, CRÉATEUR DE L'ŒUVRE ET PERSONNE PHYSIQUE

19. – Malgré l'absence de définition explicite, il est possible de s'appuyer sur certains textes du Code de la propriété intellectuelle pour émettre l'hypothèse, au terme d'une recherche téléologique, que le législateur a voulu envisager l'auteur, créateur de l'œuvre, comme étant nécessairement une personne physique (1). Bien que la jurisprudence soit

⁵⁷ Ce lien si particulier entre l'auteur et son œuvre autorise à rapprocher le droit moral de la catégorie des droits de la personnalité. Dans ce sens, v. par exemple, C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd. 1999, n^{os} 21 et 127 ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les personnes*, LGDJ 1989, n^{os} 325 et s. ; R. LINDON, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983. Comp. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7^e éd., 2010, n^o 21, refusant de distinguer les branches patrimoniale et extrapatrimoniale du droit d'auteur.

⁵⁸ D'autres dispositions font bien référence à la notion d'auteur, mais en considération d'œuvres de nature particulière : œuvres de collaboration (art. L. 113-2 et L. 113-3 *C. propr. intell.*), œuvres composites (art. L. 113-4), œuvres collectives (art. L. 113-5), œuvres pseudonymes et anonymes (art. L. 113-6), œuvres audiovisuelles (art. L. 113-7) et radiophoniques (art. L. 113-8), logiciels (art. L. 113-9).

globalement dans ce sens, il convient de souligner quelques écarts notables, notamment sur le terrain de l'art appliqué (2).

1) *Les justifications textuelles du principe*

20. – L'auteur, créateur et personne physique. L'article L. 111-1 alinéa 1, dont la portée symbolique est évidente de par la place qu'il occupe dans le Code de la propriété intellectuelle, contribue de manière significative à délimiter des contours de la notion d'auteur. Il dispose que « *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* »⁵⁹. Ainsi, l'identité de l'auteur doit être recherchée dans la personne de son créateur. Une déduction s'impose alors : l'auteur ne peut être qu'une personne physique, car l'on ne saurait reconnaître un quelconque pouvoir créateur à une personne morale. En effet, la création étant l'expression formelle d'une production intellectuelle, seules en sont capables les personnes physiques⁶⁰. Si, dans un groupement doté de la personnalité morale, apparaissait un semblant de capacité d'imagination, de création, de production ou de manière plus générale d'initiative, il ne faudrait en réalité l'attribuer qu'à ses membres personnes physiques⁶¹.

Le principe d'un auteur créateur de son œuvre – et de fait, nécessairement personne physique – est d'ailleurs repris par d'autres dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui concernent cette fois-ci, non plus les œuvres de l'esprit en général, mais des types d'œuvres spécifiques. Ainsi en est-il des œuvres dites de collaboration « *à la création [desquelles] concourent plusieurs personnes physiques* » (art. L. 113-2 al. 1 *C. propr. intell.*). Ainsi en est-il encore des œuvres audiovisuelles ou des œuvres radiophoniques pour lesquelles les textes ne reconnaissent la qualité d'auteur qu'aux personnes physiques qui ont réalisé la création intellectuelle (art. L. 113-7 et L. 113-8 *C. propr. intell.*).

⁵⁹ C'est nous qui soulignons.

⁶⁰ Dans le même sens, A. Françon, considérant que la personne morale « *n'étant qu'une entité créée par le Droit et non un être de chair, [elle] ne saurait, à proprement parler, créer une œuvre de l'esprit* » (A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec 1999, p. 188).

⁶¹ Ceci n'empêche cependant pas que la personne morale se voie, en définitive, investie de droits sur les créations de ses membres en vertu de cessions ou de présomptions de titularité (cf. *infra*, note 168). Les notions d'auteur et de titulaire de droits ne se recoupent donc pas nécessairement. L'auteur est en principe toujours titulaire des droits à titre originaire (il peut toutefois en aller différemment s'agissant d'une œuvre collective, cf. *infra, ibid.*) ; mais il arrive que ses droits patrimoniaux soient cédés à des personnes, physiques ou morales, qui deviennent, par cette cession, titulaires des droits sans pour autant déposséder le créateur de l'œuvre de sa qualité d'auteur.

Malgré tout, l'assise textuelle du principe de l'auteur, personne physique, demeure fragile. Si l'argument fondé sur l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle nous semble convaincant, il ne s'agit là que d'une interprétation. On peut par ailleurs observer que le Code de la propriété intellectuelle précise expressément, au travers des dispositions relatives aux œuvres de collaboration, aux œuvres audiovisuelles et aux œuvres radiophoniques, les cas dans lesquels il est exclu de reconnaître la qualité d'auteur à des entités autres que des personnes physiques. Une interprétation *a contrario* pourrait alors conduire à affirmer que la qualité d'auteur ne peut être refusée aux personnes morales dans tous les autres cas. C'est d'ailleurs dans cette brèche que s'est engouffrée la jurisprudence qui, pendant un temps, a pu qualifier d'auteur des personnes morales dans le domaine de l'art appliqué, perturbant ainsi le principe de l'auteur, personne physique.

2) *Les écarts jurisprudentiels*

21. – Perturbation et retour au principe dans le domaine de l'art appliqué. La règle selon laquelle l'auteur est nécessairement le créateur n'a pas toujours relevé de l'évidence. Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, les juges ont estimé que la qualité d'auteur pouvait appartenir à d'autres que les créateurs réels de l'œuvre⁶². La jurisprudence a ensuite évolué, mais non sans rencontrer quelques réticences⁶³ dans le domaine de l'art appliqué⁶³, où les créations présentent la particularité d'être protégées à la fois sur le terrain du droit d'auteur et sur celui du droit des dessins et modèles. Ainsi, les juges de la Cour d'appel de Paris, tirant argument des textes, retenaient que la loi sur le droit d'auteur ne contenait « *aucune disposition refusant expressément aux personnes morales le bénéfice de ses prescriptions* »⁶⁴. La Cour d'appel de Lyon affirmait dans le même sens que « *la loi [disposait] sans ambiguïté que la qualité d'auteur [appartenait] à celui ou ceux sous le nom de qui l'œuvre est*

⁶² A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, préf. Louis Van Bunnem, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 1993, se référant aux travaux de S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale*, tome II, Stockholm, P.A. Norstedt et Söners, 1973.

⁶³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 143 ; v. aussi les observations de C. COLOMBET sous Paris, 22 mai 1980, *D.* 1982, IR p. 41, expliquant de manière synthétique les raisons ayant conduit à cette singularisation de la jurisprudence en matière d'art appliqué.

⁶⁴ Paris, 10 janvier 1977, *JCP* 1978. II. 18830, note P. GREFFE.

divulguée, sans distinction sur la qualité desdits auteurs qui peuvent bien être constitués en société »⁶⁵.

Cet argument tiré de l'article 8 de la loi du 11 mars 1957⁶⁶ était hautement contestable, car pratiquer l'exégèse d'un texte isolé de son contexte est toujours un exercice risqué. Et de fait, ignorer qu'aux termes de l'article premier de la loi⁶⁷, l'auteur est le créateur de l'œuvre, conduit inévitablement à un contresens. La seule notion de création de l'article premier aurait en effet dû suffire à exclure les personnes morales de la catégorie des auteurs, sauf à considérer bien sûr qu'une personne morale puisse exercer en elle-même une activité créatrice, ce qui ne saurait se concevoir, en dépit de quelques décisions – d'ailleurs vivement critiquées par la doctrine – adoptant un point de vue inverse⁶⁸. Par ailleurs, et pour rester sur le terrain de l'exégèse, une telle solution constituait une entorse sérieuse à la volonté claire du législateur de n'investir les personnes morales de droits d'auteur à titre originaire que dans la seule hypothèse des œuvres collectives (art. 13 de la loi de 1957, devenu art. L. 113-5 C. *propr. intell.*). Pour l'ensemble de ces raisons, la première chambre civile de la Cour de cassation mit un terme au particularisme de la jurisprudence lié au domaine de l'art appliqué⁶⁹. La jurisprudence est donc désormais univoque : l'auteur est nécessairement une personne physique⁷⁰.

⁶⁵ Lyon, 7 juin 1977, *JCP* 1978. II. 18954, note J.-J. BURST et A. KOVAR.

⁶⁶ Devenu aujourd'hui l'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁷ Devenu aujourd'hui l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁸ V. les références citées sous la note n° 69.

⁶⁹ V. not. Civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *JCP* 1983. II. 20054, note R. PLAISANT ; *RTD com.* 1982. 428, obs. A. FRANÇON, *D.* 1983, IR p. 89, obs. C. COLOMBET (cassation d'une décision de Paris, 22 mai 1980, *D.* 1982, IR p. 41, obs. C. COLOMBET, citée *supra*, note n° 63) : « Une personne morale ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans le cas où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom, ces droits lui étant alors reconnus sans qu'elle ait à prouver sa qualité de cessionnaire des droits afférents aux différentes contributions ayant permis la réalisation de l'œuvre ».

⁷⁰ Civ. 1^{re}, 19 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 67 : « une personne morale, qui ne peut avoir la qualité d'auteur, n'est pas fondée à invoquer l'article 8 de la loi du 11 mars 1957 » – Civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 361 ; *RIDA* juillet 1994, p. 303 (soulignant l'impropriété de terme consistant à attribuer à une personne morale la qualité d'auteur d'une œuvre collective, quand bien même cette personne morale est investie des droits de l'auteur).

22. – **Dissidences épisodiques.** Quelques décisions faisant figure de « *fausses notes* »⁷¹ viennent parfois encore troubler le principe⁷². Quoique fort décriées, ces solutions dissidentes ne sont pas rares, et participent, selon le professeur Caron, d'un mouvement plus vaste consistant à reconnaître aux personnes morales des droits de la personnalité toujours plus nombreux⁷³.

§ 2. – La tentation de refuser à l'auteur la qualité d'entreprise en tant que personne physique

23. – Si une partie de la doctrine de droit d'auteur a pu soutenir que la notion d'entreprise constituait un cadre inadapté à l'auteur individuel (A), les logiques du droit de la concurrence semblent devoir exclure qu'on puisse décréter par principe que les auteurs individuels ne peuvent constituer des entreprises au sens du droit de la concurrence (B).

A. – La notion d'entreprise, un cadre prétendument inadapté à l'auteur individuel

24. – Comme souvent lorsqu'il est question de rencontre entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence, il a pu être souligné l'incompatibilité des logiques respectives du droit d'auteur et du droit de la concurrence (1). Certains auteurs ont également mis en avant un

⁷¹ L'expression est de A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 143.

⁷² V. à titre d'illustration Civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, *RIDA* avril 1988, p. 139, au terme duquel le bénéficiaire de la protection du droit d'auteur ne peut être reconnu à une société faite « d'apport intellectuel » de sa part. Une lecture *a contrario* de la décision autoriserait donc qu'une société soit regardée comme auteur d'une œuvre, dès lors qu'elle apporterait la preuve d'un apport intellectuel incontestable (à supposer cela possible) – Com. 24 janvier 1995, *Bull. civ.* IV, n° 20 (n'excluant pas la possibilité pour une société d'avoir fait preuve d'originalité et de nouveauté, et de se voir ainsi reconnaître la qualité d'auteur) – Civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *JCP E* 2003. 278, obs. CHÉRIGNY : « [...] qu'en déduisant de ces constatations que le dictionnaire Super-major était une œuvre collective, dont la qualité et les droits d'auteur appartenaient à la société, l'arrêt, qui n'encourt pas les griefs invoqués, est légalement justifié ». – Riom, 14 mai 2003, *CCE* 2003, comm. n° 117, note C. CARON, *D.* 2003. 2754, obs. SIRINELLI (pour une personne morale considérée comme auteur d'une image satellite).

⁷³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 196. L'auteur ne livre toutefois qu'une seule illustration tirée du droit de la propriété littéraire et artistique (Paris, 5 mars 1987, *JCP E* 1987. II. 14931, note VINCENT : « la création d'Apple Inc. [...] présente une solution originale portant la marque de la personnalité de son auteur » ; on ne peut d'ailleurs pas exclure, dans cette hypothèse, que la solution rendue ait été influencée par la forte identification de l'entreprise Apple à son co-fondateur, Steve Jobs – et donc à une personne physique).

Sur les droits de la personnalité des personnes morales, on lira avec intérêt l'article de F. PETIT, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. Aff.* 1998, p. 826.

critère organisationnel de l'entreprise pouvant faire défaut, selon eux, dans le cas de l'auteur individuel (2).

1) La tentation d'une soustraction des auteurs individuels aux logiques du droit économique

25. – Les logiques économiques tenues à distance par la philosophie du droit d'auteur. L'exclusion des personnes morales au titre de la qualité d'auteur n'a rien d'un hasard. Derrière la catégorie de la personne morale se dessine, en filigrane, la figure de la société, et plus particulièrement de la société commerciale, qui en est le genre majeur. En excluant ainsi les personnes morales, et donc les sociétés, du champ des auteurs, la jurisprudence a très certainement entendu affirmer toute la défiance qu'éprouve la matière du droit d'auteur à l'égard des logiques économiques et mercantiles. Cette vision, qui imprègne le domaine de la propriété littéraire et artistique, conduit, qu'on le veuille ou non, à avoir de l'auteur une représentation qui relève plus de l'imagerie que de la réalité. Elle propose en effet pour archétype l'image – éminemment romantique – d'un auteur qui, « *dans la solitude de la création, exprime sa personnalité dans une œuvre* »⁷⁴. Image d'Épinal, diront certains⁷⁵.

26. – Les thèses tendant à dénier à l'auteur la qualité d'entreprise. Cette tendance naturelle à considérer les logiques économiques comme plus ou moins étrangères au domaine du droit d'auteur trouve un écho favorable dans la question de l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur : intuitivement, on perçoit que l'activité de l'auteur individuel est assez loin des préoccupations du droit de la concurrence. On peine en effet à imaginer l'auteur personne physique, solitaire, bouleverser l'équilibre concurrentiel des marchés. Et l'on comprend alors la tentation qu'ont eue certains d'exclure par principe du champ d'application des règles de concurrence les auteurs individuels personnes physiques.

C'est sur cette voie que s'engagea pendant un temps une partie de la doctrine. Ainsi, dans la première édition de leur ouvrage consacré au droit européen de la concurrence, Messieurs Franceschelli, Lassier et Plaisant affirmaient que « *l'auteur, en tant que tel, ne semble pas*

⁷⁴ C. CARON, *op. cit.*, n° 194.

⁷⁵ V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 53.

pouvoir être considéré comme constituant une entreprise »⁷⁶. L'affirmation n'excluait cependant pas complètement l'intrusion des règles du droit de la concurrence dans le domaine de la propriété littéraire et artistique puisque ces auteurs estimaient par ailleurs que « *les éditeurs, producteurs de films, émetteurs de radiodiffusion constituent certainement des entreprises au sens du Traité* »⁷⁷. M. Frank Gotzen eut quant à lui une analyse bien plus radicale de la question⁷⁸ : estimant que les dispositions du Traité de Rome poursuivent un but essentiellement économique, il lui apparaissait logique d'exclure toute intervention de celui-ci dans le domaine culturel⁷⁹. Il devait selon lui en résulter une impossibilité de considérer les auteurs personnes physiques comme des entreprises⁸⁰.

27. – L'écho jurisprudentiel. La jurisprudence française céda elle aussi, par une fois au moins, à la tentation d'exclure par principe les auteurs personnes physiques du champ d'application des règles de concurrence. Il a en effet été soutenu par la première chambre civile de la Cour de cassation en 1985 que « *les prérogatives [...] accordées par la loi du 11 mars 1957 à chaque auteur pris isolément [...] ne sont pas constitutives de la position dominante visée par l'article 86 du traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, c'est-à-dire de la position dominante d'une entreprise jouissant, sur le Marché commun, ou dans une partie substantielle de celui-ci, d'un monopole ou quasi monopole de*

⁷⁶ R. FRANCESCHELLI, R. LASSIER et J. PLAISANT, *Droit européen de la concurrence*, Delmas, 1^{re} éd. 1966, n° 422 p. 183, cité par A. FRANÇON, « Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne », *RIDA* avril 1979, p. 129 ; pour une approche elle aussi prudente de la question, voir également A. BRAUN, A. GLEISS et M. HIRSCH, *Droit des ententes de la Communauté Économique européenne*, Larcier, Bruxelles, 2^e éd. 1977, n° 126.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ F. GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de auteur om derden een bepaald gebruik van in de handel gebrachte reproducties van zijn werk te verbieden, met inachtneming van rechtsvergelijkende en kartelrechtelijke gegevens*, édition augmentée d'un résumé en français sous le titre *Le droit de destination de l'auteur*, Larcier, Bruxelles, 1975, compte-rendu de H. Desbois, *RIDA* juillet 1975, p. 216.

⁷⁹ Notons qu'aujourd'hui, cette analyse serait remise en cause par les textes mêmes : les références à la culture dans les textes européens sont désormais bien présentes (v. *infra*, n° 157). On citera l'article 6 du TFUE qui prévoit une compétence d'appui de l'Union dans le domaine culturel, ainsi que l'article 167 du TFUE qui en définit les contours : « *L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres [...] ; l'action de l'Union vise à encourager la coopération entre les États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action dans les domaines suivants : l'amélioration de la connaissance et de la diffusion de la culture et de l'histoire des peuples européens, la conservation et la sauvegarde du patrimoine culturel d'importance européenne, les échanges culturels non commerciaux, la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel [...] ; l'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité des cultures* ». V. également *infra*, n° 156.

⁸⁰ L'argumentation de l'auteur se situe néanmoins sur le terrain la possibilité d'une interférence des textes européens dont la finalité est économique sur un domaine qui, pour partie, ne l'est pas. Elle n'est donc pas en lien direct avec la question de l'incidence de la personnalité physique de l'auteur sur les règles de concurrence.

fait dans un secteur d'activité déterminé »⁸¹. Dans cette affaire, il était reproché à la Cour d'Appel de n'avoir pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle « *sur la réalité d'un examen, par les juges du fond, d'un éventuel abus, par M. d'Orange, de la position dominante, au sens de l'article 86 du traité de Rome, que lui conférait l'exercice de ses droits d'auteur* ». Que l'on ne s'y trompe pas : la Cour de cassation ne rejette pas le pourvoi en raison d'une absence de position dominante. Au contraire, peu lui importe finalement qu'elle ait été mise en mesure de contrôler l'appréciation de la question par les juges du fond puisqu'en tous les cas, un auteur individuel ne peut être considéré comme une entreprise. Et ce n'est que parce que cette qualité lui fait défaut que la Haute Cour se refuse à parler de position dominante au sujet de l'auteur individuel. L'affirmation est plutôt lapidaire. On sera donc bien en peine d'expliquer sur quels arguments juridiques la première chambre a pu se fonder pour refuser *a priori* la qualification d'entreprise aux auteurs individuels. D'autant que, dès les années 1970, la jurisprudence communautaire – sans pour autant appliquer directement le droit de la concurrence aux auteurs individuels – pouvait laisser présager que les règles communautaires (et en l'occurrence, dans un premier temps, celles relatives à la libre circulation⁸²) trouvaient à s'appliquer dans le domaine du droit d'auteur⁸³. Cette avancée s'était d'ailleurs vue confirmée par un arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 1981, reconnaissant l'applicabilité des dispositions du droit communautaire au droit d'auteur, et plus particulièrement au « *titulaire du droit d'auteur* », sans distinction de qualité⁸⁴. La

⁸¹ Civ. 1^{re}, 30 janvier 1985, *Éditions Cheminements et autre c/ M. d'Orange*, Bull. civ. I, n° 45, RIDA octobre 1985, p. 143 (c'est nous qui soulignons) – V. également J.-J. BIOLAY, *Juris-classeur Concurrence - Consommation*, fasc. 134, 2005, n° 29, qui entretient selon nous une certaine confusion au sujet de cette décision. Il affirme dans un premier temps que « *du point de vue de la concurrence, l'auteur pourrait être considéré comme une entreprise s'il exploitait commercialement ses prestations* » ; soulignant ensuite la rareté de l'hypothèse, il semble exclure qu'en pratique, l'auteur puisse être considéré comme une entreprise (ce que nous ne récusons pas) ; et illustre enfin son propos par cet arrêt de la première chambre civile, présenté comme étant la position actuelle de la jurisprudence interne sur cette question. Ce qui signifierait qu'en aucune hypothèse, l'auteur isolé ne peut se voir appliquer les dispositions de l'actuel article 102 du Traité CE. Il nous faut ici relever la contradiction de cette dernière affirmation avec l'exception dégagée immédiatement auparavant (celle de l'auteur exploitant commercialement ses prestations). L'arrêt du 30 janvier 1985 ne doit donc certainement pas être cité à titre de principe.

⁸² Cf. *infra*, n° 146.

⁸³ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c/ Metro*, aff. 78/70, Rec. p. 487 (fabricant de supports de sons, titulaire de droits voisins du droit d'auteur) ; RTDE 1971.481 ; RTDE 1981.128, obs G. BONET ; RIDA 1971, avril 1979, n° 100, p. 147 et s., note A. FRANÇON – Commission, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, GEMA, aff. IV/26.270, JOCE n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15 (société de gestion de droits d'auteurs) ; sur ces décisions, v. *infra*, n°s 145 et s.

⁸⁴ CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb Membran et K-Tel International c/ GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80, Rec. p. 147 : « *Ni le titulaire du droit d'auteur ou son licencié, ni une société de gestion des droits d'auteur agissant au nom du titulaire ou du licencié, ne peuvent invoquer le droit exclusif d'exploitation conféré par le droit d'auteur pour empêcher ou restreindre l'importation des supports de son qui ont été licitement écoulés sur le marché d'un autre État membre par le titulaire lui-même ou avec son consentement* ». V. *infra* n° 149.

position de la première chambre civile semblait donc aller à rebours de la tendance qui se profilait en droit communautaire. Cette position – à l’instar de celle soutenue par les auteurs défendant la thèse de l’impossibilité de considérer l’auteur comme une entreprise – était d’ailleurs, de manière générale, assez difficilement justifiable du point de vue de la logique du droit de la concurrence, ainsi qu’on le montrera par la suite⁸⁵.

2) *L’auteur individuel et le concept d’organisation inhérent à la notion d’entreprise*

28. – L’élément organisationnel invoqué comme critère de l’entreprise. Faisant référence à la situation particulière de l’auteur vis-à-vis de l’application du droit de la concurrence, certains spécialistes de la propriété littéraire et artistique ont affirmé que l’on pouvait « hésiter à regarder l’auteur individuel qui exerce lui-même son droit exclusif comme une entreprise », dans la mesure où « l’acception classique du mot entreprise [...] implique un minimum d’organisation »⁸⁶.

Historiquement, l’idée d’une nécessaire organisation n’est pas absente de la notion d’entreprise. En droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes y fit référence dès 1962 dans les arrêts *Klöckner*⁸⁷ et *Mannesmann*⁸⁸ : « l’entreprise est constituée par une organisation unitaire d’éléments personnels, matériels et immatériels [...] ». De même, en droit interne, l’une des premières décisions proposant une définition aboutie de l’entreprise présentait celle-ci comme « toute entité économique autonome, privée ou publique, comprenant un ensemble de moyens matériels ou humains, concourant à son activité »⁸⁹. Cette référence à une sorte de critère organisationnel de l’entreprise fut toutefois rapidement délaissée au profit d’un autre critère prévalant désormais sur tout autre : le critère de l’activité économique. Ce dernier fut mis en avant en 1991 dans un arrêt *Höfner* de la Cour de justice des Communautés européennes : « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment

⁸⁵ Cf. *infra*, n^{os} 30 et s.

⁸⁶ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n^o 1476.

⁸⁷ CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. jointes 17/61 et 20/61, *Rec.* p. 615.

⁸⁸ CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.* p. 675.

⁸⁹ Cons. conc., déc. n^o 95-D-76 du 29 novembre 1995, *Pratiques constatées à l’occasion de marché de grands travaux dans le secteur du génie civil*, *BOCCRF*, 15 mai 1996, p. 174.

du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁹⁰. Depuis lors, la définition de l'entreprise est restée inchangée dans la jurisprudence de l'Union européenne. De la même manière, en droit interne, la référence à l'idée d'un minimum d'organisation a disparu avec l'apparition du critère de l'activité économique⁹¹.

29. – L'impossibilité de considérer l'élément organisationnel comme un critère autonome de l'entreprise. On ne peut prétendre que la référence à un concours de moyens humains, matériels et immatériels est désormais totalement absente des considérations relatives à la notion d'entreprise, ainsi qu'en témoigne un document à usage interne de la Commission publié bien après l'arrêt *Höfner*⁹². Dans ce document, la Commission définissait l'entreprise comme « *un ensemble uniforme, assigné à un objet de droit déterminée, de facteurs personnels, matériels et immatériels qui, à terme, entend poursuivre un objet économique déterminé* ».

Il faut néanmoins admettre que ce « *minimum d'organisation* » auquel faisaient référence les professeurs A. Lucas et H.-J. Lucas⁹³ ne peut être considéré comme une condition d'identification d'une entreprise au sens du droit de la concurrence⁹⁴. Ainsi, dans une affaire *Commission c/ République italienne*⁹⁵, il était soutenu par la partie requérante qu'un expéditeur en douane ne pouvait constituer une entreprise, notamment « *en ce que ferait défaut l'élément organisationnel indispensable, c'est-à-dire la réunion d'éléments personnels, matériels et immatériels durablement affectés à la poursuite d'un but économique déterminé* »⁹⁶. À cela, la Cour de justice a répondu que « *la circonstance que l'activité d'expéditeur en douane [...] pourrait être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels,*

⁹⁰ CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979 – ou bien, plus récemment, TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec.* p. II-3929 ; *Europe* 2001, n° 62, obs. L. IDOT – V. également *infra*, n° 47.

⁹¹ Cons. conc., déc. n° 99-D-41 du 22 juin 1999, *Comité intersyndical du livre parisien*, *BOCCRF* 14 octobre 1999, p. 566 : « *si la notion d'entreprise dans le contexte du droit de la concurrence comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, cette entité doit jouir d'un certain degré d'autonomie de gestion et de décision [...]* ».

⁹² Commission européenne, Direction générale IV - Concurrence, *L'application des articles 85 et 86 de Traité CE par les juridictions nationales des États membres*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1997, n° 33 p. 17.

⁹³ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *eod. loc.*

⁹⁴ Notons en outre que la notion de minimum imposerait une évaluation de seuil qui pourrait s'avérer particulièrement délicate.

⁹⁵ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851.

⁹⁶ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. préc., point 34.

immatériels et humains n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE »⁹⁷.

L'enseignement principal de cet arrêt réside dans le fait que la qualification d'entreprise au sens du droit de la concurrence est absolument indifférente à l'élément organisationnel. Autrement dit, l'élément organisationnel ne peut constituer un critère de l'entreprise. Il en résulte que l'argument visant à soustraire l'auteur individuel du champ d'application du droit de la concurrence au motif d'un défaut d'organisation est inopérant.

Un aspect de la décision nous apparaît néanmoins contestable. La Cour de justice semble laisser entendre qu'une entreprise, notamment lorsqu'elle est constituée d'un individu unique, pourrait très bien ne pas recourir à la mise en œuvre de moyens matériels, immatériels et humains. Or, nous considérons à l'inverse que ces éléments d'organisation sont inhérents à la notion d'entreprise, dans la mesure où celle-ci se définit principalement par l'objet économique qu'elle s'est fixée d'atteindre, objet dont la réalisation ne peut s'accomplir que par la mise en œuvre de certains moyens. C'est d'ailleurs pour cette raison, selon nous, que l'élément organisationnel ne peut constituer un critère de l'entreprise.

Ainsi, outre le fait que l'élément organisationnel ne peut constituer un critère autonome de l'entreprise, la prémisse du raisonnement elle-même peut être discutée. Il n'apparaît en effet pas de manière évidente que l'activité de l'auteur individuel, qu'elle se situe au stade de la création ou de l'exploitation, n'exige pas un minimum d'organisation, c'est-à-dire la mise en œuvre d'un minimum de moyens matériels, immatériels et humains.

B. – L'IMPOSSIBLE EXCLUSION DES AUTEURS DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

30. – Le droit de la concurrence n'a qu'un but : permettre une concurrence libre et non faussée sur les marchés. Toute restriction de son champ d'application fondée sur des critères juridiques serait susceptible de nuire à son efficacité. Dans cette perspective, la notion d'entreprise se doit d'être la plus large possible (1). À ce titre, le droit de la concurrence ne peut rester qu'indifférent au statut juridique de l'entreprise (2).

⁹⁷ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. préc., point 38.

1) L'entreprise, une notion d'interprétation nécessairement large

31. – On reviendra dans un premier temps sur la notion d'entreprise, habituellement considérée comme sujet du droit de la concurrence (a), avant d'expliquer la nécessité qui s'impose de retenir une conception large de la notion, eu égard, notamment au caractère d'ordre public du droit de la concurrence (b).

a) L'entreprise, sujet du droit de la concurrence

32. – **Absence de définition légale de l'entreprise.** Les textes internes et européens du droit de la concurrence sont peu disert sur la notion d'entreprise. Dans ses dispositions relatives à la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, le droit interne fait bien référence à l'« entreprise » ou au « groupe d'entreprises », mais uniquement en ce qui concerne les abus de domination (art. L. 420-2 C. com.), ce qui pourrait être de nature à laisser penser que la notion d'entreprise serait de moindre utilité en ce qui concerne l'application de la prohibition relative aux ententes anticoncurrentielles (art. L. 420-1 C. com.)⁹⁸. On relèvera par ailleurs que bien que citée dans les textes, la notion ne fait l'objet d'aucune définition légale.

S'agissant du droit européen, celui-ci envisage la notion d'entreprise de manière plus large puisqu'on la retrouve aussi bien dans les dispositions concernant les ententes (art. 101 TFUE) que dans celles concernant les abus de position dominante (art. 102 TFUE). Cependant, là encore, les textes ne font qu'évoquer la notion sans la définir.

33. – **L'entreprise, sujet du droit de la concurrence.** Malgré le silence des textes, il semble aujourd'hui ne faire aucun doute que l'entreprise est bien le « sujet du droit de la concurrence », au sens où elle est le destinataire privilégié des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux concentrations⁹⁹. L'existence d'une entreprise est ainsi, avant tout

⁹⁸ Cette interprétation a d'ailleurs conduit à une singularisation du droit interne sur la question de savoir si le sujet du droit de la concurrence était nécessairement l'entreprise. Cf. *infra*, note n° 99.

⁹⁹ Cf. L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. Hagelsteen, Litec 2003, n°s 12 et 23. L'auteur relève un certain nombre d'occurrences des termes « sujets du droit de la concurrence » dans des rapports et décisions du Conseil de la concurrence, dans des arrêts de la Cour d'appel de Paris, ou encore dans une décision de la Commission de Communautés européennes. Elle rappelle par ailleurs qu'à côté des entreprises, sont également appréhendés par les règles de concurrence les *organismes* en droit français et les *associations d'entreprises* en droit communautaire.

examen au fond de la situation, une condition d'application préalable des règles de concurrence : dans l'hypothèse d'une impossibilité de qualifier une entité d'entreprise, ces règles ne s'appliqueront pas.

Cette certitude que l'entreprise est le sujet du droit de la concurrence contraste pourtant avec un certain degré d'imprécision qui entoure la notion. En effet, une chose frappe d'emblée le juriste qui se penche sur la question : il n'existe pas de définition unitaire de l'entreprise. Celle-ci recouvre des réalités différentes selon qu'on l'appréhende sous l'angle du droit civil, du droit commercial ou encore du droit social. Monsieur Mercadal soulignait ainsi que « *compte tenu de la diversité des objectifs des textes qui se réfèrent à l'entreprise comme critère de leur application, il est pratiquement impossible d'établir une définition juridique de l'entreprise applicable en toute circonstance*¹⁰⁰ ». L'auteur précisait néanmoins que, même en l'absence de définition unitaire, certains traits communs de l'entreprise s'imposaient : il évoquait notamment l'exercice d'une activité ou encore l'existence de moyens nécessaires à cet exercice. Et de fait, on retrouve bien ces traits communs dans la définition de l'entreprise qui nous intéresse, à savoir celle du droit de la concurrence, définition qui est par ailleurs parfois considérée comme la définition « *la plus achevée de l'entreprise* »¹⁰¹.

L'auteur précise encore que la qualification de l'entreprise de « sujet du droit de la concurrence » ou de « sujet de droit » par la Commission doit être interprétée avec précaution : celle-ci n'équivaut pas à la reconnaissance de l'entreprise comme un véritable sujet de droit, mais doit être comprise comme le simple assujettissement de l'entreprise aux règles de concurrence (*op. cit.*, n° 443).

Relevons enfin qu'un certain particularisme s'est fait jour sur cette question en droit français. Dans un arrêt du 29 février 2000, la Cour d'appel de Paris a estimé que pour appliquer l'article L. 420-1 du Code de commerce relatif à la prohibition des ententes, il convenait de rechercher « *si l'une au moins de parties à l'entente [pouvait] être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché* » (CA Paris, 29 février 2000, 1^{ère} ch., section H, *BOCCRF* n° 4 du 31 mars 2000). Cet arrêt confirmait ainsi une tendance déjà amorcée par le Conseil de la concurrence dans la décision attaquée (Cons. conc., déc. n° 99-D-41 du 22 juin 1999, *relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie*) : des entités qui ne constituent pas des entreprises au sens du droit de la concurrence peuvent être sanctionnées pour avoir participé à une entente (v. Cons. conc., *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 82). La Cour de cassation est quant à elle revenue sur cette jurisprudence dans un arrêt du 15 janvier 2002. Elle a en effet rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui constatait l'inapplicabilité de l'article L. 420-1 du Code de commerce en raison de l'absence d'activité économique d'un syndicat mis en cause ; or, comme nous le verrons ultérieurement, la notion d'activité économique renvoie directement à celle d'entreprise. Depuis lors, le Conseil de la concurrence a pu affirmer à plusieurs reprises, dans ses rapports, que « *le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise* » (Cons. conc., *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 82 ; Autorité conc., *Rapport annuel 2009*, La documentation française, 2010, p. 72).

¹⁰⁰ B. MERCADAL, « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Litec, 1991 p. 9.

¹⁰¹ M.-A FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996, p. 302.

34. – L’entreprise, une notion fonctionnelle. Afin de savoir si un auteur individuel, personne physique, peut relever de la catégorie des entreprises visée par le droit de la concurrence, il nous faut rappeler quelques traits caractéristiques de la notion d’entreprise telle qu’elle est comprise par le droit de la concurrence. Pour commencer, la notion d’entreprise est une notion fonctionnelle¹⁰². Monsieur Blaise l’exprime en ces termes : « *[la notion d’entreprise] est l’outil par lequel la règle juridique s’ajuste à la réalité économique* »¹⁰³. En effet, la notion d’entreprise est à géométrie variable¹⁰⁴. Il ne faut pas pour autant en déduire l’absence totale de cadre aux fins d’une définition de l’entreprise, car si les textes fondateurs du droit de concurrence interne ou européen n’ont jamais proposé de définition, les enseignements de la jurisprudence ont très largement su combler ce vide juridique, de sorte qu’aujourd’hui, on dispose d’indicateurs suffisamment détaillés pour que la qualification d’entreprise ne revête pas un caractère aléatoire¹⁰⁵. Cependant, il faut constater une certaine malléabilité de la notion d’entreprise dans la mesure où celle-ci n’a jamais été définie qu’en termes généraux. Il n’est qu’à rappeler la définition bien connue de l’arrêt *Höfner* pour s’en convaincre : « *Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». ¹⁰⁶

La généralité des termes à l’instant évoqués (entité, activité économique...) ne permet pas tout, on l’a dit. Mais elle permet aux autorités de concurrence une certaine marge d’appréciation en vue d’adapter la notion d’entreprise à la réalité économique, sans que celles-ci soient « *paralysées par le formalisme juridique* »¹⁰⁷. Cette relative souplesse de la notion aurait pu laisser aux détracteurs de l’appréhension du droit d’auteur par les logiques économiques l’espoir d’un traitement favorable des auteurs. Ce ne fut pas le cas. Il faut dire,

¹⁰² Dans ce sens, J.-B. BLAISE, *Droit des affaires. Commerçants, Concurrence, Distribution*, LGDJ, 5^e éd., 2009, n^{os} 342 et 343 ; L. IDOT, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? A propos de quelques développements récents... », *Europe* 1996, chron. n^o 1, p. 1 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, et J. VIALENS, *L’application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2008, n^o 14.

¹⁰³ J.-B. BLAISE, *op. cit.*, n^o 343.

¹⁰⁴ L. IDOT, *op. cit.*, n^o 5 : « *l’entreprise [...] est une notion fonctionnelle qui varie en fonction de la difficulté à résoudre* ».

¹⁰⁵ Cf. *infra*, n^{os} 46 et s.

¹⁰⁶ CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979, concl. av. gén. F.-G. Jacobs. V. également *infra*, n^o 47.

¹⁰⁷ L. ARCELIN, *op. cit.*, n^o 21.

au demeurant, que rien dans les logiques propres du droit de la concurrence ne pouvait laisser présager un tel traitement.

b) Caractère d'ordre public du droit de la concurrence et interprétation large de la notion d'entreprise

35. – Caractère d'ordre public du droit de la concurrence. L'exclusion de principe des auteurs personnes physiques du champ d'application des règles de concurrence ne trouve aucune justification tirée du droit de la concurrence. On peut même dire qu'elle est en contradiction flagrante avec sa logique. Les règles de concurrence ont en effet un caractère finaliste¹⁰⁸. Ainsi que nous l'avons dit, elles poursuivent un but unique : celui de l'établissement et du maintien d'une concurrence libre entre opérateurs évoluant sur un même marché. De ce caractère finaliste, on peut conclure à la possibilité d'une interprétation téléologique de la notion d'entreprise. Or, en considérant le but assigné à la matière, il semble inévitable de faire également référence à son caractère d'ordre public.

D'ordre public, le droit de la concurrence l'est à double titre. Il l'est tout d'abord en ce que les règles qui le constituent manifestent, dans le domaine économique, une primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers¹⁰⁹. Comme a pu le relever Madame Hagletseen, « *la régulation de la concurrence a pour objectif de garantir que le comportement des entreprises sur le marché contribue au bien-être des consommateurs en leur apportant des prix plus bas, des produits ou des services de meilleure qualité et un choix plus vaste* ». Les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles « *visent donc à inciter les entreprises à se faire concurrence par leurs mérites, à les dissuader d'abuser de leur pouvoir de marché au détriment du consommateur et, au besoin, à sanctionner les comportements affectant négativement l'intensité de la concurrence sur un marché* ». En ce sens, elles n'ont pas « *vocation à protéger des concurrents, aussi petits soient-ils, d'opérateurs plus importants et dominants vis-à-vis d'eux, sauf lorsque l'exercice de cette domination,*

¹⁰⁸ A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, n° 257.

¹⁰⁹ V. notamment M. CHAGNY, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004.861 : « *Ainsi, tandis que la concurrence, phénomène collectif s'exerçant sur un marché, contribue au mieux-être de la collectivité et sert au premier chef l'intérêt général, le contrat est d'abord la chose des parties qui poursuivent l'accomplissement de leurs intérêts propres. Bienfait pour le plus grand nombre mais fragile, la concurrence mérite, dans l'intérêt général, d'être protégée contre les atteintes que pourraient lui porter les agents économiques* ».

affectant le marché lui-même, restreint la concurrence »¹¹⁰. Le droit de la concurrence relève ainsi d'un ordre public économique qu'on qualifie généralement d'« ordre public économique de direction »¹¹¹. Ce caractère d'ordre public est attesté aussi bien par les textes du droit interne, en ce qu'ils prévoient la nullité des conventions ou clauses contractuelles stipulées en violation des règles de concurrence¹¹², que par la jurisprudence, qui a précisé le caractère absolu de cette nullité¹¹³.

D'ordre public, le droit de la concurrence l'est enfin à un second titre : pour partie d'origine européenne, il constitue une émanation de l'ordre public européen¹¹⁴, en tant que la norme européenne prévaut sur la norme nationale en vertu du principe de primauté¹¹⁵.

L'ordre public, que nous venons d'évoquer sous ses deux aspects, présente en droit de la concurrence un caractère assez singulier : il affecte toute la matière, et non une simple disposition issue d'un corpus juridique plus important. Cette singularité mérite d'être relevée

¹¹⁰ M.-D. HAGELSTEEN, « La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », Rapport remis à Christine Lagarde, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, et à Luc Chatel, Secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, 12 février 2008. Disponible sur <http://www.pme.gouv.fr/>.

¹¹¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd. 1993, n^{os} 130 et s. ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009, n^o 383. Sur la notion d'ordre public économique de direction, on se référera utilement à la thèse de G. FARJAT : *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963, spéc. n^{os} 156 et s.

Certains auteurs, sans renier le caractère d'ordre public de direction, voient aussi dans le droit de la concurrence une manifestation d'un ordre public de protection : M.-A. FRISON-ROCHE, « Concurrence et contrat », conférence donnée dans le cadre du *Cycle de droit communautaire de la concurrence 2004 de la Cour de cassation*, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/>, n^o 30, soulignant que sous certains aspects, le droit de la concurrence peut aussi être qualifié d'ordre public économique de protection ; dans le même sens, F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD Civ.* 1990.369. V. aussi, C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 602 : « entre ordre public de direction et ordre public de protection, l'ordre public de concurrence prend une place originale ».

¹¹² Art. L. 420-3 C. com. en droit interne, et art. 81, § 2 *Traité CE*)

¹¹³ CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22-71, *Rec.* p. 949, point 29 – Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n^o 163, *RTD com.* 2001.427, obs. CLAUDEL. V. également, en droit interne, les rapports ainsi que de nombreuses décisions du Conseil de la concurrence qui soulignent fréquemment le caractère d'ordre public des règles de concurrence. V. par exemple Autorité conc., *Rapport annuel 2009*, p. 79 et s. : à l'occasion de développements sur la nullité et les conséquences civiles de l'illicéité du contrat, le Conseil rappelle que « s'il appartient à l'autorité de concurrence de qualifier les accords d'anticoncurrentiels, il ne lui revient pas, en revanche, de régler entre les parties au contrat les conséquences civiles d'une telle qualification. Destinées à défendre l'ordre public économique, les décisions des autorités de concurrence répondent à une logique de régulation ou de sanction [...] ».

¹¹⁴ S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron. p. 177 ; ou encore F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n^o 374.

¹¹⁵ M.-C. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, sous la coordination de T. Revet, Dalloz, 1996.

car elle décrit assez justement le phénomène tant redouté d'une emprise tentaculaire du droit de la concurrence sur les autres branches du droit. Redouté, car il donne du droit de la concurrence l'image d'un droit qui aura, en toute hypothèse, le dernier mot, dès lors que l'application de dispositions normatives d'autres disciplines s'avèrera incompatible avec l'objectif de libre concurrence.

36. – Ordre public et nécessité d'une interprétation large de la notion d'entreprise.

De cette conjonction des caractères finaliste et d'ordre public découle une impossibilité d'admettre que le champ d'application des règles de concurrence soit restreint, en particulier par des exceptions liées à la protection d'intérêts ou de catégorie d'intérêts particuliers. Dès lors, on comprend bien que la notion d'entreprise se doit d'être la plus large possible, afin de ne pas constituer un obstacle à la réalisation du but assigné à la matière. Et puisque ce but est la protection de la libre concurrence, il semble logique d'affirmer que constitue une entreprise tout opérateur susceptible de porter atteinte à la concurrence sur un marché déterminé.

Le champ d'application est donc large, puisque défini en fonction des objectifs de la matière, mais il n'est pas pour autant illimité. Car il faut bien constater que certaines entités ne peuvent être considérées comme des opérateurs présentant un risque pour la concurrence. Sur ce point, la jurisprudence est riche d'enseignements : elle a permis de délimiter un certain nombre de cas dans lesquels la qualification d'entreprise ne peut être retenue. Il est d'ailleurs intéressant de constater que la définition de l'entreprise participe plus du « tout sauf » que du « rien que » : il est en effet plus facile de dire de l'entreprise ce qu'elle n'est pas que ce qu'elle est, dans la mesure où sa définition est essentiellement négative¹¹⁶.

Il convient alors de s'interroger sur la consistance de ces exceptions : l'auteur, et plus généralement les personnes physiques, relèvent-ils de cas dans lesquels la qualification d'entreprise ne peut être retenue ? Seul un examen de la jurisprudence permettra de répondre à cette question.

¹¹⁶ V. cependant L. IDOT, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? A propos de quelques développements récents... », *Europe* 1996, chron. n° 1, p. 1, n° 18 et s., qui relève l'apparition d'un élément de définition positive de l'entreprise : doit être considérée comme entreprise toute entité qui exerce une activité susceptible d'être exercée par le secteur privé, ou se trouvant en concurrence avec une activité comparable exercée par des entreprises. L'auteur formule toutefois des réserves quant à la pertinence du critère (n° 23).

2) *L'indifférence du droit de la concurrence à la personnalité juridique de l'auteur*

37. – Le droit de la concurrence n'a pas toujours été insensible au statut juridique de l'entreprise (a). Ce constat est intéressant, car si la jurisprudence avait perduré dans ce sens, il aurait pu être légitime d'en tirer argument pour suggérer que les personnes physiques doivent recevoir un traitement différent de celui administré aux personnes morales. Mais en définitive, la jurisprudence a pris le parti d'une indifférence à la personnalité juridique de l'entreprise. Par conséquent, le caractère d'individualité de l'auteur ne pouvait conduire ce dernier à être exclu par principe du champ des entreprises (b).

a) *La référence originelle à la personnalité juridique comme condition d'identification de l'entreprise*

38. – **L'identification de l'entreprise à une personne physique ou morale.** Le droit européen, à la différence du droit interne¹¹⁷, s'est intéressé assez tôt à la notion d'entreprise. Les premières définitions de l'entreprise furent dégagées dans les années 1960 au sujet de l'application du Traité CECA¹¹⁸. Elles excluaient alors que l'entreprise puisse exister en dehors de tout sujet doté la personnalité juridique : « *la notion d'entreprise au sens du Traité [s'identifiait] au concept de personne physique ou morale* »¹¹⁹. Lorsque que la Cour de justice eut à repréciser les choses, au sujet de l'application du Traité CEE cette fois, elle s'inspira ouvertement de la jurisprudence CECA pour réaffirmer en des termes particulièrement clairs : « *les entreprises sont des personnes physiques ou morales* »¹²⁰. Il est donc clair que, dans un premier temps, la personnalité juridique, loin d'être un critère indifférent, a été une condition

¹¹⁷ Cf. L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. Hagelsteen, Litec, 2003, n° 30.

¹¹⁸ Traité instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, signé à Paris le 18 avril 1951 (dont l'application ne devait durer que cinquante ans, qui prit ainsi fin le 1^{er} janvier 2002).

¹¹⁹ CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité*, aff. jointes 42/59 et 49/59, *Rec.* p. 103 – Dans le même sens, CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. jointes 17/61 et 20/61, *Rec.* p. 615, et *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.* p. 675 : « *L'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels matériels et immatériels, rattachée à sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé. La création de tout sujet de droit dans le domaine de l'organisation économique entraîne la constitution d'une entreprise distincte ; une activité économique ne saurait donc être considérée comme formant une unité sur le plan juridique lorsque les effets juridiques de cette activité doivent être rattachés séparément à plusieurs sujets de droit distincts* » (c'est nous qui soulignons).

¹²⁰ CJCE, 13 juillet 1966, *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la CEE*, aff. 32/65, *Rec.* p. 563 – Dans le même sens, CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56/64 et 58/64, *Rec.* p. 429 : « *la notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personne physique ou morale* ».

d'identification de l'entreprise. La règle ainsi posée pouvait trouver deux justifications¹²¹ : l'une tirée de la condition du concours de volontés en droit des ententes (i), et l'autre tirée de la nécessité d'identifier une personne juridique destinataire des griefs et des sanctions (ii).

i) Justification tirée de la condition du concours de volonté en droit des ententes.

39. – L'accord, expression de la volonté de personnes physiques ou morales. En droit de l'Union européenne comme en droit interne, il a souvent été rappelé que l'entente reposait sur un concours de volontés entre entreprises¹²², concours dont la forme la plus simple consiste en un « accord » (article 101 du TFUE). Or, la volonté, expression de la liberté individuelle, a traditionnellement été considérée comme ne pouvant être le fait que d'individus, c'est-à-dire de personnes physiques¹²³.

La reconnaissance des personnes morales au titre des titulaires de droit subjectif¹²⁴ a

¹²¹ L. ARCELIN, *op. cit.*, n^{os} 41 et s.

¹²² E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse Paris X, 1994, n^o 209, disponible sur <http://www.glose.org/>.

¹²³ Cette considération, héritée des valeurs individualistes des Lumières et de la Révolution, n'est pas uniquement d'ordre philosophique. D'un point de vue sémantique, l'on doit relever que le sens commun lie indissociablement la volonté à l'individu : la volonté peut ainsi être définie comme la « disposition mentale ou acte de la personne qui veut » (Dictionnaire *Le Petit Robert*).

¹²⁴ La reconnaissance de la personnalité morale aux groupements a donné lieu à une importante controverse doctrinale. Non pas sur le fait qu'il faille admettre ou non le concept de personne morale – car ce principe fut vite admis de tous, en raison de l'utilité technique de la notion – mais sur le fondement même de cette reconnaissance. Deux théories se sont opposées : celle dite de la fiction, et celle dite de la réalité.

Selon la théorie de la fiction, « *seul l'être humain peut être investi de droits* » (J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2006, n^o 194). Il ne peut toutefois être fait abstraction de la nécessaire prise en compte d'intérêts collectifs. À cette fin, certains groupements pourraient se voir reconnaître la personnalité juridique par le biais du mécanisme de la fiction juridique. Dans cette hypothèse, seul le législateur serait à même d'accorder la personnalité juridique à un groupement. Selon la théorie de la réalité, la personnalité juridique des groupements résulterait non pas d'une fiction, mais de la nature elle-même : le groupement constitué pour la défense d'un intérêt collectif, et doté de structure propre à permettre l'expression d'une volonté collective représentant cet intérêt constitue une réalité sociale qui justifie la reconnaissance d'une personnalité morale, au même titre que les êtres humains se voient dotés de la personnalité physique. La personnalité juridique étant ainsi inhérente au groupement, le législateur n'a pas le pouvoir de l'octroyer ou de la refuser (J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ibid.*).

Il reste à ce jour délicat d'affirmer qu'une des deux théories l'a définitivement emporté sur l'autre. Si un arrêt fort connu de la Cour de cassation semblait consacrer la théorie de la réalité (Civ. 2^e, 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR : « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; [...] elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* »), le législateur est intervenu dans un certain nombre d'hypothèses pour octroyer ou refuser expressément la personnalité morale à certains groupements, se ralliant ainsi de fait à la théorie de la fiction. Les exemples sont nombreux en droit des sociétés. Pour n'en citer qu'un, particulièrement significatif, on rappellera que l'article 1842 du Code civil dispose que les sociétés ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation. Il n'est finalement qu'en droit social que la théorie de la réalité semble s'être réellement imposée (Soc. 23 janvier 1990, *Rev. sociétés*, 1990, p. 144, note R.

naturellement remis en cause ce principe puisque, dotés de la personnalité juridique, des groupements pouvaient être parties à un acte juridique. L'acte juridique procédant par définition d'une manifestation de volonté, il a donc fallu admettre que les personnes morales avaient la même faculté de vouloir que les personnes physiques. Ce qui devait signifier, à l'échelle du droit de la concurrence, qu'il n'existait aucun obstacle à qualifier d'entreprises tant les personnes morales que les personnes physiques, dans la mesure où celles-ci étaient capables de participer à un accord de volontés, support d'une éventuelle entente anticoncurrentielle.

40. – Aptitude des groupements non dotés de la personnalité juridique à être parties à un accord. Dans un second temps, s'est posée la question de la faculté, pour des groupements non pourvus de la personnalité juridique, d'être parties à une entente. L'enjeu de la réponse était de taille concernant le problème qui nous occupe : soit l'on refusait que ces groupements puissent être considérés comme des entreprises – et alors il fallait conclure à une absence d'indifférence du droit de la concurrence au critère de la personnalité juridique¹²⁵ ; soit l'on acceptait que de tels groupements soient des entreprises au sens du droit de la concurrence – et l'on affirmait alors que la personnalité juridique est sans incidence sur la qualification d'entreprise. Comme nous le verrons, la deuxième solution l'a emporté, balayant de ce fait la justification du recours au critère de la personnalité juridique aux fins d'identification de l'entreprise.

Selon l'idée développée précédemment, la volition ne pourrait être le fait que d'individus personnes physiques, et par extension de personnes morales. L'extension ne saurait être poussée jusqu'à reconnaître la même capacité à des groupements dépourvus de la personnalité juridique. Privés de la possibilité d'être « parties » à un concours de volontés, de tels groupements seraient alors insusceptibles de constituer des entreprises au sens du droit de la concurrence. Cet argument, recevable d'un point de vue logique, est néanmoins très marqué par un certain anthropomorphisme. Les autorités de concurrence n'ont d'ailleurs pas hésité

VATINET, à propos d'un comité de groupe auquel ont été reconnues la personnalité juridique et la capacité d'agir en justice).

¹²⁵ Conclure à l'absence d'indifférence du droit de la concurrence au critère de la personnalité juridique suppose bien entendu que la qualification d'entreprise ait été refusée au groupement au motif qu'il n'est précisément pas doté de la personnalité juridique.

très longtemps avant de qualifier d'entreprises des groupes de sociétés dont on sait qu'ils ne possèdent pas la personnalité juridique¹²⁶.

41. – Analyse critique de la justification. S'appuyer sur la seule notion de concours de volonté afin de justifier le recours au critère de la personnalité physique aux fins d'identification de l'entreprise peut présenter un certain danger, au sens où la notion elle-même est caractérisée par une certaine malléabilité¹²⁷. En effet, si l'on admet que le concours de volontés est le support de l'entente, encore faut-il préciser que la notion de concours de volontés en elle-même ne traduit qu'inexactement la réalité de la diversité des comportements d'entreprises appréhendés par le droit de la concurrence. Ainsi en est-il des décisions d'association d'entreprises visées à l'article 101 du TFUE¹²⁸, qui sont davantage la manifestation d'une volonté collective que celle d'un concours de plusieurs volontés¹²⁹. Par ailleurs, partiellement inadaptée à la réalité qu'elle désigne, la notion de concours de volontés a un temps été malmenée par les autorités de concurrence lorsque celles-ci ont qualifié d'ententes anticoncurrentielles des comportements qui semblaient relever davantage d'une volonté unilatérale que d'un concours de volontés¹³⁰. Enfin, au titre des formes que peut revêtir le concours de volontés susceptible de caractériser l'entente, figure la pratique concertée, également visée par l'article 101 du TFUE. De toutes les formes de l'entente, elle est certainement la plus « *difficile à cerner* »¹³¹. On le comprend mieux si l'on considère que

¹²⁶ Cf. *infra*, n° 43.

¹²⁷ L. ARCELIN, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. Hagelsteen, Litec, 2003, n° 44.

¹²⁸ Il s'agit de décisions émanant d'organismes professionnels ne constituant pas eux-mêmes des entreprises, mais rassemblant des entreprises dont les intérêts communs sont portés par l'organisme en question (ordres professionnels, syndicats, corporations, associations). V. A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd. 2010, n° 229.

¹²⁹ E. CLAUDEL, *op. cit.*, n° 210.

¹³⁰ CJCE, 17 septembre 1985, *Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. c/ Commission*, aff. jointes 25/84 et 26/84, *Rec. p.* 2725 – CJCE, 11 janvier 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c/ Commission*, aff. C-277/87, *Rec. p.* I-45 – Sur ces deux arrêts, v. les commentaires de Mme Claudel, *op. cit.*, n°s 225 et s.

Les autorités communautaires sont toutefois aujourd'hui revenues à une conception plus stricte de la notion en exigeant que soit rapportée la preuve d'un réel concours de volontés. V. TPICE, 3 décembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff. T-208/01, *Rec. p.* II-5141 : « *La notion d'accord, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE, est axée sur l'existence d'une concordance de volontés entre deux parties au moins, de sorte que la décision d'une entreprise constituant un comportement unilatéral échappe à l'interdiction dudit article, si elle ne reçoit pas l'acquiescement au moins tacite d'une autre entreprise* » – ou encore CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c/ Bayer AG*, aff. jointes C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec. p.* I-23 : « *si des comportements du fabricant apparemment unilatéraux peuvent être à l'origine d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, c'est à condition que le comportement ultérieur des grossistes ou clients puisse être interprété comme un acquiescement de facto* ».

¹³¹ C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 485.

cette catégorie d'ententes correspond à un besoin : celui de « dépasser les situations juridiques formelle et visibles pour essayer d'appréhender les situations économiques concrètes »¹³².

Ces considérations relatives à la notion de concours de volontés montrent à quel point les concepts du droit de la concurrence sont modelables. Il convient donc s'y référer avec une grande prudence. Dès lors, s'appuyer sur la condition du concours de volontés pour déduire la nécessaire personnalité juridique de l'entreprise s'avère être un exercice dangereux.

ii) Justification tirée de la nécessité d'identifier une personne juridique destinataire des griefs et des sanctions

42. – Identification du destinataire des griefs et sanctions. En tant que « sujet du droit de la concurrence », l'entreprise est le destinataire des règles de concurrence¹³³. D'un point de vue procédural, on notera que l'entreprise à l'encontre de laquelle est ouverte une procédure administrative doit se voir communiquer les griefs que la Commission a formulés à son encontre : « la Commission informe par écrit les parties concernées des griefs soulevés à leur encontre. La communication des griefs est notifiée à chacune d'elles »¹³⁴. Lorsqu'à l'issue de la procédure administrative, la Commission rend une décision défavorable, il reviendra à l'entreprise contrevenante d'en subir les conséquences. La Commission dispose à cet effet d'un arsenal étendu de sanctions¹³⁵. Celles-ci sont énoncées dans le règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 de Traité CE¹³⁶. Il s'agit notamment des injonctions structurelles ou comportementales par lesquelles la Commission oblige « les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée » (article 7) ; il s'agit encore des amendes et astreintes infligées aux entreprises et associations d'entreprises (articles 23 et 24).

¹³² *Ibid.*

¹³³ Cf. *supra*, n° 33.

¹³⁴ Article 10 du règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 *relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE*, JOCE n° L 123 du 27 avril 2004, p. 18.

¹³⁵ C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n°s 819 et s.

¹³⁶ Règlement (CE) 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*, JOCE n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

L'application de ces différentes règles relatives à la communication des griefs ainsi qu'aux sanctions pose difficulté si l'on tient compte du fait que l'entreprise ne possède pas nécessairement la personnalité juridique¹³⁷. En effet, l'entreprise peut être en quelque sorte considérée comme le support matériel incontournable de ces règles. À qui devra-t-on notifier les griefs si l'entreprise, dépourvue de personnalité juridique, n'a ni domicile, ni siège social ? Sur qui pèsera la charge des sanctions financières infligées à l'entreprise qui, dépourvue de personnalité juridique, ne possède pas de patrimoine propre ? Autant de questions qui ne se seraient pas posées si la personnalité juridique était demeurée une condition de l'entreprise. Mais l'évolution qu'a connue la définition de l'entreprise a pris une direction opposée.

b) *L'abandon du recours à la personnalité juridique aux fins d'identification de l'entreprise*

43. – L'indifférence du droit de la concurrence au statut juridique de l'entreprise.

Le critère de la personnalité juridique était critiquable. Il faisait encourir au droit de la concurrence un risque d'inefficacité, principalement en raison du fait qu'il faisait obstacle à l'appréhension, par les règles de concurrence, d'actes passés par des entités dépourvues de personnalité juridique telles que les groupes de sociétés¹³⁸. Les autorités communautaires ont donc décidé de mettre un terme à l'analyse formelle de l'entreprise qui prévalait jusqu'alors. On voit ainsi, dans un arrêt *Hydrotherm*, comment la Cour de justice préfère, au critère juridique reposant sur la personnalité physique ou morale de l'entreprise, le critère de l'activité économique¹³⁹. Naturellement, on retrouve cette même approche en droit interne¹⁴⁰.

¹³⁷ L. ARCELIN, *op. cit.*, n° 46.

¹³⁸ L. ARCELIN-LÉCUYER, *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 35, « La notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », 2009, n° 9.

¹³⁹ CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact dell Dott. Ing. Mario Andrealli & C. Sas.*, aff. 170/83, *Rec. p.* 2999 : « la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales ».

Cette approche s'est par la suite vue confirmée, notamment dans un arrêt *Höfner*, bien connu pour avoir posé de manière définitive, en droit communautaire, le critère de l'activité économique comme critère d'identification de l'entreprise (CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec. p.* I-1979. V. également, plus récemment, TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec. p.* II-3929 ; *Europe* 2001, n° 62, obs. L. IDOT.

¹⁴⁰ En droit interne, les textes mêmes préféraient le critère économique au critère formel. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en son article 53 (devenu article L. 410-1 du Code de commerce), disposait ainsi que « les règles définies [...] s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution ou de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques [...] ». Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a pu rappeler que « l'entité économique ne [coïncidait] pas forcément avec l'entité juridique » (Cons. conc., *Dixième rapport d'activité. Année 1996*, Direction des journaux officiels, 1997, cité par L. ARCELIN, *op. cit.*, n° 10) ; ainsi, « en droit communautaire comme en droit national, l'application des règles de concurrence est fonction de la nature de l'activité exercée, la nature juridique des entités en cause étant indifférente à l'appréciation portée » (Cons.

Le rejet d'un critère formel de l'entreprise a ainsi permis d'admettre dans le champ des entreprises des entités dépourvues de la personnalité juridique. Dans le même temps, il implique un refus de toute distinction entre les entreprises selon leur statut juridique de personne physique ou personne morale, et vient ainsi mettre un terme au débat d'une éventuelle exclusion des personnes physiques.

44. – Absence de spécificité de l'application du droit de la concurrence aux personnes physiques titulaires de droits de propriété intellectuelle. En de multiples occasions – et ce, bien avant l'apport des arrêts *Hydrotherm* ou *Höfner* –, les autorités de concurrence ont pu fournir des illustrations d'applications du droit de la concurrence à des personnes physiques¹⁴¹. On peut ainsi citer le cas des représentants de commerce, auquel la Commission s'est intéressée dans les années 1960¹⁴², ou encore celui des chirurgiens, qui a donné lieu à une décision célèbre du Conseil de la concurrence¹⁴³.

Il est intéressant de noter que les autres illustrations marquantes qui ont pu suivre touchaient principalement au domaine de la propriété intellectuelle¹⁴⁴ et concernaient

conc., avis n° 98-A-07 du 19 mai 1998, *relatif à une demande d'avis sur l'application des règles de concurrence, tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives*. Disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>).

¹⁴¹ Sur ce point, la jurisprudence *Höfner* n'a donc fait que confirmer qu'il ne pouvait être question de faire machine arrière en excluant les personnes physiques du champ des entreprises soumises au droit de la concurrence.

¹⁴² La Commission a adopté en 1962 une communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce (Commission, « Communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec des représentants de commerce », *JOCE* n° 139 du 24 décembre 1962, p. 2921). Cette communication préfigurait les indications relatives aux contrats d'agence contenues dans les lignes directrices sur les restrictions verticales (Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOUE* n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1., points 12 et s., remplaçant les précédentes lignes directrices parues suite à l'entrée en vigueur du règlement de 1999 (Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOUE* n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1). Elle répondait à la question de savoir quelles catégories d'accord passés par les représentants de commerce devaient tomber sous le coup de l'application de l'article 85, paragraphe 1, du Traité CEE (article 101 du TFUE). Elle supposait donc, par hypothèse, que les représentants de commerce (comme les négociants indépendants, également visés par la communication) puissent être concernés, en tant qu'entreprises, par l'application du droit de la concurrence.

¹⁴³ Cons. Conc., 22 oct. 1991, *Honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département du Lot-et-Garonne*, n° 91-D-43, *BOCCRF*, 26 novembre 1991, p. 319. Il avait été soutenu devant le Conseil de la concurrence que l'activité professionnelle de soins médicaux se trouve, en raison de sa spécificité, « et du fait qu'elle est exercée par une personne et non par une entreprise », hors du champ d'application des ordonnances du 30 juin 1945 et de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. À cela, le Conseil a répondu qu'aucun des textes « ne limite aux personnes morales la reconnaissance de la qualité d'offreur ou de demandeur sur ce marché » (point n° 14).

¹⁴⁴ En dehors du domaine de la propriété intellectuelle : Commission, 30 juin 1993, déc. n° 93/438/CEE, aff. IV/33.407, *CNSD*, *JOCE* n° L 203 du 13 août 1993, p. 27, point 40 : « Le fait que l'activité des expéditeurs en

précisément des titulaires de droit. Ainsi en était-il dans le domaine des brevets d'invention : dans une décision *AOIP c/ Beyrard*, un inventeur indépendant a été qualifié sans difficulté d'entreprise au sens du droit de la concurrence, dans la mesure où il commercialisait son invention en concédant une licence de ses brevets¹⁴⁵. Quelques temps plus tard, le domaine de la propriété littéraire et artistique s'est vu lui aussi concerné : dans une décision *RAI c/ Unitel*, la Commission a considéré sans ambages que des artistes, titulaires de leur droit d'artiste-interprète (droit voisin du droit d'auteur), pouvaient également être considérés comme des entreprises lorsqu'ils exploitaient commercialement leur prestation artistique¹⁴⁶.

Ainsi, loin de justifier une exclusion des titulaires de droits du champ des entreprises, le domaine de la propriété intellectuelle semble constituer un cadre propice à des illustrations d'application du droit de la concurrence à des personnes physiques. Il convient toutefois d'observer que les illustrations fournies se situent aux confins du droit d'auteur, et non dans le domaine du droit d'auteur lui-même. Cela contribue sans doute à forger une réputation de singularité du droit d'auteur dans le paysage de la propriété intellectuelle, particulièrement lorsqu'il s'agit de lui confronter des logiques économiques.

SECTION 2 L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR

45. – S'il n'est aucune raison d'exclure l'auteur individuel du champ d'application du droit de la concurrence du fait qu'il est une personne physique, il convient toutefois de

douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique ». Dans le même sens, CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.*, p. I-3851.

V. également certaines décisions, plus ambiguës, évoquant la possible application du droit de la concurrence à des personnes physiques, eu égard à l'activité économique qu'elles exercent « *au travers* » ou « *par l'intermédiaire* » de sociétés : Commission, 26 juillet 1976, déc. n° 76/743/CEE, aff. IV/28.996, *Reuter/BASF*, *JOCE* n° L 254 du 17 septembre 1976, p. 40 : « *M. Reuter est aussi un entrepreneur au sens de l'article 85, puisqu'il continue d'exercer des activités économiques à travers des sociétés du groupe Elastomer qu'il a conservées, en exploitant les résultats de ses recherches et en sa qualité de conseiller d'entreprises tierces* » – Commission, 10 janvier 1979, déc. n° 79/86/CEE, aff. IV/C-29.290, *Vaessen/Moris*, *JOCE* n° L 19 du 26 janvier 1979, p. 32 : « *M. Moris exploite commercialement son invention par l'intermédiaire de sa société ALMO et exerce de ce fait une activité d'entreprise* ».

¹⁴⁵ Commission, 2 décembre 1975, déc. n° 76/29/CEE, aff. IV/26.949, *AIOP/Beyrard*, *JOCE* n° L 6 du 13 janvier 1976, p. 8.

¹⁴⁶ Commission, 26 mai 1978, déc. n° 78/516/CEE, aff. IV/29.559, *RAI/UNITEL*, *JOCE* n° L 157 du 15 juin 1978, p. 39.

s'assurer que celui-ci exerce bien une activité économique au sens du droit de la concurrence. De la même manière, on s'intéressera également au cas des sociétés de gestion collective. Sont ainsi visées deux catégories majeures d'intervenants dans le domaine du droit d'auteur, catégories au sujet desquelles se posent légitimement certaines questions relatives à la nature, économique ou non, de leur activité (§ 2). Dans cette perspective, on rappellera au préalable les grands traits de la notion d'activité économique, en tant que celle-ci constitue le principal critère de l'entreprise en droit de la concurrence. L'étude de ce dernier point, bien connu des spécialistes du droit de la concurrence, n'en reste pas moins importante dans la mesure où elle sert de cadre de référence à notre analyse (§ 1).

§ 1. – La notion d'activité économique, critère de l'entreprise en droit de la concurrence

46. – Les critères positifs de l'activité économique ne sont pas légion. En ce sens, on peut dire que les contours de la notion sont essentiellement définis par les exclusions de certains types d'activités du champ économique. Dans cette perspective, nous nous attacherons à dégager successivement une définition positive (A) et une définition négative (B) de l'activité économique.

A. – LA DÉFINITION POSITIVE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

47. – **Les critères de l'activité économique.** Depuis l'arrêt *Höfner*, la définition de l'entreprise s'appuie sur le critère de l'activité économique¹⁴⁷. On a précédemment relevé le caractère d'ordre public, et la nécessité d'une interprétation large des notions contribuant à la définition du champ d'application des règles de concurrence. Ce caractère conduit ainsi

¹⁴⁷ CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979.

La définition de l'entreprise ne se limite pas au seul critère de l'activité économique. Pour une proposition de définition exhaustive, rendant compte de l'ensemble de la jurisprudence interne et communautaire, v. par ex. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2008, n° 15 : « *L'entreprise est une entité exerçant une activité économique, dotée d'une autonomie suffisante de décision pour déterminer elle-même son comportement sur le marché et qui en assume le risque commercial, que cette entité soit un personne physique ou une personne morale ou « un ensemble de moyens humains et matériels » sans personnalité juridique* ». Sans réduire la notion d'entreprise à celle d'activité économique, ces auteurs reconnaissent toutefois au critère de l'activité économique un « *élément déterminant de la qualification d'entreprise* ».

logiquement à affirmer que la notion d'activité économique doit elle aussi être envisagée largement.

Le contenu de la notion d'activité économique ne diffère pas en droit interne et en droit de l'Union européenne. Selon l'article L. 410-1 du Code de commerce, sont soumises aux règles du droit de la concurrence « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». La jurisprudence européenne ne dit pas autre chose lorsqu'elle définit l'activité économique comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁴⁸, ou encore comme « *une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* »¹⁴⁹. Reste, naturellement, à définir l'activité économique. Selon Messieurs André et Georges Decocq, l'activité qui implique des échanges économiques est « *celle qu'on exerce ordinairement moyennant une contrepartie correspondant à sa valeur marchande* » ; elle est donc une activité « *susceptible d'être exercée à titre onéreux, même si, dans tel ou tel cas, elle ne donne pas lieu à une contre-prestation* »¹⁵⁰.

Ainsi, la rémunération du produit ou service offert peut constituer un élément de caractérisation de l'activité économique¹⁵¹. L'article 57 du TFUE (ex-article 50 du Traité CE) semble conforter cette analyse lorsqu'il définit les « *services* », dans le cadre des règles relatives à la libre prestation, comme « *les prestations normalement fournies contre rémunération* ». Le critère de la rémunération consiste à déterminer la possibilité d'attribuer ou non une valeur marchande au bien ou service en cause¹⁵². Il ne doit pas être confondu avec

¹⁴⁸ CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851 – CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, *Rec.* p. I-8089, point 19 – CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. C-82/01 P, *Rec.* p. I-9297, point 79.

¹⁴⁹ Commission, 20 juillet 1999, déc. n° 2000/12/CE, aff. IV/36.888, *Coupe du monde de football 1998*, JOCE n° L 5 du 8 janvier 2000, p. 55.

¹⁵⁰ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd. 2010, n° 21.

¹⁵¹ L. ARCELIN-LÉCUYER, *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 35, « La notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », 2009, n° 39 – L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préf. Frédéric Jenny, Litec, 2001, n° 98.

¹⁵² A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 39 : « Il suffit, pour qu'une activité présente un caractère économique, qu'elle ait une valeur marchande. Il n'est pas nécessaire qu'elle tende à réaliser des bénéfices. La notion d'activité économique est donc plus large que celle d'activité lucrative. Elle est caractérisée par toute activité de la même nature que celle des autres opérateurs du marché actuels ou virtuels, abstraction faite de la recherche de bénéfices, c'est-à-dire par un comportement de marché ».

celui de la poursuite d'un but lucratif qui se caractérise par la recherche de bénéfices. Ainsi, si l'existence d'un but lucratif conduit toujours à ce que l'activité soit qualifiée d'économique¹⁵³, son absence n'exclut pas, à l'inverse, que soit retenu le caractère économique. Il en résulte qu'une entité à laquelle est reproché un comportement anticoncurrentiel peut être qualifiée d'entreprise, alors même qu'elle ne poursuit pas de but lucratif¹⁵⁴.

B. – LA DÉFINITION NÉGATIVE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

48. – L'exclusion de l'activité économique. On perçoit, au travers des quelques éléments de définition précités, que la notion d'entreprise est très vaste. Le critère de la rémunération, qui semble apparaître comme le seul critère positif de l'activité économique, n'est en définitive pas réellement exclusif : on peine en effet à se représenter des activités qui ne soient pas exercées contre rémunération dans un marché de biens ou de services où est

¹⁵³ De la sorte, les activités commerciales sont naturellement incluses dans le champ de l'activité économique. Mais il en découle également que les professions civiles ou libérales n'ont aucune raison d'être exclues de ce champ. V. par ex. Cons. conc., déc. n° 89-D-36 du 7 novembre 1989, *Marché des prothèses dentaires*, BOCCRF, 1^{er} décembre 1989, p. 295, Rapp. 1989, p. 123 ; Rapp. 1989, p. 123. V. également, en droit communautaire, Commission, 30 juin 1993, déc. n° 93/438/CEE, aff. IV/33.407, *CNSD*, JOCE n° L 203 du 13 août 1993, p. 27, point 40 : « *Le fait que l'activité des expéditeurs en douane soit considérée par le droit italien comme une profession libérale ne fait pas obstacle au fait que les expéditeurs en douane sont des entreprises qui exercent une activité économique* » – CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851 : « *L'activité des expéditeurs en douane présente un caractère économique. En effet, ceux-ci offrent, contre rémunération, des services consistant à effectuer des formalités douanières [...] ainsi que d'autres services complémentaires [...]. En outre, ils assurent les risques financiers afférents à l'exercice de cette activité [...]. Dans ces conditions, la circonstance que l'activité de l'expéditeur en douane serait intellectuelle, nécessiterait une autorisation et pourrait être poursuivie sans la réunion d'éléments matériels, immatériels et humains, n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application des articles 85 et 86 du traité CE* ».

¹⁵⁴ CJCE, 16 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs contre Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-244/94, Rec., p. I-4013 ; CCC 1995, comm. n° 206, obs. L. VOGEL – CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, CCC 1995, comm. n° 206, obs. L. VOGEL.

V. également CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, Rec. p. I-4863. Dans cet arrêt, la Cour de justice propose une approche très détaillée de l'incidence de l'absence de but lucratif sur le caractère économique de l'activité exercée. Elle rappelle tout d'abord une jurisprudence antérieure selon de laquelle « *la circonstance que l'offre de biens et de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif* » (CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, aff. C-222/04, Rec., p. I-289). Elle va plus loin encore dans l'arrêt *MOTOE*, en s'affranchissant nettement de cette logique déductive : « *[...] des associations sans but lucratif, qui offrent des biens ou des services sur un marché donné, peuvent se trouver mutuellement en position de concurrence. En effet, le succès ou la survie économique de telles associations dépend, à long terme, de la capacité de ces dernières à imposer, sur le marché concerné, les prestations qu'elles offrent, au détriment de celles qui sont proposées par les autres opérateurs* ».

censée s'exercer une certaine concurrence. En définitive, l'entreprise et l'activité économique se définissent davantage sur un mode négatif que positif : l'activité économique est par principe présente dans tout échange ; elle est en revanche exclue dans certaines hypothèses. En ce sens, la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé dans un arrêt *Wouters* qu'« une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques ou se rattache à l'existence de prérogatives de puissance publique échappe à l'application des règles de concurrence du traité »¹⁵⁵. Par cette affirmation, elle a opéré la synthèse de deux jurisprudences distinctes visant chacune à exclure du champ de l'activité économique une catégorie d'activité particulière.

49. – L'exercice de prérogatives de puissance publique. Il s'agissait tout d'abord de la catégorie des activités liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Dans une affaire *Eurocontrol*, la Cour de justice a estimé que les activités de contrôle et de police de l'espace aérien étaient des activités qui, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles étaient soumises, se rattachaient à l'exercice de prérogatives « qui [étaient] typiquement des prérogatives de puissance publique ». En ce sens, « elles ne [présentaient] pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité », ce dont il résultait que l'organisation visée, Eurocontrol, « ne [constituait] pas [...] une entreprise au sens des articles 86 et 90 du traité »¹⁵⁶. De la même manière, il a pu être jugé que l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement ne présentait pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité¹⁵⁷.

Bien qu'elle joue un rôle essentiel dans la détermination de l'application des règles de concurrence, la notion de « prérogatives de puissance publique » n'est pas définie par la jurisprudence. Ceci s'explique certainement par une certaine contingence de la notion que ne savent appréhender ni la science économique, ni la science juridique. Comme ont pu le souligner certains auteurs, la notion de mission de service public repose sur deux critères

¹⁵⁵ CJCE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577, point 57.

¹⁵⁶ CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. p. I-43, point 30 et 31 – V. également, toujours au sujet d'Eurocontrol, mais concernant d'autres aspects de son activité, CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission des Communautés européennes et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, aff. C-113/07 P, Rec. p. I-2207, points 69 à 82.

¹⁵⁷ CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, aff. C-343/95, Rec. p. I-1547.

fondamentaux : le caractère essentiel du service, et la défaillance du marché¹⁵⁸. Or, si le critère de défaillance du marché se définit aisément d'un point de vue économique¹⁵⁹, il n'en va pas de même du critère du caractère essentiel du service. En effet, l'appréciation de ce dernier fait nécessairement intervenir une dimension politique, dans la mesure où la détermination du caractère essentiel conduit à une réflexion sur « *ce qui est nécessaire et favorise la cohésion sociale* »¹⁶⁰.

L'absence d'une définition juridique de la prérogative de puissance publique n'empêche toutefois pas de préciser les contours de la notion de mission de service public en identifiant les fonctions principales qui lui sont dévolues. Les missions de service public contribuent ainsi principalement à la lutte contre l'exclusion et à la cohésion économique et sociale, et peuvent être réparties en deux grandes catégories : celles qui s'inscrivent dans une logique de fourniture d'un « *accès universel à un certain type de service, à un niveau de qualité qui est prédéterminé, et à un prix raisonnable* », et celles qui favorisent « *une utilisation efficace et équilibrée dans l'espace et dans le temps des ressources communes* »¹⁶¹.

50. – Autres activités étrangères à la sphère économique. Outre l'exercice des prérogatives de puissance publique, sont également exclues du champ d'application du droit de la concurrence les activités dites « *étrangères à la sphère économique* ». Nous sommes, là encore, en présence d'une notion « négative », dont les contours ne peuvent être cernés qu'au gré des hypothèses jurisprudentielles soumises aux autorités de concurrence. Il ne saurait être question d'en dresser un panorama exhaustif dans le cadre de cette étude. Nous citerons en revanche trois grandes catégories d'activité ayant été considérées comme étrangères à la sphère économique : les activités à caractère exclusivement social, telles que celles des

¹⁵⁸ E. COHEN et C. HENRY, « Service public. Secteur public », Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, 1997, p. 9 – F. JENNY, « Des services public dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », in « Europe, service public et concurrence. Réflexions et suggestions sur le livre vert », Actes du colloque AJE-AFEC du 13 mai 2004, *Petites affiches*, 30 novembre 2004, n° 239, p. 6.

¹⁵⁹ F. JENNY, *eod. loc.* : « *En raison de cette défaillance, le marché concurrentiel ne produit pas le bien d'un service ou la fonction dans des conditions compatibles avec l'objectif de lutte contre l'exclusion ou la cohésion sociale, ce qui justifie quelque part une intervention positive de l'État. Les raisons de cette défaillance sont assez classiques : des effets de réseau, une défaillance de l'initiative privée ou simplement le fait que l'exiguïté du marché ou de la prestation rend impossible le jeu d'une concurrence conduisant à l'efficacité* ».

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

organismes chargés de la gestion des régimes obligatoires de sécurité sociale¹⁶², ou de régime obligatoires d'assurance¹⁶³ ; les activités des entités à but corporatif, dans la mesure où elles agissent dans la limite de leur objet¹⁶⁴ ; et enfin, les activités purement sportives¹⁶⁵.

¹⁶² CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, *Rec.* p. I-637, points 18 et 19 : « *Les caisses de maladies ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent un fonction de caractère exclusivement sociale. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité* ».

On notera l'insistance des juges sur le principe de la solidarité nationale qui constitue, de fait, le critère de l'exclusion du champ de l'activité économique. Par voie de conséquence, la gestion de régimes complémentaires de retraite – facultatifs – reposant sur le principe de la capitalisation est logiquement considérée comme une activité économique soumise aux règles de concurrence (CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-244/94, *Rec.*, p. I-4013).

¹⁶³ V. par exemple, CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c/ Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, aff. C-128/00, *Rec.* p. I-691, au sujet d'un organisme chargé de la gestion d'un régime d'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

¹⁶⁴ CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission*, aff. jointes C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, « *Pâte de bois I* », *Rec.* p. 5193, point 24, au sujet d'une association de producteurs de pâte de bois. La Cour relève que l'association en question « *est une association sans but lucratif, qui a pour objet de promouvoir ses intérêts commerciaux de ses membres lorsque ceux-ci exportent leurs produits et qu'elle sert essentiellement de centre d'échange d'informations au sujet de leur marché d'exportation* » ; elle ajoute que l'association « *ne poursuit pas elle-même d'activité de fabrication de vente ou de distribution* » – CJCE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-1577, point 112 : « *[...] faute d'exercer une activité économique, l'ordre néerlandais des avocats n'est pas une entreprise au sens de l'article 86 du traité* ».

À l'inverse, dès que l'organisation professionnelle agit en dehors du cadre de sa mission de défense des intérêts de ses membres, elle redevient une entreprise au sens du droit de la concurrence. V., en droit interne, Com. 15 janvier 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 15 – Cons. conc., 11 mars 2004, déc. n° 04-D-07, *Pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, BOCCRF*, 4 mai 2004, point 94 : « *Une organisation syndicale ou un ordre professionnel, lorsqu'il sort de la mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels que la loi lui confie et qu'il intervient sur un marché, est, au sens du droit de la concurrence, une entreprise susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce* ».

¹⁶⁵ Les activités purement sportives ont traditionnellement été considérées comme étrangères à la sphère économique (CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. 36/74, *Rec.* p. 1405, point 8 : les interdictions du traité ne concernent pas les règles qui portent sur des questions intéressant uniquement le sport, et en tant que telles, étrangères à l'activité économique). Un récent arrêt de la Cour de justice est néanmoins venu semer le trouble en estimant que le fait qu'une réglementation antidopage soit considérée comme purement sportive aux regards des règles de libre circulation ne devait pas conduire à exclure l'application des règles de concurrence (CJCE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c/ Commission*, aff. C-519/04 P, *Rec.* p. I-6991, point 33). Assurément, cette décision surprend en ce qu'elle pose délibérément l'absence d'unité de la notion communautaire d'activité économique. Elle pourrait être considérée comme l'expression d'une instrumentalisation du droit de la concurrence à visée « politique », dans une perspective de moralisation des pratiques sportives (M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2008, n°s 34 e s.).

Notons enfin que la dimension culturelle n'est pas de nature à exclure le caractère économique de l'activité. Les principales illustrations de l'inclusion du culturel dans le champ économique peuvent être relevées dans le domaine de l'audiovisuel et du cinéma¹⁶⁶. On citera à cet égard l'arrêt *Sacchi* du 30 janvier 1974, dans lequel la Cour de justice confirmait l'application des règles de concurrence à des établissements de télévision, alors même que les requérantes soutenaient l'impossibilité de qualifier d'entreprises ces établissements, notamment en raison du caractère culturel et d'information de leur mission¹⁶⁷.

§ 2. – De quelques particularités relatives à l'activité économique d'entreprises intervenant dans le domaine du droit d'auteur

51. – Application au secteur du droit d'auteur. La question de l'incidence du droit d'auteur sur l'application du droit de la concurrence nous invite à réfléchir sur une éventuelle spécificité de la notion d'entreprise dans les principaux secteurs d'activité où sont en cause des droits d'auteur. Plus précisément, se pose la question de savoir si certaines activités liées à l'exercice d'un droit d'auteur justifient d'être exclues du champ de l'activité économique au sens du droit de la concurrence.

L'exercice d'un droit d'auteur passe par l'exploitation juridique de ce droit, c'est-à-dire par la conclusion de contrats d'exploitation qui prennent la forme de cessions de droit d'auteur, ou de licences de droit d'auteur. Rien ne justifierait que ces exploitations, le plus souvent, consenties à titre onéreux, ne soient pas considérées comme relevant d'une activité économique. Partant, tous les exploitants, qu'ils soient auteurs personnes physiques, ou personnes morales titulaires de droits d'auteur¹⁶⁸, sont placées sur un pied d'égalité face à l'application des règles de concurrence.

¹⁶⁶ Sur cette question, on renverra à A. PERROT, J.-P. LECLERC et C. VÉROT, *Cinéma et concurrence*, Rapport remis au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministre de la culture et de la communication, mars 2008. Disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>.

¹⁶⁷ CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409.

¹⁶⁸ Les personnes morales, sans pouvoir prétendre à la qualité d'auteur dans la mesure où elles n'ont pas d'aptitude à la création intellectuelle (cf. *supra*, n° 20), peuvent néanmoins être titulaires de droits.

Elles le sont principalement en vertu de cessions de droits que les auteurs peuvent consentir à leur profit (notamment dans le cadre d'une relation employeur-salarié).

Elles le sont également à titre originaire dans le cas des œuvres collectives, ainsi que le précisent les articles L. 113-2 al. 2 et L. 113-5 du CPI : « *Est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou*

Si l'auteur individuel exerce donc bien une activité économique, force est de constater que celle-ci ne semble en pratique intéresser le droit de la concurrence que de façon très marginale (A). À l'inverse, les sociétés de gestion collective focalisent l'attention des autorités de concurrence qui, constamment, affirment que le droit de la concurrence leur est applicable ; il convient toutefois de souligner à leur sujet une certaine singularité vis-à-vis du critère de l'activité économique – singularité qui s'exprime aussi bien dans leur mission, que dans leur mode de formation ou dans les modalités de leur fonctionnement (B).

A. – L'AUTEUR INDIVIDUEL, UNE ENTREPRISE PEU SOUMISE À L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE EN DÉPIT DE SON ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

52. – Il ne semble exister aucun obstacle à ce qu'un auteur individuel puisse être qualifié d'entreprise en raison du caractère économique de son activité d'exploitation de ses droits (1). Dès lors, il convient de s'interroger sur les raisons susceptibles d'expliquer que l'auteur ne soit, dans la pratique, pas directement confronté à l'application du droit de la concurrence (2).

1) L'application théorique du droit de la concurrence en raison du caractère économique de l'activité de l'auteur individuel

53. – **Activité d'exploitation et activité de création.** Il convient de considérer que l'auteur individuel, personne physique, constitue bien une entreprise au sens du droit de la concurrence, dans la mesure où l'exploitation des droits qu'il détient sur ses œuvres constitue bien une activité économique. Les contrats d'exploitation conclus sous forme de cessions ou de licence s'inscrivent, en effet, dans une logique d'échange économique : l'auteur consent à ce que son cocontractant exploite tout ou partie de ses droits patrimoniaux en vue de pouvoir tirer profit des fruits de sa création. En droit français, l'article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que la cession des droits de l'auteur, doit comporter, au profit de l'auteur, une rémunération ; celle-ci prendra en principe la forme d'une « *participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* » ou, par exception, d'une rémunération forfaitaire. Cet article, figurant au sein d'un chapitre composé de

morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé » ; « L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle a été divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur ».

dispositions générales concernant l'exploitation des droits d'auteur, montre que le législateur a envisagé les contrats d'exploitation, dans leur ensemble, comme des contrats à titre onéreux¹⁶⁹.

À l'inverse, l'activité de création à laquelle s'adonne l'auteur est une activité de production intellectuelle généralement détachée de tout échange économique. Elle n'est donc en principe nullement mise en cause par le droit de la concurrence. On peut toutefois s'interroger sur la validité de ce postulat dans le cas d'un contrat de commande, dans lequel l'auteur est rémunéré pour créer une œuvre de l'esprit. Le contrat de commande est habituellement considéré comme une sorte de contrat d'entreprise¹⁷⁰. Le Code de la propriété intellectuelle y fait d'ailleurs implicitement référence lorsqu'il évoque, à l'article L. 111-1 al. 3 le « *louage d'ouvrage ou de service* », rappelant que celui-ci n'emporte aucune « *dérogation à la jouissance du droit [de l'auteur]* ». Dans ce contrat, l'activité créatrice constitue bien la cause de l'engagement du commanditaire, en même temps que la contreprestation de son paiement. À n'en pas douter, l'activité de création de l'auteur s'inscrit alors dans le cadre d'un échange économique. Voilà donc une hypothèse – dont il n'est pas certain qu'elle puisse intéresser, en pratique, le droit de la concurrence – dans laquelle l'auteur exercerait une activité économique au travers de son activité créatrice, et indépendamment de toute exploitation de ses droits.

2) L'absence d'application pratique du droit de la concurrence indépendamment du caractère économique de l'activité de l'auteur individuel

54. – Absence de pratique décisionnelle dans le domaine du droit d'auteur *stricto sensu*. En dépit de la nature économique de l'activité de l'auteur lorsque celui-ci exploite ses droits, il semble que l'application du droit de la concurrence à l'auteur individuel, personne physique, reste largement théorique. Il n'est qu'à observer la jurisprudence pour s'en convaincre : à notre connaissance, aucune décision n'a été rendue en matière de pratique anticoncurrentielle liée à l'exercice d'un droit d'auteur par l'auteur lui-même.

¹⁶⁹ Notons que l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle n'exclut pas la possibilité d'une cession « à titre gratuit ». Toutefois, un auteur, qui relevait que les cessions à titre gratuit intervenaient plus généralement dans le cadre de libéralités ou de donations, observait que la gratuité ne se concevait pas aisément dans le cadre de l'exploitation, les contrats d'exploitation étant, « *par nature, des contrats onéreux* » (C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^{os} 417 et 418).

¹⁷⁰ V. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, n^o 1118.

55. – Illustration dans le domaine d'un droit voisin du droit d'auteur. On peut toutefois signaler une décision *RAI/UNITEL* à l'occasion de laquelle la Commission a estimé que les « *artistes constituent une entreprise au sens de l'article 85, paragraphe 1 lorsqu'ils exploitent commercialement leurs prestations artistiques* »¹⁷¹. Certes, il n'était pas ici question de droit d'auteur au sens strict, mais de droit voisin du droit d'auteur. Néanmoins, il doit être reconnu au droit voisin de l'artiste-interprète une certaine proximité avec le droit d'auteur, dans la mesure où, contrairement à d'autres catégories de droits voisins tels que le droit des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes, ce droit n'a pas pour finalité principale de protéger un investissement économique. Comme l'auteur, l'artiste-interprète dispose d'un droit moral fort attaché à sa prestation artistique. Dès lors, le rapprochement de ces deux catégories de titulaires de droit apparaît opportun. Dans cette perspective, un autre aspect de la décision *RAI/UNITEL* mérite d'être souligné, car il contribue sans doute à expliquer, comme nous allons le voir, pourquoi l'auteur individuel n'est, en pratique, jamais inquiété par l'application du droit de la concurrence, alors même qu'il constitue bien une entreprise exerçant une activité économique.

56. – Potentialité limitée de production d'un effet sensible sur la concurrence dans le cadre d'une exploitation par un auteur individuel. L'absence de jurisprudence relative à la question de savoir si l'auteur individuel est une entreprise ou non s'explique au moins par deux raisons. La première d'entre elle est qu'en dépit des possibilités théoriques de voir reconnue à un auteur la qualité d'entreprise, il apparaît en pratique fort peu probable que ce dernier puisse se voir effectivement reprocher un comportement anticoncurrentiel, en raison du faible impact qu'est susceptible de produire une exploitation économique de son droit à l'échelon individuel. Est ici posée la question de l'effet sensible sur la concurrence.

Si le critère de la personnalité juridique est indifférent à la qualification d'entreprise, rien ne semble s'opposer à ce que l'auteur individuel puisse être considéré comme un possible sujet du droit de la concurrence. Néanmoins, la situation de l'auteur individuel demeure une situation particulière dont la spécificité peut être prise en compte, en ce qui concerne l'application des règles de concurrence, en dehors de la notion d'entreprise. La question peut ainsi se poser de savoir si un auteur individuel, et plus généralement une personne physique, sont effectivement en mesure, en tant qu'entreprises, d'être à l'origine de restrictions de

¹⁷¹ Commission, 26 mai 1978, déc. n° 78/516/CEE, aff. IV/29.559, *RAI/UNITEL*, *JOCE* n° L 157 du 15 juin 1978, p. 39.

concurrence présentant un caractère sensible. En droit européen, l'atteinte sensible à la concurrence est en effet une des conditions nécessaires à la détermination de l'illicéité d'une pratique, et ce, aussi bien en ce qui concerne les ententes¹⁷² que les abus de position dominante¹⁷³. Il semble en revanche qu'en droit interne, le caractère sensible de l'atteinte ne figure pas au rang de condition ; l'opportunité est ainsi laissée à l'Autorité de la concurrence de donner suite, ou non, à la procédure, quand bien même aucun effet sensible ne pourrait être constaté¹⁷⁴.

Quoiqu'il en soit, la décision *RAI/UNITEL*, précédemment citée, nous apporte un éclairage intéressant sur cette question de la sensibilité de l'atteinte. Après avoir rappelé que des artistes-interprètes pouvaient bien constituer des entreprises au sens du droit de la concurrence, la Commission admet « *qu'il se pose [...] la question de savoir si un contrat conclu par un artiste a des effets sensibles sur la concurrence ; que dans de nombreux cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'artistes peu connus, ce caractère sensible semble devoir être nié, mais qu'il est en revanche évident lorsqu'il s'agit d'artistes très célèbres* »¹⁷⁵. On voit ici que la question de la capacité de simples individus à exercer une influence sur les marchés se pose avec acuité. Il en va certainement de même s'agissant des auteurs individuels.

¹⁷² En matière d'ententes, la condition d'une atteinte sensible à la concurrence est remplie dès lors que la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord dépasse un certain seuil, dit « seuil de sensibilité ». En droit communautaire, v. Communication de la Commission *concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence en sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)*, JOCE n° C 368 du 22 décembre 2001, p. 13 ; en droit interne, v. l'article L. 464-6-1 du Code de commerce qui reprend, depuis 2004, les seuils posés par le droit communautaire. Le bénéfice du seuil de sensibilité n'est toutefois pas applicable en cas de restrictions caractérisées à la concurrence (communication préc., point 11).

¹⁷³ Si la notion de « seuil de sensibilité » renvoie au droit des ententes, il n'en demeure pas moins que l'atteinte à la concurrence résultant d'un abus de position dominante doit être, elle aussi, sensible. V. not. Com. 15 juillet 1992, pourvoi n° 89-20.234, *Bull. civ.*, IV., n° 274 ; *BOCCRF*, n° 15/92, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui refusait de qualifier un pratique d'abus au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (actuel art. L. 420-2 C. com.) au motif que les agissements constatés n'avaient pu avoir d'effet sensible sur le jeu de la concurrence. V. également, Cons. conc., déc. n° 02-D-69 du 26 novembre 2002 *relatives aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie* : dans cette affaire, le Conseil a rappelé qu'il résultait d'un arrêt *Zannier* de la Cour de cassation (Com. 12 janvier 1999, n° 97-13.125, *Zannier*, *Bull. civ.*, IV, n° 9) que la condition de sensibilité de l'effet des pratiques est un élément de la qualification de ces pratiques.

¹⁷⁴ CA Paris, 23 février 2010, *Sté Expedia Inc. et Sté Karavel SAS*, *Juris-Data* n° 2010-051822 ; *CCC*, avril 2010, comm. 103, obs. G. DECOCQ.

¹⁷⁵ Commission, 26 mai 1978, *RAI/UNITEL*, déc. préc.

57. – La gestion individuelle des droits par les auteurs : un phénomène relativement marginal dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. La deuxième raison pouvant expliquer que les auteurs individuels sont, *in fine*, peu confrontés à l'application des règles de concurrence, est que l'exploitation de leurs droits est souvent confiée à des organismes de gestion collective. Il s'ensuit que la question de la qualification d'entreprise se pose moins au sujet des auteurs individuels qu'au sujet des sociétés de gestion collective de droits d'auteur.

B. – LES SOCIÉTÉS DE GESTION COLLECTIVE, DES ENTREPRISES SINGULIÈRES AU REGARD DU CRITÈRE DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

58. – Rôle des sociétés de gestion collective. Les sociétés de gestion collective, plus justement dénommées sociétés de perception et de répartition de droits, sont des sociétés de droit privé, constituées sous la forme de sociétés civiles. Elles regroupent les titulaires de droits par catégories d'œuvres ou de prestations et ont pour rôle de délivrer les autorisations d'exploitation aux utilisateurs, de percevoir les rémunérations et de les répartir entre les détenteurs d'intérêts, et enfin d'agir en justice contre les contrefacteurs¹⁷⁶. Elles ont, plus généralement, pour fonction d'assurer la défense des intérêts de leurs membres¹⁷⁷. À ce titre, elles se voient confier des missions de négociation dans lesquelles elles pèsent naturellement d'un poids tout autre que celui de leurs membres pris individuellement ; dans le même sens, elles prennent activement part à des initiatives de *lobbying*, notamment dans les grands débats relatifs au droit d'auteur, aussi bien dans le cadre national que dans le cadre européen¹⁷⁸. Enfin, on peut citer leur contribution à la promotion de la culture par le financement de diverses actions d'intérêt général¹⁷⁹.

Les modalités de leur organisation, aussi bien que la nature de leurs missions, confèrent aux sociétés de gestion collective certaines particularités dont on peut légitimement se demander si elles ne sont pas susceptibles d'exercer une influence sur l'application du droit de

¹⁷⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

¹⁷⁷ Pour plus de détails sur le rôle et le fonctionnement des sociétés de gestion collective, on pourra se reporter aux chapitres consacrés à l'étude des comportements anticoncurrentiels dans le domaine de la gestion collective (*infra*, n°s 245 et s., et n°s 379 et s.).

¹⁷⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 467.

¹⁷⁹ Cf. *infra*, n° 61.

la concurrence à leur encontre. Certaines singularités invitent en effet à s'interroger sur la nature économique de leur activité (1). Si celles-ci ne peuvent suffire à exclure la gestion collective du champ de l'activité économique, il convient de s'interroger sur la possibilité d'une prise en compte de sa spécificité au travers de la notion de service d'intérêt économique général (2).

1) Les singularités de la gestion collective au regard de la notion d'activité économique

59. – Certaines particularités des sociétés de gestion collectives méritent d'être relevées dans le cadre d'une étude relative à l'applicabilité, à leur égard, des règles de concurrence. On relèvera en particulier l'absence de but de lucratif qui les caractérise (a), ainsi que l'existence, dans leur activité, d'une dimension d'intérêt général (b). Sans être de nature à permettre, en soi, d'exclure le caractère économique de l'activité en cause, ces éléments pourraient toutefois apparaître comme des indices confortant l'idée d'une activité non économique.

a) L'absence de but lucratif

60. – **L'essence non lucrative de la gestion collective.** La poursuite d'un but lucratif se caractérise par la recherche de bénéfices¹⁸⁰. Or, les sociétés de gestion collective ont pour mission de percevoir les droits pour le compte des titulaires afin de les répartir ultérieurement entre ces derniers. Il n'y a dans cette activité aucun but lucratif : les recettes perçues ne le sont, d'une certaine manière, qu'à titre transitoire. Une fois les sommes réparties, et le coût de fonctionnement imputé, il ne reste aucun bénéfice à distribuer ou à réinvestir.

Selon le Groupement européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC), « *les sociétés d'auteurs sont des sociétés de gestion collective sans but lucratif gérant les droits dont les auteurs leur font apport* »¹⁸¹. Pour ne prendre qu'un exemple – parmi les plus représentatifs du système français de gestion collective –, on citera la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) qui se définit comme une société civile à but non lucratif¹⁸².

¹⁸⁰ Cf. *supra*, n° 47.

¹⁸¹ V. <http://www.gesac.org/>.

¹⁸² V. <http://www.sacem.fr/>.

À l'étranger, l'absence de but lucratif caractérisant la gestion collective va parfois jusqu'à emporter des conséquences du point de vue de la forme juridique des entités chargées de la gestion collective : dans une étude de législation comparée, le Sénat relevait ainsi qu'il résultait de la législation espagnole, qui excluait tout but lucratif, que les organismes de gestion collective ne pouvaient revêtir la forme de sociétés civiles ou commerciales, et devaient se constituer sous la forme d'associations ou de coopératives¹⁸³. Si, comme nous l'avons souligné, l'absence de but lucratif n'est pas un obstacle à la qualification d'entreprise, elle peut toutefois contribuer à « étoffer le faisceau d'indices du juge » en vue d'exclure l'activité en cause du champ d'application du droit de la concurrence¹⁸⁴. Il convient donc de ne pas négliger cet aspect de l'activité des sociétés de gestion collective.

b) *La défense de l'intérêt général*

61. – L'évocation d'une activité de service public. Une autre spécificité des sociétés de gestion collective a pu être mise en évidence dans la perspective d'une non application du droit de la concurrence. Cette spécificité tient à la nature de la mission des organismes de gestion collective, qui dépasse le cadre de la défense de l'intérêt collectif de ses membres, en visant, plus largement, la défense de l'intérêt général. En cela, l'activité des sociétés de gestion « n'est pas sans évoquer quelque peu une activité de service public »¹⁸⁵. Ce sentiment se voit d'ailleurs renforcé par l'existence d'un contrôle étatique des sociétés de gestion – du moins en France – tant au stade de leur naissance¹⁸⁶, que durant leur vie juridique¹⁸⁷.

¹⁸³ Sénat, *La gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins*, Les Documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 30, novembre 1997 : « Ainsi, la SGAE, Société générale des auteurs d'Espagne, qui existait comme société civile depuis 1932, s'est transformée en 1995 en une association, la Société générale des auteurs et éditeurs. La plupart des organismes de gestion collective ont opté pour le statut d'association ».

¹⁸⁴ E. BERNARD, « L'"activité économique", un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, n° 2009/3, p. 353.

¹⁸⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 468.

¹⁸⁶ Selon l'article L. 321-3 du Code de la propriété intellectuelle, les projets de statuts et de règlements généraux doivent être soumis au ministre de la Culture.

¹⁸⁷ Outre des obligations relatives à la nomination d'un commissaire aux comptes (art. L. 321-4 CPI), les sociétés de gestion collectives sont tenues de communiquer leurs comptes annuels au ministre de la Culture (art. L. 321-12 CPI). Elles sont également tenues de l'informer de tout projet de modification de leurs statuts ou des règles relatives à la perception et à la répartition des droits (art. L. 321-12 CPI). Enfin, on remarquera, depuis une loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000, l'instauration d'une « commission de contrôle des comptes ». Outre ses attributions – explicites – de contrôle des comptes, cette commission présente un rapport annuel au Parlement, au Gouvernement, ainsi qu'aux assemblées générales des sociétés de perception et de répartition des droits. Ceci n'est pas sans rappeler les attributions ainsi que le mode de fonctionnement de la Cour de comptes, au contrôle de laquelle on avait, pendant un temps, envisagé de soumettre les sociétés de gestion collective – ce qui aurait naturellement conforté encore un peu plus l'idée, inexacte, du caractère public de l'activité de gestion collective.

Toutefois, on n'en restera qu'au stade de l'évocation : la qualification d'activité de service public nécessite, comme nous l'avons vu, que soient réunis deux critères, à savoir le caractère essentiel du service, et la défaillance du marché¹⁸⁸. Or, si le caractère essentiel peut être défendu au regard des diverses actions menées par les sociétés de gestion collective en faveur de la promotion de la culture¹⁸⁹, le critère de la défaillance du marché semble, lui, devoir être écarté. Le fonctionnement de la gestion collective semble en effet démontrer, en France comme à l'étranger, que les sociétés de gestion collective sont aptes à remplir leurs missions dans un contexte de marché concurrentiel¹⁹⁰.

2) Le refus de considérer l'activité des sociétés de gestion collective comme un service d'intérêt économique général

62. – Notion de service d'intérêt économique général. Si le caractère public de l'activité de gestion collective ne peut être retenu, il s'est néanmoins posé la question de savoir si celle-ci se rattache à la catégorie des services d'intérêt économique général visée par l'article 106, paragraphe 2 du TFUE (ex-article 86 du Traité CE). Sans être *de facto* exclue du champ de l'activité économique, l'activité de gestion d'un service d'intérêt économique général se voit réserver un aménagement dans l'application qui lui est faite du droit de la concurrence : elle n'est en effet soumise à ses règles que dans les limites où celles-ci ne font pas échec, en droit ou en fait, à l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie.

¹⁸⁸ Cf. *supra*, n° 49.

¹⁸⁹ Les sociétés de gestion collectives se voient légalement tenues de participer financièrement à des « actions d'aides à la création, à la diffusion du spectacle vivant, et à des actions de formations des artistes » (art. L. 321-9 du CPI).

¹⁹⁰ Selon l'économiste Frédéric Jenny, deux moyens sont utilisés « afin de supporter les coûts éventuellement associés à la fourniture de ce qui ne serait pas produit spontanément par le marché [...] » : « le financement de l'activité par l'octroi d'un pouvoir de monopole à l'entreprise qui lui permet ainsi de subventionner par des produits de monopoles [...] la partie déficitaire [...] de son activité de service public, et la subvention directe de l'État pour défrayer l'entreprise de ses obligations de producteur de service public » (F. JENNY, « Des services public dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », in « Europe, Service public et concurrence. Réflexions et suggestions sur le livre vert », Actes du colloque AJE-AFEC du 13 mai 2004, *Petites affiches*, 30 novembre 2004, n° 239, p. 6). Or, nous ne retrouvons dans l'activité de gestion collective aucun de ces deux éléments. S'il existe, certes, bien souvent, un monopole au profit des sociétés de gestion collective, ce monopole est de fait, et non de droit (cf. *infra*, n° 245). Notons que la situation n'est pas nécessairement uniforme dans l'Union européenne : ainsi, en Italie, le principal organisme gestionnaire, la Société italienne des auteurs et éditeurs (SIAE), jouit d'un monopole légal depuis 1941, et se voit considéré par la Cour de cassation italienne comme un organe de droit public (Sénat, *La gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins*, Les Documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 30, novembre 1997).

L'occasion a été fournie aux autorités de concurrence de répondre à cette question. Elles ont, d'une part, posé des critères conduisant à disqualifier l'activité des sociétés de gestion en tant que service d'intérêt économique général (a). Elles ont, d'autre part, soulevé la question de la pertinence même d'une référence à l'« intérêt économique général » s'agissant de l'activité des sociétés de gestion collective (b).

a) *Les critères de disqualification du service d'intérêt économique général*

63. – Absence de charge par l'État d'une mission d'intérêt économique général et gestion d'intérêts privés. La Cour de justice a eu l'occasion de livrer son analyse sur ce point dans l'affaire *BRT c/ SABAM*¹⁹¹. Rappelant que la notion de service d'intérêt général doit être interprétée de façon stricte, elle a précisé que les entreprises pouvant bénéficier de l'article 90, paragraphe 2 du Traité CEE (devenu art. 106 § 2 TFUE) devaient avoir été « *chargées de la gestion de services d'intérêt économique général par un acte de la puissance publique* »¹⁹². Saisie dans le cadre d'un recours préjudiciel, elle a par ailleurs précisé qu'il appartenait au juge national de rechercher si l'entreprise concernée avait ou non été effectivement chargée par un État membre de la gestion d'un service d'intérêt économique en vue de savoir si l'article 90, paragraphe 2 lui était applicable¹⁹³. Afin de mener à bien cette recherche, la Cour a également fourni au juge national un cadre d'analyse adapté à la problématique de la gestion collective : ne peut se prévaloir d'une dérogation aux règles du traité sur le fondement de l'article 90, paragraphe 2, l'« *entreprise que l'État n'a chargé d'aucune mission et qui gère des intérêts privés, même s'il s'agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi* »¹⁹⁴. Parvenant aux termes de son raisonnement, la Cour a finalement estimé que la question d'éventuels privilèges pouvant résulter de l'application de l'article 90, paragraphe 2 aux sociétés de gestion collective était superflue.

Se dégagent ainsi de cette jurisprudence deux critères de disqualification du service d'intérêt économique général : l'absence de charge par l'État d'une mission d'intérêt économique général et la gestion d'intérêts privés. Nous apprécierons leur pertinence

¹⁹¹ CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127-73, Rec. p. 313.

¹⁹² CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 20.

¹⁹³ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 22.

¹⁹⁴ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 23.

respective (i) avant d'étudier plus spécifiquement comment la mise en œuvre jurisprudentielle du premier d'entre eux a pu fournir des illustrations de motifs impropres à caractériser la charge d'une mission d'intérêt économique général (ii).

i) Appréciation de la pertinence respective des critères

64. – Ambiguïté du critère de la charge d'une mission de service d'intérêt général. Il ressort de cet arrêt *BRT c/ SABAM* que les sociétés de gestion collective ne peuvent se voir attribuer la qualification d'entreprise en charge d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 90, paragraphe 2 du Traité CE (devenu art. 106 § 2 TFUE)¹⁹⁵. On relèvera un certain paradoxe à ce que le juge communautaire invite le juge national à rechercher si l'entreprise a été chargée de la gestion d'un service d'intérêt général par un acte de la puissance publique, en lui ôtant, dans le même temps, par une appréciation définitive et générale, toute possibilité réelle d'appréciation sur l'opportunité de voir dans l'activité d'une société de gestion collective un service d'intérêt économique général. La généralité des propos peut d'ailleurs sembler excessive compte tenu de l'existence de certaines différences entre sociétés de gestion collective. On rappellera à cet égard la situation particulière de la principale société de gestion collective italienne, la SIAE, dont le caractère public pourrait amener à s'interroger sur une mission d'intérêt public dont l'aurait chargée l'État italien¹⁹⁶. Néanmoins, il ne semble pas que la SIAE, en l'occurrence, doive être exclue de l'application des règles de concurrence, ainsi que le montre une récente réponse du Commissaire Almunia à une question écrite d'un parlementaire européen¹⁹⁷. Ainsi, pour en revenir aux deux critères disqualifiant le service d'intérêt économique général selon l'arrêt *BRT c/ SABAM*, il est possible que celui relatif à la gestion d'intérêts purement privés soit plus décisif que celui relatif à l'absence de mission confiée par l'autorité publique.

¹⁹⁵ C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 9 – POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

¹⁹⁶ Cf. *supra*, note 190.

¹⁹⁷ Question parlementaire du 10 juin 2010, et réponse de M. Almunia du 2 septembre 2010, « S.I.A.E. e concorrenza », P-4272/2010. Disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/>. Rappelant tout d'abord que la Commission était bien consciente de la forme juridique et du statut particuliers de la SIAE, M. Almunia souligne que cette dernière, en tant qu'entreprise exerçant une activité économique au sens du droit communautaire, pouvait se voir reprocher un comportement contraire aux règles de la concurrence. Le fait même que la question est été posée montre toutefois que l'application du droit de la concurrence semble moins évidente en ce qui concerne la SIAE qu'en ce qui concerne les autres sociétés de gestion collective européennes.

ii) Motifs impropres à caractériser la charge d'une mission d'intérêt économique général

65. – Contrôle étatique des sociétés de gestion collective. Dans une affaire *GVL*, une société de gestion collective allemande invoquait un certain nombre de circonstances justifiant, selon elle, l'application de l'article 90, paragraphe 2 : nécessité d'un agrément de la société de gestion collective par les pouvoirs publics, assujettissement à une tutelle exercée par l'Office des brevets allemand, obligation de conclure certains contrats de gestion... La Cour de justice lui a pourtant refusé la qualité d'entreprise chargée d'une mission d'intérêt économique général, estimant que le contrôle public dont elle faisait l'objet, certes plus poussé que celui exercé à l'égard d'autres entreprises, ne suffisait pas à faire rentrer la société de gestion collective dans la catégorie des entreprises visées par l'article 90, paragraphe 2¹⁹⁸. On ne s'étonnera pas de la solution rendue : elle témoigne une fois encore de la volonté des autorités communautaires d'exclure les sociétés de gestion collective du bénéfice de l'article 90, paragraphe 2 du Traité CE, et se situe ainsi dans le droit fil de la jurisprudence *BRT c/ SABAM*. L'argumentation de la Cour peut en revanche surprendre : celle-ci indique qu'un examen de la loi allemande sur la gestion des droits d'auteur et droits voisins montre « *que la législation allemande ne confie pas la gestion des droits d'auteur et des droits voisins à des entreprises déterminées mais qu'elle définit de manière générale les règles applicables aux activités de sociétés qui se proposent d'assurer l'exploitation de tels droits* »¹⁹⁹. On devrait alors en déduire *a contrario* qu'une société de gestion, dès lors qu'elle se sera expressément vu confier par la loi nationale une mission de gestion collective des droits d'auteur ou droits voisins, pourra bénéficier de l'article 90, paragraphe 2. Un tel raisonnement semble devoir être écarté en ce qu'il comporte un risque de traitement inégal des diverses sociétés de gestion européennes face à l'application des règles de concurrence. On peut en effet supposer que pourrait être déduit du caractère public de certaines sociétés de gestion (telles que la SIAE italienne, déjà citée) que celles-ci se sont expressément vu confier une mission de gestion collective par la loi nationale.

¹⁹⁸ CJCE, 2 mars 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c/ Commission*, aff. 7/82, *Rec.* p. 483, point 31 – Dans le même sens, *Commission*, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, *GEMA*, aff. IV/26.270, *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

¹⁹⁹ CJCE, 2 mars 1983, *GVL*, aff. préc., point 32 – V. également, dans le même sens, *Commission*, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, *GEMA*, aff. IV/26.270, *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

66. – Obligations spécifiques des sociétés de gestion collective prescrites par la loi nationale. Outre l'argument de l'assujettissement à un contrôle public, les sociétés de gestion collective ont soutenu que la qualification de service d'intérêt général pouvait également résulter d'obligations qui leur étaient imposées en certaines circonstances : obligation de gérer les droits, obligation de conclure un contrat, etc... Cette argumentation n'a toutefois pas été entendue par les autorités communautaires, comme en témoigne une décision *GEMA* de la Commission de 1971. La Commission y relevait tout d'abord que la loi allemande ne confiait aucune mission d'intérêt général à la GEMA – en cela, sa position ne différait pas de celle retenue par la suite par la Cour de justice²⁰⁰. Elle y expliquait encore que la loi allemande prévoyait seulement que la GEMA devait « *remplir certaines obligations au même titre par exemple que les banques et les compagnies d'assurance* », et que « *les obligations supplémentaires prévues [...] [découlaient] de la situation du monopole de fait et [correspondaient] à la situation juridique en Allemagne de tous les monopoles qui sont soumis à l'obligation de contracter et à l'interdiction d'exercer des discriminations* ». Il est ainsi intéressant de noter que des obligations spécifiquement mises à la charge des sociétés de gestion par l'État peuvent trouver d'autres explications que la seule dévolution de la gestion d'une mission d'intérêt général.

b) L'absence d'intérêt économique général

67. – Intérêt économique général et intérêt culturel. Nous avons précédemment évoqué le fait que les actions menées par les sociétés de gestion collectives en faveur de la promotion de la culture pouvaient justifier qu'on rattache leur action à une mission d'intérêt général. C'est dans cette perspective que s'est posée la question de savoir si ces actions ne pouvaient pas justifier l'application de l'article 90, paragraphe 2 du Traité CEE (devenu article 106, paragraphe 2 du TFUE). Sur ce point, il convient de citer la Commission qui, dans sa décision *GEMA* de 1971, expliquait que certains services rendus par les sociétés de gestion collective constituaient « *des services d'intérêt culturel et social général mais non d'intérêt économique général au sens de l'article 90 paragraphe 2* »²⁰¹. Il n'est pas certain que de tels propos puissent encore être soutenus aujourd'hui. Comme l'observait Monsieur Pollaud-Dulian, on peut légitimement « *s'interroger sur le maintien d'une définition purement*

²⁰⁰ Cf. *supra*, n^{os} 64 et 65.

²⁰¹ Commission, 2 juin 1971, déc. n^o 71/224/CEE, *GEMA*, aff. IV/26.270, *JOCE* n^o L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

économique du service d'intérêt économique général après l'intégration [à l'article 167 du TFUE] d'objectifs culturels » dans les actions entreprises par l'Union européenne.

68. – Synthèse sur l'activité des sociétés de gestion collective. La qualification des sociétés de gestion collective en tant qu'entreprises soumises au droit de la concurrence ne fait plus guère l'objet de discussions aujourd'hui. En droit communautaire, la Commission rappelle dans sa décision *Simulcast* de 2002 que « *les sociétés de gestion collective sont des entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité étant donné qu'elles participent à l'échange commercial de services et exercent par conséquent une activité économique* ». Elle ajoute que « *la Cour de justice ne considère pas les sociétés de gestion collective comme des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 du traité* »²⁰². Les juridictions françaises livrent de leur côté la même analyse pour l'application du droit interne de la concurrence, estimant que si une sociétés de gestion « *exerce par délégation des auteurs le droit discrétionnaire dont ceux-ci disposent sur leurs œuvres, elle n'en est pas moins une entreprise qui effectue de nombreuses activités de service pour la gestion du patrimoine d'autrui* »²⁰³.

Ainsi, quoique certaines argumentations de la jurisprudence antérieure, évoquées ci-dessus, puissent être discutées, la solution semble largement justifiée. Sans dénier aux sociétés de gestion collective une mission d'intérêt social et culturel que nous n'hésitons pas, pour notre part, à qualifier de mission d'intérêt général, il faut reconnaître que leur activité est essentiellement tournée vers la gestion des intérêts privés de leurs membres, et qu'en cela, leur activité est bien « économique » au sens du droit de la concurrence, et ne présente aucune spécificité vis-à-vis de celui-ci. De fait, les exemples de contentieux dans le domaine de la gestion collective concernent toujours l'activité de gestion des sociétés, et non les actions spécifiques menées en faveur de la promotion de la culture²⁰⁴.

²⁰² Commission, 8 octobre 2002, déc. n° 2003/300/CE, aff. COMP/CE/38.014, *IFPI « Simulcast »*, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58.

²⁰³ Com., 5 novembre 1991, pourvois n°s 90-11.565 et 90-11.811, *Bull. civ.*, IV, n° 333, p. 231 ; *D.* 1993, p. 63, note X. DAVERAT ; *RIDA*, avril 1992, n° 152, p. 179.

²⁰⁴ Cf. *infra*, n°s 244 et s. et 379 et s.

69. – Conclusion. En raison de leurs caractères finaliste et d'ordre public, les règles du droit de la concurrence ont un champ d'application très large. Elles s'appliquent ainsi à toutes les entreprises exerçant une activité économique, sans distinction selon leur statut juridique. Il en résulte que les auteurs personnes physiques, en dépit de leur individualité, n'ont pas plus de raisons d'être exclus du champ des entreprises que les titulaires de droits personnes morales, contrairement à ce qu'a pu prétendre une partie de la doctrine. En effet, en exploitant leurs droits d'auteur sur les œuvres qu'ils ont créées, ils exercent bien une activité économique. Tout au plus peut-on affirmer que l'application du droit de la concurrence à un auteur personne physique demeurera, en pratique, une hypothèse tout à fait marginale eu égard, notamment, au faible poids économique de l'auteur qui semble peu compatible avec la potentialité d'un effet sensible, recherchée pour la mise en œuvre des règles de concurrence. Sur le versant de la gestion collective des droits, la jurisprudence dénie à l'activité des sociétés de gestion collective la qualification de service d'intérêt général. Cette qualification, qui justifie un aménagement dans l'application des règles de concurrence, ne peut reposer sur le seul critère de l'intérêt social et culturel que représente l'activité des sociétés de gestion collective.

En dehors de la notion d'entreprise, une autre notion clé du droit de la concurrence suscite une réflexion dans le domaine du droit d'auteur : il s'agit de la notion de marché.

Chapitre 2

Le marché pertinent et le droit d'auteur

70. – Incidence du droit d'auteur sur la délimitation du marché. L'évocation du marché en droit de la concurrence renvoie assez naturellement à la question de la place respective de chaque entreprise sur un marché, c'est-à-dire à la question du pouvoir de marché. Tel n'est pourtant pas l'objet de notre propos à ce point précis de notre étude. Il s'agit davantage de confronter la notion fondamentale qu'est celle du marché en droit de la concurrence aux logiques du droit d'auteur. Une question, notamment, mérite notre attention. Alors que l'opération de délimitation du marché économique se fonde essentiellement sur le critère de substituabilité, le droit d'auteur postule l'unicité de chaque œuvre de l'esprit de par la condition d'originalité requise en vue de la protection. Substituabilité d'un côté, et originalité de l'autre, peuvent-elles faire bon ménage ? Plus généralement, il s'agira de relever, dans le domaine du droit d'auteur, un certain nombre de spécificités relatives à la délimitation du marché économique. C'est donc la question de l'incidence de la mise en cause d'un droit d'auteur sur l'opération de délimitation du marché en cause qui est posée.

Afin d'y répondre, il nous apparaît indispensable de rappeler les traits principaux de la notion de marché en droit de la concurrence, ainsi que les critères permettant sa délimitation (Section 1). Cette présentation servira de cadre de référence à une analyse des spécificités du marché rencontrées dans des domaines impliquant l'exercice de droits d'auteur (Section 2).

SECTION 1 LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT EN DROIT DE LA CONCURRENCE

71. – Après avoir explicité la notion de marché pertinent en droit de la concurrence (§ 1), nous nous attarderons sur celle de substituabilité, en ce qu'elle constitue le critère de la délimitation du marché (§ 2).

§ 1. – La notion de marché pertinent en droit de la concurrence

72. – **La notion de marché, une construction prétorienne.** D'origine économique, la notion de marché n'a jamais reçu de définition légale. C'est ainsi aux juges qu'est revenu le soin d'en formaliser le sens. Confrontées à une jurisprudence très fournie sur le sujet, les instances européennes et internes ont eu la volonté de proposer des synthèses dans le souci d'accroître la prévisibilité de la règle juridique : la Commission, par le biais d'une communication de 1997²⁰⁵, et le Conseil de la concurrence, au travers de ses rapports annuels – et particulièrement de son rapport pour 2001²⁰⁶. Les définitions proposées par l'une et par l'autre ne diffèrent pas. Elles s'appuient de manière logique sur la définition proposée par les économistes, selon lesquels « *le marché est le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique* »²⁰⁷.

73. – **Le marché, notion fondamentale du droit de la concurrence.** La notion de marché est une notion absolument fondamentale du droit de la concurrence²⁰⁸. À ce titre, de nombreux manuels de droit de la concurrence y consacrent de larges développements, préalables à toute étude des règles matérielles relatives aux pratiques anticoncurrentielles²⁰⁹.

²⁰⁵ Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5.

²⁰⁶ Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2001, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>, l'une des deux études thématiques du rapport est consacrée au « *marché pertinent* ».

²⁰⁷ J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinent », *Revue française d'économie*, 1998, vol. 13, n° 4, pp. 125 et s., spéc. p. 127.

²⁰⁸ A. BIENAYMÉ, *Principes de droit de la concurrence*, Economica, 1998, p. 295, selon qui « *le marché définit l'entité de base, la catégorie élémentaire du droit de la concurrence* »,.

²⁰⁹ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 59 et s., traitant de la notion de marché dans une première partie consacrée aux « *notions fondamentales du droit de la concurrence* » ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LDGJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 4 et s., traitant de la notion dans un chapitre consacré aux « *notions*

Cette présentation consistant à étudier la notion de marché de façon préliminaire et autonome est le reflet d'une approche très juridique de la matière. Elle résulte certainement du besoin d'abstraction dont font preuve les juristes, nécessaire pour instaurer une certaine prévisibilité de la règle de droit, et ainsi, une certaine sécurité juridique²¹⁰. Les économistes, plus pragmatiques, ne s'y retrouvent d'ailleurs pas complètement²¹¹.

Si l'étude de la délimitation du marché pertinent s'avère aussi incontournable pour le juriste, c'est parce que le marché apparaît, de par les fonctions qui lui sont assignées, comme une référence nécessaire à de très nombreux stades du raisonnement en droit de la concurrence. La désignation de ces fonctions contribue à préciser les contours de la notion de marché (A). Il convient par ailleurs de rappeler que la notion de marché peut être envisagée sous deux aspects différents : le marché de produits et de services, d'une part, et le marché géographique, d'autre part. La délimitation du marché pertinent consiste ainsi plus exactement en une double délimitation (B).

clés » ; C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 429 et s., traitant de la notion dans un chapitre consacré aux « conditions d'applications du droit communautaire de la concurrence », ou encore M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{re} éd. 2006, n°s 37 et s., et plus spéc. n°s 93 et s.

²¹⁰ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Thémis, 2002, p. 168 : « Le concept de marché, d'origine économique, a d'abord été subi par le droit auquel il était étranger. Aujourd'hui on peut avancer qu'il a été reçu, sinon encore totalement assimilé, puisqu'il constitue la pierre angulaire du droit du marché. Et bien évidemment, pour l'assimiler, les juristes en ont tenté une définition abstraite, dogmatique, susceptible de conférer une certaine prévisibilité aux règles reposant sur ce socle, alors que les économistes, plus pragmatiques, se contentent généralement d'insister sur les caractères distinctifs des marchés considérés ».

²¹¹ J. PHILIPPE, « La mesure du marché pertinent », *eod. loc.*, selon qui il n'existe pas de « problématique unique du marché pertinent » ; la définition de ce dernier « dépend nécessairement des objectifs poursuivis » (selon que l'on cherche à le délimiter dans le cadre d'une pratique anticoncurrentielle telle que l'entente ou l'abus de position dominante, ou dans le cadre d'une opération de concentration) – V. également, traduisant l'incompréhension persistante des juristes et des économistes sur ce point, A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos Bo Vesterdorf, préf. Guy Canivet, LGDJ, 2008, spéc. n° 432 : « Les juges ont considéré que la définition du marché était juridiquement nécessaire et ont demandé aux économistes **comment** définir le marché. De leur côté, les économistes se demandent toujours **pourquoi** les juges veulent définir des marchés ».

Il s'ensuit que l'étude de la notion n'intervient généralement, dans les ouvrages économiques, qu'à l'occasion de l'étude des abus de position dominante ou des concentrations, domaines dans lesquels la délimitation du marché revêt, il est vrai, une importance toute particulière. V. par ex. E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2005, p. 227 s'agissant de l'abus de position dominante, p. 325 s'agissant du contrôle des concentrations.

On peut noter que la présentation des rapports du Conseil de la concurrence suit la même logique. C'est ce que relève Mme Chagny lorsqu'elle observe que depuis un certain temps déjà, « les développements concernant la définition de marché figurent dans la partie du rapport consacrée aux abus de position dominante », in M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. Jacques Ghestin, Dalloz, 2004, n° 136, note 497.

A. – LES FONCTIONS ASSIGNÉES AU MARCHÉ EN DROIT DE LA CONCURRENCE

74. – L’identification des acteurs du marché. La délimitation du marché joue un rôle considérable dans l’application des règles de concurrence, et ce à de multiples égards. De façon générale, le marché constitue le contexte de toute appréciation portée sur la validité d’une pratique, au regard du droit de la concurrence. La détermination du marché permet en effet d’identifier non seulement l’ensemble des concurrents d’une entreprise, mais de façon plus large, tous les opérateurs gravitant autour de ce marché : fournisseurs, clients, consommateurs.

75. – L’évaluation de la puissance de marché. Une fois les concurrents identifiés, il convient de rechercher la place que chacun d’eux occupe sur le marché. C’est la question de la mesure de la puissance économique. Pour ce faire, on a recours à l’indice de la part de marché, qui consiste en un calcul du pourcentage du chiffre d’affaires de l’entreprise réalisé grâce au produit ou service identifié comme objet du marché, dans les limites géographiques du territoire couvert par ce marché. Il faut néanmoins préciser que la question du pouvoir de marché d’une entreprise ne peut se résumer à la simple détermination des parts de marché qu’elle détient ; elle en est certes un indice primordial, mais non exclusif²¹². Ainsi, en matière d’abus de position dominante, l’indice de la part de marché permet de présumer l’existence ou l’absence de position dominante d’une entreprise, selon qu’elle détient une part de marché considérable²¹³, ou négligeable²¹⁴. Et quand bien même l’indice de la part de marché absolue ne suffit pas à lui seul à retenir ou à exclure la position dominante, on continuera de s’appuyer

²¹² Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2001, *eod. loc.* : « De fait, l’évaluation de la part de marché ne constitue pour le Conseil qu’une première approche du pouvoir de marché. Cette évaluation est complétée par d’autres éléments d’analyse, en particulier la structure de marché, le nombre et les parts de marché de ses concurrents, l’existence ou non de barrières à l’entrée sur le marché défini. Néanmoins, cette première étape garantit une approche rigoureuse des problèmes de concurrence. »

²¹³ CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, Rec. p. 461, point 41 : « on peut, à juste titre, estimer que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l’existence d’une position dominante ». Aucun seuil chiffré de parts de marchés ne permet de dire exactement au-delà de quel pourcentage une entreprise peut être présumée comme détenant une position dominante. Il est néanmoins généralement relevé que celui-ci ne peut être inférieur à 50 %. En deçà, l’indice de la part de marché est considéré comme insuffisant pour révéler la position dominante ; on reviendra alors à une analyse plus fine, tenant compte d’un faisceau d’indices, et non plus du seul critère de la position dominante.

²¹⁴ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, Rec. p. 1875, point 17 : « si la part de marché détenue par une entreprise ne constitue pas nécessairement le seul critère de l’existence d’une position dominante, on peut cependant conclure à bon droit que des parts de marché aussi réduites que celles détenues par SABA excluent, sauf circonstances particulières, dans un marché de produits hautement techniques, mais aisément interchangeables aux yeux de la grande masse des acheteurs, l’existence d’une position dominante ».

sur la délimitation du marché, non seulement pour déterminer les parts de marché relatives de chaque entreprise, qui constituent un critère important d'appréciation de la position dominante, mais également pour l'examen d'autres critères qualitatifs comme l'existence de barrières à l'entrée du marché en cause²¹⁵.

Les méthodes d'appréciation du pouvoir de marché en matière de contrôle des concentrations ne diffèrent pas, si ce n'est qu'on se penchera davantage sur la position de l'entité issue de la fusion des entreprises²¹⁶.

76. – Utilité de la notion de marché en matière d'ententes. En matière d'ententes, le rôle de la délimitation du marché peut apparaître de prime abord moins essentiel. Il est vrai que dans ce domaine, l'étude du pouvoir de marché des entreprises, et par conséquent le calcul de leurs parts de marché respectives, ne semblent pas constituer, comme en matière d'abus de position dominante, une condition *sine qua non* de la poursuite de tout raisonnement économique et juridique sur le sujet. De fait, en matière d'ententes, les économistes dénie l'utilité d'une délimitation du marché en toutes hypothèses. Pour eux, le marché constitue essentiellement un outil permettant de mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise²¹⁷. Il leur apparaît notamment que l'examen d'ententes ayant un objet anticoncurrentiel n'impose pas la délimitation du marché²¹⁸.

²¹⁵ Sur cette question, v. Communication de la Commission, « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », *JOUE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, spéc. n°s 9 et s.

²¹⁶ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE* n° L 24 du 29 janvier 2004, p. 1, article 2, paragraphe 3 : « *Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun* ».

²¹⁷ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos Bo Vesterdorf, préf. Guy Canivet, LGDJ, 2008, n° 434.

²¹⁸ A.-L. SIBONY, *op. cit.*, n° 500 : « *En matière d'ententes, un raisonnement économique invite à distinguer les accords qui ont pour objet et ceux qui ont pour effet de restreindre la concurrence. Un raisonnement qui paraît évident aux économistes permet en effet de se dispenser de la délimitation du marché pertinent en ce qui concerne les cartels. Il s'agit d'un raisonnement a contrario qui repose sur le principe de rationalité. Il consiste à dire que, si les entreprises s'entendent pour augmenter leurs prix ou partager un clientèle, on peut en inférer que ces entreprises sont sur le même marché. Cela résulte de la définition même du marché : si les entreprises ne pouvaient pas, en s'associant, contrôler un ensemble de produits non soumis à la concurrence d'autres produits (qu'elles ne contrôlent pas), elles n'auraient aucun intérêt à s'entendre. En effet, dans ce cas, leur entente ne permettrait pas d'augmenter durablement les prix* ». L'auteur conclue en citant M. Jenny : « *dès lors, pour un économiste, point n'est besoin de commencer par définir un marché pertinent, il suffit de constater que la pratique existe pour savoir qu'elle restreint la concurrence sur un marché* » (F. JENNY, préface à la thèse de L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001, p. II).

De l'avis des juristes, la délimitation du marché reste une étape indispensable du raisonnement concurrentiel, y compris en matière d'ententes. Elle est nécessaire dès lors qu'on cherche à apprécier l'effet anticoncurrentiel d'une entente²¹⁹. Comme le rappelle le Conseil de la concurrence, « *les effets de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises ne détenant qu'une faible part d'un marché seront peu perceptibles et, de toute façon, limités par le libre jeu de la concurrence qui continuera à s'exercer sur la majeure partie du marché* »²²⁰. C'est d'ailleurs dans cette perspective que s'inscrit la communication de la Commission relative aux accords d'importance mineure²²¹, reprise en droit interne à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce : lorsque la part de marché cumulée des entreprises parties à l'accord ou à la pratique est inférieure à un seuil fixé en pourcentage (10 % pour les ententes horizontales, 15 % pour les ententes verticales), l'accord ou la pratique n'est pas considérée comme présentant des effets sur la concurrence suffisamment sensibles pour qu'elle puisse être jugée comme condamnable. On retrouve également un seuil fixé en termes de parts de marché dans la communication de la Commission relative à la notion d'affectation du commerce entre États membres²²². Voici donc un autre domaine dans lequel la délimitation du marché présente un intérêt.

Participe encore de la même idée le règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords verticaux²²³. Celui-ci exempte sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE, les accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs, lorsque la part de marché

²¹⁹ Il est néanmoins admis que la délimitation du marché en matière d'entente ne nécessite pas d'être aussi précise qu'en matière d'abus de position dominante ou de concentrations. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LDGJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 6, citant le Conseil de la concurrence, selon lequel « *il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur et les marchés ont été suffisamment identifiés pour permettre de qualifier les pratiques qui ont été convenues et de les imputer aux opérateurs qui les ont mis en œuvre* » (Cons. Conc., déc. n° 05-D-27 du 15 juin 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc).

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE n° C 368 du 22 décembre 2001, p. 13.

²²² Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOCE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 81.

²²³ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission 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, JOUE n° L 102 du 23 avril 2010, p. 1. Ce règlement remplace le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 (JOCE n° L 336 du 29 décembre 1999, p. 21) parvenu à expiration le 31 mai 2010.

du fournisseur n'excède pas 30 %²²⁴. La référence au marché est donc bien indispensable, dans ce cas de figure, afin d'évaluer la puissance de marché du fournisseur. S'agissant de l'exemption individuelle, la délimitation du marché est tout autant requise. Elle est en effet nécessaire à la mise en œuvre de la dernière condition de l'exemption individuelle, à savoir « l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause » au sens des articles 81, paragraphe 3, du Traité CE, et L. 420-4 du Code de commerce²²⁵.

77. – Évaluation du dommage à l'économie. On signalera enfin l'importance de la délimitation du marché aux fins d'évaluer le dommage à l'économie causé par les abus de position dominante ou les ententes par la pratique, et de calculer le montant de la sanction. On rappellera que le montant de l'amende tient compte de la gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci²²⁶. C'est évidemment dans le cadre de l'appréciation de la gravité de l'infraction qu'entre en ligne de compte la définition du marché. Il s'agit en effet notamment de tenir compte de la structure de la concurrence. À cet effet, les parts de marchés constituent un critère important²²⁷.

B. – LA NÉCESSITÉ D'UNE DOUBLE DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

78. – Marché de produits et marché géographique. L'étude du marché en droit de la concurrence revêt classiquement deux aspects. Il s'agit tout d'abord de déterminer le marché de produits ou de service. Cette démarche consiste à identifier le produit ou service de l'entreprise dont la pratique est soumise à l'évaluation des autorités de concurrence, et à se

²²⁴ Pour être exempté, l'accord ne doit par ailleurs pas comporter de « clauses noires ». Cf. règlement préc., art. 4.

²²⁵ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *eod. loc.*

Selon la Commission, il convient de prendre en considération la concurrence actuelle et potentielle sur le marché en cause. A ce titre, les parts de marché constituent un critère important (Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOCE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, n^{os} 108 et 109).

²²⁶ Règlement (CE) 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, *JOCE* n° L 1 du 4 janvier 2003 p. 1.

²²⁷ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV c/ Commission*, aff. 41-69, *Rec.* p. 661 : « l'appréciation de la gravité de l'infraction, aux fins de la fixation du montant de l'amende, doit être effectuée en tenant compte notamment de la nature des restrictions apportées à la concurrence, du nombre et de l'importance des entreprises concernées, de la fraction respective du marché qu'elles contrôlent dans la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction a été commise ».

demander dans quelle mesure ce produit ou service peut être remplacé, aux yeux du consommateur, par d'autres produits ou services similaires proposés par d'autres entreprises. Il s'agit là de la délimitation matérielle du marché. Ainsi, selon la Commission, « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »²²⁸. De cette définition se dégage nettement le critère de substituabilité sur lequel on aura l'occasion de revenir²²⁹.

79. – La délimitation du marché constitue une première étape du raisonnement, mais ne suffit cependant pas, car il faut dans un second temps s'intéresser à la délimitation géographique du marché. On comprend bien que toute entreprise en mesure de proposer un produit similaire n'est, selon sa localisation, pas nécessairement rattachable au marché de l'entreprise dont le comportement est passé au crible du droit de la concurrence. Ceci met en évidence l'existence d'un critère géographique qui « *repose fondamentalement sur l'incidence de l'éloignement dans le rapprochement de l'offre et de la demande* »²³⁰.

Le marché géographique est le territoire à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence. Dans sa communication, la Commission le définit ainsi : « *Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »²³¹. La définition insiste cette fois sur l'homogénéité des conditions de concurrence. Certaines circonstances peuvent en effet constituer des facteurs d'hétérogénéité de la concurrence²³²

²²⁸ Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, point 8. La définition reste inchangée dans les textes plus récents, tels que le règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE* n° L 133 du 30 avril 2004, p. 1, section 6. Pour une illustration récente en jurisprudence : TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201-04, *Rec.* p. II-3601, point 484.

²²⁹ Cf. *infra*, n°s 81 et s.

²³⁰ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *op. cit.*, p. 178. A titre d'illustration, les auteurs citent l'hypothèse fréquente de l'incidence du coût de transport dans le prix des matières pondéreuses.

²³¹ Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, point 9.

²³² V. A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n°s 74 et s., distinguant les facteurs de fait (nombre, répartition géographique des

conduisant à restreindre l'étendue du marché de produits en cause. Mais en réalité, la question de la délimitation géographique du marché tourne encore, comme celle de la délimitation matérielle, autour du critère de substituabilité²³³. En effet, si le consommateur considère que deux produits ne sont pas interchangeables, eu égard à l'écart de prix trop important qui les sépare, peu importe que ce dernier soit justifié par un critère d'éloignement de l'offre et de la demande : les deux produits seront tout simplement considérés comme se situant sur des marchés géographiques distincts.

80. – Dans notre problématique de l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur, certaines difficultés peuvent surgir lors de la question de la délimitation du marché. Nous verrons que celles-ci se posent surtout au sujet de la délimitation matérielle du marché.

§ 2. – La substituabilité des produits et services, critère de délimitation du marché pertinent

81. – La délimitation du marché pertinent s'opère par l'intermédiaire du critère de substituabilité : deux produits ou services seront considérés comme relevant du même marché s'ils présentent un degré suffisant de substituabilité. On distingue traditionnellement la substituabilité du côté de la demande, de la substituabilité du côté de l'offre. Nous n'envisagerons ici que la seule substituabilité de la demande, car, d'une part, c'est elle qui est habituellement recherchée à titre principal pour la délimitation du marché²³⁴, et d'autre part, c'est essentiellement de ce point de vue que la délimitation du marché interroge en matière d'application des règles de concurrence à des pratiques mettant en cause un droit d'auteur. Nous rappellerons dans un premier temps les contours de la notion de substituabilité de la demande (A), avant d'évoquer les critères et méthodes de détermination de la substituabilité des produits et services (B).

fournisseurs ou des clients, plus ou moins grande facilité de transport des opérateurs économiques ou des marchandises, rapport entre le coût du transport et le prix des marchandises ou des services...) et les facteurs juridiques (barrière juridique entravant l'entrée de nouveaux opérateurs sur le territoire en cause).

²³³ M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. Jacques Ghestin, Dalloz, 2004, n° 137.

²³⁴ M. CHAGNY, *eod. loc.*: « C'est donc à partir de la demande que l'analyse est généralement conduite alors que la substituabilité de l'offre, autre grande contrainte concurrentielle, se présente plutôt comme un facteur correctif ».

A. – LA NOTION DE SUBSTITUABILITÉ DE LA DEMANDE EXPRIMÉE PAR LE CONSOMMATEUR

82. – Substituabilité de la demande et recours à la notion de consommateur. La recherche relative à la substituabilité du côté de la demande consiste à s'interroger sur la perception, par la demande, de l'interchangeabilité de différents produits : en l'absence d'interchangeabilité perçue, les produits seront considérés comme relevant de marchés distincts. L'expression de la demande s'incarnant dans la personne du consommateur, on comprend que celui-ci soit au centre de toutes les appréciations menées en termes d'analyse de marchés²³⁵.

Il faut toutefois veiller à entendre la notion de consommateur dans un sens propre au droit de la concurrence, car le sens communément admis en droit de la consommation se révélerait partiellement inadéquat. En effet, le consommateur, tel qu'entendu par le droit de la consommation, peut être défini comme « *une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel* »²³⁶. Cette distinction entre celui qui se procure et celui qui utilise n'est pas neutre. Elle signifie que le consommateur n'est pas nécessairement le contractant²³⁷. Du point de vue de la délimitation du marché, seul compte le comportement de celui qui a la capacité de répondre à l'offre, ce que ne possède pas le simple utilisateur dès lors qu'il n'est pas en même temps le contractant. Par ailleurs, la référence à l'usage non professionnel, capitale en droit de la consommation, est inopérante en

²³⁵ G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 227 : « Dans cette délimitation, le consommateur, parce qu'il assure la fonction économique identifiée sous le terme de « demande », joue un rôle majeur ». Une remarque s'impose. Le comportement du consommateur apparaît déterminant en ce qu'il constitue une expression de la demande, par la faculté qu'il a d'arbitrer entre différents produits ou services considérés comme substituables. Les auteurs relèvent toutefois l'existence d'hypothèses où le consommateur n'est pas personnellement en mesure d'arbitrer : ainsi en est-il par exemple des médicaments ou des dispositifs médicaux, pour lesquels le consommateur est lié par la prescription médicale, et pour lesquels l'absence de possibilité de choix personnel du consommateur prédomine, quelque soit l'idée que celui-ci se fait de la substituabilité de tel ou tel produit en la matière. V. l'étude thématique « Droit de la concurrence et santé » figurant au rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2008 (Aut. conc., *Rapport annuel 2008*, La documentation française, 2009, p. 85 et s., et spéc. p. 112) : « Patient et prescripteur sont généralement peu sensibles au prix, le premier en raison de la prise en charge des coûts par l'assurance, publique ou privée, le second en raison de la priorité accordée à l'efficacité thérapeutique ».

²³⁶ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 7, dont la définition reprend celle qui avait été proposée par une commission de refonte du droit de la consommation (*Propositions pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990, art. 3).

²³⁷ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, n° 8, prenant l'exemple d'une personne qui achète un bien utilisé par des membres de sa famille, ceux-ci pouvant être regardés comme des consommateurs, et bénéficier à ce titre des dispositions favorables du droit de la consommation.

droit de la concurrence pour la délimitation du marché. Il faut en effet ici rappeler qu'on s'intéresse au consommateur dans la mesure où il représente, en termes économiques, la demande. Dès lors, si cette catégorie venait à être limitée aux seuls consommateurs qui concluent à des fins non professionnelles, il pourrait par là même être fait abstraction d'une grande partie de la demande, qui peut tout aussi bien émaner de professionnels que de non professionnels. En dépit de l'ambiguïté causée par l'interférence du droit de la consommation²³⁸, le terme de consommateur a bien été retenu par la pratique administrative et judiciaire²³⁹. Les termes de demandeur, d'acheteur, d'usager, d'utilisateur ou de client sont néanmoins tout aussi fréquents. Quoi qu'il en soit, tous désignent la même réalité économique, à savoir la demande. Par souci de simplicité, nous parlerons de consommateur, étant entendu le sens qu'il convient d'apporter à ce terme, au regard des observations formulées précédemment. Notons par ailleurs que la notion de consommateur doit être entendue dans un sens générique : la substituabilité des produits dépend en effet des préférences de l'ensemble des consommateurs, « *les préférences les plus répandues ayant l'effet le plus important d'un point de vue global* »²⁴⁰.

Ainsi, le consommateur est au cœur de la question de délimitation du marché pertinent : son comportement constitue en effet « *un critère décisif de la délimitation du marché en fonction de l'arbitrage entre les biens ou les services disponibles auquel il va procéder* »²⁴¹. Or, l'arbitrage est le fait, pour le consommateur, de porter son choix sur tel produit ou service, plutôt que sur tel autre, en vue de la satisfaction de sa demande. Dès lors, il ne suffit pas que deux produits aient été conçus pour répondre à la même demande ; il faut au surplus que le

²³⁸ V. notamment MM. André et Georges Decocq qui, pour lever l'ambiguïté, préfèrent au terme de consommateur, celui d'utilisateur (A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 62).

²³⁹ Pour une illustration en droit interne, v. le rapport du Conseil de la Concurrence pour 2001, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/> : « *en théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres* »

Pour une illustration en droit communautaire, on se reportera à la communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5 : « *Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ».

²⁴⁰ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos Bo Vesterdorf, préf. Guy Canivet, LGDJ, 2008, n° 295.

²⁴¹ G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, *eod. loc.*

consommateur voie dans ces deux produits la possibilité d'un choix, ce qui suppose un certain degré de substituabilité.

B. – LES CRITÈRES ET MÉTHODES DE DÉTERMINATION DE LA SUBSTITUABILITÉ DES PRODUITS ET SERVICES

83. – Critères de la substituabilité. La détermination d'un marché de produits s'apprécie au regard du critère de substituabilité : deux produits ou services seront considérés comme appartenant au même marché s'ils présentent un degré suffisant de substituabilité.

La substituabilité s'entend de l'interchangeabilité des produits. En théorie, les produits relevant d'un même marché devraient être parfaitement substituables. Cela signifie qu'un consommateur, placé en face de chacun de ces produits, n'aurait aucune raison de se tourner plus particulièrement vers l'un que vers l'autre, dans la mesure où il ne perçoit entre eux aucune différence susceptible d'influer sur son choix. Compte tenu de la diversité des critères susceptibles d'influer sur le choix du consommateur, il est assez rare de pouvoir conclure à une substituabilité parfaite de produits ou de services²⁴². Mais en tout état de cause, il n'est pas nécessaire d'observer une substituabilité parfaite pour rattacher deux produits ou services à un même marché : un degré de substituabilité suffisant permettra tout aussi bien de remplir la condition. On considère ainsi « *comme substituables et comme se trouvant sur le même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels il peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »²⁴³.

Le processus de choix du consommateur ne peut être guidé par un critère unique. Dès lors, la délimitation du marché s'opèrera grâce à un faisceau d'indices²⁴⁴. Les critères de détermination de la substituabilité sont nombreux. Il est affirmé, tant par le juge français que par le juge européen, qu'aucun d'entre eux ne doit prévaloir sur les autres. En réalité, la jurisprudence révèle l'importance considérable qu'attachent les autorités européennes au critère du prix. Il est vrai qu'un écart de prix substantiel est un indice de non substituabilité. Mais les autorités européennes s'appuient surtout sur le critère du prix pour mettre en œuvre

²⁴² Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2001, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2006, n° 109.

le test de l'élasticité-prix de la demande, qui constitue l'une de leurs approches privilégiées du marché²⁴⁵. En dehors du critère de prix, il faut tenir compte de la nature du produit (caractéristiques physiques et matérielles) et du besoin satisfait (fonction propriété du produit)²⁴⁶, des conditions d'utilisation du produit, des circuits de distribution, ou encore du facteur géographique.

84. – Méthodes d'évaluation de la substituabilité. Évaluer la substituabilité consiste à s'interroger sur les préférences des consommateurs. Plusieurs méthodes sont proposées. On peut tout d'abord citer les études de comportements. Il s'agira par exemple de suivre le comportement des consommateurs face aux évolutions de prix du produit ou services en cause. Cette méthode a le mérite de l'objectivité, en ce que la délimitation du marché est déduite de données existantes. La contrepartie est que les données ne sont pas toujours suffisantes, ou même disponibles, pour permettre une délimitation fiable du marché.

On peut également avoir recours à des expertises dans le domaine de la psychologie, de la sociologie, ou encore du marketing, qui permettront d'évaluer – mais de façon nécessairement abstraite et subjective – le comportement des consommateurs face à un produit donné.

On peut encore procéder à des enquêtes réalisées auprès des consommateurs. C'est notamment par ce biais qu'est mis en œuvre le test de l'élasticité-prix de la demande²⁴⁷. Celui-ci consiste à identifier le produit ou le service mis en cause par la pratique examinée, et à s'interroger sur ce que serait la réaction du consommateur en cas de hausse faible et continue de son prix. Si le consommateur reste fidèle au produit malgré la hausse du prix, on peut en inférer que le produit constitue un marché à lui seul. À l'inverse, si le consommateur s'en détourne, il convient de s'intéresser sur la destination du report de la demande, qui désignera les produits concurrents situés sur le même marché ; la méthode prend alors le nom de test de l'élasticité-prix croisée de la demande. Ces méthodes, qui présentent l'avantage de

²⁴⁵ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LDGJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 9. V. également *infra*, paragraphe suivant.

²⁴⁶ V. par exemple, M.-C. BOUTARD-LABARDE et D. BUREAU, « La détermination du marché pertinent », *RJDA* 11/93, p. 743, ou l'étude détaillée du Conseil de la concurrence dans son rapport pour 2001 (<http://www.autoritedelaconcurrence.fr>).

²⁴⁷ Ce test est également appelé test du « monopole hypothétique », et surtout connu sous le nom de son acronyme anglo-saxon « *SSNIP* » (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*).

mesurer de façon plus directe le pouvoir de marché de l'entreprise²⁴⁸, sont largement pratiquées par les instances européennes ; l'Autorité de la concurrence, elle, se montre prudente vis-à-vis de ces approches qui présentent certains inconvénients tels que la fiabilité des réponses d'enquêtes au regard du comportement véritable du consommateur, les difficultés d'obtention d'un panel représentatif, ainsi que le coût et la durée de ces études²⁴⁹.

SECTION 2 LES SPÉCIFICITÉS DU DROIT D'AUTEUR SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

85. – Nous nous interrogerons sur l'influence qui peut résulter de la prise en considération de spécificités du droit d'auteur sur la délimitation du marché pertinent. Pour ce faire, nous suivrons la classique distinction entre marché de produits (§ 1), et marché géographique (§ 2). Sans développer davantage ce point qui sera étudié ultérieurement, soulignons que l'évocation de la notion de marché peut également conduire à s'intéresser au phénomène de connexité de marchés, dont on trouve, en droit d'auteur, des illustrations particulièrement intéressantes dans le cadre de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux refus de licence portant sur des œuvres protégées²⁵⁰.

§ 1. – Les spécificités du droit d'auteur envisagées sous l'angle de la délimitation matérielle du marché

86. – Les marchés soumis aux règles de la concurrence sont définis comme des marchés de produits ou de services. C'est la raison pour laquelle nous nous pencherons, dans un premier temps, sur les notions de produits et de services, afin de voir si celles-ci présentent des spécificités dans le domaine du droit d'auteur (A). Les questions suscitées par la délimitation matérielle du marché, lorsque sont en cause des droits d'auteur, sont assez diverses et hétérogènes. L'une d'entre elle doit davantage retenir notre attention : il s'agit de l'interrogation née de la confrontation de la notion de substituabilité, critère de délimitation

²⁴⁸ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LDGJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 9.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ V. *infra*, n° 323.

du marché pertinent, avec celle d'originalité, condition de protection des créateurs posée par le droit d'auteur. Il résulte en effet de la notion d'originalité une certaine individualité – ou unicité – de l'objet protégé par le droit d'auteur. Dès lors, on peut se demander si cette condition propre au droit d'auteur doit conduire à des analyses spécifiques en termes de substituabilité dans le domaine du droit d'auteur, ou si, à l'inverse, loin de réserver une approche spécifique au droit d'auteur, l'appréciation de la substituabilité dans le domaine du droit d'auteur vient bousculer l'approche traditionnelle de la condition d'originalité (B).

A. – LA QUALITÉ DE PRODUIT OU SERVICE SELON LES TYPES D'ŒUVRES DONNANT PRISE À L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

87. – Distinction des produits et des services. Selon la définition du droit de l'Union européenne, « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leur caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »²⁵¹. Les produits et services constituent donc l'objet de la délimitation matérielle du marché.

Si la distinction opérée entre les produits et les services ne fait généralement l'objet d'aucun commentaire, c'est parce qu'elle ne présente en réalité pas d'utilité fonctionnelle. La distinction ne se retrouve d'ailleurs pas telle quelle en droit interne : l'article L. 410-1 du Code de commerce s'en fait certainement l'écho, mais la distinction retenue est cette fois tripartite : « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services [...]* ». Or, c'est là la définition de l'activité économique, qui constitue le champ matériel du droit de la concurrence et permet d'identifier les entreprises, sujets du droit de la concurrence²⁵². On peut donc considérer que produits et services, tels qu'ils sont visés dans la définition du marché, ne sont que l'objet de l'activité économique. Dès lors, toute entreprise considérée comme ayant une activité économique, proposera, par définition, soit des produits, soit des services.

La délimitation du marché dans le domaine du droit d'auteur n'impose donc pas de s'interroger sur la qualification de produit ou de service. En outre, dès lors qu'on s'interroge

²⁵¹ Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5.

²⁵² Cf. *supra*, n° 33.

sur la qualité de produit ou de service de l'objet d'une pratique mettant en cause un droit d'auteur, on constate assez vite les limites de la distinction, tenant essentiellement à la nature incorporelle de l'objet de la protection. Toutefois, s'interroger sur la qualité de produit ou de service permet de vérifier que l'objet en cause présente bien l'une ou l'autre de ces qualités et qu'il est bien l'objet d'une activité économique. Nous examinerons à ce sujet deux illustrations intéressantes dans le domaine du droit d'auteur.

1) Première illustration : l'hypothèse des refus de licence portant sur une œuvre constituant une ressource essentielle

88. – Marché aval. Dans l'hypothèse du refus de licence sur un objet protégé par le droit d'auteur, constituant une ressource essentielle pour les tiers d'un point de vue concurrentiel, on doit distinguer plusieurs marchés : un marché amont, sur lequel le titulaire est en position dominante, et un marché aval, sur lequel le tiers cherche à intervenir, et sur lequel la pratique du refus de licence produit donc ses effets anticoncurrentiels²⁵³. S'agissant du marché aval, rien ne permet de dire dans l'absolu s'il s'agit d'un marché de produit ou de service. Ainsi dans l'affaire *Magill*, le marché aval avait été défini par la Cour de justice comme étant le marché des guides hebdomadaires de télévision²⁵⁴ ; il s'agit là sans conteste d'un marché de produits. À l'inverse, dans l'affaire *IMS Health*, la Commission avait retenu pour marché aval le « marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales [de produits pharmaceutiques] en Allemagne »²⁵⁵ ; la désignation du marché de services est ici explicite.

89. – Marché amont. S'agissant du marché amont, il semble plus facile de théoriser la nature du marché car le mécanisme sollicité en amont est toujours le même. L'utilisation sollicitée par le tiers porte sur une ressource essentielle²⁵⁶. Or, par définition, une ressource n'est considérée comme essentielle que s'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à celle-

²⁵³ V. *infra*, n^{os} 305 et s.

²⁵⁴ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, point 56. Sur cet arrêt, et pour plus d'indications bibliographiques, v. *infra*, n^{os} 308 et s.

²⁵⁵ Commission, 3 juillet 2001, déc. n^o 2002/165/CE, aff. COMP D3/38.044, *NDC Health c/ IMS HEALTH*, *JOCE* n^o L 59 du 28 février 2002 p. 18, points 45 et s., spéc. point 56.

²⁵⁶ V. *infra*, n^{os} 305 et s.

ci²⁵⁷. La demande du tiers ne pouvant alors être satisfaite que par le titulaire du droit, seul offreur sur le marché, on peut considérer que le marché se trouve défini par l'objet même de la demande, à savoir l'objet bénéficiant de la protection du droit d'auteur. Le marché ainsi envisagé est-il davantage un marché de produits ou un marché de services ? La réponse n'est pas évidente, et on peut certainement tenir plusieurs raisonnements conduisant à des réponses différentes.

Tout d'abord, la distinction entre produits et services n'est pas sans évoquer une autre distinction, fondée sur le critère de matérialité : le produit revêtirait un caractère matériel, tandis que le service, non. L'immatérialité de la création protégée par le droit d'auteur²⁵⁸ pourrait alors inciter à parler de service, plutôt que de produit. Cette approche doit toutefois être fermement écartée au regard des enseignements de la jurisprudence qui n'établit aucun lien entre le critère de matérialité et la distinction de produit ou de service²⁵⁹.

Un autre point de vue consisterait à opérer un rattachement de la notion de produit, pour laquelle il semble difficile d'attribuer un sens juridique précis²⁶⁰, à des catégories juridiques connues. Il convient à cet effet de relever que l'expression de « *produits et services* » n'est

²⁵⁷ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point 52 – TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93 ; *Rec. p. II-923*, point 131 : « *le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 86 que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs* » – CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG.*, aff. C-7/97, *Rec. p. I-7791*, point 41.

²⁵⁸ L'œuvre de l'esprit est considérée comme un bien meuble incorporel. V. not. F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd. 2008, n^o 70, ou C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^o 302.

²⁵⁹ Ainsi, le domaine des marchandises ne se cantonne pas aux seuls biens matériels. En effet, il a pu être jugé que la fourniture d'électricité était régie par les règles de libre circulation des marchandises, et non par celles relatives à la libre prestation de service (CJCE, 23 octobre 1997, aff. C-158/94, *Commission c/ République italienne*, *Rec. p. I-5789*). On ne peut donc établir de lien direct entre la matérialité ou l'immatérialité du bien, objet de l'échange économique, et son appartenance à la catégorie des marchandises ou des services.

²⁶⁰ Dans le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de Gérard Cornu, quatre sens différents sont attribués au mot produit. La première définition commence ainsi : « *En un sens large et vague, tout ce qui est fourni par une chose* » (*Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, 8^e éd., 2007). En dehors du fait, que le mot produit est à entendre dans un sens tout à fait différent en droit de la concurrence, le ton est donné. En revanche, on peut tout de même relever qu'il est fait état d'un sens particulier attribué à la notion de « *produits de substitution* » : « *Biens qui, en raison de leurs prix, usage et propriétés sont, par leur aptitude à satisfaire des besoins similaires, interchangeables pour le consommateur (ils entrent dans la définition du marché à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une position dominante ou l'effet d'une entente sur la concurrence)* » (*ibid.*). C'est évidemment le sens qui nous intéresse. Notons que les produits y sont définis comme des biens.

pas figée, et qu'on trouve tout aussi bien, en ses lieu et place, celle de « *biens et services* »²⁶¹. Il semble donc que le sens du mot « produit » ne diffère pas fondamentalement de celui de « bien ». Or, la notion de bien, en droit civil, désigne à la fois des choses corporelles et des choses incorporelles²⁶². Dans ce sens, on s'orienterait davantage vers l'acception de marché de produits.

On pourrait encore suivre un autre guide afin de distinguer produits et services : si le produit, entendu comme bien, est une chose susceptible d'appropriation²⁶³, le service s'oppose à lui en ce qu'il fait l'objet d'une prestation. La distinction produits/services se rapprocherait alors sensiblement d'une autre distinction, issue des classifications usuelles du droit des obligations, et que l'on trouve, en droit français, à l'article 1126 du Code civil : « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'engage à faire ou à ne pas faire* ». Se pose alors la question de savoir si le fait de donner au tiers l'accès à une œuvre protégée par le droit d'auteur s'apparente à une obligation de donner ou à une obligation de faire. On distingue habituellement dans le domaine de la propriété littéraire et artistique deux modes d'exploitation du droit d'auteur : la cession, et la licence (ou concession). Selon M. Tafforeau, la cession constitue un « *transfert du droit de propriété* », une « *vente du droit de propriété littéraire ou artistique, créant une obligation de donner* » ; la simple concession, ou licence, en revanche, « *se rattache à la catégorie du louage et donne naissance à une simple droit personnel d'usage contre l'auteur* »²⁶⁴. La présentation est claire, et a le mérite de jeter des ponts avec les catégories bien connues du droit civil. S'agissant des refus de licence anticoncurrentiels, nous savons que l'accès demandé par le tiers est susceptible d'être réalisé par la voie de la licence²⁶⁵. En concédant une licence, le

²⁶¹ Il n'est d'ailleurs pas rare que l'un soit utilisé pour l'autre. V. Rapport du Conseil de la Concurrence pour 2001, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/> : « *le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause [...]* ».

²⁶² Ainsi, F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008, n° 2 : « *Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation. Les biens sont des choses. Ils consistent dans des objets, sous les formes les plus variées, naturelle ou artificielle, corporelle ou incorporelle* », ou encore, C. CARON et H. LÉCUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002, p. 10, définissant les biens comme « *tous les éléments, mobiliers ou immobiliers, qui composent le patrimoine de la personne, à savoir les choses matérielles (biens corporels) qui lui appartiennent et les droits (autres que la propriété) dont elle est titulaire (biens incorporels)* ».

²⁶³ Cf. note précédente.

²⁶⁴ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 200.

²⁶⁵ Il n'y aurait en effet aucun sens à ce qu'un titulaire de droit refuse l'accès au tiers dans un premier temps, pour que, contraint de fournir l'accès, il décide dans un second temps d'octroyer celui-ci par la voie de la dépossession totale que constitue la cession.

titulaire ne transfère aucune propriété ; il ne fait que procurer au tiers la jouissance paisible du droit d'exploiter son œuvre. Il ne peut donc s'agir d'une obligation de donner, et nous voyons là un motif à s'orienter plutôt vers la délimitation d'un marché de services, et non de produits²⁶⁶.

2) Deuxième illustration : l'hypothèse de la gestion collective des droits d'auteur

90. – Définition de la gestion collective. Il n'est pas plus aisé de savoir si le marché pertinent est un marché de produits ou de services dans le domaine de la gestion collective. Afin de clarifier notre propos, nous commencerons par une brève présentation des mécanismes de la gestion collective. Les sociétés dites « de perception et de répartition des droits » (art. L. 321-1 et s.) ont pour objet la gestion collective des droits d'auteurs et droits voisins²⁶⁷. Notons tout d'abord que la gestion collective est un mode d'exploitation des droits d'auteurs et droits voisins, complémentaire à celui de la gestion individuelle²⁶⁸.

En l'absence de définition légale de la gestion collective, on adoptera volontiers celle proposée par M. Siirriäinen : la gestion collective est « *l'activité d'une personne morale qui a pour objet principal l'exercice des droits d'auteur et/ou des droits voisins de ses membres ou d'ayants droit, pour le compte de ceux-ci, c'est-à-dire dans un cadre fiduciaire. L'exercice de ces droits consiste, le cas échéant, dans la fixation des conditions et délivrance des autorisations d'exploitation, dans le contrôle, la perception et la répartition des rémunérations dues en contrepartie de l'exploitation des droits. Les membres des sociétés de gestion collectives sont obligatoirement des auteurs, des artistes interprètes, des producteurs*

²⁶⁶ Précisons que même dans le cas d'une cession de droit d'auteur, le contrat ne portera que sur le monopole, et non sur l'œuvre elle-même. V. F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 941 : « *l'auteur ne cède (ou concède) pas l'œuvre mais tout ou partie du droit de l'exploiter* ». Dès lors, ni la propriété immatérielle de l'œuvre, ni la propriété matérielle de son support n'étant transférée, on parlera également plus volontiers d'obligation de faire, et donc de prestation de services, plutôt que de vente de produit.

²⁶⁷ A titre d'illustration, en voici quelques-unes, parmi les plus connues : la SACD (Société des auteurs et compositeurs dramatiques), la SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique), la SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs), le CFC (Centre français d'exploitation du droit de copie), etc. Pour une présentation complète et synthétique, on se référera utilement au tableau de M. Tafforeau (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 216).

²⁶⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, n° 845. On a pu dire de la gestion collective qu'elle était un mode subsidiaire à celui de la gestion individuelle. Constatant l'incontournable recours à ce mode d'exploitation face au contexte économique et technologique, MM. Vivant et Bruguière préfèrent parler de complémentarité.

de phonogrammes ou de vidéogrammes, des éditeurs ou leurs ayants droit. La gestion collective poursuit également les intérêts moraux et matériels de ceux dont les droits sont ainsi exercés, notamment dans le cadre d'une action culturelle, voire sociale »²⁶⁹. Comme on le verra, il est de nombreux cas où la gestion collective présente un avantage considérable pour les auteurs. Mais il faut également rappeler que la gestion collective est profitable aux utilisateurs, en ce qu'elle leur permet d'accéder à des catalogues d'œuvres, alors que sans elle, ils seraient dans l'obligation de négocier personnellement des autorisations d'exploitation pour chacune des œuvres souhaitées, avec chacun de leurs auteurs.

91. – Principe de la gestion collective. Le principe de la gestion collective est apparu comme la solution au problème de l'isolement de l'auteur, qui rend difficile à ce dernier la gestion des multiples autorisations d'exploitation pour lesquelles il peut être sollicité, ainsi que le suivi du respect de ses droits par l'engagement, au besoin, d'actions en contrefaçon. À l'heure où la diffusion des œuvres de l'esprit connaît un essor considérable, notamment grâce aux techniques numériques et à la dématérialisation des supports qui en résulte, ce système de la gestion collective semble plus que jamais incontournable, au point de devenir, dans de nombreux cas, une condition de l'effectivité du droit reconnu aux auteurs²⁷⁰.

Pour autant, si importante que soit la place qu'occupe aujourd'hui la gestion collective, il ne faut pas oublier que la gestion individuelle reste un mode d'exploitation auxquels beaucoup de créateurs ont recours. Cela peut s'expliquer soit par le fait que, relevant d'un secteur où il existe des sociétés de gestion collective, ils préfèrent gérer seul leur monopole²⁷¹, soit par le fait que le type de création dont ils sont l'auteur ne fait l'objet d'aucun système de

²⁶⁹ F. SIIRIAINEN, « Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective », *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, fasc. n° 1550, 2006, n° 10.

²⁷⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 467 : « Dans un univers idéal, c'est l'auteur et lui seul, qui devrait exercer ses droits exclusifs en délivrant des autorisations, en signifiant des refus et en imposant ses tarifs. Force est de constater que, dans la réalité, il n'en est rien. Il a donc besoin de recourir aux services de la gestion collective car, sans l'intervention de ces sociétés, son monopole, si puissant en théorie, serait bien illusoire en pratique ».

²⁷¹ Selon M. Cohen Jehoram, « ce n'est que lorsqu'ils sont exercés par le titulaire lui-même que les droits d'auteur peuvent être réellement les droits exclusifs qui sont définis dans toutes les législations nationales sur le droit d'auteur » (H. COHEN JEHORAM, « Principes fondamentaux des sociétés de droit d'auteur », *Dr. auteur*, 1990, p. 224). Toutefois, si l'hypothèse de la gestion individuelle – dans des cas où un système de gestion collective est prévu – est tout à fait envisageable d'un point de vue technique (la gestion collective est facultative, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement : droit de reproduction par reprographie, droit de retransmission par câble, ou encore droit de prêt public en bibliothèque, etc. ...), elle reste néanmoins marginale, car le système de gestion collective, quand il existe, représente un tel avantage qu'il ne serait pas raisonnable de ne pas souhaiter y recourir.

gestion collective. En effet, la gestion collective concerne certains domaines de la création, mais pas tous. Il semble qu'une ligne puisse être tracée entre les secteurs relevant de la gestion collective, et ceux n'en relevant pas. Un certain nombre de critères permettent en effet d'expliquer le recours à la gestion collective : multiplicité des utilisateurs d'œuvres, grande diversité des modes de diffusion, nombre élevé de diffusions, de modes d'exploitation et de diffuseurs²⁷²... Tel est le cas dans le domaine de la musique, de l'audiovisuel ou encore du spectacle vivant. À l'inverse, en l'absence de telles caractéristiques structurelles, la gestion collective n'apparaîtra pas nécessaire. On peut citer en exemple certains domaines artistiques tels que l'art appliqué, l'architecture ou la mode, ainsi que certains domaines où la part artistique est moins évidente : tel est le cas de l'informatique, et notamment des logiciels.

92. – Intérêt du droit de la concurrence pour la gestion collective des droits d'auteurs. Quoique semblant davantage concerner le versant littéraire, artistique – et plus généralement culturel – du droit d'auteur, la gestion collective a très vite fait l'objet d'attentions particulières de la part du droit de la concurrence. Dans l'exercice de leur activité, les sociétés de gestion sont amenées à établir des relations contractuelles avec trois catégories de partenaires : leurs membres, pour le compte desquels elle assume la gestion des droits d'auteurs, les utilisateurs, avec lesquels elles négocient les conditions d'utilisation de leur répertoire, et leurs homologues étrangers, dans le souci d'une meilleure gestion transfrontière des droits d'auteurs. Aucune de ces relations contractuelles n'a échappé à l'appréciation du droit européen de la concurrence. Or, comme on l'a vu, que ce soit sur le terrain des ententes ou des abus de position dominante, il est toujours nécessaire de situer les pratiques d'entreprise dans leur contexte concurrentiel, c'est-à-dire dans le référentiel que constitue le marché pertinent²⁷³. De ce point de vue, les problèmes de concurrence impliquant des sociétés de gestion collective présentent des spécificités remarquables.

a) *La difficulté préalable d'identification des produits ou services en cause*

93. – Identification du produit ou service offert par la société de gestion collective. La question de la délimitation du marché en matière de gestion collective oblige rapidement à se confronter à une difficulté préalable : celle d'identifier le produit ou service offert par la

²⁷² C. CARON, *op. cit.*, n° 469.

²⁷³ Cf. *supra*, n° 76.

société de gestion collective. On abordera le problème au travers de l'examen d'un certain nombre de décisions rendues en la matière, principalement en droit européen.

94. – Affaire GEMA. Dans une décision *GEMA* de 1971²⁷⁴, qui figure parmi les premières à avoir été rendues sur ce sujet, la Commission analysait la position d'une société de gestion collective. Elle relevait tout d'abord que la société en question, la GEMA, était la seule société à gérer en Allemagne des droits d'auteurs d'œuvres musicales. Elle rappelait ensuite le caractère incontournable de la société, tant pour les compositeurs, auteurs ou éditeurs de musique, que pour les utilisateurs. Ces différents indices conduisaient à la caractérisation d'un monopole de fait de la GEMA²⁷⁵, dont la Commission devait logiquement déduire une position dominante²⁷⁶.

Le raisonnement semble classique. Néanmoins, malgré un argumentaire relativement détaillé quant aux indices de l'existence du monopole de fait, on peut regretter que la Commission n'ait pas davantage travaillé à la délimitation du marché, sans laquelle l'analyse du monopole lui-même, et donc de la position dominante, demeure incomplète.

Il n'est pas rare qu'une entreprise, quelle qu'elle soit, propose différents produits ou services. À condition que ces différents produits ou services répondent à des demandes distinctes²⁷⁷, on conçoit très bien qu'une telle entreprise soit en position dominante – voire en position de monopole – sur le marché d'un produit A, sans qu'elle ne le soit nécessairement sur le marché d'un produit B. On ne peut donc se contenter de relever la position dominante

²⁷⁴ Commission, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, *GEMA*, aff. IV/26.270, *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

²⁷⁵ Les termes de « monopole de fait » n'apparaissent pas explicitement dans la décision, mais on ne peut douter que c'est bien l'objet du propos de la Commission.

²⁷⁶ L'assimilation du monopole de fait à la position dominante est la règle. V. A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 96. Dans le même sens, v. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LDGJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 186, et les nombreuses références jurisprudentielles citées à ce propos : « *La position de monopole caractérise nécessairement et de ce seul fait une position dominante puisqu'alors l'entreprise détient la totalité, ou la quasi-totalité, des parts du marché où elle n'est, de ce fait, soumise à aucune concurrence et qu'ainsi, elle réalise une concentration absolue de la puissance économique* ».

On rappellera que le monopole, tout comme la position dominante, ne peut s'apprécier de façon abstraite ; il doit être apprécié par référence à un marché pertinent. Et, même si cela relève de l'évidence, on précisera que l'affirmation selon laquelle le monopole de fait peut-être assimilé à une position dominante suppose que l'on fasse référence au même marché, tant pour caractériser l'existence du monopole, que constater une position dominante.

²⁷⁷ Par demandes distinctes, on entend ici le fait que les produits ou services ne soient pas suffisamment substituables pour pouvoir être considérés comme relevant d'un même marché.

(ou de monopole) d'une entreprise – si évidente soit-elle –, sans préciser par référence à quel marché de produit ou de services celle-ci est appréciée. C'est à cet égard que la décision *GEMA* n'est pas exempte de critiques : comme beaucoup d'autres entreprises, les sociétés de gestion interviennent sur différents marchés. Ainsi, considérer que la GEMA détenait, dans l'absolu, une position dominante était dépourvu de sens.

Il y a donc bien, selon nous, une lacune dans le raisonnement de la Commission. Cela n'aurait pas dérangé outre mesure, si les pratiques abusives reprochées à la GEMA avaient pu être observées sur le même marché ; mais en l'occurrence, les comportements incriminés étaient intervenus sur des marchés différents. En effet, il était d'une part reproché à la GEMA des pratiques abusives dans le cadre de ses relations statutaires avec ses membres, et d'autre part, des pratiques abusives dans le cadre de ses relations avec des utilisateurs²⁷⁸. Or, comme nous allons voir, les services apportés aux membres et ceux apportés aux utilisateurs sont d'une nature si différente qu'ils se situent nécessairement sur des marchés distincts.

95. – Affaire *BRT c/ SABAM*. La jurisprudence rendue dans les années qui ont suivi la décision *GEMA* n'est guère plus précise en matière de délimitation de marché. Ainsi, dans une affaire *BRT c/ SABAM*²⁷⁹, la Cour de justice avait été saisie d'une question préjudicielle par une juridiction nationale belge. Le juge national avait manifestement constaté l'existence d'un monopole de fait de la société de gestion collective, et en avait déduit que la société détenait une position dominante. L'analyse fut confirmée par la Cour de justice : « *l'entreprise en question détenait effectivement un quasi-monopole sur le territoire belge et occupait, dès lors, une position dominante dans une partie substantielle du marché commun* ». Là encore, on ne trouve à aucun moment de référence au marché en cause. Ceci étant, il n'y a peut-être pas pour autant matière à critiquer, car la Cour n'ayant été saisie que d'une question préjudicielle, elle n'avait pas à se prononcer au-delà de ce qui lui était demandé. Or, la question portait sur le caractère abusif de la pratique et non sur la position dominante de l'entreprise. L'affirmation de la Cour ne serait alors qu'un rappel de la règle d'assimilation du monopole de fait à la position dominante qu'on a évoquée précédemment²⁸⁰.

²⁷⁸ V. *infra*, n^{os} 379 et s.

²⁷⁹ CJCE, 27 mars 1974, aff. 127/73, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, Rec. p. 313.

²⁸⁰ Cf. *supra*, note n^o 276.

Si référence au marché en cause il devait y avoir, elle serait donc certainement à rechercher dans l'appréciation du litige faite par la juridiction nationale.

96. – Affaire SACEM. La Cour de justice, à nouveau saisie d'une question préjudicielle, mais par une juridiction française cette fois, dut encore se prononcer sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles (articles 85 et 86 du Traité CEE) émanant de la SACEM²⁸¹. La position dominante de l'entreprise ne faisait pas de doute, et n'était donc pas l'objet des débats devant la Cour. Pour autant, la juridiction communautaire prit le soin de relever l'analyse des juges français qui n'avaient pas oublié de situer les pratiques dans leur contexte concurrentiel en précisant le marché en cause :

« la Cour d'appel a d'abord constaté que l'activité de la SACEM s'étendait à l'intégralité du territoire français qui constitue une partie substantielle du marché commun, et que le comportement reproché à cette société était de nature à affecter le commerce entre États membres. Elle a ensuite considéré que la SACEM occupait une position dominante sur le territoire français puisqu'elle possède en fait, sinon en droit, le monopole absolu de la gestion des droits de ses membres et qu'elle a reçu mandat de ses homologues étrangers pour gérer en France leurs répertoires d'œuvres musicales dans les mêmes conditions que son propre répertoire. La Cour d'appel a enfin observé qu'il était constant que, si ce mandat n'est pas exclusif, aucune discothèque ou entreprise française quelconque n'était en mesure de nouer des relations contractuelles directes avec une société d'auteurs étrangère ».

Si l'effort de définition du marché est louable, on peut regretter une délimitation assez large, et en définitive peu précise. En faisant référence à la seule « *gestion des droits* », on dit à la fois tout, et rien : tout, car on ne peut mieux résumer l'activité de ces sociétés de perception et de répartition des droits ; mais rien, car l'excès de synthèse empêche de saisir la diversité des missions qui leur sont imparties, ainsi que les spécificités de leur exercice.

²⁸¹ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public contre Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, Rec. p. 2521.

97. – Affaire *Simulcast*. Une décision plus récente rendue dans l'affaire *Simulcast*²⁸² laisse à penser que l'impératif de délimitation du marché en cause est mieux perçu qu'auparavant par les juridictions communautaires. La Commission a en effet fait montre d'exemplarité quant à la définition du marché en matière de gestion collective des droits d'auteur et droits voisins. Dans cette affaire, la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI), association professionnelle réunissant des producteurs de disques et de vidéos musicales, avait notifié à la Commission, en vue d'une attestation négative ou d'une exemption, un accord de représentation réciproque entre les sociétés de gestion collective agissant pour le compte des producteurs de disques.

La Commission a tout d'abord rappelé en quels domaines le droit de la concurrence a historiquement trouvé à s'appliquer aux sociétés de gestion collective, distinguant à cet effet – et de manière classique – les trois types de relations existant : relations de la société de gestion avec les utilisateurs, relations entre la société de gestion de ses membres et relations réciproques entre les différentes sociétés de gestion. Si ces trois domaines sont tous susceptibles de donner prise à l'application du droit de la concurrence, seul le dernier était en l'espèce concerné à titre principal²⁸³.

La structure même de la décision rend compte du soin qu'a pris la Commission à définir le marché. La section spécifiquement consacrée à cette partie de l'analyse est subdivisée en deux sous-sections. L'une est consacrée au marché de produits ou de services ; l'autre est consacrée au marché géographique.

S'agissant du marché économique, la Commission rappelle que « *la gestion collective des droits d'auteur et/ou des droits voisins concerne différentes activités qui correspondent à autant de marchés de produits en cause différents* »²⁸⁴. C'est bien là l'affirmation qu'on aurait souhaité voir apparaître pour l'ensemble des décisions antérieures appliquant le droit de la concurrence aux sociétés de gestion collective. Ces activités se répartissent en trois grandes

²⁸² Commission, 8 octobre 2002, *IFPI "Simulcast"*, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58. V. développements *infra*, n°s 276 et s.

²⁸³ Décision préc., point 13. La Commission précise que l'affaire concernait également les relations avec les utilisateurs mais de manière indirecte.

²⁸⁴ Décision préc., point 32. Notons que la Commission emploie les termes de « *marché de produits* », alors même que les activités des sociétés de gestion collective s'apparentent manifestement à des services (cf. *infra*, n°s 98 et s.).

catégories, selon la distinction tripartite qu'on a déjà évoquée ci-dessus : services d'administration des droits pour le compte des titulaires de droits, services d'administration des droits pour le compte d'autres sociétés de gestion collective et services de concession de licences aux utilisateurs²⁸⁵. Notons que la décision *Simulcast* va même plus loin dans la délimitation du marché en distinguant avec précision deux marchés concernés par l'accord examiné : il s'agit, d'une part, du marché des « *services d'administration multiterritoriale des droits de diffusion en simulcast entre sociétés de gestion collective agissant pour le compte des producteurs de disques* », et d'autre part, du marché « *de la cession sous licence multiterritoriale et multirépertoire des droits de diffusion en simulcast des producteurs de disques* »²⁸⁶. On ne s'attardera néanmoins pas sur les spécificités respectives de ces marchés²⁸⁷. L'objet de notre propos se limite en effet ici à mettre en évidence les grandes catégories de produits ou services offerts par les sociétés de gestion collective.

b) *L'offre des sociétés de gestion collective : produit ou service ?*

98. – Relations entre sociétés de gestion collective et titulaires de droits. Comme on vient de le voir, la gestion collective recouvre plusieurs aspects, et une même société de gestion collective peut ainsi être amenée à intervenir sur des marchés différents. Il semble évident que, vis-à-vis des auteurs et titulaires de droits voisins, les sociétés de gestion collective fournissent une prestation de service : autorisations d'exploitation, contrôle des utilisations, perception et répartition des rémunérations sont autant de tâches qui incomberaient aux titulaires dans le cadre d'une gestion individuelle, mais dont ils sont dispensés dans le cadre d'une gestion collective. Il y a donc là une véritable prestation de service.

99. – Relations réciproques entre sociétés de gestion collective. On n'hésitera pas davantage sur la qualification de service lorsqu'il est question des relations unissant les sociétés de gestion collective des différents États membres dans le cadre de leurs accords de réciprocité. L'objet de ces accords est la représentation réciproque, qui permet à chaque société nationale de représenter ses homologues étrangers, de façon à ce que les utilisateurs n'aient pas accès au seul répertoire de la société nationale, mais également au répertoire de

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Nous aurons l'occasion de revenir sur ces points lors de l'analyse des pratiques concernées.

chacune des sociétés homologues des États membres. On peut donc là encore parler de service.

100. – Relations entre sociétés de gestion collective et utilisateurs. En revanche, s'agissant des relations existant entre les sociétés de gestion et les utilisateurs, la question pose davantage problème. Il faut s'interroger concrètement sur l'objet de la demande des utilisateurs. Ceux-ci s'adressent aux sociétés de gestion afin d'obtenir l'autorisation d'exploiter un droit d'auteur ou un droit voisin : c'est par exemple le producteur de radio qui s'adresse à la SACEM pour obtenir l'autorisation de diffusion de morceaux de musique, ou encore le producteur de spectacle vivant qui s'adresse à la SACD pour obtenir l'autorisation de donner des représentations d'un ouvrage dramatique. L'offre correspondante des sociétés de gestion consiste donc en la délivrance d'autorisations d'exploitation. Ici, la distinction entre produits et services n'est pas nette.

Si l'on fait abstraction de la qualité d'intermédiaire de la société de gestion collective – qui se conduit au fond comme une sorte de mandataire, agissant pour le compte du titulaire de droit²⁸⁸ –, le problème n'est pas si différent de celui évoqué précédemment au sujet des refus de licence abusifs. Il s'agit pour les utilisateurs d'obtenir des autorisations d'exploitation d'œuvres protégées par le droit d'auteur. Là encore, il faut rappeler que les contrats d'exploitation ont pour objet l'exploitation du monopole, l'exploitation des droits sur l'œuvre, mais pas l'œuvre elle-même²⁸⁹. On envisagera donc plus facilement l'activité des sociétés de gestion collective à l'égard des utilisateurs comme une activité de service, celle d'autoriser ou non l'exploitation de tel ou tel droit portant sur une œuvre protégée par le droit d'auteur.

Certes, on aurait pu raisonner différemment à première vue. S'agissant par exemple d'œuvres musicales diffusées à la radio, pourquoi ne pas considérer que ces œuvres musicales constituent tout simplement des produits, et que l'activité des sociétés qui en gèrent les droits

²⁸⁸ Si elle prend les apparences d'un mandataire du point de vue de sa mission, elle ne l'est pas réellement du point de vue juridique dans la mesure où les titulaires de droit apportent leurs droits à la société de gestion par le biais d'une cession. Le mécanisme s'apparente alors davantage à la fiducie (art. 2011 C. Civ., définissant la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »). En ce sens, notamment, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 807 ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009, n° 861.

²⁸⁹ Cf. *supra*, note 266.

d'auteurs relève donc d'un marché de produits ? Le fait est que les entreprises de radio – comme tout utilisateur, d'ailleurs – n'ont pas besoin des sociétés de gestion pour se procurer des enregistrements des œuvres musicales : elles se procurent les supports matériels (disques) ou dématérialisés (fichiers informatiques) par les voies de distribution classique. Dès l'instant où elles sont en possession des supports, elles ont techniquement la possibilité de diffuser. Mais naturellement, si elles le font sans autorisation, elles se rendent coupables de contrefaçon. Cette situation démontre bien que l'objet de la demande de l'utilisateur ne réside pas dans la mise en possession de l'œuvre, mais dans la seule obtention de l'autorisation²⁹⁰. Ceci nous conduit à situer l'activité des sociétés de gestion sur des marchés de services²⁹¹.

B. – SUBSTITUABILITÉ ET DROIT D'AUTEUR

101. – Substituabilité et originalité. La notion de substituabilité des produits ou services constitue un indice déterminant dans la délimitation du marché pertinent. Mais si la notion constitue une clé de voûte du raisonnement concurrentiel, elle s'intègre en revanche plus difficilement dans l'environnement du droit d'auteur. En effet, l'ensemble de la propriété littéraire et artistique, et même de façon plus générale, la propriété intellectuelle, est fortement imprégnée du concept d'individualité de la création protégée. Elle s'exprime de façon différente dans chaque matière, mais procède toujours de la même idée : chaque objet de protection est unique, soit parce qu'il diffère d'autres objets existant antérieurement, soit parce qu'il est indissociablement lié à la personnalité – nécessairement unique – de son créateur²⁹². Ainsi, en droit des brevets, l'invention protégée se doit d'être nouvelle (art. L. 611-11 CPI) ; il en est de même en matière de dessins et modèles (art. L. 511-3 CPI) ; en

²⁹⁰ Ceci nous conduit à rejeter l'analyse consistant à considérer les œuvres de l'esprit comme le siège du marché de l'activité des sociétés de gestion collective à l'égard des utilisateurs, apparemment soutenue par quelques auteurs. Ainsi, lorsque MM. Vivant et Bruguière s'interrogent sur le fait de savoir si l'on peut « *considérer les œuvres de l'esprit, objet de la gestion collective, comme des produits substituables ?* », ils ne se limitent pas à susciter le débat sur la substituabilité des œuvres de l'esprit – et notamment des œuvres artistiques. Ils admettent en effet implicitement que le marché est défini, en matière de la gestion collective, par référence aux œuvres elles-mêmes (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur, Précis Dalloz*, 1^{re} éd., 2009, n° 891).

²⁹¹ Notons que les sociétés de gestion peuvent délivrer des autorisations spéciales pour des œuvres déterminées, mais qu'elles délivrent aussi bien souvent des autorisations générales d'accès à l'ensemble d'un répertoire, dans lequel l'utilisateur va puiser librement. La question se pose alors dans les mêmes termes, et doit faire l'objet d'une approche similaire : l'activité de la société de gestion consiste en une prestation de service – celle d'autoriser la diffusion du répertoire – et non dans la transmission du répertoire lui-même.

²⁹² L'unicité de l'objet protégé participe de l'essence même des droits de propriété intellectuelle, dont l'objet est d'assurer à leur titulaire une exclusivité sur leur création. Or, s'il se trouvait qu'il puisse exister une pluralité de titulaires de droits sur des œuvres semblables, on assisterait de fait à la disparition de l'exclusivité.

droit des marques, le signe doit être disponible²⁹³. Dans le domaine du droit d'auteur²⁹⁴, le maître mot est l'originalité²⁹⁵ : « *les droits des auteurs sur une œuvre de l'esprit ne sont protégés au titre de la propriété littéraire et artistique qu'à la condition de présenter un caractère original* »²⁹⁶. Il convient d'expliquer le sens de cette condition (1), avant de se demander si l'originalité est susceptible de constituer un obstacle à la substituabilité (2).

1) *La notion d'originalité en droit d'auteur*

102. – Notion d'originalité. « *Pierre angulaire du droit d'auteur* », l'originalité est « *la qualité qui permet l'accès à la protection [du droit d'auteur]* »²⁹⁷. Aussi curieux que cela puisse paraître, les textes ne la définissent pas. Pour toute référence, on trouve dans le Code de la propriété intellectuelle une courte allusion au caractère d'originalité que doivent revêtir les titres des œuvres de l'esprit pour bénéficier de la protection du droit d'auteur (art. L. 112-4 CPI).

²⁹³ Le terme est moins évocateur que dans les autres branches de la propriété intellectuelle, mais il peut sans aucun doute être mis en regard des autres notions citées. En effet, l'indisponibilité du signe résulte d'antériorités, qui peuvent être constituées, soit par un droit de propriété intellectuelle, soit par un signe distinctif non protégé (dénomination sociale, nom de domaine Internet...), soit par un droit de la personnalité. Pour M. Tafforeau, l'exigence d'un signe disponible « *correspond à la condition de nouveauté* » (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 443).

²⁹⁴ Nous ne nous pencherons pas sur les droits voisins, car la référence à l'antériorité n'est pas de mise dans ce domaine. Selon M. Azzi, l'originalité constitue d'ailleurs un « *critère de protection inadapté aux droits voisins* » (T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDG, 2005). Il faut dire que s'agissant du droit des artistes-interprètes, ces derniers ne font, par leur exécution, qu'exprimer une œuvre déjà existante qui elle, est protégée par le droit d'auteur. Aucune nouvelle œuvre ne naît donc de l'interprétation – à l'exception de quelques rares cas, tangents, comme ceux relevés par M. Tafforeau : réalisation d'une basse chiffrée par le claveciniste d'un pupitre de continuo, ou registration originale de pièces d'orgue par un organiste... (P. TAFFOREAU, *op. cit.*, n° 230). Pour autant, l'originalité étant souvent définie en droit d'auteur comme la marque, dans l'œuvre, de la personnalité de l'auteur, on ne peut douter que chaque interprétation ne peut, par essence, qu'être originale. Il nous semble donc que la condition d'originalité n'est pas utile dans le domaine des droits des artistes-interprètes. Quant aux autres droits voisins du droit d'auteur (droit des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, et droit des entreprises de communication audiovisuelle), rappelons qu'ils ne constituent qu'une protection de l'investissement financier dans le domaine de l'industrie culturelle (à ce titre, la protection n'apporte à ses titulaires qu'un simple droit à rémunération). Ceci les place dans une position assez marginale au sein du droit de la propriété littéraire et artistique, et explique les impasses auxquelles conduisent certains raisonnements par analogie avec les autres branches de la propriété intellectuelle.

²⁹⁵ La condition ne figure pas dans les textes, hormis dans l'hypothèse de la protection des titres, visée par l'article L. 112-4 CPI : « *Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même* ». La condition d'originalité a néanmoins été posée de manière générale pour l'ensemble des œuvres protégées par le droit d'auteur. V. not. Civ. 1^{re}, 11 février 1997, *Bull. civ. I*, n° 55 : « *les dispositions de ce Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, le mérite ou la destination, à la seule condition que ces œuvres présentent un caractère original* ».

²⁹⁶ Crim. 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-83.243, *Bull. crim.*, n° 248.

²⁹⁷ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993. I. 3681.

L'apparition de la notion d'originalité est relativement récente. Bien qu'apparaissant de manière épisodique dès les années 1880, elle est, selon un auteur, « *une invention du XX^e siècle* »²⁹⁸. Elle s'est développée progressivement jusqu'à connaître une véritable consécration, sous l'impulsion de la doctrine, et notamment de Henri Desbois²⁹⁹. Beaucoup d'auteurs admettent que cette notion a largement évolué au fil du temps³⁰⁰.

103. – Conception traditionnelle. De façon traditionnelle, on a toujours affirmé que le caractère d'originalité d'une œuvre de l'esprit réside dans « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* ». Une œuvre ne sera considérée comme originale que si, par elle, s'exprime la personnalité de son créateur. On peut voir dans cette définition l'importance de la dimension personaliste de notre droit d'auteur français, qui se distingue ici clairement des systèmes de copyright : si l'œuvre est protégée, c'est parce qu'elle constitue une expression de la personne même de l'auteur. De cette dimension, on a classiquement déduit que l'originalité était une notion subjective, ceci par opposition à la nouveauté, notion objective qui constitue en quelque sorte le pendant de l'originalité dans le domaine de la propriété industrielle³⁰¹. Cette subjectivité explique tout à la fois que l'appréciation de la notion revienne au pouvoir souverain des juridictions du fond³⁰², et que l'appréhension de la notion soit si délicate. La jurisprudence est en effet complexe, parce qu'empreinte d'un certain pragmatisme. Il est en tout cas notable que l'approche de l'originalité variera au gré des types d'œuvres objets de la

²⁹⁸ O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999, pp. 61 et s.

²⁹⁹ A. LUCAS et P. SIRINELLI, art. préc., n° 7 – A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 78 : « (...) il a fallu attendre Desbois. Avant lui, les auteurs ne soufflent mot de l'originalité ».

³⁰⁰ V. not. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n°s 77 et s. – C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n°s 78 et s.

³⁰¹ Cette affirmation est néanmoins quelque peu réductrice. D'une part, elle concerne plus particulièrement les brevets, et d'autre part, s'agissant des brevets, n'oublions pas que le critère de la nouveauté (art. L. 611-11 CPI) est complété par celui de l'activité inventive (art. L. 611-14 CPI). Ce critère de l'activité inventive vient en quelque sorte renforcer celui de la nouveauté pour « *placer " la barre plus haut "* » (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 374).

³⁰² Pour un exemple récent, rappelant la marque de l'originalité, et la nécessité de sa recherche par les juges du fond, Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.334, inédit : « *en se déterminant par de tels motifs, quand il lui incombait de rechercher si les différents détails architecturaux, fussent-ils connus et couramment employés dans une région et appartiendraient-ils au patrimoine commun du style provençal et/ou du style florentin, n'avaient pas donné lieu, pris en leur combinaison, à une composition originale portant l'empreinte de la personnalité de son auteur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

protection³⁰³. On notera par ailleurs que le degré d'originalité d'une œuvre importe peu. Qu'elle soit peu, ou très originale, l'œuvre fera l'objet d'une protection par le droit d'auteur.

104. – Crise de la notion d'originalité. Plusieurs auteurs ont relevé que la notion d'originalité, dans son sens classique, était en crise³⁰⁴. La notion semble en effet avoir été déformée de façon à inclure dans le cercle du droit d'auteur, des œuvres qui n'auraient sans doute pas dû s'y trouver. On vise ici ce qu'on a pris l'habitude de désigner sous le vocable de « petite monnaie » du droit d'auteur. L'exemple souvent cité du panier à salade, auquel on a reconnu le bénéfice de la protection du droit d'auteur³⁰⁵, demeure l'illustration parfaite et inquiétante des déformations qu'a pu subir la notion d'originalité³⁰⁶. M. Caron analyse très justement ce mouvement d'extension de la notion d'originalité :

« L'originalité a été dévoyée. Elle a été utilisée excessivement par les juridictions pour protéger des œuvres très modestes. Bien souvent, il semble qu'est considérée comme « originale » la création qui a nécessité un investissement pour sa réalisation. En d'autres termes, l'originalité cache une protection de l'investissement [...]. En effet, il est tout de même bien difficile de trouver l'expression de la personnalité de l'auteur dans une création qui résulte bien souvent d'un processus collectif d'élaboration et d'une politique d'entreprise. Il est donc assez artificiel de considérer que toutes ces créations utilitaires soient le siège d'une originalité, du moins telle qu'elle est entendue classiquement. En effet, il est délicat de concilier un droit d'auteur très personnaliste et centré sur la personnalité de l'auteur avec une logique industrielle qui implique une élimination du créateur. En d'autres termes, la définition classique de l'originalité, toujours illustrée par des exemples empruntés à l'univers des arts purs, ne parvient pas à appréhender la diversité du droit d'auteur. Cohérente au sein d'un droit d'auteur tourné vers les beaux-arts, elle est bien moins pertinente lorsqu'elle gouverne un droit d'auteur d'entreprise, dominé par des impératifs industriels »³⁰⁷.

³⁰³ V. *infra*, paragraphe suivant.

³⁰⁴ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *op. cit.*, n° 79 – C. CARON, *op. cit.*, n° 83.

³⁰⁵ Cass. Crim. 2 mai 1961, *D.* 1962, jurispr. p. 163, note P. GREFFE ; *JCP* 1961. II. 12242, note P. AYMOND, et l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi, CA Amiens, 4 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12821, note P. AYMOND.

³⁰⁶ Sur le glissement du critère de l'originalité, passé de l'« empreinte de la personnalité » à l'« apport intellectuel », v. *infra*, n° 112.

³⁰⁷ *Ibid.*

Cette analyse prend tout son sens dans le cadre de notre étude car, comme nous allons le voir, sont parfois en cause, dans cette problématique de l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur, des œuvres sans aucun caractère littéraire ou artistique, pour lesquelles il est bien difficile de percevoir l'originalité en son sens classique.

2) *L'originalité envisagée comme un obstacle à la substituabilité*

105. – L'hypothèse d'une incompatibilité entre le droit d'auteur et le critère de substituabilité qui permet la délimitation du marché pertinent en droit de la concurrence a été soulevée à plusieurs reprises³⁰⁸. Nous présenterons les termes du débat (a), avant d'étudier, dans une approche catégorielle fondée sur le type d'œuvre en cause, comment la notion de substituabilité a été reçue dans le domaine du droit d'auteur (b).

a) *Les termes du débat*

106. – **La délicate réception du critère de substituabilité en droit d'auteur.** Au sujet de l'arrêt *Deutsche Grammophon*³⁰⁹, Mme Benabou avait relevé que la Cour opérait une analyse du marché pertinente discutable, en ce qu'elle ne se démarquait pas de son analyse classique du marché en cause, « *et ce, malgré les difficultés d'application des critères de similarité ou de substituabilité des produits dans le domaine du droit d'auteur* »³¹⁰. On regrette néanmoins que l'auteur n'ait pas davantage étayé cette affirmation. On déduit simplement de son propos que substituabilité et droit d'auteur ne peuvent faire bon ménage. Mais il demeure deux questions : pourquoi, et dans quelle mesure ?

Pour répondre à la première, il convient de s'interroger sur ce qui, en droit d'auteur, est susceptible de véhiculer une sorte d'antithèse de la notion de substituabilité. On recherchera

³⁰⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2009, n° 891 : « *la position dominante (ou l'entente) implique [...] un marché sur lequel s'échangent des « produits substituables ». Peut-on dès lors considérer les œuvres de l'esprit [...] comme des produits substituables ? Là encore, la querelle nous semble un peu dépassée* ». En un sens, nous partageons l'opinion de ces auteurs. Mais nous constatons aussi que les propos doctrinaux sur ce sujet ne sont souvent peu étayés, et se cantonnent à des points de vue assez restrictifs en ne faisant essentiellement référence qu'aux œuvres artistiques. Or, force est de constater que le droit d'auteur protège bien d'autres choses que des œuvres artistiques.

³⁰⁹ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & CO. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487.

³¹⁰ V.-L. BENABOU, *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 238.

donc quelles sont les caractéristiques du droit d'auteur qui rendent l'objet de sa protection moins substituable que ne le sont d'autres produits. On comprend bien que cette recherche postule une individualité très forte de l'œuvre protégée : chaque création est unique. L'affirmation est naturelle s'agissant d'œuvres artistiques, qui parlent toutes d'une manière différente à la sensibilité de leur public. Chaque œuvre est singulière, et cette singularité s'exprime juridiquement par la condition de l'originalité posée pour l'obtention de la protection du droit d'auteur³¹¹. L'affirmation a en revanche moins de sens dès lors qu'on se penche sur des œuvres à contenu davantage informationnel ou technique (telles que le logiciel).

La seconde question portait sur le fait de savoir quel degré d'incompatibilité pouvait exister entre cette notion de substituabilité et le droit d'auteur. L'œuvre en elle-même présente-t-elle une individualité si forte qu'aucun autre produit – au sens du droit de la concurrence – ne peut lui être substitué ? Si tel était le cas, il faudrait poser la règle selon laquelle l'œuvre délimite le marché. Mais le degré d'incompatibilité peut être moindre. Et l'on peut aussi faire valoir l'idée qu'en matière de droit d'auteur, plus qu'ailleurs, il est nécessaire de délimiter des sous-marchés³¹², eu égard, notamment, à la diversité des genres artistiques proposés³¹³.

b) Approche catégorielle de la réception de la notion de substituabilité en droit d'auteur

107. – Nécessité d'une approche catégorielle par type d'œuvre. Le droit d'auteur protège des contenus très hétérogènes. Il en découle que le critère de la substituabilité imposé par le droit de la concurrence aux fins de la délimitation du marché ne suscite pas les mêmes interrogations selon le type d'œuvre envisagé. Le panorama de la jurisprudence relative à l'application du droit de la concurrence à des pratiques mettant en cause un droit d'auteur

³¹¹ Cf. *supra*, n^{os} 102 et s.

³¹² V.-L. BENABOU, *eod. loc.* : « [La Cour] a considéré la marché des supports de sons de manière générale, sans faire de sous-catégorie ».

³¹³ *Ibid.* : Mme Benabou appuie son propos en citant les conclusions de l'avocat général rendues dans l'affaire *Deutsche Grammophon* : « En ce qui concerne la présente espèce et le problème de l'offre provenant des concurrents, l'analyse économique dont nous avons signalé la nécessité doit notamment tendre à déterminer si les producteurs de disque et la part de marché qu'ils détiennent sur le marché peuvent bel et bien être considérés comme étant sur un pied d'égalité, ou s'il au contraire permis d'affirmer qu'il existe des marchés partiels déterminés par le genre de musique et la catégorie des interprètes » (Conclusions de l'avocat général Roemer présentées le 28 avril 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70., *Rec.* 1971, pp. 503 et s., et spéc. p. 513).

révèle plusieurs cas de figure assez distincts. On trouve tout d'abord le cas de la gestion individuelle des droits portant des œuvres à caractère artistique (i). Toujours sur le versant de la gestion individuelle, on trouve également le cas, bien différent, des œuvres à caractère technique ou informationnel (ii). Puis, vient la question de la gestion collective qui se pose, elle aussi, dans des termes tout à fait singuliers (iii). Enfin, nous n'oublions pas le secteur des droits voisins du droit d'auteur qui donne lui aussi prise à l'application des règles de concurrence (iv).

i) Gestion individuelle d'un droit d'auteur portant sur une œuvre artistique

108. – L'affaire *Coditel II*. Nous partons d'une illustration jurisprudentielle. Dans l'affaire *Coditel II*³¹⁴, la question était de savoir si un titulaire de droit sur une œuvre cinématographique pouvait valablement conclure une licence exclusive de représentation limitée au territoire d'un seul État membre. La validité de la protection par le droit d'auteur ne semblant pas remise en cause en l'espèce, on peut affirmer, sans prendre de risques, que l'œuvre devait présenter le caractère d'originalité requis pour pouvoir prétendre au bénéfice de la protection. Or, on peut dire d'une œuvre originale qu'elle est unique, irremplaçable. Il semblerait ainsi incongru d'expliquer à un spectateur qui aurait payé son billet pour voir un film déterminé au cinéma, que faute de place dans la salle, il est invité à se rendre dans la salle voisine qui diffuse un autre film. Pour le spectateur, les deux films ne sont pas interchangeables. Cette observation implique-t-elle que rien, du point de vue du droit de la concurrence, ne puisse être considéré comme substituable à une œuvre cinématographique ? Si tel était le cas, il faudrait considérer que chaque œuvre de l'esprit constitue, en soi, un marché pertinent au sens du droit de la concurrence. L'appréciation portée par la Cour dans cette affaire ne porte pas à croire qu'il puisse en être ainsi. Celle-ci fait plusieurs fois référence au « *marché cinématographique* »³¹⁵. Mais le marché ainsi présenté est moins le fruit d'une délimitation précise, que l'évocation du secteur industriel dont relève les entreprises concernées par l'affaire. En effet, le marché cinématographique dont il est question est d'une telle hétérogénéité, eu égard au nombre des intervenants (auteurs,

³¹⁴ CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c/ Ciné-Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, Rec. p. 3381.

³¹⁵ Aff. préc., point 17 : « *si le droit d'auteur sur un film et le droit de représentation d'un film qui découle du droit d'auteur ne tombent pas ainsi par nature sous les interdictions de l'article 85, leur exercice peut cependant, dans un contexte économique ou juridique dont l'effet serait de restreindre d'une manière sensible la distribution de films ou de fausser la concurrence sur le marché cinématographique, eu égard aux particularités de celui-ci, relever desdites interdictions* »

producteurs, artistes-interprètes, diffuseurs...) et à la complexité des modes de distribution (distribution pour le cinéma, pour la vente, pour la location), qu'on ne peut se contenter d'une délimitation aussi vaste³¹⁶.

109. – L'affaire des *Beatles*. Un arrêt de la Chambre commerciale du 29 janvier 2002³¹⁷ nous semble particulièrement intéressant en ce qu'il porte très précisément cette question de la délimitation du marché et de la substituabilité dans le domaine du droit d'auteur. En l'espèce, la société EMI Music International, qui détenait les droits sur la totalité des enregistrements des Beatles, avait prévu la réédition en disques compacts de leur célèbre *best of* « *bleu et rouge* ». Un distributeur indélicat ayant commercialisé l'album avant la date de sortie officielle, la filiale française d'EMI agit en référé contre ce dernier, et obtint l'interdiction de la vente. Le distributeur riposta sur le fond en faisant valoir que l'interdiction de vente était contraire au droit de la concurrence. Il soutenait notamment que EMI France s'était rendue coupable d'abus de position dominante sur le marché des disques enregistrés par les Beatles en fixant un prix de vente élevé injustifié. Le débat s'est alors porté sur la question du marché pertinent. Le distributeur affirmait que « *rien ne s'oppose à ce que l'œuvre d'un seul artiste ou auteur ou d'un seul groupe musical constitue un marché pertinent, pour autant qu'il présente une grande notoriété lui conférant une forte valeur symbolique dans le domaine qu'il occupe* ». Il entendait ainsi que soit ainsi retenu un marché pertinent circonscrit à l'œuvre des Beatles : EMI détenant les droits sur l'intégralité des enregistrements du groupe, la position dominante aurait alors coulé de source.

Le postulat du distributeur ne fut pas remis en cause par la Cour de cassation : en effet, rien ne s'oppose à ce que l'œuvre d'un seul auteur puisse constituer un marché. En revanche, elle approuva la Cour d'appel de ne pas avoir retenu la délimitation du marché proposée par le distributeur, à savoir « *le marché des disques enregistrés par les Beatles* ». L'argumentation du distributeur était en effet jugée trop faible, celui-ci se contentant du seul critère de notoriété de groupe pour fonder son appréciation de la délimitation du marché. Or, comme le rappela à juste titre la Cour de cassation, « *ce seul critère ne suffisait pas à établir l'insubstituabilité de ces œuvres par rapport à d'autres créations musicales* ». La notoriété ne

³¹⁶ Il est vrai qu'en l'occurrence, une délimitation précise ne s'avérait pas spécialement utile pour l'appréciation du problème posé.

³¹⁷ Com. 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-15.334, *Société Karcol c/ Société EMI France*, *Propriété intellectuelle* 2002, n° 4, p. 60, obs. A. LUCAS ; CCC 2002, comm. n° 93, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

constitue en effet qu'un indice parmi d'autres aux fins de la délimitation du marché en cause³¹⁸.

Tout en approuvant le raisonnement tenu par le juge, le professeur Lucas disait toute la perplexité que suscitait chez lui cet arrêt³¹⁹. Il était en effet acquis de longue date que la spécificité des droits des œuvres artistiques devait être prise en compte par les autorités de concurrence dans le travail de délimitation du marché³²⁰. Ainsi, dans l'affaire *SABAM*, l'avocat général estimait que « *la question qui surgit habituellement lorsqu'il s'agit de marchés de produits industriels, de savoir s'il existe ou non des produits de substitution, ne se pose pas pour les droits d'auteur de compositeurs ou d'éditeurs de musique* »³²¹. Ceci conduisait Mme Benabou à retenir que les œuvres de l'esprit n'étaient pas interchangeables, et que chaque création générait une demande propre. Poussant le raisonnement jusqu'à son terme, elle parvenait à la conclusion que « *l'auteur devrait être considéré comme occupant une position dominante sur le marché de son œuvre* »³²².

110. – Délimitation par genre d'œuvres. La proposition nous semble aller un peu loin, et nous préférons l'approche de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Deutsche Grammophon*, qui évoquait des « *marchés partiels déterminés par le genre de musique et la catégorie des interprètes* »³²³. La délimitation du marché à l'œuvre elle-même a quelque chose de séduisant : chaque œuvre est unique, et aucun consommateur n'exprime les mêmes besoins dans le domaine artistique ou culturel, domaine dans lequel le choix du consommateur est purement affectif, et donc subjectif. Néanmoins, une telle approche envisage les comportements de consommateurs pris individuellement, et non de manière collective. Or, la substituabilité de produits ou services s'apprécie par référence au

³¹⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, LGDJ, 2002, n° 26.

³¹⁹ A. LUCAS, obs. préc.

³²⁰ V.-L. BENABOU, *op. cit.*, n° 241.

³²¹ Conclusions de l'avocat général Mayras présentées le 12 février 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior, BRT-II*, aff. 127/73, Rec. 1974, pp. 320 et s., et spéc. p. 324.

³²² V.-L. BENABOU, *eod. loc.* L'auteur précise que cette solution ne s'avère pas particulièrement dangereuse pour les auteurs dans la mesure où « *l'existence d'une position dominante est loin de caractériser un abus* ». M. Lucas, à l'inverse, considère que « *ce postulat dépasserait sans doute les prévisions de rédacteurs des textes en cause* » (A. LUCAS, obs. sous Com. 29 janvier 2002, aff. préc., *Propriété intellectuelle*, 2002, n° 4, p. 60).

³²³ V. *supra*, note n° 313.

comportement moyen de l'ensemble des utilisateurs³²⁴. Il nous semble ainsi que la synthèse de l'ensemble des choix affectifs individuels mène à des ensembles très hétéroclites, au sein desquels se dégagent effectivement des catégories, telles que les genres musicaux³²⁵. Un test de l'élasticité-prix croisée de la demande, tel que le test *SSNIP* (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*)³²⁶ se révélerait d'ailleurs certainement significatif en ce domaine : il est ainsi fort probable qu'une augmentation continue des prix des disques de musique classique n'entraînerait pas de report de la demande vers d'autres genres musicaux tel que le R'n'B ou le Hip-Hop.

S'il semble possible de délimiter des marchés selon le genre des œuvres, c'est donc que les œuvres de l'esprit, même artistiques, présentent une certaine substituabilité. Il faut donc être vigilant sur les questions de terminologie : lorsque nous relevons l'absence d'interchangeabilité des œuvres artistiques, nous envisageons celle-ci dans le sens civil d'une absence de fongibilité, et non dans le sens commercial d'une absence de substituabilité. Autrement dit, l'interchangeabilité d'un bien au sens du droit civil, ne se confond pas avec l'interchangeabilité d'un produit au sens du droit de la concurrence, car dans ce dernier cas, on vise une interchangeabilité aux yeux du consommateur. Or, le consommateur n'est pas un

³²⁴ Cette analyse rejoint dans un certain sens celle de MM. Vivant et Bruguière selon lesquels il faut bien admettre que les œuvres de l'esprit, tout en constituant intrinsèquement un « objet » sans équivalent, sont le siège de marchés pour les utilisateurs, une fois réunies dans les répertoires de sociétés d'auteurs. Leur approche pragmatique se justifie par le fait qu'il faut désormais « compter avec le fort mouvement de banalisation économique qui transforme ces œuvres en de véritables produits culturels » (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2009, n° 891). Le phénomène décrit est indéniablement lié à l'émergence d'une consommation de masse des produits dits culturels. C'est cette consommation de masse qui implique que l'on considère une demande collective, et non individuelle, de la part des consommateurs.

³²⁵ On peut d'ailleurs constater que la demande pour tel ou tel genre musical peut présenter une identité assez forte, ce qui contribuera à faciliter la délimitation du marché. Pour ne prendre qu'un exemple, on peut remarquer que certains genres musicaux sont associés à des tranches d'âge d'utilisateurs. On sait que le critère de l'âge peut être un indice pris en compte pour délimiter le marché. V. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207, point 31 : « la banane a une apparence, un goût, une consistance moelleuse, une absence de pépins, un maniement facile, un niveau permanent de production qui lui permettent de satisfaire les besoins constants d'une catégorie importante de la population composée d'enfants, de personnes âgées et de malades ».

La délimitation de marchés en fonction du genre d'œuvre s'apparente par ailleurs à la prise en compte de l'indice du goût des consommateurs, dont on sait qu'elle a été déterminante pour la délimitation du marché dans certaines affaires. Par exemple, dans le domaine alimentaire, il a pu être décidé que le marché du roquefort constituait un marché pertinent à part entière, « distinct de celui des fromages à pâte persillée » tels que les bleus. Le critère du goût avait joué ici dans cette affaire un rôle essentiel pour la délimitation du marché : Cons. Conc., déc. n° 04-D-13 du 8 avril 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée*, points 19 à 29.

³²⁶ Sur ce test, v. L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préf. Frédéric Jenny, Litec, 2001, n° 524 et s.

individu particulier engagé dans une relation contractuelle particulière ; il est l'expression d'une demande collective.

ii) Gestion individuelle et œuvres à caractère technique ou informatif

111. – La substituabilité manifeste d'œuvres dépourvues de caractère artistique. La question de la substituabilité se pose dans des termes sensiblement différents lorsque l'œuvre protégée présente un caractère informatif ou technique plus prononcé. Certes, il n'y a pas à proprement parler de catégories d'œuvres à caractère informatif ou technique, mais nous voulons par là désigner des œuvres qui ne présentent qu'un lien tenu avec les beaux-arts, voire des œuvres totalement dépourvues de caractère artistique. Les illustrations ne manquent pas : elles proviennent des affaires les plus emblématiques de la question de l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle. Ainsi, dans l'affaire *Magill*³²⁷, l'objet de la protection était des grilles de programme de télévision. Dans l'affaire *IMS*, il s'agissait d'une « structure modulaire », protégée par le droit d'auteur en tant que base de données. L'absence de caractère artistique ne faisait aucun doute, tout comme dans une affaire *France Télécom contre Lectiel*, où l'œuvre protégée était un fichier d'abonnés protégé par un droit de propriété intellectuelle sur une base de données³²⁸. Il peut encore tout aussi bien s'agir de logiciels (affaire *Micro Leader Business*³²⁹, et affaire *Microsoft*³³⁰, affaire *NMPP*³³¹...). Là encore, l'absence de caractère artistique est claire. Nous ne voulons pas dire par là que tout logiciel est nécessairement dépourvu de caractère artistique. Ainsi, beaucoup de jeux vidéo, pour lesquels l'image et le son représentent l'un des attraits essentiels du produit, présentent un caractère artistique. En revanche, un logiciel qui

³²⁷ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743.

³²⁸ Com., 4 décembre 2001, *Sté France Télécom c/ Sté Lectiel et al.*, *JCP* 2002.IV.1122 ; *CCE*, mars 2002, comm. n° 38, p. 23, obs. C. CARON ; *CCC*, mars 2002, p.22, comm. n° 46, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD com.* 2002, p. 296, obs. E. CLAUDEL ; *Propr. intell.*, avril 2002, n° 3, p. 62, n° 7, note A. LUCAS.

³²⁹ TPICE, 16 décembre 1999, *Micro Leader Business c/ Commission*, aff. T-198/98, *Rec.* p. II-3989.

³³⁰ Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, disponible sur le site de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition/>).

³³¹ Plusieurs décisions concernent l'affaire. Nous ne citerons ici que l'une d'entre elles : Cass. com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.388, *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne* ; *CCE*, octobre 2005, comm. n° 149, obs. C. CARON ; *CCE*, octobre 2005, comm. n° 160, obs. G. DECOCQ ; *Propr. intell.*, octobre 2005, n° 17, chron. p. 481, obs. S. LEMARCHAND ; A. WACHSMANN, « Infrastructures essentielles : Le logiciel Presse 2000 n'est pas une infrastructure essentielle (NMPP) », *Concurrences*, n° 4-2005, n° 578, p. 77 ; N. MALLET-POUJOL, « La théorie des « facilités essentielles » et les créations informationnelles », *RLDI*, février 2006, n° 368, p. 6.

Concernant les autres arrêts rendus dans cette affaire, v. *infra*, n°s 370 et s.

ne présente qu'un aspect utilitaire ou fonctionnel, quoi que protégé par le droit d'auteur, est dépourvu de caractère artistique.

On perçoit bien que dans ces hypothèses, la question de la substituabilité ne se pose plus de la même manière que lorsqu'il s'agit d'œuvres artistiques. Personne n'oserait prétendre que ces œuvres à caractère technique ou informationnel sont faiblement voire peu substituables. Un exemple pris dans le domaine du logiciel le démontre aisément : les applications bureautiques d'une suite logicielle ont beau être protégées par le droit d'auteur, elles n'en demeurent pas moins interchangeables avec les autres applications du même type développées par des firmes concurrentes. Il est donc certain que pour ces types d'œuvres, on ne peut soulever de réelle incompatibilité entre la protection de l'œuvre par le droit d'auteur et la notion de substituabilité issue du droit de la concurrence.

112. – Des œuvres protégées malgré l'absence de véritable empreinte de la personnalité de l'auteur : le symptôme d'un détournement de la finalité originelle du droit d'auteur. Ces œuvres à caractère technique ou informatif bénéficient de la protection du droit d'auteur aux mêmes conditions que les autres. La condition d'originalité, même si elle n'est pas textuelle, est donc elle aussi requise, d'un point de vue théorique, pour ces œuvres à caractère technique ou informationnel. Mais peut-on réellement dire d'un logiciel, d'une base de données, ou d'une grille de programme de télévision qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur ? Le bon sens appelle une réponse négative. Il appelle également une observation : dès lors que le droit d'auteur ne protège plus seulement les œuvres artistiques, mais aussi des créations plus utilitaires, il assume une fonction de protection de l'investissement, et non de la création artistique. Un investissement créatif, certes – et qui nécessite à ce titre, d'un point de vue économique, une protection –, mais un investissement tout de même. On ne peut alors s'étonner que le droit d'auteur devienne un outil technique au service des entreprises, ayant pour but de protéger toute création immatérielle qui les démarque de la concurrence. Or, le fait que les entreprises soient aussi directement concernées par le droit d'auteur n'est pas sans incidence sur le contenu de la notion d'originalité : comme le relevait M. Caron, il est bien difficile « *de trouver l'expression de la personnalité d'un auteur dans une création qui résulte bien souvent d'un processus collectif d'élaboration et d'une politique d'entreprise* »³³².

³³² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 83.

Ainsi, l’empreinte de la personnalité de l’auteur ne peut être décelée dans les exemples d’œuvres qui ont été cités. Est-ce à dire que le critère de l’originalité a disparu des conditions de la protection du droit d’auteur ? Pas réellement. Mais il est manifestement en repli, et a en tout cas fortement évolué au fil du temps, et au fur et mesure de l’intégration d’objets nouveaux dans le champ de protection du droit d’auteur. On peut notamment constater qu’il s’est opéré une sorte de glissement dans la définition de l’originalité, en ce qu’elle a pu être caractérisée par les juges du fait de la simple présence d’un « *apport intellectuel* » de l’auteur³³³. *Exit*, donc, l’empreinte de la personnalité de l’auteur. Venue du logiciel, la dérive était logique : on ne pouvait vouloir la protection des créateurs de logiciels par le droit d’auteur, tout en niant l’originalité de leur œuvre. La jurisprudence a donc eu le rôle d’adapter la condition d’originalité aux nouveaux objets de la protection du droit d’auteur.

Cette évolution de la notion nous semble apporter un éclairage opportun sur la question de la substituabilité des produits en droit de la concurrence. Autant en matière d’œuvres artistiques, il nous semble difficile de nier que la substituabilité constitue une véritable pierre d’achoppement, autant dans le domaine de ces œuvres à caractère technique ou informationnel, il nous semble que la difficulté est moins perceptible. À l’inverse des œuvres artistiques, on ne peut déceler dans les œuvres à caractère technique ou informationnel une quelconque expression de la personnalité de l’auteur. Or, c’est cette expression qui conduit précisément à l’individualisation de l’œuvre. L’œuvre est unique de par le lien affectif qui se crée entre l’utilisateur et l’œuvre elle-même – l’œuvre n’étant qu’une médiation de la personnalité de l’auteur. Privées de cette individualisation, les œuvres à caractère technique ou informationnel deviennent parfaitement interchangeables, et donc substituables au regard du droit de la concurrence.

113. – L’individualisation de l’œuvre en dépit d’une originalité critiquable. On peut aussi raisonner autrement, et dire que ces œuvres, quoique d’un genre moins noble que les œuvres artistiques, sont bel et bien protégées au titre du droit d’auteur. Certes, il n’y a derrière

³³³ Ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c/ Pachot*, pourvoi n° 83-10.477. Notons que ce courant, dont l’émergence est liée à l’apparition du logiciel dans le champ de protection du droit d’auteur³³³, conduit à rapprocher le critère de l’originalité de celui de la nouveauté. On s’éloigne donc très sensiblement de l’approche traditionnelle, selon laquelle originalité et nouveauté devaient être distinguées : « *Il suffit pour qu’une œuvre donne prise aux droits d’auteur, qu’elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n’est besoin qu’elle soit nouvelle, au sens objectif* » (H. DESBOIS, *Le droit d’auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 3).

cette protection qu'une protection de l'investissement³³⁴. Mais celle-ci, pour autant, reste destinée à conférer à son titulaire une exclusivité. Cela signifie que le titulaire doit pouvoir être le seul à tirer profit du caractère inédit de sa création³³⁵. C'est en effet l'objet du droit de propriété intellectuelle. Dans le contexte d'une utilisation économique des droits d'auteurs par l'entreprise, la protection conférée par le droit d'auteur apparaît alors comme la consécration d'un avantage dans la concurrence. Affirmer que la protection du droit d'auteur dans le domaine des œuvres à caractère technique ou informationnel est sans incidence sur l'appréciation de la substituabilité reviendrait alors à nier l'avantage concurrentiel procuré par le droit d'auteur. En effet, le titulaire a investi de façon à pouvoir se démarquer de ses concurrents en proposant un produit ou service distinct, et a protégé le fruit de sa créativité grâce au droit d'auteur. Le droit d'auteur protège donc le potentiel d'attraction du consommateur renfermé par le produit. Ainsi, même si le titulaire n'exprime pas sa personnalité au travers de l'œuvre à caractère technique ou informationnel, il recherche son individualisation.

Cela ne suffit toutefois pas à rendre l'œuvre non substituable à d'autres produits. C'est en effet l'objet de toute entreprise que de faire en sorte que le consommateur se tourne vers ses produits et services, plutôt que vers ceux de ses concurrents. Et ceci est vrai, naturellement, en dehors de toute problématique relative aux droits de propriété intellectuelle. Chaque opérateur cherche à attirer le consommateur soit par les prix, soit par la distinctivité de ses produits ou services. Or, on comprend bien que le fait qu'un produit se distingue des autres par certaines de ses caractéristiques ne le rend pas *de facto* non substituable avec les autres. Sinon, il faudrait considérer que chaque produit ou service, en ce que l'entreprise l'a voulu suffisamment distinct des produits ou services de ses concurrents, constitue en soi un marché. Ce serait là une absurdité dans la mesure où cela conduirait à retenir que toutes les entreprises sont en position dominante sur le marché du produit ou service qu'elles proposent.

114. – Distinction des œuvres à caractère technique ou informatif et des œuvres artistiques. La situation des œuvres à caractère technique ou informationnel est donc bien

³³⁴ Cf. *supra*, n^{os} 104 et 112.

³³⁵ Le terme « inédit » renvoie à la nouveauté. Cela confirme bien que la nouveauté ne se distingue guère, dans ces hypothèses, de l'originalité requise comme condition de la protection – V. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7^e éd., 2010, n^o 35 : « En pratique, les deux notions se confondent, car l'effort de la personnalité sera dans bien des cas la nouveauté requise, par rapport aux antériorités »

différente de celle des œuvres artistiques, quant à la question de la substituabilité et aux possibilités de délimitation des marchés en cause. Il nous semble que cette différence peut s'expliquer. Ainsi que nous l'avons rappelé, le consommateur, en tant qu'expression de la demande, est au cœur de la définition du marché³³⁶. Or, pour les deux catégories d'œuvres qu'on a mentionnées – artistiques et technique ou informationnelle –, la demande du consommateur est de nature très différente. S'agissant d'une œuvre à caractère technique ou informationnel, nous considérons qu'elle répond à une demande que nous qualifierons de matérielle, ou de fonctionnelle, de la part des utilisateurs. C'est le type de demande le plus courant, car il est de l'essence même du consommateur de chercher à obtenir la satisfaction de ses besoins matériels. Le besoin étant d'ordre fonctionnel, on peut estimer qu'il n'y a en principe pas d'obstacle à ce qu'il puisse être satisfait par l'œuvre en question, mais aussi par tout autre produit susceptible de remplir la même fonction. Ainsi, dans ce domaine des œuvres à caractère technique ou informationnel, il n'existe pas une, mais potentiellement plusieurs œuvres susceptibles de remplir la fonction recherchée par le consommateur. Dans le cas des œuvres artistiques, la demande est différente : elle exprime un effet un besoin qui est d'ordre plus intellectuel, ou affectif. À tel point qu'on hésiterait presque à parler de consommateur. Dans cette hypothèse, la relation de l'utilisateur à l'œuvre est unique : l'œuvre, unique, parle à la sensibilité d'un utilisateur, unique lui aussi. En cela, l'œuvre n'est pas interchangeable. Ceci ne signifie toutefois pas qu'elle n'est pas substituable, ainsi qu'on a pu le relever précédemment³³⁷.

iii) Gestion collective du droit d'auteur

115. – Substituabilité des services offerts par les sociétés de gestion collective. Avec la gestion collective, le droit d'auteur prend une toute autre dimension. L'exploitation individuelle se mue en une exploitation quasi-industrielle. Cela n'est pas sans incidence sur l'appréciation des marchés en cause. Comme nous l'avons déjà relevé, il faut être, dans ce domaine, assez prudent : la délimitation du marché est un exercice qui peut s'avérer difficile, eu égard à la complexité des relations contractuelles nouées par les sociétés de gestion collective. On rappellera à cet effet que les activités des sociétés de gestion collectives se répartissent en trois grandes catégories : services d'administration des droits pour le compte des titulaires de droits, services d'administration des droits pour le compte d'autres sociétés de

³³⁶ Cf. *supra*, n° 82.

³³⁷ Cf. *supra*, n° 110.

gestion collective et services de concession de licences aux utilisateurs³³⁸. Chacune de ces activités se situe sur un marché différent. On pourrait même dire que chacune de ces activités délimite un type de marché (quoique le travail de délimitation ne s'arrête pas nécessairement à ce stade et puisse être affiné). Toute pratique d'une société de gestion collective est donc à rattacher à l'un des ces trois types de marchés.

La question de la substituabilité ne pose pas de problème particulier en ce domaine. Naturellement, on ne peut considérer que le marché puisse être délimité par une œuvre de l'esprit. L'offre des sociétés de gestion collective consiste davantage en des services, que ce soit à l'égard des membres, des utilisateurs, ou des sociétés homologues étrangères. Or, rien ne s'oppose, de façon théorique, à ce qu'il existe des substituts aux services des sociétés de gestion. Simplement, il faut bien constater, dans la pratique, que de tels substituts n'existent pas, du fait de la situation de monopole des sociétés de gestion. Cela ne veut pas dire qu'il existe une absence intrinsèque de substituabilité des services proposés par les sociétés de gestion collective, mais que le monopole est rendu nécessaire par la recherche d'efficacité de la gestion collective. Comme on le verra, en effet, la présence de plusieurs sociétés de gestion collective pour gérer les droits d'auteurs de types d'œuvres similaires s'avèrerait contre-productive³³⁹.

iv) Gestion des droits voisins du droit d'auteur

116. – Hétérogénéité des droits voisins. Le secteur des droits voisins du droit d'auteur se caractérise par une grande hétérogénéité : « *on ne peut en effet confondre l'artiste-interprète, qui met sa personnalité au service de l'œuvre [...], et le producteur de phonogramme ou de vidéogramme ou l'entreprise de communication audiovisuelle qui revendiquent une protection en raison de la responsabilité qu'ils ont prise sur le plan technique et financier* »³⁴⁰. On retrouve ici une certaine dichotomie, déjà rencontrée au sujet du droit d'auteur, entre la protection d'une expression artistique, et la protection de l'investissement pur. Mais en droit d'auteur, la dichotomie est interne, et elle apparaît ainsi comme une source de tiraillements, du fait de l'existence d'une protection unique pour des objets de nature très différente. En matière de droits voisins, au contraire, elle ne choque pas : elle coïncide avec la séparation en différentes branches des droits voisins, dont on voit bien

³³⁸ Commission, 8 octobre 2002, *IFPI "Simulcast"*, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, point 32.

³³⁹ Cf. *infra*, n° 260.

qu'elles ne présentent aucun lien entre elles, et qu'elles ont été rassemblées par commodité sous le vocable unique de droits voisins.

117. – Droits des artistes-interprètes. S'agissant du droit des artistes interprètes, nous pouvons dire qu'il est confronté à la question de la substituabilité dans des termes comparables à ceux présentés au sujet des œuvres artistiques. Certes, l'originalité n'est pas à proprement parler une condition de la protection des artistes-interprètes. En effet, par l'interprétation, l'artiste donne de sa personne, et imprime ainsi nécessairement la marque de sa personnalité. On pourrait donc dire que la condition d'originalité est sans objet pour la protection des artistes-interprètes, puisque toute interprétation est intrinsèquement originale. Mais quoi qu'il en soit, puisque l'originalité reste une notion difficile à cerner, dont il est en tout cas certain que le sens ne se résume plus à l'empreinte de la personnalité de l'auteur, c'est bien dans ce dernier critère – l'empreinte de la personnalité – qu'il faut relever la difficulté de conciliation avec la notion de substituabilité. Le droit des artistes-interprètes est donc concerné, au même titre que le droit d'auteur sur les œuvres artistiques, par cette difficulté.

Les opportunités d'application du droit de la concurrence au droit voisin des artistes-interprètes n'ont pas été légion. Une décision a marqué la matière : la décision de la Commission *RAI c/ UNITEL*³⁴¹. Dans cette affaire, étaient en cause les prestations de chanteurs lyriques. À l'occasion du 200^e anniversaire de La Scala de Milan, la radiotélévision italienne projeta de diffuser en mondovision un *Don Carlos* de Verdi. La société UNITEL s'opposa à cette diffusion car certains des artistes de la production avaient participé à l'enregistrement d'un *Don Carlos* à Salzbourg pour le compte d'UNITEL, et s'étaient engagés auprès de cette dernière à ne participer à aucune autre représentation de cet opéra pour le cinéma ou la télévision. La question de concurrence posée portait sur la validité des engagements d'exclusivités ainsi souscrits au profit d'UNITEL, au regard de l'ex-article 85 du Traité CEE (actuel article 101 du TFUE).

La délimitation du marché n'était pas au centre des débats. Mais une affirmation de la Commission doit retenir notre attention : « *il se pose bien sûr la question de savoir si un*

³⁴⁰ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 990.

³⁴¹ Commission, 26 mai 1978 aff. *RAI c/ UNITEL* (78/516/CEE), *JOCE* n° L 157 du 15 juin 1978, p. 39.

contrat conclu par un artiste a des effets sensibles sur la concurrence ; que, dans de nombreux cas, en particulier lorsqu'il s'agit d'artistes peu connus, ce caractère sensible semble devoir être nié, mais qu'il est en revanche évident lorsqu'il s'agit d'artistes très célèbres ; que, dans l'affaire en cause, les contrats ont empêché la RAI de réaliser une émission en mondovision à partir de la Scala de Milan ; que l'on ne peut donc guère imaginer un effet plus sensible ».

Nous n'étudierons pas ici la condition de l'atteinte sensible à la concurrence qui est évoquée³⁴². En revanche, nous percevons assez distinctement que les artistes célèbres sont en mesure, de par les contrats qu'ils concluent, d'influer de manière sensible sur la structure de la concurrence. À l'inverse, les artistes peu connus ne détiennent pas cette capacité d'influence sur le marché. Il est fort possible que, dans l'hypothèse où une délimitation du marché s'imposerait davantage, on puisse en déduire un marché spécifique des prestations d'artistes jouissant d'une très grande notoriété. Et il est vrai que le système fonctionne bien de la sorte : la « starisation » des artistes lyriques conduit à ce qu'un nombre limité d'artistes, extrêmement connus, tournent en circuit fermé dans les quelques maisons d'opéras les plus connues au monde. Ceci ne milite pas vraiment en faveur de l'absence de substituabilité des prestations artistiques puisqu'on identifie bien un marché sur lequel évolue des concurrents³⁴³.

118. – Autres droits voisins. Le droit des artistes-interprètes constitue une catégorie à part dans les droits voisins : il est le seul à porter sur un véritable effort d'investissement artistique du titulaire. En cela, il est certainement plus « voisin » du droit d'auteur que ne le sont les autres droits. Les autres droits voisins (droit des producteurs de phonogrammes et de

³⁴² Sur ce point, v. *supra*, n° 56. Cette condition, dérivée de l'adage « *de minimis non curat praetor* » pose que les effets restrictifs de concurrence d'une entente doivent être suffisamment sensibles sur le marché en cause pour que la pratique soit condamnable. Or, la sensibilité des effets restrictifs se déduit de la capacité de l'entreprise à influencer sur la structure du marché, de par la position qu'elle occupe sur celui-ci : « *dès lors, un accord échappe à la prohibition de l'article 85 lorsqu'il n'affecte le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* » (CJCE, 9 juillet 1969, *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, aff. 5/69, *Rec.* p. 295).

Dans le droit fil de cette jurisprudence, la Commission a publié une communication destinée à préciser quels sont les accords qui peuvent être regardés comme étant d'importance mineure : Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), JOCE n° C 268 du 22 décembre 2001, p. 13. La méthode s'appuie sur un seuil de sensibilité, exprimé arithmétiquement par l'indice de la part de marché

³⁴³ La substituabilité se démontre encore par le fait que lorsqu'un artiste lyrique se désiste d'un engagement, le producteur du spectacle cherche à le remplacer par un autre artiste de sa catégorie, si possible de notoriété équivalente.

vidéogrammes, droit des entreprises de communication audiovisuelle) sont exclusivement tournés vers l'investissement économique : la protection est conférée à ceux qui assument un risque financier. Certes, elle l'est en considération d'un lien avec le secteur culturel, mais l'investissement du titulaire n'est que commercial, et non artistique.

En cela, le traitement de la question de la substituabilité n'appelle pas davantage de développements particuliers que ce qui a été dit au sujet de la protection par le droit d'auteur des œuvres à caractère technique ou informationnel³⁴⁴. La question de l'empreinte de la personnalité ne se pose donc pas. Par ailleurs, l'existence d'un droit de propriété littéraire et artistique confère bien une exclusivité qui permet à son titulaire de se démarquer de la concurrence par la protection de ce qu'il y a d'inédit dans son produit. Pour autant, la protection du caractère inédit ne signifie pas que l'objet protégé est particulièrement singulier, au point de s'exclure lui-même des marchés existants pour constituer son propre marché. Dans ce secteur des droits voisins, autres que celui des artistes-interprètes, nous ne voyons donc aucune difficulté à envisager la substituabilité, dans le sens classique que lui attribue le droit de la concurrence.

§ 2. – Les spécificités du droit d'auteur envisagées sous l'angle de la délimitation géographique du marché

119. – Nécessité d'une délimitation géographique du marché en droit de la concurrence. Le marché géographique en droit de la concurrence peut-être défini comme « *le territoire à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence* »³⁴⁵. La recherche de la délimitation géographique du marché constitue le prolongement de l'opération de délimitation matérielle du marché : l'étude de la dimension géographique du marché n'a en effet de sens que si l'on est parvenu préalablement à désigner les produits ou les services en cause.

Si la délimitation matérielle apparaît sans conteste comme la phase essentielle – et la plus délicate – en matière d'analyse du marché, il faut néanmoins veiller à ne pas négliger la délimitation géographique sans laquelle l'analyse du marché demeurerait incomplète. En effet, si la délimitation du marché pertinent ne devait consister qu'à déterminer les produits ou

³⁴⁴ Cf. *supra*, n^{os} 111 et s.

³⁴⁵ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n^o 72.

services en cause, sans considération pour la dimension géographique du marché, on serait conduit à retenir que toutes les entreprises au monde proposant ces produits ou services seraient en concurrence les unes avec les autres, et ce, quelle que soit leur localisation – ou plus exactement leur sphère d'influence géographique – respective. Cela n'a naturellement pas de sens.

Aucune étude de délimitation de marché ne peut donc être considérée complète si elle n'a pas été menée sur le double front de la délimitation matérielle et de la délimitation géographique. Pour autant, il n'est pas rare que, dans la pratique, les autorités de concurrence développent peu – voire pas du tout – la question de la délimitation géographique, notamment lorsqu'il s'agit, pour une autorité nationale, d'apprécier des pratiques ayant cours sur le territoire national³⁴⁶.

120. – Définition du marché géographique. Selon la Commission, « *le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »³⁴⁷. Comme le relevait un auteur, « *il s'agit de déterminer les limites territoriales au-delà desquelles la concurrence ne s'exerce plus de façon efficace* »³⁴⁸.

Comme pour la délimitation matérielle, la délimitation géographique du marché repose sur l'appréciation de la substituabilité de l'offre et de la demande. Cependant, il convient de noter que les autorités de concurrence s'appuient essentiellement sur des critères de substituabilité du côté de la demande. Le Conseil de la concurrence relevait ainsi dans un de ses rapports que « *la question de la délimitation du marché revêt [...] une dimension territoriale, permettant d'apprécier si les demandeurs ont, dans les faits, la possibilité*

³⁴⁶ Dans ce sens, L. BIDAUD, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préf. Frédéric Jenny, Litec, 2001, n° 1010b : l'auteur relève qu'il ressort de la jurisprudence interne que la dimension du marché est le plus souvent nationale ; dans ce cas de figure, la dimension géographique ne se trouve généralement explicitée que dans les hypothèses où « *la relation de l'offre et de la demande est une relation de proximité dont la distance peut être variable ou lorsqu'il convient de dissiper un doute que le marché en cause est bien de dimension nationale* » (sic).

³⁴⁷ Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, n° 8.

³⁴⁸ L. BIDAUD, *op. cit.*, n° 1009.

d'arbitrer entre différents produits ou services, qui peuvent, bien que de même nature, ne pas être substituables, soit parce qu'ils ne sont pas disponibles dans les mêmes zones géographiques soit parce qu'ils sont grevés de coûts de transports tels qu'ils ne pourraient effectivement concurrencer ceux qui sont disponibles dans d'autres zones »³⁴⁹.

121. – Influence du droit d'auteur sur la délimitation géographique du marché. S'agissant des rapports qu'entretiennent le droit d'auteur et le droit de la concurrence, on est amené à se poser la question de la délimitation géographique du marché dans des termes similaires à ceux posés au sujet de la délimitation matérielle. La circonstance qu'un droit d'auteur soit au cœur d'une problématique de concurrence implique-t-elle certaines spécificités quant à la délimitation géographique du marché ? Peut-on affirmer que la délimitation géographique du marché présente certaines particularités lorsqu'est en cause un droit d'auteur ?

Afin de répondre à cette question, il convient de s'interroger sur la dimension spatiale du droit d'auteur. Confrontée à la notion de marché géographique, elle permettra de mettre en évidence – ou non – d'éventuelles spécificités quant aux méthodes ou aux critères de la délimitation. Deux aspects du droit d'auteur nous semblent devoir être examinés dans cette perspective, dans la mesure où il peut apparaître, à première vue, que le droit de la concurrence n'y sera pas insensible. Il y a tout d'abord la question de la territorialité du droit d'auteur (A). Vient ensuite celle de l'ubiquité de l'œuvre protégée par le droit d'auteur (B).

A. – LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ DU DROIT D'AUTEUR

122. – L'absence d'influence du principe de territorialité du droit d'auteur. S'exprimant sur le sujet de la propriété industrielle, Messieurs Azéma et Galloux affirment que « *l'existence du droit du breveté connaît trois limites : limites dans l'espace, dans le temps et quant à l'objet de l'invention brevetée* »³⁵⁰. Il y a tout lieu de penser que l'affirmation est parfaitement transposable au domaine de la propriété littéraire et artistique. C'est d'ailleurs le raisonnement que tient Monsieur Bouche dans sa thèse consacrée au

³⁴⁹ Rapport du Conseil de la concurrence pour 1994, p. 59.

³⁵⁰ J. AZÉMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2006, n° 600.

principe de territorialité de la propriété intellectuelle³⁵¹ : l'objet de son propos consiste en effet à assigner deux sens distincts à l'expression de « principe de territorialité », et ce de manière uniforme pour l'ensemble de la propriété intellectuelle, quelles que soient les branches concernées.

Après avoir relevé le flou de la notion³⁵², M. Bouche s'attache à distinguer le « principe de territorialité de limitation » et le « principe de territorialité de conflit de lois ». Le premier signifie que « *tout droit subjectif de propriété intellectuelle limite son existence et son effet au territoire de l'ordre juridique qui l'a créé* » ; le second « *exprime une règle de conflit de lois pour la résolution des problèmes de droit international privé de la propriété intellectuelle : l'application de la loi du pays pour le territoire duquel sont revendiqués l'existence et l'effet d'un droit subjectif de propriété intellectuelle* »³⁵³.

Le principe de territorialité, entendu sous l'une ou l'autre de ces deux acceptions, peut-il influencer l'application du droit de la concurrence, notamment en induisant des spécificités en matière de délimitation géographique du marché ? On peut d'emblée constater que la question des conflits de lois est sans aucun rapport avec la délimitation du marché pertinent. Le fait que telle ou telle loi nationale soit invoquée pour la protection du droit d'auteur est en effet sans incidence sur l'analyse concurrentielle d'une opération mettant en cause un droit d'auteur. Quant au principe de territorialité de limitation, il ne semble guère plus impliqué dans le problème de la délimitation géographique du marché³⁵⁴. Rappelons que la détermination du

³⁵¹ N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, L'Harmattan, 2002.

³⁵² N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 6 : « *l'expression même de "principe de territorialité" ou "territorialité" n'a intrinsèquement, que très peu de signification. Par "principe", on entend certainement souligner qu'il s'agit là d'une règle d'une certaine généralité. Par "territorialité" cependant, ne s'exprime qu'un rapport particulièrement fort à un territoire, rien de plus. A priori, le "principe de territorialité" ne souligne donc qu'un rapport particulièrement fort à ce territoire, sans que la nature de ce rapport ou même de ce territoire ne soit précisée* ».

³⁵³ N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 9.

³⁵⁴ On peut au passage souligner le point de vue pertinent de M. Bouche, en ce qu'il relève que le principe de territorialité de limitation n'est pas réellement spécifique aux droits de propriété intellectuelle, mais vaut au contraire de façon plus large pour tout droit subjectif : « *Tout ordre juridique est un système et un droit subjectif n'est jamais qu'une abstraction, le fruit d'un système auquel il est nécessairement relatif et limité. Le droit subjectif résulte de l'application d'une règle de droit matériel à une situation de fait donnée ; il est la prérogative conférée à une personne par une règle de droit et derrière cette règle de droit par l'ordre juridique auquel elle appartient* » (N. BOUCHE, *op. cit.*, n° 272). En cela, même si l'existence du principe de territorialité de limitation avait dû avoir une influence sur la délimitation géographique du marché, on aurait tout de même écarté la question de notre sujet, dans la mesure où les spécificités mises en évidence n'auraient pas procédé de la nature singulière du droit d'auteur, mais seulement de sa nature de droit subjectif.

marché géographique en cause consiste à s'interroger sur l'étendue du territoire sur lequel sont proposés les produits ou services en cause dans des conditions de concurrence homogènes. Or, si le droit d'auteur limite bien son existence et son effet au territoire de l'État qui l'a créé³⁵⁵, l'œuvre elle-même, qui est le véritable objet des échanges commerciaux, peut, elle, être localisée sur un tout autre territoire – voire sur plusieurs territoires de façon simultanée – par le biais des contrats d'exploitation. Ainsi, une œuvre cinématographique, protégée par le droit d'auteur français en ce qu'elle remplit les conditions de protection requises par législation française, pourra tout à fait être distribuée dans d'autres pays francophones. Chaque distributeur ayant la nécessité de détenir au moins une copie du film en vue de sa diffusion, on peut affirmer qu'il existera au moins autant de copies que de distributeurs. Nous parlons bien de copies ici : par ce terme, nous désignons les multiples supports matériels (bobines, disques) ou immatériels (fichiers informatiques) sur lesquels auront été fixés l'œuvre en question. Mais l'œuvre, elle, reste unique. Ceci nous amène à affirmer que l'œuvre de l'esprit est douée d'ubiquité³⁵⁶.

On peut donc dire que le principe de territorialité de limitation est sans influence sur la délimitation géographique. L'offre de produits ou de services protégés par le droit d'auteur n'est en effet aucunement contrainte dans sa dimension territoriale par l'existence d'une protection qui est, elle, nécessairement limitée dans son étendue géographique. La protection de l'œuvre est la traduction d'un droit subjectif du titulaire, et ne doit pas être confondue avec l'œuvre elle-même qui constitue concrètement l'objet des échanges commerciaux.

B. – LE CARACTÈRE D'UBIQUITÉ DES ŒUVRES DE L'ESPRIT

123. – L'ubiquité des œuvres de l'esprit. Nous avons relevé, au cours des développements qui précèdent, le caractère d'ubiquité dont est dotée l'œuvre de l'esprit³⁵⁷. C'est là un second aspect de la dimension spatiale du droit d'auteur, qui donne davantage à réfléchir s'agissant de la délimitation géographique du marché. Dans un sens commun,

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 506 : « Une œuvre est jouée, diffusée, reproduite dans plusieurs pays en même temps, ce qui lui donne une existence démultipliée ».

³⁵⁷ Le terme d'ubiquité est fréquemment utilisé en doctrine. V. par exemple, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, spéc. n° 1347 – C.S.P.L.A., *Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique*, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/>.

l'ubiquité se dit de « *la possibilité d'être présent en plusieurs lieux à la fois* »³⁵⁸. Dotée de cette faculté, l'œuvre de l'esprit, à l'instar des autres créations protégées par un droit de propriété intellectuelle, occupe une place singulière dans le paysage juridique. Cette singularité ne résulte pas de ce seul don d'ubiquité : l'air, l'eau de la mer ou encore l'information, par exemple, peuvent le posséder également. En revanche, cette faculté d'ubiquité, combinée à celle d'appropriation, semble spécifique aux créations protégées par les droits de propriété intellectuelle.

En effet, la plupart des objets dotés d'ubiquité – dont font partie les exemples cités à l'instant – se révèlent être, sinon des choses communes³⁵⁹, à tout le moins des choses insusceptibles d'appropriation. Par ailleurs, le caractère appropriable d'une chose renvoie assez spontanément à l'image d'une chose corporelle³⁶⁰, ou du moins localisable en un endroit particulier. Il faut bien reconnaître alors qu'une forte capacité d'abstraction serait nécessaire au non-juriste à qui l'on demanderait d'illustrer la catégorie des choses dotées d'ubiquité et susceptibles d'appropriation. C'est pourtant bien de cette catégorie que relèvent les créations intellectuelles susceptibles de protection, et donc des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. Les œuvres de l'esprit sont des objets immatériels « *qui ne sont, du fait même de leur nature incorporelle, localisés réellement nulle part ou bien se situent partout où ils sont susceptibles d'être communiqués au public* »³⁶¹.

L'ubiquité de l'œuvre de l'esprit contraste avec le support matériel de l'œuvre qui, lui, est clairement localisable en un point précis. Et s'il existe une multiplicité de supports répandus dans le monde entier, cela ne changera rien à l'affaire : chaque support, pris isolément, sera localisable en un point précis, alors que l'œuvre, elle, restera une et indivisible, présente partout à la fois : en tous endroits où auront été localisés les supports, mais plus généralement en tous endroits où l'œuvre aura été communiquée au public. Imaginons un gigantesque feu d'artifice ; il n'y aurait aucun sens à situer l'œuvre à l'endroit d'où elle aurait été tirée par les

³⁵⁸ *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Dictionnaires Le Robert, 2010.

³⁵⁹ Les choses communes sont celles « *qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* » (art. 714 al. 1 C. civ.) : ainsi en est-il de l'air, de l'eau de la mer ou des eaux courantes.

³⁶⁰ À tort, d'ailleurs, car il est bien entendu acquis que les choses incorporelles sont elles aussi susceptibles d'appropriation. C'est par exemple le cas des actions de sociétés.

³⁶¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1344.

artificiers, pas plus qu'il n'y aurait de raison de la localiser sur le périmètre décrit par ses retombées : l'œuvre sera partout où il existera un public pour la percevoir.

124. – Ubiquité, absence de frontières, et délimitation du marché. L'ubiquité en elle-même n'emporte pas réellement de conséquences quant à la délimitation du marché, car le droit de la concurrence s'intéresse moins aux œuvres de l'esprit elles-mêmes qu'à leur support. L'œuvre reste difficilement saisissable au titre d'un contrôle des échanges économiques, alors que le support l'est parfaitement. Toute œuvre possède par définition son support, car toute œuvre, pour accéder à ce rang et être digne de protection, se doit d'être une création de forme originale. La forme est l'expression perceptible par les sens de l'œuvre ; elle est le critère qui permet de distinguer l'œuvre de la simple idée. Nous pouvons reprendre une métaphore on ne peut plus parlante : si l'œuvre est une personne, la forme en est le corps, et l'originalité en est l'âme³⁶². Pour être considérée comme une création de forme, l'œuvre aura donc nécessairement dû être fixée sur un support.

Ce support peut être matériel. Mais avec l'avènement des nouvelles technologies, il tend de plus en plus à être dématérialisé. Or, la dématérialisation fait définitivement tomber des frontières déjà fortement ébranlées par l'ubiquité. M. Caron souligne ainsi que grâce à l'Internet, les œuvres sont dorénavant accessibles en tous points de la Terre³⁶³. Ceci n'est pas indifférent à notre réflexion sur la détermination du marché géographique en cause. La conjonction de l'ubiquité et de la dématérialisation abolit les frontières géographiques. Cela n'emporte pas à proprement parler de conséquences sur les critères et les méthodes de délimitation géographique, mais conduit à s'interroger sur la nécessité impérieuse de délimiter géographiquement le marché dans ce type de contexte³⁶⁴.

³⁶² P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7^e éd., 2010, n° 33.

³⁶³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 35.

³⁶⁴ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 12 : « les évolutions économiques et technologiques récentes militent en faveur d'une relativisation du rôle joué par la notion de marché pertinent. Ainsi, les nouvelles technologies estompent-elles les frontières entre certains marchés, par exemple entre l'internet et les médias ou la téléphonie. Mais en l'état, la délimitation du marché est en quelque sorte, un mal nécessaire ».

125. – Conclusion. En droit de la concurrence, le marché est défini comme un marché de produits ou de services. En droit d’auteur, les œuvres protégées font l’objet de diverses sortes d’exploitation, susceptibles d’être qualifiées aussi bien de produits que de services au sens du droit de la concurrence³⁶⁵. Quelques situations mettant en cause des droits d’auteur méritent qu’on y prête une attention particulière. Ainsi, lorsque l’œuvre protégée constitue une infrastructure essentielle, il conviendra d’être attentif à la distinction des marchés amont et aval car de leur délimitation dépend la bonne application de la théorie des infrastructures essentielles³⁶⁶. La délimitation du marché dans le domaine de la gestion collective des droits nécessite elle aussi une analyse minutieuse. La multiplicité des relations contractuelles nouées par les sociétés de gestion collective invite en effet à distinguer autant de sortes de marché qu’il existe de catégories d’interlocuteurs (adhérents, utilisateurs et homologues étrangers).

L’étude du marché en droit d’auteur soulève également l’intéressante question de la confrontation entre le critère de la substituabilité, sur lequel repose la délimitation du marché en droit de la concurrence, et celui de l’originalité, qui postule que chaque œuvre de l’esprit protégée est unique. À la question de savoir si les œuvres de l’esprit sont interchangeables entre elles, et si cela a une incidence sur la délimitation du marché, il faut répondre en distinguant le cas des œuvres à caractère artistique et celui des œuvres à caractère technique ou informationnel. Dans le premier cas, l’interchangeabilité est faible, voire inexistante, en raison de l’unicité qui résulte de l’empreinte de la personnalité de son auteur. Toutefois, on veillera à ne pas confondre l’absence d’interchangeabilité des œuvres, dans le sens civil d’une absence de fongibilité, de l’absence de substituabilité, à défaut de quoi chaque œuvre protégée délimiterait un marché propre. Il semble plus juste d’opérer, en matière d’œuvres artistiques, une délimitation des marchés par genre d’œuvres. Dans le cas des œuvres à caractère technique ou informationnel, l’interchangeabilité ne fait guère de doute, ce qui constitue l’indice d’une évidente substituabilité.

Enfin, si la délimitation du marché géographique est une étape du raisonnement concurrentiel tout autant nécessaire que celle du marché de produits ou de services, force est de constater que le caractère d’ubiquité des œuvres, autant que le phénomène de

³⁶⁵ Dans le même sens, C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l’Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 193, note 25 : « les œuvres littéraires ou artistiques peuvent tantôt reproduites (livres, cassettes, films, qui sont des marchandises, et tantôt représentées (notamment par la télévision qui est un service) ».

³⁶⁶ V. *infra*, n°s 305 et s.

dématérialisation qui accompagne la diffusion des contenus sur Internet, peuvent rendre cette recherche tout à fait obsolète.

Conclusion du Titre I

126. – Il serait inexact d'affirmer que l'implication culturelle du droit d'auteur fait de l'entreprise et du marché des notions incompatibles avec le droit d'auteur. D'une part, l'aspect culturel du droit d'auteur ne constitue qu'un des visages du droit d'auteur : le droit d'auteur est également, dans certaines hypothèses, un droit de l'investissement pur. D'autre part, le secteur culturel n'a pas plus de raison d'échapper à la loi du marché que d'autres secteurs économiques, industriels, ou de service. En revanche, l'analyse de ces conditions d'application du droit de la concurrence à l'aune du droit d'auteur révèle un certain nombre de spécificités qu'il est bon de souligner. Ces spécificités traduisent la nécessité d'une application raisonnée et nuancée du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur. Les autorités de concurrence doivent en effet en tenir compte dans leur analyse des problèmes de concurrence afin que la substance du droit d'auteur ne s'en trouve pas altérée.

TITRE II

LES VOIES DE LA SOUMISSION DU DROIT D'AUTEUR AU DROIT DE LA CONCURRENCE

127. – Applicabilité du droit de la concurrence aux propriétés intellectuelles. Droit français et droit de l'Union européenne. L'application en France du droit de la concurrence relève, pour une partie, du droit interne³⁶⁷, et pour l'autre, du droit de l'Union européenne³⁶⁸. Cette dualité des sources invite à se demander si, historiquement, la question de l'applicabilité du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle s'est posée en des termes identiques dans les deux ordres juridiques. Comme nous allons le voir, la réponse est négative. On peut s'en étonner, car sur le fond, le droit français et le droit européen ne comportent qu'assez peu de différences³⁶⁹, et ces différences, assez minimes, ne semblent *a priori* pas de nature à perturber le traitement d'une question aussi générale que celle des rapports entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Il n'est pas question de dire ici que le droit interne et le droit européen se sont opposés sur la question : ils prônent effectivement la même solution³⁷⁰. En revanche, force est de constater

³⁶⁷ Articles L.420-1 et s. C. com.

³⁶⁸ Articles 101 et s. du TFUE.

³⁶⁹ Ce peu de différences s'explique par une « *communautarisation du droit français* » : M.-C BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, n° 1.

³⁷⁰ Une divergence d'approche serait d'ailleurs difficilement envisageable d'un point de vue théorique. Ainsi que le relève MM. GAVALDA et PARLEANI, il est « *difficile pour les États de maintenir des règles nationales contraires dans leur esprit ou dans leur conception aux règles communautaires qui viendraient à être adoptées* », le droit communautaire ayant ainsi « *un effet de contagion, et d'aplanissement des différences* », *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 20.

qu'ils n'y sont pas parvenus par les mêmes voies. Alors que le droit européen a développé une abondante jurisprudence qui alimenta de nombreux débats dans les milieux spécialisés de la propriété intellectuelle, le droit français le devança de beaucoup et appliqua sans détours le droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle dès les années 1950, et donc bien avant la rédaction du Traité de Rome instituant les Communautés économiques européennes en 1957. Une étude figurant dans le Rapport du Conseil de la concurrence pour 2004 mentionne ainsi un avis rendu par la Commission technique des ententes en 1955 en matière de brevets³⁷¹.

Pour autant, les décisions anciennes ne semblent pas si nombreuses, et ce n'est certainement pas un hasard si la seule citée au Rapport du Conseil de la concurrence concerne les brevets, et donc la propriété industrielle. En effet, la question de l'applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur est un débat autrement plus sensible que celui de son applicabilité à la propriété industrielle³⁷², et les solutions dégagées au sujet du droit d'auteur par la jurisprudence communautaire ont nécessairement servi le droit français.

L'ensemble de ces raisons nous conduit à ne pas réserver de développements particuliers à la question de l'applicabilité du droit français. C'est en effet sur le front du droit européen que le débat a eu lieu ; c'est donc sous ce jour que la question méritera d'être étudiée.

La question de l'applicabilité du droit européen de la concurrence au droit d'auteur suppose un préalable : que le droit de l'Union européenne lui-même ait compétence pour intervenir dans le domaine du droit d'auteur (Chapitre 1). Or, c'est principalement sur ce point que se sont focalisés les débats : que les problèmes se soient posés en terme de liberté de circulation des marchandises, ou en termes de liberté de la concurrence, les discussions ont essentiellement porté sur le fait de savoir si le droit d'auteur était soumis aux règles de fonctionnement des marchés posées par le Traité de Rome. La réponse ne fait aujourd'hui plus aucun doute : le droit d'auteur ne peut s'abstraire des contraintes liées à la régulation du marché intérieur et doit respecter les principes de libre circulation des marchandises et de libre concurrence.

³⁷¹ Commission technique des ententes, Avis du 8 octobre 1955, *Industrie du magnésium*.

³⁷² Cf. *infra*, n° 144.

Néanmoins, les législations de protection des droits de propriété intellectuelle relevant de la souveraineté des États membres, il a fallu dégager des règles permettant de délimiter la mesure de l'emprise du droit de l'Union européenne sur ces droits. Nous étudierons cette question sous l'angle des modalités d'application du droit européen de la concurrence au droit d'auteur (Chapitre 2).

Chapitre 1

L'applicabilité du droit de l'Union européenne au droit d'auteur

128. – Compétence européenne et affectation du droit d'auteur par les règles des traités. La question de l'applicabilité du droit européenne au droit d'auteur est une question pour partie distincte de celle de la compétence européenne en matière de droit d'auteur. La compétence européenne désigne en effet l'ensemble des compétences attribuées par les États membres à l'Union européenne dans des domaines déterminés. L'Union est-elle compétente dans le domaine du droit d'auteur ? La réponse ne peut être simple. Tout d'abord, les compétences de l'Union ne sont pas figées dans le temps : elles ont même beaucoup évolué depuis l'origine des Traités, où l'objectif poursuivi se limitait essentiellement à l'instauration d'un marché commun, jusqu'à l'heure actuelle, où l'Union se voit confier une compétence en matière de politique culturelle³⁷³. Par ailleurs, l'histoire de l'Union européenne nous enseigne que, compétente ou non en matière de droit d'auteur, l'Union a pour objectif premier l'établissement du marché unique, et pour mission de faire respecter les règles indispensables à sa création et son maintien que sont les règles de libre circulation et de libre concurrence. À ce titre, le droit d'auteur a pu être affecté de manière indirecte par l'application des dispositions du Traité en ce domaine, alors même qu'aucune compétence ne semblait alors pouvoir être attribuée à l'Union en matière de droit d'auteur (Section 1). L'absence de compétence ayant certainement fondé le soupçon d'une illégitimité de l'intervention du droit communautaire en matière de droit d'auteur, nous verrons comment l'extension récente des compétences européennes en matière culturelle et dans le domaine de la propriété

³⁷³ Art. 3§1 p) du Traité CEE dans sa rédaction issue du Traité de Maastricht du 7 février 1992 : « l'action de la Communauté comporte [...] une contribution [...] à l'épanouissement des cultures des États membres » et article 128 du même traité, insérant au sein des politiques de la Communauté un Titre IX consacré à la Culture.

intellectuelle pourrait contribuer à conférer une légitimité nouvelle au contrôle européen de l'exercice des droits de propriété intellectuelle (Section 2).

SECTION 1 L'ABSENCE DE VISIBILITÉ DU DROIT D'AUTEUR DANS L'ENVIRONNEMENT COMMUNAUTAIRE ORIGINAIRE

129. – La lecture des textes communautaires de 1957 rend à l'évidence compte du fait que le droit d'auteur et les droits voisins ont été bien loin des préoccupations des rédacteurs du Traité de Rome. Certains éléments ont ainsi pu laisser croire que le droit d'auteur devait être exclu du champ des compétences communautaires (§ 1). C'était sans compter la disposition de l'article 36 du Traité de Rome qui, visant la catégorie des droits de propriété industrielle et commerciale, a pu constituer une passerelle vers une extension de son application à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (§ 2). On a pu déduire de ce texte l'applicabilité du droit communautaire au droit d'auteur et aux droits voisins, en dépit même du fait que ces deux notions étaient demeurées étrangères à la lettre du Traité.

§ 1. – Les éléments textuels tendant à situer le droit d'auteur hors du champ d'applicabilité du droit communautaire

130. – La question de l'applicabilité du droit communautaire a suscité des réticences, avant même que ne surviennent les premières décisions de jurisprudence à ce sujet³⁷⁴. Outre un argument de fond souvent invoqué, mais auquel nous avons déjà consacré des développements spécifiques³⁷⁵, les arguments cités ont été principalement des arguments de texte, consistant à trouver dans le Traité lui-même les justifications d'une inapplicabilité au droit d'auteur, soit en considération de ce que le Traité disait, soit en considération de ce qu'il ne disait pas. Ainsi, l'absence de référence explicite au droit d'auteur (A), conjuguée à l'interprétation possible de certains textes du Traité (B), ont été autant d'éléments laissant

³⁷⁴ F. HEPP, « L'exercice des droits de propriété littéraire et artistique dans la Communauté Économique Européenne », *Dr. auteur*, 1964, p. 301.

³⁷⁵ Par argument de fond, nous entendons l'argument ayant consisté à dénoncer l'incompatibilité totale existant entre le droit d'auteur et le droit communautaire, ce dernier étant, à l'origine, exclusivement préoccupé par des considérations d'ordre économique, totalement étrangères au domaine culturel dans lequel évolue le droit d'auteur. V. *supra*, n° 26.

entrevoir une potentielle inapplicabilité du droit communautaire à la propriété littéraire et artistique.

A. – L’ABSENCE DE RÉFÉRENCE TEXTUELLE AU DROIT D’AUTEUR DANS LE TRAITÉ DE ROME

131. – Un droit d’auteur exclu de la notion de « propriété industrielle et commerciale » ? S’il faisait bien référence à la « *propriété industrielle et commerciale* » en son article 36³⁷⁶, le texte du Traité de Rome ne mentionnait en revanche nulle part le droit d’auteur. Par ailleurs, l’expression de « propriété industrielle et commerciale » étant moins usuelle que celle de « propriété intellectuelle », on a pu légitimement conclure qu’elle avait été employée à dessein par les rédacteurs du Traité pour exclure les catégories de droits intellectuels relevant de la propriété littéraire et artistique, à savoir le droit d’auteur et les droits voisins³⁷⁷.

L’affirmation selon laquelle le droit d’auteur était totalement absent du Traité n’était cependant que partiellement exacte. En effet, ainsi que le relevait André Françon³⁷⁸, un article du Traité y faisait indirectement référence. Aux termes de l’article 106 du Traité CEE, il était précisé que « *les États membres s’engagent à ne pas introduire entre eux de nouvelles restrictions aux transactions invisibles énumérées à la liste qui fait l’objet de l’Annexe III du présent Traité* ». Or, dans la liste des transactions invisibles énoncées dans l’annexe figurait explicitement le droit d’auteur. Ceci étant, il faut bien reconnaître que placé dans une annexe, et cité au sujet des transactions invisibles, le droit d’auteur faisait figure de parent pauvre, face aux droits de propriété industrielle, cités, eux, dans le corps du Traité (article 36), et au sujet des règles capitales pour le fonctionnement du marché commun que constituent les règles de libre circulation des marchandises.

On partagera donc l’avis de ceux qui considèrent que le Traité de Rome est resté quasiment muet sur le droit d’auteur. Il nous semblerait cependant peu convaincant d’en déduire un placement du droit d’auteur hors du champ d’application du Traité. En effet, le

³⁷⁶ Des développements spécifiques seront consacrés ultérieurement à cet article. Cf. *infra*, n^{os} 136 et s.

³⁷⁷ Cf. *infra*, n^o 143.

³⁷⁸ A. FRANÇON, « Le droit d’auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne », *RIDA*, avril 1979, p. 129.

respect du principe d'ordre public économique auquel se rattachent les règles de concurrence impose, en ce domaine, une interprétation large du Traité : on ne saurait déduire de ce que le Traité ne dit pas d'éventuelles exceptions à son application³⁷⁹.

B. – LES RÉFÉRENCES TEXTUELLES DU TRAITÉ DE ROME TENDANT À ÉCARTER L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU DROIT D'AUTEUR

132. – Le Traité de Rome et le régime de la propriété dans les États membres. Principalement deux textes, issus du Traité de Rome, ont donné lieu à des interprétations doctrinales conduisant à écarter l'application du droit communautaire au droit d'auteur. Il s'agit des articles 222 et 234 du Traité de Rome³⁸⁰. Le premier texte dispose que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Les partisans d'un droit d'auteur soustrait aux logiques économiques du Traité se sont naturellement engouffrés dans la brèche ouverte par cet article, arguant que le droit d'auteur, en tant que droit de propriété intellectuelle, pouvait relever de l'application de l'article 222 du Traité. Mais une telle interprétation aurait logiquement dû conduire à une exclusion similaire de l'applicabilité du droit communautaire aux droits de propriété industrielle. Or cette dernière proposition aurait été en contrariété directe avec la lettre de l'article 36 du Traité de Rome, qui fait expressément mention de la « *propriété industrielle et commerciale* », créant par là-même une connexion entre ce domaine de la propriété intellectuelle et les règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises³⁸¹.

Par ailleurs, une application de l'article 222 en ce sens aurait supposé que soit résolue la question de la qualification des droits de propriété incorporelle en véritables droits de propriété. Or, la question est pour le moins épineuse, et ne connaîtra probablement jamais de réponse définitive³⁸².

Enfin, il apparaît manifestement que les rédacteurs du Traité étaient peu sensibilisés à la question des droits incorporels. En témoigne l'approche partielle de la question au travers de

³⁷⁹ Cf. *supra*, n° 36.

³⁸⁰ Respectivement, articles 345 et 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁸¹ Sur cet article, cf. *infra*, n°s 136 et s.

³⁸² V. *infra*, n° 155.

l'article 36 du Traité qui ne traite que de la propriété industrielle et commerciale³⁸³. Dans cette perspective, il nous semble que les rédacteurs ont, par l'article 222 du Traité, davantage cherché à viser la propriété corporelle.

133. – L'incidence de dispositions relatives au droit d'auteur issues conventions internationales antérieures au Traité de Rome. S'agissant de l'article 234 du Traité de Rome, il énonce que les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité ne sont pas affectés par les dispositions de ce dernier. Une interprétation du texte pouvait alors consister à affirmer que des dispositions intéressant le droit d'auteur, adoptées par un État membre en vertu d'une convention internationale antérieure au Traité de Rome, pouvaient mettre en échec l'application des règles dudit Traité dès lors que l'application de ces règles contrariait celles résultant de la convention internationale antérieure. Or, bien antérieurement à l'adoption du Traité de Rome, avait été signée la Convention de Berne³⁸⁴, texte fondateur du droit d'auteur international. L'argument fondé sur l'article 234 méritait d'être pris en considération.

134. – Les prises de position jurisprudentielles. La Cour de justice des Communautés européennes fut priée de répondre simultanément aux deux arguments, respectivement fondés sur les articles 222 et 234, dans l'affaire *Consten et Grundig*³⁸⁵. En l'espèce, la Commission avait qualifié d'entente anticoncurrentielle le contrat d'exclusivité conclu entre la société Grundig et son distributeur en France, la société Consten. Les requérantes invoquèrent notamment les articles 222 et 234 afin de faire obstacle à l'application des règles du Traité dont la transgression leur avait été reprochée. La Cour répondit, de manière laconique, que « *les articles [...] 222 et 234 du Traité*³⁸⁶, *invoqués par les requérantes, ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire sur l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle* ». On peut naturellement regretter que la réponse de la Cour n'ait pas été plus motivée, surtout s'agissant de la réponse au grief tiré du non respect de l'article 234 par la Commission, car l'argument nous semble mériter plus d'attention que celui fondé sur l'article 222.

³⁸³ Sur cette approche, cf. *infra*, n° 143 et s.

³⁸⁴ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, Disponible sur <http://www.wipo.int/>.

³⁸⁵ CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429.

³⁸⁶ Articles 36, 345 et 351 du TFUE.

On prendra ainsi la peine de rechercher dans la jurisprudence ultérieure d'autres griefs fondés sur le non respect de l'article 234, ainsi que les réponses fournies par les juges à ce sujet. Les arrêts *Magill* du Tribunal de première instance des Communautés européennes, apportent de ce côté leur pierre à l'édifice³⁸⁷. Dans cette affaire, où la société RTE, diffuseur de programmes télévisés, s'était vu imposer par la Commission de concéder une licence sur ses grilles de programme de télévision à la société Magill qui souhaitait lancer un guide hebdomadaire national de programmes de télévision, la requérante avait invoqué l'application de l'article 234 du Traité CEE. Elle prétendait que la décision de la Commission l'enjoignant de concéder une licence contre son gré contredisait les dispositions de l'article 9, paragraphe 1, de la Convention de Berne, lesquelles consacraient le droit exclusif de reproduction de l'auteur.

Le Tribunal rejeta l'applicabilité de l'article 234 en la cause, et motiva cette fois sa solution de façon détaillée. Il releva tout d'abord que la Communauté n'était pas partie à la Convention de Berne, et rappela ensuite que la Cour de justice avait été amenée par le passé à interpréter les termes de l'article 234. Ainsi, dans l'expression « *droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement* » employée à l'article 234, le terme de « droits » devait être entendu comme les droits des États tiers, et le terme d' « obligations » comme les obligations des États membres. Les juges en déduisaient que « *les conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du Traité ne [pouvaient] donc pas être invoquées dans les rapports entre États membres pour justifier des restrictions dans le commerce intracommunautaire* »³⁸⁸.

§ 2. – Les éléments textuels tendant à situer le droit d'auteur dans le champ d'applicabilité du droit communautaire

135. – D'éléments textuels, nous n'en trouvons en réalité qu'un seul : l'article 36 du Traité de Rome (article 36 du TFUE). Cet article a eu, dans la construction jurisprudentielle

³⁸⁷ TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefís Eireann c/ Commission*, aff. T-69/89, Rec. p. II-485 – TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, Rec. p. II-535 – TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, Rec. p. II-575.

Les trois arrêts présentant des motifs semblables, nous ne citerons que l'arrêt rendu dans la première affaire (T-69/89).

³⁸⁸ TPICE, 10 juillet 1991, aff. T-69/89 préc., point 102.

relative à l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur, un rôle absolument prépondérant. D'une part, il a servi de fondement au critère de délimitation de l'emprise du droit communautaire sur le droit d'auteur qu'exprimait la distinction entre existence et exercice³⁸⁹. D'autre part, il a été la passerelle permettant l'extension de son propre champ d'application – initialement tourné vers la seule propriété industrielle et commerciale – à la propriété littéraire et artistique (B). Compte tenu de l'importance de la disposition, nous commencerons par la présenter, indépendamment de ses hypothèses d'application jurisprudentielle (A).

A. – L'ARTICLE 36 DU TRAITÉ DE ROME ET LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

136. – Nous resituerons la disposition de l'article 36 du Traité de Rome dans son contexte originel relatif à la libre circulation des marchandises (1), avant de préciser en quoi elle constitue une exception à ce principe de libre circulation (2).

1) Une disposition issue des règles de libre circulation des marchandises

137. – **Principe d'interdiction des obstacles tarifaires et non tarifaires, et tempéraments.** La règle posée par l'article 36 du TFUE (anciennement article 36 du Traité de Rome, puis article 30 du Traité CE) relève de l'application du principe de libre circulation des marchandises, principe fondamental du droit de l'Union européenne, qui constitue pour ainsi dire le « *socle du marché unique* »³⁹⁰. Il vise, au travers des articles 34 et 35 du TFUE, à ce que les marchandises puissent circuler sur le territoire de l'Union européenne, sans qu'aucun obstacle d'aucune sorte (tarifaire³⁹¹ ou non tarifaire³⁹²) puisse venir empêcher ou restreindre cette circulation. Si l'on perçoit bien que les obstacles tarifaires tels que des droits de douane à l'importation ou à l'exportation puissent être un obstacle à la libre circulation des

³⁸⁹ Ce point fera l'objet de développements spécifiques ultérieurement. Cf. *infra*, n^{os} 173 et s.

³⁹⁰ GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n^o 76.

³⁹¹ Les obstacles tarifaires sont visés par l'article 30 du TFUE (ex-article 25 TCE) : « *Les droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent sont interdits entre les États membres. Cette interdiction s'applique également aux droits de douane à caractère fiscal.* »

³⁹² Les obstacles non tarifaires sont visés par les articles 34 et 35 TFUE.

Article 34 du TFUE (ex-article 28 TCE) : « *Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.* »

Article 35 (ex-article 29 TCE) : « *Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.* »

marchandises, il ne faut pas oublier que d'autres obstacles, non tarifaires cette fois, peuvent produire les mêmes effets : ainsi en serait-il par exemple d'une législation d'un État membre imposant certaines normes de présentation à la vente sur le territoire national pour un type de produit déterminé. Il est certain qu'une législation de ce type peut être un frein au commerce entre les États membres ; doit-elle pour autant automatiquement être condamnée en vertu du droit de l'Union européenne ? La question ne peut appeler une réponse unique : l'imposition d'une telle norme semble *a priori* contraire aux objectifs du Traité, mais il pourrait apparaître qu'elle soit justifiée par certaines considérations, telles que l'hygiène ou la sécurité des consommateurs, par exemple. De l'exemple qui vient d'être pris, on peut déduire que le principe de l'interdiction des obstacles non tarifaires n'est pas d'une rigidité absolue. Il tolère en effet un certain nombre d'exceptions, exceptions qui sont toutes liées à des considérations d'intérêt général³⁹³.

2) Une exception au principe de libre circulation des marchandises

138. – Exclusivité territoriale des droits de propriété intellectuelle. L'origine de l'exception doit être expliquée. Si l'article 36 du TFUE mentionne que des interdictions ou des restrictions à l'importation ou à l'exportation peuvent être justifiées pour des raisons de propriété industrielle et commerciale, c'est donc que les droits intellectuels visés renferment la potentialité d'affecter le commerce intracommunautaire en créant des obstacles à la libre circulation des marchandises. Ce risque existe bel et bien, dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle confèrent à leur titulaire des monopoles d'exploitation. Ils leur confèrent en effet un droit exclusif : celui d'autoriser ou d'interdire l'exploitation du produit de leur création par les tiers. Or, ces monopoles ont pour limites géographiques les territoires des États membres. Cela ne veut pas dire qu'un titulaire de droit ne peut pas être protégé dans un autre État membre de l'Union que le sien, mais simplement que, s'il est amené à se prévaloir de son droit dans un État membre, une seule législation, déterminée en fonction des règles de conflits de loi, lui sera applicable, et celle-ci lui accordera, ou non, sa protection³⁹⁴. Il y a donc bien des limites territoriales à l'exclusivité conférée par le droit de propriété intellectuelle³⁹⁵.

³⁹³ Cf. *infra*, n^{os} 140 et 141.

³⁹⁴ Sur ce sujet, v. J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1996.

³⁹⁵ Sur ce sujet, v. N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, L'Harmattan, 2002.

139. – Contrôle des entraves à la circulation liées à l'exclusivité territoriale des droits. Des entraves à la libre circulation des marchandises peuvent alors se produire, notamment dans l'hypothèse des « importations parallèles » que l'on peut expliquer de la manière suivante : soit un titulaire détenant des droits de propriété intellectuelle couvrant un produit sur un État membre A ; une entreprise située sur le territoire d'un État membre B acquiert licitement ces produits auprès du titulaire, et les réexporte ensuite sur le territoire A, à un prix inférieur à celui pratiqué par le titulaire exploitant sa propre exclusivité dans l'État A. En vertu de son droit de propriété intellectuelle, on pourrait imaginer que le titulaire pourrait s'opposer à la réintroduction des exemplaires sur le territoire A sur le fondement de l'action en contrefaçon. En effet, si le titulaire n'avait permis à l'entreprise la commercialisation des produits que dans l'État B, il y aurait effectivement atteinte au droit du titulaire, qui détermine et choisit librement les limites de l'utilisation de ses droits par des tiers. Mais cette situation, on le comprend bien, affecte immédiatement la libre circulation des échanges. Il n'est donc pas anormal que le droit européen s'y soit intéressé.

Néanmoins, il est tout de suite apparu que le droit européen ne devait pas s'immiscer plus qu'il n'était nécessaire dans le contrôle de l'usage qui était fait des droits de propriété intellectuelle, car ceux-ci présente une utilité économique indéniable. Ils protègent la création, l'innovation technologique ; ils garantissent la provenance de produits... Autant de valeurs auxquelles il convient de ne pas porter atteinte, sous peine de freiner la création, la recherche de l'innovation et, plus généralement, la concurrence entre entreprises. Il a donc paru nécessaire de réserver un sort particulier à l'encadrement de l'usage des droits de propriété intellectuelle par les règles de libre circulation. D'un point de vue technique, deux mécanismes permettent de déroger à l'application des articles 34 et 35 du TFUE : l'exception textuelle de l'article 36 du TFUE (a), et le principe jurisprudentiel de justification des restrictions quantitatives (ou mesures d'effet équivalent) par l'intérêt général (b). Voyons dans quel cadre ces deux mécanismes peuvent intéresser la propriété intellectuelle.

a) *L'exception textuelle de l'article 36 du TFUE.*

140. – L'exception liée à des motifs de protection de la propriété industrielle et commerciale. Selon l'article 36, des interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit peuvent être justifiées dans certaines circonstances limitativement énumérées : il

doit s'agir de circonstances justifiées par « *raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* ». On s'accorde généralement à dire que ces raisons relèvent de l'intérêt général.

On ne manquera pas de relever la référence faite à la propriété intellectuelle lorsqu'est évoquée « *la propriété industrielle et commerciale* ». Néanmoins, l'expression employée ne semble désigner que les seuls droits de brevets, de dessins et de marques, à l'exclusion de tout droit relevant de la propriété littéraire et artistique. Nous verrons par la suite que la jurisprudence est parvenue, malgré un certain nombre de réticences, à inclure le droit d'auteur et les droits voisins dans le champ d'application de l'article 36³⁹⁶. Mais avant cela, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si la propriété littéraire et artistique, non délibérément visée par l'article 36, ne pouvait pas bénéficier de l'exception non textuelle consacrée par la jurisprudence, fondée elle aussi sur des raisons d'intérêt général.

b) L'exception jurisprudentielle fondée sur les raisons d'intérêt général

141. – La jurisprudence *Cassis de Dijon*. En fait d'exception, il s'agit davantage d'un principe jurisprudentiel justifiant certaines mesures de restriction en raison de l'intérêt général. En effet, le principe doit être analysé comme procédant d'un raisonnement « à l'intérieur » de l'article 34 du TFUE³⁹⁷. Dégagé dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979³⁹⁸, il énonçait que certaines mesures constituant des entraves à la libre circulation des marchandises pouvaient être justifiées par des raisons d'intérêt général³⁹⁹. Dans cette hypothèse, il devait alors tout simplement être fait obstacle à la qualification desdites mesures

³⁹⁶ Cf. *infra*, n^{os} 145 et s.

³⁹⁷ C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n^o 118.

³⁹⁸ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* p. I-649.

³⁹⁹ CJCE, 20 février 1979, arrêt préc. : « *les obstacles à la circulation communautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs* » (point 8) ; [...] « *il résulte de ce qui précède que les prescriptions relatives à la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses ne poursuivent pas un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la communauté* » (point 14).

en restrictions quantitatives ou mesures d'effet équivalent car celles-ci n'étaient pas illicites au regard du droit communautaire. C'est en cela qu'on ne pouvait parler d' « exception ».

Si la protection de propriété industrielle et commerciale relevait de la liste limitative des raisons d'intérêt général de l'article 36⁴⁰⁰, la question pouvait donc se poser de savoir si la protection de la propriété littéraire et artistique, qui n'en relevait pas explicitement, pouvait être rattachée aux raisons d'intérêt général telles qu'envisagées dans le cadre de la jurisprudence *Cassis de Dijon*. On aurait pu le penser car aucune liste exhaustive de raisons n'était associée à ce principe jurisprudentiel. Tout au plus était-il fait référence, à titre illustratif, à « l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »⁴⁰¹. Cependant, afin que l'absence de liste ne devienne une porte ouverte à l'invocation généralisée de motifs d'intérêt général, l'application de la jurisprudence *Cassis de Dijon* fut assortie de conditions très strictes, nécessitant des appréciations au cas par cas⁴⁰². Dès lors, il semblait plus aisé de rattacher le droit d'auteur à la notion d'intérêt général par le biais d'une interprétation extensive de la notion de propriété industrielle et commerciale dans le cadre de l'article 36 du Traité de Rome, que dans le cadre de la jurisprudence *Cassis de Dijon*.

B. – L'ASSIMILATION DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE À LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE VISÉE PAR L'ARTICLE 36 DU TRAITÉ DE ROME

142. – L'exégèse du texte met en évidence certains obstacles à une application de l'article 36 à la propriété littéraire et artistique (1). Il en allait pourtant bien de l'intérêt du droit d'auteur et des droits voisins de bénéficier également du régime favorable instauré par l'article 36. C'est la raison pour laquelle le juge communautaire a procédé, progressivement, à une assimilation complète de la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle et commerciale de l'article 36 (2).

⁴⁰⁰ Cf. *supra*, n° 140.

⁴⁰¹ Cf. *supra*, note 399. Le caractère illustratif se révèle par l'emploi de l'adverbe « *notamment* ».

⁴⁰² V. sur ce point la synthèse de MM. Gavalda et Parleani, qui distinguent six conditions : « 1) le domaine ne doit pas avoir été harmonisé ; 2) la mesure doit poursuivre un intérêt général ; 3) elle ne doit pas être discriminatoire ; 4) elle doit être objectivement nécessaire ; 5) elle doit être proportionnée ; 6) elle doit tenir compte de ce qui est exigé dans l'État d'origine de la marchandise » (C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, op. cit., n°s 118 et s.).

1) Les réticences théoriques à l'application de l'article 36 du TFUE à la propriété littéraire et artistique

143. – La propriété littéraire et artistique délibérément exclue de la rédaction de l'article 36 ? La formulation de l'article 36 du TFUE n'incite *a priori* pas à inclure le droit d'auteur et les droits voisins dans son champ d'application. En effet, l'article 36 s'applique expressément à la « *propriété industrielle et commerciale* »⁴⁰³. Nous ne pouvons imaginer, contrairement à ce qui a parfois été soutenu⁴⁰⁴, que les rédacteurs du Traité n'aient pas eu conscience, en mentionnant la propriété industrielle et commerciale, de faire référence à ce qui constitue l'une des deux branches majeures de la propriété intellectuelle. Nous ne pouvons imaginer qu'ils aient ignoré que la propriété littéraire et artistique en constitue l'autre branche. Et nous ne pouvons imaginer, par conséquent, qu'ils ne se soient pas interrogés sur le fait de savoir si l'expression de « propriété intellectuelle », au demeurant plus habituelle que celle de « propriété industrielle et commerciale », ne pouvait pas avantageusement se substituer à celle de « propriété industrielle et commerciale ».

Il y a donc selon nous une exclusion délibérée du droit d'auteur et des droits voisins du champ de l'article 36⁴⁰⁵. On a d'ailleurs souligné le caractère inhabituel de l'expression « *propriété industrielle et commerciale* ». Il semble que, par cette expression, les rédacteurs aient tenu à évoquer les deux catégories distinctes de droits que sont les brevets, d'une part, et les marques, d'autre part, étant entendu que ces deux catégories sont généralement regroupées sous le vocable unique de propriété industrielle. Cette distinction entre les deux genres de droits de propriété industrielle implique une conception tripartite – tout à fait défendable d'ailleurs – de la propriété intellectuelle. Or, ne citer que deux catégories de droits quand il n'en existe que trois, en tout et pour tout, ne peut constituer un simple oubli.

⁴⁰³ La lecture de la version anglaise du Traité laisse une impression identique : seule y est visée « *the protection of industrial and commercial property* ». Or, l'expression « *intellectual property* » est courante en langue anglaise. Si le rédacteur avait eu dans l'idée d'inclure les droits de *copyright*, cette dernière lui serait sans aucun doute venue à l'esprit.

⁴⁰⁴ F. HEPP, « L'exercice des droits de propriété littéraire et artistique dans la Communauté Économique Européenne », *Le Droit d'auteur*, 1964, p. 301.

⁴⁰⁵ *Contra*, François Hepp, estimant qu'il s'agissait là d'un oubli, *ibid.*

Par ailleurs, on sait que les dispositions du Traité de Rome concernant les restrictions quantitatives se sont largement inspirées du *GATT*⁴⁰⁶. Ainsi, l'article 36 du Traité de Rome (devenu article 36 du TFUE) procède de la même idée générale que l'article XX du *GATT*, ce dernier autorisant un certain nombre d'entraves au commerce international dans la mesure où les restrictions sont justifiées par des raisons d'intérêt général. Le *GATT* dresse une liste non exhaustive de mesures justifiées par l'intérêt général et, en son *d*), mentionne les mesures « *nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait [...] à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur [...]* ». L'article 36 du Traité de Rome n'a pas reproduit ces termes à l'identique, et a préféré la « *propriété intellectuelle et commerciale* » aux « *brevets, marques de fabrique et droits d'auteur* » du *GATT*. Nous voyons ici une raison supplémentaire de considérer que les rédacteurs du Traité de Rome ont délibérément exclu la propriété littéraire et artistique de l'article 36.

144. – Interprétation de l'omission du droit d'auteur dans l'article 36 du TFUE. Que les termes de l'article 36 aient été délibérément choisis ne signifie en revanche pas qu'ils l'aient été judicieusement. L'omission du droit d'auteur et des droits voisins constitue en effet un vide juridique qu'il faut interpréter. Deux interprétations sont possibles : on peut considérer que, de l'absence de référence à la propriété littéraire et artistique, découle une inapplicabilité totale du Traité de Rome aux droits d'auteur et droits voisins, ou bien considérer que le Traité est bien applicable à ces droits, mais que l'article 36, lui, ne l'est pas.

La première interprétation fut défendue par une petite partie de la doctrine. Elle procédait sans doute d'une vision quelque peu idéaliste du droit d'auteur – dont la protection ne devait être atteinte par aucune logique extérieure, et particulièrement économique – et d'une certaine aversion pour l'infiltration de normes juridiques communautaires dans les ordres juridiques nationaux. L'un des plus fervents opposants à ces intrusions exogènes, Franck Gotzen, défendait ainsi l'idée selon laquelle le Traité de Rome, dominé par des préoccupations d'ordre économique, était totalement étranger au domaine culturel. Il en déduisait une nécessaire « *immunité [du droit d'auteur] partout où il n'y avait pas de texte précis mettant un frein [à*

⁴⁰⁶ *General Agreement on Tariffs and Trade* (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce), signé le 30 octobre 1947. Cf. GAVALDA c. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 3.

son exploitation] »⁴⁰⁷. Cette théorie, quoiqu'ayant retenu l'attention de la doctrine, n'emporta finalement pas la conviction des autorités communautaires.

Selon une seconde interprétation, partant du postulat que le droit d'auteur n'est pas, par nature, exclu de l'application du droit communautaire, on aurait dû déduire de l'absence de mention délibérée de la propriété littéraire et artistique dans le Traité, une inapplicabilité pure et simple de l'article 36 au droit d'auteur. Cette interprétation aurait conduit à réserver un sort plus favorable aux droits de propriété industrielle (dont l'exercice pouvait déroger à l'interdiction des restrictions quantitatives en vertu de l'article 36) qu'aux droits d'auteur et droits voisins. Une telle différence de traitement serait apparue choquante : quitte à ce que la droit communautaire s'applique au droit d'auteur, autant qu'il le fasse de manière nuancée en ménageant, au minimum, des faveurs comparables à celles réservées aux droits de propriété industrielle. La prudence imposait donc, face à une application du droit communautaire devenant incontournable, de militer en faveur de l'assimilation du droit d'auteur à la propriété industrielle et commerciale.

2) L'assimilation de la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle et commerciale dans la jurisprudence communautaire

145. – Une assimilation progressive. Les réticences théoriques à l'application de l'article 36 du Traité de Rome au droit d'auteur n'ont pas tenu. Progressivement, la Cour de justice a intégré la propriété littéraire et artistique dans le champ d'application de l'article 36. Cette inclusion était sans doute souhaitable ; mais le mécanisme de l'assimilation était certainement maladroit, car on ne peut évidemment pas affirmer que les fonctions et les dispositifs de protection des droits de propriété industrielle et des droits de propriété littéraire et artistique sont identiques. Au demeurant, les juges se sont efforcés de tenir compte des natures respectives des différents droits de propriété intellectuelle, mais au travers de l'application de règles spécifiques sur lesquelles il conviendra de revenir ultérieurement⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ F. GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de auteur om derden een bepaald gebruik van in de handel gebrachte reproducties van zijn werk te verbieden, met inachtneming van rechtsvergelijkende en kartelrechtelijke gegevens*, édition augmentée d'un résumé en français sous le titre *Le droit de destination de l'auteur*, Larcier, Bruxelles, 1975, compte-rendu de H. Desbois, *RIDA* juillet 1975 p. 216.

⁴⁰⁸ Il est ici fait référence aux concepts d'objet spécifique et de fonction essentielle, développés par la jurisprudence en vue d'adapter les applications des règles communautaires aux natures respectives de différents droits de propriété intellectuelle. Cf. *infra* n^{os} 175 et s.

a) *Un premier pas vers l'assimilation*

146. – L'arrêt *Deutsche Grammophon*. La première réflexion relative à la possibilité d'une mise en œuvre de l'article 36 du TFUE en matière de propriété littéraire et artistique nous vient de l'arrêt *Deutsche Grammophon*⁴⁰⁹. Elle demeure cependant à un stade embryonnaire dans la mesure où la Cour de justice est restée très prudente. Elle énonce :

« parmi les interdictions ou restrictions qu'il admet à la libre circulation des marchandises, l'article 36 se réfère à la propriété industrielle et commerciale ; [...] à supposer qu'un droit voisin du droit d'auteur puisse être concerné par ces dispositions, il ressort cependant de cet article que, si le Traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le Traité »⁴¹⁰.

Bien que se refusant à toute généralisation d'une applicabilité de l'article 36 à l'ensemble de la propriété intellectuelle, la Cour n'a pas écarté l'application des règles de libre circulation. Dans cette affaire, la société *Deutsche Grammophon*, producteur de phonogrammes, avait exporté des disques sur le territoire français par le biais de sa filiale *Polydor*, lesquels disques avaient ensuite été réimportés en Allemagne par une société *Metro* qui les vendait à des prix inférieurs à ceux pratiqués par la société *Deutsche Grammophon*. Cette dernière, détenant en vertu de la législation allemande un droit voisin en tant que producteur de phonogrammes, entendait faire valoir son droit exclusif de mise en circulation pour s'opposer à la réimportation des exemplaires par la société *Metro*.

Répondant à une question préjudicielle du juge allemand sur une éventuelle applicabilité de l'article 85 du Traité CEE (article 101 du TFUE) à l'accord passé entre *Polydor* et *Metro*, la Cour condamna les agissements de la société *Deutsche Grammophon*, mais sur le fondement de l'entrave à la libre circulation, au motif que :

⁴⁰⁹ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487.

⁴¹⁰ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. préc., point 11. C'est nous qui soulignons.

« si un droit voisin du droit d'auteur est invoqué pour interdire la commercialisation dans un État membre de produits mis en circulation par son titulaire, ou avec son consentement, sur le territoire d'un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire national, une telle interdiction, consacrant l'isolement des marchés nationaux, se heurte au but essentiel du Traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique ;

[...] ce but ne pourrait être atteint si, en vertu des divers régimes juridiques des États membres, leurs ressortissants avaient la possibilité de cloisonner le marché et d'aboutir à des discriminations arbitraires ou à des restrictions déguisées dans le commerce entre les États membres ».

Ainsi, si la Cour est restée prudente sur l'application de l'exception que constitue l'article 36 du Traité CEE, elle n'a en revanche pas hésité à appliquer le principe que constitue l'interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation.

b) L'anticipation de l'assimilation par le juge national

147. – L'affaire *Time Limit*. Une société d'auteurs anglaise, titulaire de droits d'auteurs sur des œuvres musicales, avait consenti à ce que la société anglaise Reditune réalise des bandes sonores contenant certaines de ces œuvres en vue de les louer. Cette dernière s'acquittait à ce titre d'une redevance de 6,25 % auprès de la société d'auteurs. La société belge *Time Limit*, souhaitant pouvoir louer ces bandes sur le territoire belge, avait fait l'acquisition d'un certain nombre d'exemplaires de ces bandes auprès de Reditune et s'acquittait, en contrepartie de la location, d'une redevance de 6,40 % auprès de la SABAM, société d'auteurs belge. La société *Time Limit*, après quelque temps, a refusé de payer la redevance à la SABAM compte tenu de la redevance déjà versée par Reditune à la société d'auteurs anglaise. Elle se fondait, pour justifier sa démarche, sur le fait que le droit d'auteur détenu par la société d'auteurs anglaise avait été épuisé par la première mise en circulation licite⁴¹¹. Le Tribunal de Bruxelles donna gain de cause à la société *Time Limit*, considérant

⁴¹¹ La notion d'épuisement mérite d'être expliquée. Des développements spécifiques y étant consacrés dans la suite de notre étude, on reverra le lecteur à ces derniers. V. n^{os} 190 et s.

que « *les droits consentis aux auteurs sur les supports matériels de leurs œuvres relèvent de la propriété industrielle et commerciale* »⁴¹². Il s'ensuivait que l'article 36 du Traité CEE, et la règle de l'épuisement qui en découle⁴¹³, devait s'appliquer au droit d'auteur.

Cette analyse fut confirmée en 1978 par la Cour d'appel de Bruxelles⁴¹⁴ qui jugea que « *dans le cas de la propriété d'une œuvre musicale, le droit de reproduction est certes un des aspects patrimoniaux du droit d'auteur lui-même, mais de même qu'en matière de brevets, on ne saurait aller jusqu'à inclure dans les droits constituant l'objet spécifique de cette propriété celui de réglementer les limites territoriales à l'intérieur desquelles les supports matériels de la reproduction pourront être commercialisés ; que dès lors pareil droit, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice [CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, aff. précitée], est susceptible de tomber sous le coup des articles 30, 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne*⁴¹⁵ ». Elle en déduisit ainsi que le double prélèvement perçu par le titulaire des droits devait être considéré comme « *une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative au sens de l'article 30 du Traité* »⁴¹⁶.

c) *Première manifestation d'une assimilation par le juge communautaire*

148. – L'arrêt *Coditel I*. L'affaire *Coditel I* concernait le droit exclusif de représentation d'une société de films française. S'agissant de représentation, les règles de libre circulation des marchandises ne pouvaient être mises en cause, mais les règles de libre circulation des services, elles, trouvaient à s'appliquer. Il était donc logique que l'article 36 ne soit pas cité dans cette affaire. Néanmoins, on retrouve bien l'esprit de l'article 36 lorsque la Cour évoque des obstacles aux échanges pouvant être justifiés au regard des législations de propriété intellectuelle, sous réserve de discriminations arbitraires ou de restrictions déguisées. Ainsi, elle énonce :

⁴¹² Tribunal civil de Bruxelles, 30 octobre 1975, *RIDA* 1975, n° 92, p. 130

⁴¹³ Sur le lien entre l'article 36 du Traité CEE (art. 36 TFUE) et la règle de l'épuisement, v. n°s 192 et s.

⁴¹⁴ Cour d'appel de Bruxelles, 2^e chambre civile, 26 octobre 1978, *RIDA*, avril 1979, n° 100, p. 198.

⁴¹⁵ Respectivement article 36, 101 et 102 du TFUE.

⁴¹⁶ Cour d'appel de Bruxelles, 26 octobre 1978, arrêt préc. .

« si l'article 59 du Traité⁴¹⁷ interdit les restrictions à la libre prestation de services, il ne vise pas par là les limites à l'exercice de certaines activités économiques qui proviennent de l'application des législations nationales sur la protection de la propriété intellectuelle, sauf si une telle application constitue un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans les relations économiques entre les États membres. Tel serait le cas si cette application permettait aux parties à une cession d'un droit d'auteur de créer des barrières artificielles aux relations économiques entre États membres »⁴¹⁸.

La motivation ici adoptée par la Cour est extrêmement proche de celle qu'on retrouve habituellement dans les solutions rendues en matière de libre circulation des marchandises lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 36. Il faut toutefois relever une différence notable dans la formulation : la Cour, dégagée de la contrainte textuelle de l'article 36, inapplicable en l'espèce, prend la liberté de remplacer les termes usuels de « *propriété industrielle et commerciale* » par l'expression « *propriété intellectuelle* ». Ainsi, en sus d'appliquer à un droit d'auteur la distinction existence-exercice qui découle de l'article 36⁴¹⁹, la Cour pose les bases d'une « décompartmentation » des catégories de droits de propriété intellectuelle visées par le Traité, particulièrement en son article 36.

d) *La consécration de l'assimilation dans la jurisprudence communautaire*

149. – L'arrêt *Musik-Vertrieb membran*. Le principe de l'assimilation de la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle et commerciale de l'article 36 fut véritablement consacré dans l'arrêt *Musik-Vertrieb* aux termes duquel « [*l'expression "protection de la propriété industrielle et commerciale"*] inclut la protection que confère le droit d'auteur, notamment pour autant que celui-ci est exploité commercialement sous la forme de licences susceptibles d'affecter la distribution, dans les différents États

⁴¹⁷ Article 56 du TFUE.

⁴¹⁸ CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/ Ciné Vog Films et autres*, aff. 62/79, Rec. p. 881, point 15.

⁴¹⁹ V. *infra*, n^{os} 173 et s.

membres »⁴²⁰. Ainsi fut-il mis un terme définitif aux polémiques doctrinales, jusqu'alors encore bien présentes⁴²¹, ainsi qu'en témoignent les motifs de la décision :

« dans la présente procédure devant la Cour, le Gouvernement français a soutenu que cette jurisprudence ne saurait être appliquée au droit d'auteur, celui-ci comportant, entre autres, la faculté pour l'auteur de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur et à sa réputation. En procurant ainsi une protection étendue, le droit d'auteur ne serait pas comparable aux autres droits de propriété industrielle et commerciale tels que le brevet ou la marque.

Il est exact que le droit d'auteur comporte des droits moraux de la nature de ceux évoqués par le gouvernement français. Il comporte cependant également d'autres facultés et notamment celle d'exploiter commercialement la mise en circulation de l'œuvre protégée, en particulier sous la forme de licences accordées moyennant le paiement de redevances. C'est ce dernier élément, de nature économique, du droit d'auteur qui fait l'objet de la question posée par la juridiction nationale et il n'y a pas de motifs de faire, à cet égard, pour l'application de l'article 36 du Traité, une distinction entre le droit d'auteur et les autres droits de propriété industrielle et commerciale »⁴²².

150. – Portée du principe d'assimilation tel que dégagé dans l'arrêt *Musik Vertrieb*.

L'absence de distinction entre le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle fut confirmée à plusieurs reprises dans la jurisprudence ultérieure⁴²³. On peut toutefois relever

⁴²⁰ CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb membran GmbH et K-tel International c/ GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, aff. jointes 55/80 et 57/80, Rec. p. 147, point 9.

⁴²¹ BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 40.

⁴²² CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb*, aff. préc., points 11 et 12.

⁴²³ CJCE, 9 avril 1987, *G. Basset c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, aff. 402/85, Rec. p. 1747 – CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, Rec. p. 2605 – CJCE, 24 janvier 1989, *EMI Electrola GmbH c/ Patricia Im- und Export et autres*, aff. 341/87, Rec. p. 79 – CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, Rec. p. 2521.

qu'un arrêt *Dansk Supermarked*⁴²⁴, rendu deux jours seulement après l'arrêt *Musik-Vertrieb*, fit application de l'article 36 au droit d'auteur, sans réaffirmer le principe de l'assimilation. On peut vraisemblablement l'imputer à la proximité de dates des deux décisions, et à une communication incertaine dans les services de la Cour, mais aussi et surtout à une circonstance particulière de la cause : dans une banale affaire d'importation parallèle, la Cour avait été amené à se pencher sur l'application de l'article 36 à des produits doublement protégés, au titre d'un droit de marque, d'une part (en raison de l'apposition de la signature du fabricant sur le produit), et au titre du droit d'auteur, d'autre part (en raison du *design* de l'objet). Elle appliqua simultanément l'article 36 au droit de marque et d'auteur, considérant que l'article 36 ne faisait pas obstacle « *aux interdictions ou restrictions d'importation justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale* »⁴²⁵. Le raccourci est par trop saisissant. Plus que du point de vue logique – puisque le principe de l'assimilation avait bien été formulé deux jours auparavant dans l'arrêt *Musik-Vertrieb* –, c'est du point de vue de l'esthétique juridique que l'on ne peut se satisfaire de la formule qui admettrait implicitement l'absence de différences entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle et commerciale. Seule l'expression formelle du principe d'assimilation, entendu comme une extension jurisprudentielle, ou une éventuelle substitution des termes de « propriété industrielle et commerciale » par ceux de « propriété intellectuelle » – comme l'avait opérée l'arrêt *Coditel I*, mais en matière de libre circulation des services – aurait été acceptable.

Plusieurs années après l'arrêt *Musik-Vertrieb*, certains auteurs soulèvent encore le caractère éminemment discutable de l'assimilation ainsi réalisée⁴²⁶. Nous convenons volontiers que, par ce mécanisme, la jurisprudence communautaire a opéré un forçage des concepts qui n'allait pas de soi. En effet, les spécificités du droit d'auteur confèrent à ce dernier une place unique au sein des droits de propriété intellectuelle. L'existence d'un droit moral fort, notamment, fait obstacle à ce qu'on réduise le droit d'auteur à un aspect purement économique, à l'inverse de ce qu'on serait tenté de faire au sujet des droits de propriété

⁴²⁴ CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c/ A/S Imerco*, aff. 58/80, Rec. p. 181.

⁴²⁵ CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. préc., point 11.

⁴²⁶ C. DOUTRELEPONT, *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire, Analyse en droit comparé et en droit européen*, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 1997, n° 581.

industrielle⁴²⁷. De même, il est utile de rappeler le rôle du droit d'auteur dans la politique culturelle, rôle totalement inexistant en matière de propriété industrielle⁴²⁸.

Tous ces arguments, aussi pertinents soient-ils, ne doivent pas faire oublier que la marche inexorable du droit communautaire vers une application de ses règles à la propriété littéraire et artistique nécessitait absolument que l'article 36 puisse s'appliquer au droit d'auteur. Sans une telle applicabilité de l'article 36, le droit d'auteur aurait été soumis au droit communautaire dans toute sa rigueur, sans qu'aucune faveur particulière ne lui soit réservée, étant donné qu'un texte des Traités, autre que l'article 36, ne l'aurait permis. Ainsi, le principe de l'assimilation doit être entendu non pas comme l'affirmation d'une identité de finalité et de règles entre la propriété industrielle et commerciale et la propriété littéraire et artistique, mais comme l'extension jurisprudentielle de règles applicables à l'une au bénéfice de l'autre.

Le vrai regret que l'on peut encore exprimer aujourd'hui est que les dernières réécritures des Traités, en particulier celle opérée par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, n'aient pas substitué aux termes de « *propriété industrielle et commerciale* » ceux de « *propriété intellectuelle* », naturellement plus adaptés à la pratique jurisprudentielle.

SECTION 2 L'INTÉGRATION DU DROIT D'AUTEUR DANS L'ENVIRONNEMENT EUROPÉEN

151. – Développement d'une culture du droit d'auteur en droit européen. L'absence de compétence du droit communautaire dans le domaine de la propriété littéraire et artistique ou dans le domaine culturel a toujours constitué le creuset des critiques relatives à la légitimité de l'intervention communautaire des règles de circulation et de concurrence en matière de droit d'auteur. Mais un mouvement de reconsidération du droit d'auteur est à l'œuvre depuis quelques années. Mû par la volonté de ne pas laisser lui échapper des secteurs

⁴²⁷ Même s'il est vrai que le droit de brevet présente lui aussi une composante morale, mais extrêmement réduite par rapport à celle du droit d'auteur.

⁴²⁸ L'argument, soulevé par Madame Doutrelepon (*Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire, op. cit.*, n° 582) bien que pertinent dans certains contextes (industries musicales, cinématographiques...), présente toutefois des limites : il serait en effet douteux que le droit d'auteur protégeant les logiciels ou les bases de données soit considéré comme un instrument de politique culturelle. Ainsi le caractère culturel, présent dans certains aspects du droit d'auteur, ne peut en constituer un attribut universel, compte tenu de la diversité des objets protégés.

économiques devenus d'importance considérable (industrie musicale, industrie cinématographique, industrie du logiciel...), mais également en proie à de profondes mutations (évolution des techniques), le droit européen s'est véritablement saisi du droit d'auteur, ainsi qu'en témoigne le nombre impressionnant de directives qui lui sont consacrées depuis quelques années⁴²⁹.

Cette appropriation du droit d'auteur est certainement souhaitable du point de vue de la justification de la légitimité de l'action des autorités européennes : il est en effet très certainement préférable que les autorités ayant à contrôler l'exercice qui peut être fait d'un droit d'auteur au regard des règles du marché commun, aient une vision, sinon complète, du moins globale, de la matière que constitue la propriété littéraire et artistique. Cette dernière ne peut être réduite à sa seule fonction économique, approche qui a souvent prévalu, et prévaut encore souvent d'ailleurs. Il faut donc souhaiter que l'Europe puisse se doter d'une réelle culture du droit d'auteur. C'est dans cette perspective que nous porterons un regard sur l'évolution des textes européens dans ce domaine. Certains textes auxquels on a déjà pu faire référence ont disparu ; d'autres ont vu le jour. Naturellement, l'évolution la plus perceptible vient de la production législative qui constitue le droit dérivé (§ 2). Nous nous interrogerons néanmoins également sur la place faite au droit d'auteur dans le texte même des traités (§ 1).

§ 1. – L'INTÉGRATION DU DROIT D'AUTEUR DANS LES TRAITÉS

152. – Intégration par le biais de la notion de propriété intellectuelle et par la compétence culturelle. Si l'on s'en tient au droit primaire, c'est-à-dire à la lettre des traités, la notion de droit d'auteur est bel et bien absente. Cette absence est d'ailleurs encore plus totale qu'en 1957 puisque l'article 106 du Traité de Rome et l'annexe III qui lui était rattachée n'existent plus aujourd'hui⁴³⁰. Il est tout à fait regrettable qu'aucune mention ne soit faite du droit d'auteur et des droits voisins, alors d'une part qu'il existe toujours à l'article 36 du TFUE une référence à la « *propriété industrielle et commerciale* » qui, par extension jurisprudentielle, englobe la propriété littéraire et artistique⁴³¹, et d'autre part que le contexte économique et sociétal appelle à une prise en compte croissante du droit d'auteur et des droits voisins.

⁴²⁹ Cf. *infra*, n° 161.

⁴³⁰ Cf. *supra*, n° 131.

⁴³¹ V. *infra*, n°s 142 et s.

Nous devons cependant nuancer notre propos. Certes, il n'y a pas plus de références au droit d'auteur dans les traités actuels qu'il n'y en avait en 1957, mais on a vu émerger depuis quelques années un certain nombre de références à la « propriété intellectuelle », lesquelles renvoient nécessairement, en l'absence de distinction expresse, à la fois à la propriété littéraire et artistique et à la propriété industrielle (A). Par ailleurs, on constate également des références plus indirectes à la propriété littéraire et artistique à travers le développement d'une compétence culturelle européenne (B).

A. – LES RÉFÉRENCES DIRECTES À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

153. – Les références à la propriété intellectuelle dans les Traités sont de deux ordres. Elles peuvent, d'une part, consister en une affirmation abstraite du principe de respect de la propriété intellectuelle, ce qui témoigne, de la part des rédacteurs, d'une certaine sensibilité pour la matière dont on ne peut que se féliciter (1). Elles peuvent, d'autre part, consister en une affirmation plus concrète du principe de respect de la propriété intellectuelle, en proposant des outils juridiques tels que des titres de protection supranationaux (2).

1) L'affirmation du respect de la propriété intellectuelle au rang des principes

154. – **Aspects de la propriété intellectuelle pris en compte dans le cadre de la politique commerciale commune de l'Union.** En 1997, le Traité d'Amsterdam introduit la notion de propriété intellectuelle à l'article 133 du Traité CE, article qui sera modifié en 2002 par le Traité de Nice, pour être finalement complètement réécrit dans le cadre de l'article 207 du TFUE institué par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. Celui-ci dispose, en son paragraphe premier, que « *la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* ». Il s'agit là d'un article important consacré à la politique commerciale commune de l'Union, mais dont l'objet est néanmoins sans intérêt particulier pour notre étude. On soulignera toutefois qu'au fur et à mesure des modifications successives qui ont affecté cet article, les termes de « *propriété intellectuelle* » ont été remplacés par « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* ». On peut certainement y voir une manifestation de la vision essentiellement économique que gardent les autorités européennes des droits de propriété intellectuelle.

155. – La propriété intellectuelle érigée en droit fondamental. La Charte des droits fondamentaux, adoptée à Nice en décembre 2000, n'est pas, au sens strict du terme, un Traité. Elle a cependant acquis, à la faveur du Traité de Lisbonne de 2007, une force juridique contraignante, ainsi qu'en témoigne l'article 6 du TFUE selon lequel la Charte « *a la même valeur juridique que les Traités* ». Dans cette charte, nous trouvons l'affirmation selon laquelle « *la propriété intellectuelle est protégée* » (article 17-2 de la Charte des droits fondamentaux). Ainsi érigée au rang de droit fondamental, la propriété intellectuelle est donc finalement moins déconsidérée qu'il n'y paraît, et notre observation selon laquelle le droit européen ne verrait principalement que l'intérêt économique des droits de propriété intellectuelle doit donc être relativisée.

Observons toutefois que la propriété intellectuelle semble rattachée à la catégorie des droits fondamentaux en ce qu'elle constitue une déclinaison du droit de propriété classique : en effet, c'est sous l'article 17, consacré au droit de propriété, qu'on trouve la référence à la propriété intellectuelle. Hormis le fait que la question de la nature des droits de propriété intellectuelle – véritable droit de propriété ou non – reste débattue⁴³², on peut regretter que la propriété intellectuelle ne fasse pas l'objet d'une reconnaissance plus autonome⁴³³.

On peut par ailleurs s'interroger sur la pertinence de l'expression « *propriété intellectuelle* » qui, par sa généralité, abrite aussi bien les droits d'auteurs que les droits voisins du droit d'auteur et les droits de propriété industrielle tels que le brevet ou la marque. Or, si le droit d'auteur est bien traditionnellement qualifié de « *droit de l'homme* »⁴³⁴,

⁴³² V. not. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n^{os} 21 et s. – F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n^o 47 et s. – R. FRANCESCHELLI, « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome II : Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, Dalloz Sirey, 1961, p. 453 – P.-E. MOYSE, « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *McGill Law Journal*, 1998, vol. 43-3, p. 507 – F. SIIRIAINEN, « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique » in « *Sciences juridiques de l'économie ? Un défi pour les économistes et les juristes européens* », Colloque du 23 mars 2001, Paris, La Sorbonne. Disponible sur : <http://ladef.univ-paris1.fr/>.

⁴³³ Dans ce sens, C. CARON, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, juin 2001, comm. n^o 55, estimant que le rattachement de la propriété intellectuelle au droit de propriété de l'article 17 de la Charte « *oculte la dimension extrapatrimoniale que l'on retrouve essentiellement en droit d'auteur avec le droit moral* ». V. également *supra*, n^o 4.

⁴³⁴ V. par exemple article 27-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute protection scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ». V. également M. VIVANT, « Le droit d'auteur, un droit de l'homme », *RIDA* 1997, n^o 174, p. 61.

l'affirmation peut déranger s'agissant de droits de propriété industrielle ou de droits voisins du droit d'auteur : selon M. Caron, on ne peut en effet qu'être perplexe « *lorsque l'on constate que des droits d'occupation (par exemple la marque) ou qui protègent l'investissement (par exemple les droits voisins en plein essor) répondent à la qualification de droits fondamentaux* ». L'auteur ajoute, à juste titre, qu'une telle multiplication des droits fondamentaux participe d'un mouvement de banalisation regrettable⁴³⁵.

Enfin, on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle disposition alors même que tous les États de l'Union protègent déjà la propriété intellectuelle par des dispositifs législatifs adaptés. Selon M. Caron, si le texte est de portée essentiellement symbolique, il n'en présente pas moins l'intérêt de conférer une plus grande visibilité à la propriété intellectuelle, notamment en rappelant « *à ceux qui rédigent les directives ou aux juges communautaires qui tranchent des litiges de propriété intellectuelle que cette discipline requiert un attention toute particulière* »⁴³⁶.

2) L'affirmation du respect de la propriété intellectuelle à travers la proposition d'outils juridiques

156. – Compétence de l'Union en matière de création de titres de propriété intellectuelle européens. Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 (entré en vigueur depuis le 1er janvier 2009) a inséré en un article 118 du TFUE une nouvelle disposition visant à donner compétence au Parlement européen et au Conseil pour établir, selon la procédure législative ordinaire, « *les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union* ». Cette disposition est réellement importante car elle dépasse de loin les seuls aspects commerciaux de la propriété intellectuelle visés par l'article 207 du TFUE. On peut néanmoins reconnaître, qu'en dépit de sa nouveauté, la disposition n'apporte rien de révolutionnaire : elle ne fait qu'ériger au rang de principe une pratique, sinon courante, du moins existante. Au travers de cette disposition, il est en effet question du rapprochement des législations nationales en matière de propriété intellectuelle par la création de titres de protection européens. Or, nous le savons, des titres européens ont vu le jour bien avant la signature du Traité de Lisbonne : ainsi est-il

⁴³⁵ C. CARON, *eod. loc.*

⁴³⁶ *Ibid.*

de la marque⁴³⁷, ou encore des dessins ou modèles communautaires⁴³⁸. Par l'introduction de cette disposition, les rédacteurs du Traité ont donc certainement eu en tête l'élaboration à venir d'autres titres de protection. On pense spécialement au futur brevet européen⁴³⁹.

S'il ne devait s'agir que de brevets, de dessins, ou de marque, on peut légitimement se demander si l'emploi des termes « *propriété industrielle et commerciale* » issus de l'article 36 n'aurait pas été plus adapté au sujet. En effet, l'expression de « *propriété intellectuelle* » – si c'est bien à dessein qu'elle a été employée à l'article 118 du TFUE – laisserait penser que la création de titres de protection européens n'est pas exclue en matière de droits d'auteur et de droits voisins.

Doit-on s'inquiéter de voir ainsi le droit européen s'emparer de la question de la propriété littéraire et artistique en proposant ses propres règles ? Pas nécessairement si l'on considère bien la finalité de ces titres de protection supranationaux. Rappelons pour commencer que la création de tels titres s'inscrit dans un processus de démultiplication des outils de protection qui ne peut être que profitable aux créateurs. En effet, les titres supranationaux, s'ils sont bien le fruit d'un rapprochement des législations nationales, ne se substituent pas pour autant aux titres de protection nationaux. L'arsenal des mesures de protection disponibles ne s'en trouve donc que plus complet.

En revanche, l'intérêt principal de tels titres réside certainement dans un régime de protection unique, invocable sur un ensemble de territoires grâce à un système de dépôt unique. Or, le dépôt, en matière de droit d'auteur, n'est pas une condition de la protection comme il peut l'être en matière de brevet, de marque ou dessin. Dès lors, si le schéma du titre transnational est parfaitement adapté à la propriété industrielle et commerciale pour laquelle le mécanisme du dépôt est une condition de forme de la protection, il le semble moins

⁴³⁷ Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, *JOCE* n° L 11 du 14 janvier 1994, p. 1, modifié par le Règlement (CE) n° 422/2004 du Conseil du 19 février 2004, *JOCE* n° L 70 du 9 mars 2004, p. 1.

⁴³⁸ Règlement (CE) n° 6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires, *JOCE* n° L 3 du 5 janvier 2002, p. 1.

⁴³⁹ Le projet de brevet européen a été initié par le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000. Le 1^{er} août 2000, la Commission déposait une proposition de règlement du Conseil sur le brevet européen, proposition qui pour l'heure n'a toujours pas été acceptée. Afin de relancer le processus, la Commission a récemment publié une communication intitulée « Améliorer le brevet en Europe » [COM(2007) 165 final].

s'agissant des droits d'auteurs et droits voisins pour lesquels la protection ne requiert aucune condition de forme.

En effet, si l'on se place d'un point de vue interne, toute œuvre est protégée dès sa création⁴⁴⁰, à la condition essentielle que celle-ci soit originale. Le critère de l'originalité constituant un principe commun à la plupart des législations de droit d'auteur et de *copyright*⁴⁴¹, il faut donc considérer qu'une œuvre originale bénéficiera de la protection du droit d'auteur sur une très large majorité de territoires. On pourrait dès lors douter de l'utilité de la création d'un droit d'auteur transnational, comme semble l'y inviter l'article 118 du TFUE.

Pourtant, c'est une chose d'être protégé sur une multitude de territoires, mais c'en est une autre d'être conscient de contenu exact de la protection et des sanctions afférentes proposées sur chaque territoire. Ainsi, l'auteur français d'une œuvre originale qui serait amené à faire valoir ses droits d'auteur en territoire étranger pourrait ne pas bénéficier d'une protection de son droit moral aussi forte qu'en France s'il s'avérait que la législation de ce territoire était fondée sur une tradition de *copyright*⁴⁴². L'idée d'un tel titre pourrait donc bien germer, et même séduire, si l'on considère le contexte d'internationalisation croissante de secteurs intéressés au plus haut point par les protections du droit d'auteur et des droits voisins, à savoir, notamment, l'industrie musicale, l'industrie cinématographique ou encore l'industrie du logiciel.

B. – LES RÉFÉRENCES INDIRECTES À LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

157. – Le développement d'une compétence européenne en matière culturelle. L'Union européenne s'est vue dotée d'une compétence en matière culturelle lors de l'adoption du Traité de Maastricht⁴⁴³ en 1992. Celle-ci résultait de l'article 3, paragraphe 1, p) du Traité CE aux termes duquel « *l'action de la Communauté comporte [...] une contribution [...] à l'épanouissement des cultures des États membres* », ainsi que de l'article 128 du même

⁴⁴⁰ Art. L. 111-1 du CPI.

⁴⁴¹ POLLAUD-DULIAN F., *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 127.

⁴⁴² Les législations adoptant le modèle du *copyright*, plutôt que celui du droit d'auteur, sont principalement les États-unis, la Canada et, en Europe, le Royaume-Uni, l'Irlande, Chypre et Malte.

⁴⁴³ Traité de Maastricht du 7 février 1992 instituant la Communauté européenne.

traité, insérant au sein des politiques de la Communauté un Titre IX consacré à la Culture. Avec le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, ces textes ont fait l'objet d'une refonte complète. On en retrouve l'esprit et les principes dans les nouveaux articles 6, c) et 67 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'article 2 du TFUE opère une classification des compétences qui n'existait pas de façon aussi explicite dans la version antérieure des traités⁴⁴⁴ : il distingue les compétences exclusives⁴⁴⁵, les compétences partagées⁴⁴⁶ et les compétences d'appui, de coordination ou de complément⁴⁴⁷. C'est cette dernière catégorie de compétences qui retiendra notre attention. Elle est plus spécifiquement visée par l'article 6 du TFUE, lequel détaille les différents domaines dans lesquels ce type de compétences peut être exercé, au nombre desquels figure la culture [article 6, c)].

158. – La création artistique et littéraire, objet de la compétence culturelle. Il va sans dire que le domaine du droit d'auteur et des droits voisins est directement concerné par cette disposition. Cela apparaît d'ailleurs implicitement dans le texte de l'article 167 du TFUE qui constitue désormais l'unique article d'un Titre XIII consacré à la politique culturelle (en remplacement de l'article 128 précédemment introduit par le Traité de Maastricht). Nous en reproduirons quelques extraits :

« 1. L'union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres [...]

2. L'action de l'Union vise à encourager la coopération entre États membres et, si nécessaire, à appuyer et compléter leur action [dans le domaine des] [...] échanges culturels non commerciaux, [...] [et de] la création artistique et littéraire, y compris dans le secteur de l'audiovisuel »

⁴⁴⁴ F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne, Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La Documentation française, Paris, 2008, p. 157.

⁴⁴⁵ La compétence est dite exclusive en vertu d'un dessaisissement des États membres qui transfèrent l'intégralité de leur compétence à l'Union (F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne...*, *op. cit.*, p. 158).

⁴⁴⁶ La compétence partagée entre l'Union et les États membres permet un exercice concurrent de la compétence, en autorisant les États membres à exercer leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne (F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne...*, *op. cit.*, p. 158).

⁴⁴⁷ Les compétences d'appui, de coordination ou de complément correspondent à des matières qui relèvent de la compétence des États, mais où l'Union peut apporter une valeur ajoutée par un soutien spécifique (F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne...*, *op. cit.*, p. 162).

La propriété littéraire et artistique nous semble donc directement visée par cette disposition.

159. – De la règle de l’unanimité à celle de la majorité qualifiée. Nous relèverons encore, dans cet article 167 du TFUE, un élément important et nouveau du point de vue institutionnel. En effet, la procédure législative en ce domaine de compétence a quelque peu été modifiée depuis le Traité de Maastricht. Alors que l’article 128 du Traité CEE prévoyait la procédure de codécision assortie de l’unanimité au Conseil pour toute action destinée à pouvoir l’objectif culturel de l’Union, l’article 167 du TFUE prévoit l’adoption d’actes « *selon la procédure législative ordinaire* ». La procédure de codécision reste donc la règle, mais l’unanimité au Conseil⁴⁴⁸ est délaissée au profit de la majorité qualifiée. Nous pouvons ainsi voir dans la refonte de cette disposition, une mise à disposition de l’Union de moyens d’actions plus poussés dans le domaine et la culture et de la propriété littéraire et artistique, puisque ses actions d’encouragement dans ce domaine ne peuvent désormais plus être paralysées par le droit de veto d’un membre d’un État membre.

160. – Développement de la compétence culturelle de l’Union européenne et compétence traditionnelle des États dans le domaine du droit d’auteur. Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne dans le domaine de la politique culturelle de l’Union heurtent-elles la compétence traditionnellement nationale des États membres dans le domaine du droit d’auteur ? Il semble que la réponse soit négative. Ainsi que le relevait un auteur, « *la culture, au nom du principe de subsidiarité, reste dans le champ des compétences étatiques, sauf à mettre en place, pour la Communauté des politiques venant à l’appui de celles menées par les États, sans prendre leur place* »⁴⁴⁹. L’article 167 du TFUE se situe d’ailleurs sur le même registre lorsqu’il donne compétence à l’Union pour adopter des actions d’encouragement, « *à l’exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* » : il en ressort très clairement que l’Union ne saurait se substituer aux États membres dans le domaine de la culture ou de la création artistique et littéraire.

⁴⁴⁸ Notons que l’unanimité au Conseil n’était requise, avant l’adoption du Traité de Lisbonne, que dans trois domaines déterminés : la sécurité sociale des travailleurs migrants, la reconnaissance des diplômes (si modification des législations nationales), et les actions d’encouragement dans le domaine de la culture.

⁴⁴⁹ P.-L. FRIER, « L’Europe et le patrimoine », in *Intérêt culturel et mondialisation*, sous la direction de N. MEZGHANI et M. CORNU, Tome II : Les aspects internationaux, L’Harmattan, 2004, p. 122.

La formule suscite cependant des interrogations, car il est certain que les législations nationales sur le droit d'auteur subissent une influence croissante de la norme européenne. Il n'est qu'à citer, pour s'en convaincre, la directive du 22 mai 2001⁴⁵⁰, dont la transposition en droit interne par la loi dite « loi DADVSI » du 1er août 2006⁴⁵¹ a sensiblement modifié certains aspects de la législation française sur le droit d'auteur. Mais bien d'autres directives encore pourraient illustrer ce propos⁴⁵². L'harmonisation existe donc bel et bien dans le domaine du droit d'auteur, alors même qu'elle est expressément exclue des moyens d'actions de l'Union dans le domaine culturel par l'article 167 du TFUE.

La contradiction apparente se résout en réalité assez vite, car l'examen des textes mêmes des directives nous montre que celles-ci ont toujours été adoptées sur le fondement juridique de l'article 114 du TFUE (ex-article 95 du Traité CE) et non de l'article 167. Or, cet article 114 autorise les instances européennes à arrêter des mesures « *relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ». Il faut ainsi comprendre que le droit de l'Union européenne reste, dans son approche du droit d'auteur et des droits voisins, dans une logique essentiellement économique. L'article 167 du TFUE ne semble donc pas, en définitive, être le cadre attendu de la reconnaissance des aspects non commerciaux de la propriété littéraire et artistique par le droit européen. On le regrettera, car le droit d'auteur se situe de fait, dans notre société, au carrefour de logiques économiques et de logiques culturelles. Une prise en compte partielle de ces enjeux ne lui pourra donc être que préjudiciable.

§ 2. – L'intégration du droit d'auteur dans le droit dérivé

161. – Une vision du droit d'auteur essentiellement concentrée sur ses aspects économiques. Malgré l'affirmation dans le Traité du rôle de l'Union européenne dans la politique culturelle, et notamment en matière de création littéraire et artistique, l'intérêt du droit européen pour le droit d'auteur s'est davantage manifesté dans le droit dérivé, ainsi

⁴⁵⁰ Directive (CE) n° 2001/29 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, *JOCE* n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

⁴⁵¹ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁴⁵² Cf. note suivante.

qu'en témoigne le nombre important de directives consacrées à ce sujet ces dernières années⁴⁵³. Comme on l'a dit, ces textes sont bien les vecteurs d'une véritable harmonisation européenne du droit d'auteur. On peut regretter que le fondement systématiquement invoqué pour justifier cette harmonisation soit le rapprochement des législations relatives à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur, car l'Europe, au travers de ces directives, dit en réalité bien plus que cela.

Nous ne prendrons qu'un exemple : celui de la directive de 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle⁴⁵⁴. Cette dernière est très largement imprégnée d'objectifs de marché. Ainsi, le premier considérant débute par l'affirmation suivante : « *La réalisation du marché intérieur implique l'élimination des restrictions à la libre circulation et des distorsions de concurrence, tout en créant un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement. Dans ce contexte, la protection de la propriété intellectuelle est un élément essentiel pour le succès du marché intérieur. La protection de la propriété intellectuelle est importante non seulement pour la promotion de l'innovation et de la création mais également pour le développement de l'emploi et l'amélioration de la compétitivité* ».

En dehors de la notion de création et d'une allusion au développement de l'emploi, évoquant ainsi des préoccupations sociales, l'affirmation reste principalement tournée vers une logique économique. Il n'est pas question ici de faire le procès d'une prise en compte essentiellement économique des droits de propriété intellectuelle, car c'est là un aspect qui mérite à lui seul réflexion. Néanmoins, on comprend difficilement, dans le contexte sociétal actuel, qui cristallise les inquiétudes les plus vives des acteurs de la création artistique, que les

⁴⁵³ Pour ne citer que les plus récentes :

- Directive (CE) n° 2006/116 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *JOCE* n° L 372 du 27 décembre 2006, p. 12.
- Directive (CE) n° 2006/115 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, *JOCE* n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 28.
- Directive (CE) n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JOCE* n° L 195 du 2 juin 2004, p. 16.
- Directive (CE) n° 2001/84 du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, *JOCE* n° L 272 du 13 octobre 2001, p. 32.
- Directive (CE) n° 2001/29 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, *JOCE* n° L 167 du 22 juin 2001, p. 10.

⁴⁵⁴ Directive (CE) n° 2004/48 du 29 avril 2004, préc. .

instances européennes s'emploient aussi vigoureusement à taire tout rôle, autre qu'économique, du droit d'auteur. La suite du texte rassure, d'une certaine manière : il est à nouveau fait référence à la « *création* », mais il est également fait mention de la « *diffusion la plus large possible des œuvres, des idées et des savoir-faire nouveaux* » ou encore de la « *liberté d'expression* » ou de la « *libre circulation de l'information* »⁴⁵⁵. Autant de références intéressantes des aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle, mais également autant d'occasions manquées de rattacher ces aspects essentiels à un rôle culturel du droit d'auteur.

Il apparaît finalement que le mouvement d'intégration du droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne par le biais des traités et du droit dérivé est toujours timide quant à la prise en compte de ses aspects culturels. Le Traité pose le principe de sa compétence en matière de culture et de création, sans que celle-ci soit réellement exploitée dans le domaine du droit d'auteur, et le droit dérivé influe quant à lui profondément sur les législations nationales de droit d'auteur, et donc nécessairement sur des outils de la politique culturelle des États, sans jamais oser l'avouer.

Nous voyons donc combien il est difficile pour le droit européen de se saisir de la question du droit d'auteur de façon globale ; les tentatives faites en ce sens se sont révélées souvent parcellaires et réductrices. De là, l'origine des craintes toujours vives exprimées par les spécialistes du droit d'auteur, lorsque les autorités européennes sont amenées à s'intéresser au droit d'auteur dans le cadre de leur activité juridictionnelle, alors même que les contours et les modalités de l'intervention européenne dans ce domaine sont aujourd'hui bien connus.

⁴⁵⁵ Directive (CE) n° 2004/48 du 29 avril 2004, préc., considérant n° 2.

Chapitre 2

Les critères de l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur

162. – Des critères jurisprudentiels. Les diverses critiques formulées à l'encontre d'une applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur n'ont certes pas permis de faire en sorte que ce dernier soit à l'abri de toute appréhension par les règles de fonctionnement des marchés. Elles n'auront pour autant pas été vaines car elles ont certainement influé dans le sens d'une application mesurée de ces règles. En effet, ainsi que le démontre la jurisprudence communautaire, l'intervention du droit de la concurrence se limite à certains aspects du droit d'auteur. Toute la question est alors de départir les secteurs du droit d'auteur donnant prise au droit de la concurrence, et ceux n'y donnant pas prise.

Une importante construction jurisprudentielle s'attacha à résoudre cette question. Quoiqu'ayant déjà fait l'objet d'un certain nombre de présentations, son approche reste malaisée : les règles relatives à la libre circulation, d'une part, et à la libre concurrence, d'autre part, y sont imbriquées les unes dans les autres, et les concepts employés, créés *ex nihilo* par le juge communautaire, présentent des contours relativement flous, alors même qu'ils apparaissent comme des clés de voûte du raisonnement juridique ayant présidé à l'élaboration de cette jurisprudence. Ainsi sont invoqués, au gré des espèces, l'article 36 du TFUE (ex-article 36 du Traité CEE, et ex-article 30 du Traité CE), les notions d'existence, d'exercice, d'objet spécifique ou encore de fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle. Et, il faut en convenir, l'articulation entre chacun de ces concepts n'a rien d'évident.

On s'efforcera donc de rechercher, à travers une analyse rétrospective de la pratique judiciaire, une organisation cohérente dans la réponse que les juges ont fournie à la question des modalités d'application du droit de la concurrence au droit d'auteur. Dans un premier temps, il a été fait usage d'une distinction entre l'existence du droit d'auteur, qui relève de la seule règle nationale, et l'exercice du droit qui lui, peut être contrôlé par le juge communautaire au regard des principes fondamentaux de fonctionnement du marché commun (Section 1). Mais cette distinction, présentée comme critère de délimitation de l'intervention du droit communautaire en matière de droit d'auteur, a démontré assez vite ses limites et son incapacité à déterminer clairement le domaine intangible de la souveraineté nationale. Les juges ont ainsi été amenés, dans un second temps, à compléter la définition de l'existence du droit, en s'appuyant sur la notion d'objet spécifique qui, elle, devait permettre de déterminer l'étendue de l'emprise communautaire, et notamment du droit de la concurrence, sur le droit d'auteur (Section 2).

SECTION 1 LA DISTINCTION DE L'EXISTENCE ET DE L'EXERCICE DU DROIT D'AUTEUR, CRITÈRE PRIMAIRE DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

163. – Le critère fondamental de l'intervention du droit de la concurrence en matière de droit d'auteur repose sur une distinction célèbre pour les spécialistes du droit de l'Union européenne. Il s'agit de la distinction entre l'existence du droit d'auteur, qui ne saurait être affectée par les dispositions du Traité, et l'exercice du droit qui peut, lui, faire l'objet d'un contrôle du juge européen au travers de la mise en œuvre des règles relatives à la libre circulation ou à la libre concurrence. La distinction existence-exercice a apporté, du moins pour partie, une réponse à la question du domaine d'intervention du droit européen en matière de propriété littéraire et artistique. La présentation du contenu de la distinction (§ 1) nous fournira l'occasion de nous interroger plus profondément sur son fondement juridique (§ 2).

§ 1. – Le contenu de la distinction existence-exercice

164. – Nous présenterons le contexte jurisprudentiel dans lequel est née la distinction entre existence et exercice du droit (A) avant de préciser, d'un point de vu terminologique, le sens de cette distinction (B).

A. – L'APPARITION DE LA DISTINCTION DANS LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

165. – **L'apparition de la distinction dans le domaine de la propriété industrielle.** La distinction entre l'existence et l'exercice du droit trouve son origine dans la théorie doctrinale dite théorie « des droits inhérents »⁴⁵⁶ ou théorie des « restrictions inhérentes ». Elle s'est imposée en premier lieu au sujet de pratiques mettant en cause des droits de propriété industrielle.

Dans un arrêt *Consten et Grundig*, tout d'abord, il fut précisé que « les articles 36, 222 et 234 du Traité, invoqués par les requérantes, ne s'opposent pas à toute incidence du droit communautaire sur l'exercice des droits nationaux de propriété industrielle »⁴⁵⁷. Si la distinction existence-exercice n'était pas encore explicite, il était en revanche très clair que les juges manifestaient leur volonté de contrôler l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Dans un arrêt *Parke Davis* de 1968, la Cour relevait que « l'existence du droit de brevet ne relevant actuellement que de la législation interne, seul son usage pourrait relever du droit communautaire »⁴⁵⁸. La Cour opposait donc bien cette fois-ci l'existence du droit sur laquelle n'a d'emprise que la seule législation nationale, et son usage⁴⁵⁹. C'est

⁴⁵⁶ Pour une présentation de cette théorie, v. H. JOHANNES, « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes », *RTD eur.* 1973 pp. 369 et s., et spéc. p. 376.

⁴⁵⁷ CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429.

Les articles cités sont devenus respectivement articles 36, 345 et 351 du TFUE.

⁴⁵⁸ CJCE, 29 février 1968, *Parke, Davis and Co. c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24-67, *Rec.* p. 81.

⁴⁵⁹ Le terme d'usage est moins usuel dans cette jurisprudence, mais il équivaut bien à celui d'exercice. La distinction est d'ailleurs à nouveau évoquée dans l'arrêt, en faisant mention de l'exercice, cette fois : « les droits accordés par un État membre au titulaire d'un brevet d'invention ne sont pas affectés dans leur existence par les interdictions des articles 85, paragraphe 1, et 86 du Traité [...] » ; « l'exercice de ces droits ne saurait lui-même relever de l'article 85, paragraphe 1, en l'absence de tout accord, décision ou pratique concertée visés par cette dispositions, ni de l'article 86, en l'absence de tout abus de position dominante [...] » (c'est nous qui

finalement par l'arrêt *Sirena* du 18 février 1971⁴⁶⁰ que l'affirmation de la règle gagna encore en clarté pour figurer dans une rédaction qui ne variera que très peu au gré de la jurisprudence ultérieure :

« [...] si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du Traité, leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions ».

B. – SENS ET ANALYSE CRITIQUE DE LA DISTINCTION

166. – Notion d'existence. La distinction a eu pour objet de constituer une sorte de domaine réservé des législations nationales en matière de propriété intellectuelle. Il s'agissait pour le droit communautaire de s'abstenir de toute intervention en ce qui concerne l'existence des droits de propriété intellectuelle.

Par existence, il faut entendre, selon les termes de l'arrêt *Sirena*, « le droit [...] en tant que *statut légal* »⁴⁶¹. L'existence du droit est donc constituée par l'ensemble des dispositions de droit national destinées à assurer la protection du droit de propriété intellectuelle. Cette définition de l'existence prêtait le flanc à la critique dans la mesure où l'étendue du domaine réservé des États n'était délimitée que par la seule volonté des législateurs nationaux, libres « d'étendre l'existence des droits qu'ils accordaient aussi loin qu'ils le souhaitaient, avec pour corollaire le risque d'impunité pour certains comportements »⁴⁶². L'impunité n'était d'ailleurs pas le seul risque : chaque État de la Communauté ayant la liberté de fixer les limites de l'existence du droit de propriété intellectuelle par l'édition de normes relatives à la protection de ce droit, il fallait également en déduire que la notion d'existence du droit ne recouvrait pas la même réalité selon les pays dans lesquels la protection était invoquée. Si une telle disparité devait résulter de la distinction existence-exercice, alors cette dernière aurait été

soulignons). Une lecture *a contrario* de cette dernière affirmation confirme bien que l'exercice du droit pourrait relever de l'article 85 du Traité CEE.

⁴⁶⁰ CJCE, 18 février 1971, *Sirena S.r.l. c/ Eda S.r.l. et autres*, aff. 40-70, *Rec.* p. 69.

⁴⁶¹ CJCE, 18 février 1971, *Sirena*, aff. préc.

⁴⁶² C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 752.

contre-productive eu égard à l'objectif de décloisonnement des marchés contenu dans le Traité de Rome.

167. – Notion d'exercice. La notion d'exercice ne semble quant à elle pas poser de difficultés : elle désigne tous les moyens dont dispose le titulaire du droit de propriété intellectuelle pour faire commerce de son droit. S'agissant du droit d'auteur, il faudrait citer tous les contrats d'exploitation que connaît la matière : cessions, licences, contrats de représentation, d'édition, de production audiovisuelle... Monsieur Bonet synthétisait ainsi l'objet de la distinction : « *l'existence d'un droit de propriété intellectuelle intéresse la définition des conditions du monopole du titulaire et de sa portée, ainsi que les règles relatives aux actions en justice destinées à le protéger, alors que l'exercice du droit recouvre son exploitation d'une façon générale* »⁴⁶³.

168. – Critique de la distinction. La distinction existence-exercice fit elle-même l'objet de critiques. Celles-ci se fondaient principalement sur les difficultés qui ne manqueraient pas de surgir pour départager ce qui relève de l'existence, et ce qui relève de l'exercice. En effet, les concepts étaient suffisamment souples pour que se posent naturellement des problèmes de frontières. Certains auteurs relevèrent par ailleurs le caractère absurde de la distinction : M. Pollaud-Dulian s'interrogeait ainsi sur la signification d'un droit « *dont l'existence serait reconnue, mais qui ne pourrait être exercé* »⁴⁶⁴.

§ 2. – La recherche d'un fondement juridique justifiant l'application de la distinction en matière de libre concurrence

169. – Questionnement autour du rôle de l'article 36 du Traité de Rome. La question de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence au droit d'auteur est une simple déclinaison de la question de l'applicabilité du droit communautaire. Il n'y a en effet pas plus de raison d'autoriser dans le domaine d'auteur l'intrusion des règles de circulation que celle des règles de concurrence. Mais cette question, tranchée par la jurisprudence, n'a pas été résolue de façon générale par une solution de principe affirmant l'applicabilité de droit

⁴⁶³ G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 87, et spéc. p. 90.

⁴⁶⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, n° 582.

communautaire. La réponse ne se déduit donc que d'un examen *a posteriori* de la jurisprudence, d'où il ressort, au gré de la casuistique, que les règles de concurrence, comme les règles de circulation, ont tour à tour été appliquées au droit d'auteur.

Depuis l'origine, la jurisprudence a eu recours à l'article 36 du Traité de Rome (devenu article 30 du Traité CE, puis article 36 du TFUE) pour trancher ces problèmes d'applicabilité du droit communautaire au droit d'auteur. L'article 36, comme on le sait, relève des règles relatives à la libre circulation des marchandises. On aurait ainsi pu s'attendre à ce que les litiges, portés initialement sur le terrain de libre circulation, aient, d'une certaine manière, « fait tache d'huile », de sorte que les solutions dégagées en matière de circulation aient été étendues en matière de concurrence. Or, il n'en est rien : la chronologie des décisions nous enseigne que l'article 36 a été invoqué en premier lieu dans des litiges de concurrence.

Dans les premières espèces concernées, les juges se sont appuyés sur la disposition de l'article 36 du Traité CEE à titre illustratif. Il en résultait que le fondement de la distinction existence-exercice devait être recherché dans un principe supérieur à l'article 36. Les juges ont pourtant manqué l'opportunité de faire de ce principe le véritable fondement de la distinction existence-exercice (A). Au fil du temps, les solutions rendues en matière de concurrence ont été directement fondées sur l'article 36 en tant que principe justificatif de la distinction (B). Si la logique économique n'en souffre pas réellement, dans la mesure où les règles de circulation et de concurrence sont imbriquées, l'orthodoxie juridique n'en sort pas indemne.

A. – L'OPPORTUNITÉ MANQUÉE DE FONDER LA DISTINCTION EXISTENCE-EXERCICE SUR UN PRINCIPE EUROPÉEN FORT

170. – L'opportunité jurisprudentielle de dégager un principe fondateur de la distinction existence-exercice, autonome vis-à-vis de l'article 36, aura été de courte durée. Elle se sera en effet limitée aux propositions d'un arrêt *Sirena*, qui voyait le fondement de l'intervention communautaire en matière de propriété intellectuelle dans un principe commun aux règles de libre circulation et aux règles de libre concurrence (1). Il est sans doute dommage qu'une telle opportunité n'ait pas été saisie, dans la mesure où elle procurait aux juges une occasion d'affirmer, au rang des principes européens, la nécessité du respect des droits de propriété intellectuelle et, partant, d'une intervention mesurée du droit européen dans ce domaine (2).

1) L'arrêt *Sirena* : une passerelle vers l'affirmation d'un principe européen fort, fondant l'intervention du juge dans le domaine de la propriété intellectuelle

171. – L'arrêt *Sirena*. L'arrêt *Sirena* du 18 février 1971⁴⁶⁵ posait la question de l'applicabilité des règles de concurrence à l'exercice d'un droit de marque. Pour y répondre, la Cour s'est référée à l'article 36 du Traité de Rome. Cette référence peut étonner, dès lors qu'elle concerne, en principe, l'application des règles de libre circulation, et non celle des règles de libre concurrence. Elle n'a pourtant rien de véritablement inapproprié, dans la mesure où les juges n'ont fait que citer l'article 36 à titre illustratif, et non comme fondement de l'application des règles de concurrence. Ils mentionnent ainsi que « *l'article 36, tout en relevant du chapitre concernant les restrictions quantitatives aux échanges entre États membres, s'inspire d'un principe susceptible de trouver aussi application en matière de concurrence en ce sens que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du Traité, leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions* »⁴⁶⁶. Nous voyons bien ici que l'article 36 n'est cité qu'à l'appui d'un développement propre aux règles de libre circulation. Il n'y a donc aucune tentative, de la part des juges, d'appliquer directement l'article 36, par extension, à un litige de concurrence.

De la formulation relevée transparaît une idée qui ne s'est malheureusement plus manifestée dans la jurisprudence ultérieure, à savoir que la distinction existence-exercice, critère de l'intervention du droit communautaire dans le domaine de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, découle, en matière de libre circulation comme en matière de libre concurrence, d'un principe commun. L'idée d'un principe commun régissant la sphère d'intervention du droit communautaire est assurément une bonne idée, eu égard aux liens très forts qui unissent les principes de libre circulation et de libre concurrence. Il permet une application uniforme et cohérente du droit dans ces deux domaines complémentaires dans la réalisation du marché intérieur. On regrette cependant que les juges ne soient pas allés plus loin en désignant nommément le principe visé.

⁴⁶⁵ CJCE, 18 février 1971, *Sirena S.r.l. c/ Eda S.r.l. et autres*, aff. 40-70, Rec. p. 69.

⁴⁶⁶ CJCE, 18 février 1971, *Sirena*, aff. préc., point 5. C'est nous qui soulignons.

L'absence de désignation du principe nous pousse à nous interroger sur son possible contenu. Il n'est pas besoin de chercher bien loin les sources d'inspiration : la jurisprudence qui a suivi a développé les notions d'« objet spécifique » et de « fonction essentielle » qui peuvent fort bien s'intégrer à ce principe. Ces notions, dont on précisera les contours ultérieurement⁴⁶⁷, constituent en effet le cœur même du critère de l'intervention du droit européen en matière de propriété intellectuelle : comme le rappelle l'arrêt *Deutsche Grammophon* – sans que cela ait été démenti par la suite –, les restrictions à la libre circulation des marchandises pour des raisons de propriété industrielle et commerciale, ne peuvent se justifier que « par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété »⁴⁶⁸. Ainsi, le principe commun visé par l'arrêt *Sirena*, principe fondateur de la distinction existence-exercice, pourrait être qualifié de principe de l'exercice légitime du droit de propriété intellectuelle dans le respect des limites de son objet spécifique, ou encore, plus simplement, de principe de sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle.

Cette opportunité de dégager un principe fort comme fondement de l'intervention communautaire n'a pourtant pas été saisie. La jurisprudence aura préféré, par la suite, fonder la distinction existence-exercice sur l'article 36 du Traité CEE⁴⁶⁹, y compris pour l'application des règles de libre concurrence, et y compris en matière de droit d'auteur, quitte à faire entorse à la rigueur du raisonnement juridique.

2) Valeur et portée du principe envisagé

172. – Un principe général du droit ? Le principe au sujet duquel nous venons de nous interroger dans le cadre de l'arrêt *Sirena* aurait pu être doté d'une valeur symbolique très forte. En effet, en l'absence de caractère écrit, nous pourrions être tentés d'y voir un principe général du droit européen⁴⁷⁰. Catégorie « ouverte et incertaine »⁴⁷¹, les principes du

⁴⁶⁷ V. *infra*, n^{os} 175 et s.

⁴⁶⁸ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487, point 11.

⁴⁶⁹ V. *infra*, n^{os} 173 et s.

⁴⁷⁰ Dans le même sens, G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, pp. 87 et s., et spéc. p. 89 : « À la lettre, les dispositions de l'article 36 énoncent seulement une exception à la règle de libre circulation des marchandises. La Cour s'est tout d'abord refusée à les interpréter autrement ; mais, dès l'arrêt *Sirena* du 18 février 1971, elle a découvert un principe général du droit communautaire, forgé tout

droit européen assurent diverses fonctions⁴⁷² : ils peuvent régir l'activité des juridictions⁴⁷³ ; à simple finalité technique, ils peuvent être destinés à assurer la cohésion de l'ordre juridique ou une application satisfaisante du droit de l'Union européenne⁴⁷⁴ ; ils peuvent également exprimer les orientations économiques principales de traités⁴⁷⁵ ; ils peuvent encore avoir pour vocation la protection des droits fondamentaux⁴⁷⁶.

Le principe de l'exercice légitime du droit de propriété intellectuelle dans le respect des limites de son objet spécifique n'est pas étranger à la plupart des sous-catégories citées. S'agissant d'un principe transversal, s'appliquant aussi bien en matière de libre circulation qu'en matière de libre concurrence, il concerne à la fois la cohésion de l'ordre juridique européen, et l'orientation économique voulue par les traités. Quant à savoir s'il relève de la catégorie des principes servant la protection des droits fondamentaux, on peut certainement le soutenir. D'une part, il nous faut rappeler que la propriété intellectuelle a été érigée au rang des droits fondamentaux protégés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴⁷⁷, et qu'elle a récemment été admise au bénéfice du principe de respect de la propriété énoncé à l'article 1 du protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁴⁷⁸. D'autre part, nous croyons qu'un tel principe de délimitation de

exprès, pour reconnaître qu'elles justifiaient aussi une exception à l'application de la règle de libre concurrence établie par les articles 85 et 86 CEE, afin de préserver les droits nationaux de propriété intellectuelle ».

⁴⁷¹ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF Thémis, 2^e éd., 2011, n° 271.

⁴⁷² T. DEBARD, B. LE BAUT-FERRARÈSE et C. NOURISSAT, *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, 2^e éd., 2007.

Pour une étude approfondie de la notion, v. R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, préf. Joe Verhoeven, Sakkoulas Athènes et Bruylant Bruxelles, 1996.

⁴⁷³ On citera à titre d'illustration principale le principe du respect des droits de la défense.

⁴⁷⁴ Ainsi en est-il des principes de subsidiarité, de proportionnalité ou encore du principe de confiance légitime.

⁴⁷⁵ On vise ici principalement les principes de libre circulation ou de libre concurrence.

⁴⁷⁶ J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *eod. loc.* : « En l'absence de dispositions expresses, la catégorie non écrite des « principes généraux du droit » sert de réceptacle au développement d'une protection des droits fondamentaux dans les différentes Communautés européennes, puis au sein de l'Union européenne ».

⁴⁷⁷ Article 17-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Adoptée à Nice en décembre 2000, la Charte a véritablement force obligatoire depuis le Traité de Lisbonne de décembre 2007 insérant une mention lui reconnaissant la même valeur juridique que les traités.

Sur ce sujet, v. C. CARON, « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, juin 2001, comm. n° 55 – N. BRONZO, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.

⁴⁷⁸ CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, disponible sur le site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://www.echr.coe.int/>) ; *CCE*, mai 2007, comm. n° 67, note C. CARON.

l'emprise du droit européen sur le droit d'auteur par référence à son objet spécifique est le signe d'une haute considération pour les droits de propriété intellectuelle. Car dire que le droit européen ne peut rien contre un droit de propriété intellectuelle – dans la mesure où l'exercice de celui-ci ne dépasse pas le cadre de son objet spécifique –, c'est affirmer que la logique économique n'est pas systématiquement prioritaire, et que des intérêts supérieurs fondamentaux peuvent prendre le pas sur cette dernière. En ce sens, la reconnaissance de ce principe comme principe général du droit constituerait un moyen offert au juge d'affirmer le caractère fondamental qu'il accorde à la protection des droits de propriété intellectuelle⁴⁷⁹.

Il est vrai, cependant, que les principes habituellement cités comme relevant des principes généraux du droit européen habituellement semblent traduire des intérêts encore bien supérieurs et plus essentiels que la simple protection des droits de propriété intellectuelle face aux logiques économiques : qu'est-ce qu'un principe de sauvegarde de l'objet spécifique, comparé à des principes de sécurité juridique, d'État de droit, ou encore de droit à un procès équitable ? On ne peut en effet que ressentir un certain décalage de degré dans la hiérarchie des valeurs. Juridiquement, ce décalage se traduit peut-être par la difficulté qu'on aura à affirmer le caractère véritablement général du principe de sauvegarde de l'objet spécifique. Dans une récente affaire où il était demandé à la Cour de se prononcer sur l'existence d'un principe général du droit communautaire relatif à l'égalité des actionnaires, les juges ont en effet rappelé que « *la simple circonstance que le droit communautaire dérivé prévoit certaines dispositions afférentes à la protection des actionnaires minoritaires ne suffit pas, en soi, à établir l'existence d'un principe général du droit communautaire, notamment si leur champ d'application est limité à des droits bien déterminés et certains* »⁴⁸⁰. Le défaut de caractère général pourrait éventuellement être soulevé ici, s'agissant de la protection des droits de propriété intellectuelle, comme un obstacle à la qualification de principe général du droit européen. Le principe de sauvegarde de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle pourrait n'être, alors, qu'une simple déclinaison du principe de proportionnalité, aux termes duquel une juste proportion doit être respectée entre les buts poursuivis par le Traité et les moyens mis en œuvres à cet effet.

⁴⁷⁹ Selon M. Bergé et Mme Robin-Olivier, « *la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a contribué au dépassement de la logique marchande par l'affirmation de principes généraux du droit (PGD) destinés à soumettre l'action des institutions européennes au respect de principes ou de valeur à caractère fondamental* », J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, op. cit.*, n° 351. Nous voyons précisément dans le principe qui fait l'objet de notre étude une illustration de leur propos.

⁴⁸⁰ CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux SA e.a c/ Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a. et Bertelsmann AG e.a.*, aff. C-101/08, *Rec. p.* I-9823.

**B. – LE RECOURS DISCUTABLE À L’ARTICLE 36 DU TRAITÉ DE ROME
EN TANT QUE FONDEMENT DE LA DISTINCTION EXISTENCE-EXERCICE
EN MATIÈRE DE LIBRE CONCURRENCE**

173. – L’article 36 du Traité de Rome : de l’illustration au fondement.
Habituellement, les présentations relatives à la question de l’applicabilité du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle font état d’une construction jurisprudentielle progressive et relativement harmonieuse. La continuité n’est pourtant qu’apparente.

Au terme de l’analyse que nous venons de mener, il apparaît que le raisonnement des juges se fondait implicitement sur un principe du droit communautaire dont on peut regretter qu’il n’ait pas été formellement exprimé. Ce principe devait trouver à s’appliquer immédiatement en matière de libre concurrence, tandis qu’en matière de libre circulation, il s’appliquait par l’intermédiaire de l’article 36 du Traité de Rome qui constituait, en quelque sorte, une traduction de ce principe. Une certaine séparation des fondements propres aux règles de libre circulation et de ceux propres aux règles de libre concurrence était alors de mise. L’arrêt *Consten et Grundig* nous semblait d’ailleurs en ce sens lorsqu’il énonçait, dans une affaire intéressant l’application du droit de la concurrence au titre d’une entente jugée illicite, que « l’article 36, limitant la portée des normes sur la libéralisation des échanges contenues au titre I, chapitre 2, du Traité, ne saurait limiter le champ d’application de l’article 85 »⁴⁸¹.

Il s’opéra par la suite un glissement dans la jurisprudence ultérieure. En effet, l’article 36 n’a plus été invoqué comme une application en matière de libre circulation d’un principe non écrit, mais au contraire comme le fondement même de l’intervention du droit communautaire dans le domaine de la propriété intellectuelle⁴⁸². Ainsi, dans l’arrêt *Deutsche Grammophon*⁴⁸³, les juges affirment qu’ « il ressort [de l’article 36] que, si le Traité n’affecte pas l’existence

⁴⁸¹ CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig*, aff. préc. .

⁴⁸² CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, Rec. p. 487 ; CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, Rec. p. 1147 ; CJCE, 22 juin 1976, *Société Terrapin (Overseas) Ltd. c/ Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, aff. 119/75, Rec. p. 1039 ; CJCE, 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH.*, aff. 102/77, Rec. p. 1139.

⁴⁸³ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, préc.. L’arrêt *Deutsche Grammophon* est le premier arrêt, dans l’ordre chronologique, à suivre l’arrêt *Sirena*.

des droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits peut cependant relever des interdictions édictées par le Traité »⁴⁸⁴. L'article 36 apparaît donc bien ici comme la source du principe que nous avons décrit. La suite des motifs de l'arrêt nous semble néanmoins plus nuancée, et plus conforme à l'approche des décisions antérieures : « *l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété* »⁴⁸⁵. En effet, le détour par la notion d'objet spécifique – notion d'ailleurs introduite pour la première fois dans cet arrêt *Deutsche Grammophon* – apparaît comme une condition sine qua non d'application de l'article 36.

La logique semble donc sauve. Du moins l'est-elle pour partie, car on ne peut omettre le début de l'affirmation consistant à faire de l'article 36 le fondement général d'une intervention du droit communautaire. Cela signifie que l'article 36 sera non seulement le fondement d'une intervention en matière de libre circulation, mais aussi en matière de libre concurrence. C'est précisément de ce point de vue que les solutions dégagées depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon* peuvent gêner, car on ne peut imaginer que les rédacteurs du Traité aient eu à l'esprit une telle extension du champ d'application de l'article 36, élaboré dans la seule perspective de constituer une exception aux interdictions de restrictions quantitatives prévues aux articles 30 et 34 du Traité de Rome (devenus article 28 et 29 du Traité CE, puis articles 34 et 35 du TFUE). Certes, comme l'affirme Madame Benabou, « *le droit de la concurrence et les principes de libre circulation ne sont pas des domaines étanches ; ils s'interpénètrent dans la mesure nécessaire à la réalisation d'un marché unique* »⁴⁸⁶. La perspective de la réalisation du marché unique ne devrait néanmoins pas conduire à sacrifier à une simplification excessive de la motivation des décisions, en opérant de la sorte une confusion de corps de règles bien distincts. Il aurait à ce titre été plus souhaitable que les juges s'abstiennent d'invoquer l'article 36 en tant que fondement de l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine de la propriété intellectuelle.

174. – Bilan critique de la jurisprudence. À l'heure actuelle, la citation de l'article 36 du TFUE à titre de fondement d'une intervention du droit européen dans le domaine de la

⁴⁸⁴ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, préc., point 11.

⁴⁸⁵ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, préc., point 11. C'est nous qui soulignons.

⁴⁸⁶ V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 60.

propriété intellectuelle n'étonnera plus personne. Cette jurisprudence, quoique n'étant pas exempte de toute critique, a tout au moins le mérite d'être bien établie, et éprouvée par la pratique depuis plusieurs décennies. On peut néanmoins regretter que la voie ouverte par l'arrêt *Sirena* n'ait pas été davantage exploitée. On peut le regretter de plusieurs points de vue.

Tout d'abord, ainsi qu'on l'a déjà vu, la justification de l'intervention du droit communautaire par un principe supérieur non écrit aurait préservé l'orthodoxie juridique qui ne sort pas indemne d'une invocation de l'article 36 du TFUE comme fondement de l'application du droit de la concurrence. Par ailleurs, l'idée d'une nécessaire complémentarité, et d'une inévitable interpénétration des règles relatives à la libre concurrence et des règles relatives à la libre concurrence⁴⁸⁷, fédérées par un principe supérieur, n'en aurait été que mieux illustrée.

Ensuite, il nous apparaît fortement regrettable que les juges n'aient pas immédiatement poussé leur raisonnement de façon à énoncer clairement le principe fondé sur l'objet spécifique, implicitement contenu selon nous dans la décision *Sirena*, et à en faire un véritable principe du droit européen⁴⁸⁸. Naturellement, d'un point de vue technique, cela n'aurait pas changé grand-chose car la notion d'objet spécifique a bel et bien été développée en jurisprudence par la suite⁴⁸⁹, mais cela aurait grandement contribué à démontrer l'intérêt et l'attachement des instances européennes pour la propriété intellectuelle. L'affirmation explicite du principe aurait en effet pu permettre d'exprimer une forme d'appropriation de la dimension non économique de la propriété intellectuelle, et désamorcer ainsi un certain nombre de critiques sans cesse adressées au droit européen quant aux relations qu'il entretient avec la propriété intellectuelle, et particulièrement avec le droit d'auteur.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Cf. *supra*, n° 172.

⁴⁸⁹ Cf. *infra*, n°s 175 et s.

SECTION 2 L'OBJET SPÉCIFIQUE DU DROIT D'AUTEUR, CRITÈRE COMPLÉMENTAIRE DE LA MESURE DE L'INTERVENTION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

175. – Face aux critiques liées à l'insuffisance de la distinction existence-exercice, les juges se sont appuyés sur une notion complémentaire : la notion d'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle. Notons que l'expression « *objet spécifique* » a pu être remplacée dans certains arrêts par le terme de « *substance* »⁴⁹⁰. Il n'y a pas lieu à distinguer : les deux notions sont parfaitement substituables⁴⁹¹. La notion d'objet spécifique n'étant elle-même pas nécessairement plus évidente à cerner que celle d'existence ou d'exercice, elle fut développée de manière concomitante avec la notion de fonction essentielle, qui aurait pu constituer la pierre d'angle du raisonnement judiciaire en la matière (§ 1), si elle n'avait fait l'objet d'un certain délaissement au cours des dernières années (§ 2).

§ 1. – L'objet spécifique du droit d'auteur, approché par le truchement de la fonction essentielle

176. – L'objet spécifique constituerait ce que certains ont appelé le « *noyau dur* »⁴⁹² du droit de propriété intellectuelle, c'est-à-dire « *la partie irréductible du droit qui ne saurait être amputée sans en vider le sens* »⁴⁹³. Le Professeur Bonet a ainsi développé la notion : « [*le concept d'objet spécifique*] recouvre évidemment l'ensemble des dispositions du droit des États membres qui sont indispensables pour que les droits nationaux de propriété intellectuelle aient une existence effective et atteignent ainsi exactement l'objectif que le

⁴⁹⁰ Ainsi, en matière de brevets : CJCE, 14 juillet 1981, *Merck & Co. Inc. contre Stephar BV et Petrus Stephanus*, aff. 187/80, *Rec.* p. 2063, point 9 – CJCE, 9 juillet 1985, *Pharmon BV c/ Hoechst AG*, aff. 19/84, *Rec.* p. 2281, point 26.

⁴⁹¹ En ce sens, G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173, n° 7.

⁴⁹² B. GOLDMAN, G. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5^e éd., 1994, n° 634.

⁴⁹³ V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 65. V. également G. BONET, « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 87, et spéc. p. 89 : « [*l'objet spécifique correspond aux prérogatives essentielles reconnues aux titulaires par la loi nationale, auxquelles il n'est pas possible de porter atteinte sans compromettre l'existence des droits eux-mêmes*] ».

législateur leur a fixé, c'est-à-dire exercent la fonction économique qui leur est dévolue »⁴⁹⁴. De cette définition, l'on perçoit que l'objet spécifique variera selon les droits de propriété intellectuelle en cause : l'objet spécifique du droit est en effet nécessairement rattaché à la fonction du droit⁴⁹⁵, fonction qui diffère naturellement selon les droits en cause ainsi qu'on va le voir. De cette définition, l'on perçoit également l'importance de l'enjeu de la délimitation de l'objet spécifique : il s'agit de déterminer l'étendue du domaine du statut légal du droit de propriété intellectuelle⁴⁹⁶, c'est-à-dire le périmètre de l'existence du droit, qui constitue le « *domaine réservé des États membres* »⁴⁹⁷ en matière de propriété intellectuelle.

A. – LES PRÉMISSSES D'UNE APPROCHE DE L'OBJET SPÉCIFIQUE DU DROIT D'AUTEUR

177. – La notion d'objet spécifique s'est fait jour en jurisprudence dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Toutefois le recours à une telle notion demeurerait quelque peu abstrait en l'absence de définition proposée par les juges (1). C'est finalement en matière de propriété industrielle que sont apparues les premières délimitations de la notion (2).

1) L'apparition de la notion en matière de droits voisins

178. – **Arrêt *Deutsche Grammophon***. C'est dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*⁴⁹⁸ qu'est apparue pour la première fois la notion d'objet spécifique :

« s'il permet des interdictions ou restrictions à la libre circulation des produits justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale, l'article 36 n'admet de dérogations à cette liberté que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de cette propriété ».

⁴⁹⁴ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173, n° 7.

⁴⁹⁵ Cette approche sera ultérieurement confirmée par la jurisprudence qui a également développé la notion de fonction essentielle du droit, qui doit s'articuler avec celle d'objet spécifique. Cf. *infra*, n°s 179 et 188 et s.

⁴⁹⁶ C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 753.

⁴⁹⁷ V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, *op. cit.*, n° 63.

⁴⁹⁸ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487.

L'arrêt fait ici appel à une notion nouvelle sans en donner le sens explicite. On peut néanmoins comprendre que l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle est constitué de droits dont la sauvegarde est absolument indispensable, et qu'il est le critère permettant d'apprécier la légitimité des dérogations apportées aux règles communautaires du marché⁴⁹⁹. Autrement dit, il délimite une sphère où le droit communautaire ne peut s'immiscer, une sphère où seules les législations nationales sont compétentes.

Nous noterons que l'introduction de la notion d'objet spécifique s'est faite à l'occasion d'un litige portant sur un droit voisin. Or, comme nous l'avons dit, la notion d'objet spécifique vient pallier les insuffisances de la distinction existence-exercice dues à la difficulté de déterminer une frontière stable entre existence et exercice. Ainsi, l'introduction de la notion d'objet spécifique peut être envisagée comme un rempart contre un empiètement excessif du droit européen sur le domaine réservé des États dans le domaine de la propriété intellectuelle. Il n'est dès lors peut-être pas anormal que la notion ait trouvé à se développer dans un secteur proche du droit d'auteur (celui des droits voisins) plus sensible que ne l'est celui des droits de propriété industrielle, et en apparence plus lointain des préoccupations du Traité.

2) Une première délimitation de la notion en matière de droits de propriété industrielle

179. – Objet spécifique des droits de brevet et de marque, et recours aléatoire à la notion de fonction essentielle. C'est dans le domaine de la propriété industrielle que la jurisprudence s'est tout s'abord attachée à préciser le contenu de l'objet spécifique. L'objet spécifique du droit de brevet fut décrit dans un arrêt *Centrafarm c/ Sterling Drug*⁵⁰⁰. Il y était affirmé qu'« *en matière de brevets, l'objet spécifique de la propriété industrielle est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon* ».

⁴⁹⁹ Règles de circulation et règles de concurrence, puisque l'on s'aperçoit bien que la jurisprudence n'a pas distingué ces deux ensembles pour l'application de l'article 36 du TFUE. Cf. n° 173.

⁵⁰⁰ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, *Rec.* p. 1147, point 9.

L'objet spécifique du droit de marque fut quant à lui défini dans l'arrêt *Centrafarm c/ Winthrop*⁵⁰¹. Celui-ci précisait qu'« en matière de marques, l'objet spécifique de la propriété commerciale est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque ».

La définition de l'objet spécifique de la marque fut progressivement affinée. Les juges eurent pour cela recours à la notion nouvelle de « fonction essentielle », celle-ci consistant, en matière de marque « à garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit »⁵⁰² « en [leur] permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance »⁵⁰³, ceci afin que le titulaire ne risque pas « de se voir imputer la mauvaise qualité d'un produit dont il ne serait nullement responsable »⁵⁰⁴.

La notion de fonction essentielle n'a en revanche, à notre connaissance, pas été précisée explicitement en matière de droits de brevet. On peut le regretter, car il serait préférable que les juges européens disposent des mêmes outils juridiques quelle que soit la nature des droits de propriété intellectuelle en cause (droits d'auteur, brevets, marque, etc.), non pas pour en tirer une quelconque unité, mais pour préserver une certaine cohérence dans la matière. Certes, tous ces droits ont des finalités très différentes. Néanmoins, la comparaison reste toujours, en matière de propriété intellectuelle, un exercice extrêmement fructueux, pour peu qu'on ait des choses similaires à comparer. Ainsi, retrouver la notion de fonction essentielle dans chacune des branches de la propriété intellectuelle aurait été certainement souhaitable. Cela l'aurait été d'autant plus que les juges ne sont souvent pas embarrassés pour distinguer ces différentes branches : il n'est qu'à citer l'exemple de l'article 36 du Traité CEE qui fut appliqué sans détours à la propriété littéraire et artistique⁵⁰⁵. Néanmoins, s'agissant du brevet, même si sa fonction essentielle n'a pas été formellement exprimée comme telle, il n'est pas

⁵⁰¹ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Winthrop BV*, aff. 16/74, *Rec.* p. 1183, point 7.

⁵⁰² CJCE, 22 juin 1976, *Société Terrapin (Overseas) Ltd. contre Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co*, aff. 119/75, *Rec.* p. 1039.

⁵⁰³ CJCE, 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, aff. 102/77, *Rec.* p. 1139.

⁵⁰⁴ CJCE, 17 octobre 1990, *SA CNL-SUCAL NV c/ HAG GF AG* (« *Hag II* »), aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711, point 16.

⁵⁰⁵ Cf. *supra*, n° 142 et s..

difficile de deviner qu'il s'agit, aux yeux des juges européens, de la récompense de l'effort créateur de l'inventeur⁵⁰⁶.

B. – LES TENTATIVES D'UNE DÉLIMITATION DE L'OBJET SPÉCIFIQUE DU DROIT D'AUTEUR

180. – Comme nous l'avons dit, la notion d'objet spécifique a émergé dans un domaine proche de celui du droit d'auteur, à savoir celui des droits voisins. On aurait donc été tenté d'y rechercher des éléments permettant d'élaborer une définition de l'objet spécifique en matière de propriété littéraire et artistique. Cette démarche aurait cependant été vaine, car l'approche de l'objet spécifique était demeuré à un stade larvaire, faute de définition. Il a fallu attendre quelques années avant que ne se représentent des occasions de délimiter l'objet spécifique en matière de droits d'auteur. L'approche jurisprudentielle s'est affinée de manière progressive (1). Comme en matière de propriété industrielle, la notion d'objet spécifique a semblé ne plus suffire à elle-même lorsque les juges ont eu recours à une seconde notion – celle de fonction essentielle – pour la définir (2). Il conviendra enfin d'aborder la théorie de l'épuisement qui joue un rôle d'encadrement de la notion d'objet spécifique (3).

1) Une approche prudente et fragmentaire de l'objet spécifique du droit d'auteur

181. – Alors que l'objet spécifique avait pu être défini de façon unitaire en matière de brevets et de marque, il n'en a pas été de même en matière de droits d'auteur. L'approche en ce domaine fut en effet progressive et fragmentaire⁵⁰⁷, ce qui était probablement inévitable compte tenu de la grande diversité des prérogatives conférées par le droit d'auteur⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.*, aff. préc., point 9 : « en matière de brevets, l'objet spécifique de la propriété industrielle est notamment d'assurer au titulaire, **afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur**, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon » (c'est nous qui soulignons). Dans cette affirmation, on peut distinguer les prérogatives du titulaire qui ressortissent à l'objet spécifique du droit de brevet, d'une idée force qui les sous-tend, à avoir celle de la récompense de l'effort créateur. On peut reconnaître dans l'expression de cette idée la fonction essentielle du droit de brevet (cf. *infra*, n° 189).

⁵⁰⁷ A. BERNARD, *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, Thèse Paris II, 1989, cité par V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, op. cit., n° 69.

⁵⁰⁸ M. RÖTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur », *RIDA*, juillet 1993, n° 157, p. 51.

a) *Les arrêts Coditel I et Coditel II : une approche timide, confortée par l'arrêt Warner*

182. – Une approche fragmentaire. Les premiers arrêts se montrèrent prudents dans leur approche, ne cherchant pas à établir de solution générale et unitaire pour l'ensemble de la propriété littéraire et artistique. Ainsi, dans l'arrêt *Coditel I* était-il précisé que « *la faculté, pour le titulaire du droit d'auteur et ses ayants droit, d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvres littéraires ou artistiques* »⁵⁰⁹. Le droit de représentation ici évoqué ne saurait à l'évidence constituer la seule prérogative apparaissant comme réellement essentielle parmi toutes celles conférées par le droit d'auteur. Qui plus est, il n'est évoqué ici que dans sa dimension de droit à rémunération, ce qui est naturellement très réducteur puisque le droit de représentation est avant tout un droit exclusif : le droit de l'auteur d'autoriser ou d'interdire toute représentation. Par ailleurs, pour ne citer que les seuls droits patrimoniaux, rien ne semble a priori devoir exclure davantage le droit de reproduction que celui de représentation des droits constituant l'objet spécifique du droit d'auteur. La description de l'objet spécifique est donc de toute évidence incomplète. Enfin, les juges semblent vouloir indiquer que leur définition de la fonction essentielle vaudrait pour le « *genre d'œuvres littéraires ou artistiques* » que constitue le film cinématographique, sans vouloir s'engager de manière plus générale en ce qui concerne le droit d'auteur : on ne saurait donc généraliser là où les juges n'ont pas souhaité le faire.

La définition de la fonction essentielle donnée deux ans plus tard dans l'arrêt *Coditel II*⁵¹⁰ ne diffère pas vraiment, même si elle semble moins fermée quant au type d'œuvre protégée⁵¹¹. Quoi qu'il en soit, cette décision ne permet pas de dégager de solution générale car, là encore, seul le droit de représentation est envisagé comme prenant part à la fonction essentielle du droit d'auteur.

⁵⁰⁹ CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/ Ciné Vog Films et autres*, « *Coditel I* » aff. 62/79, Rec. p. 881.

⁵¹⁰ CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c/ Ciné-Vog Films SA et autres*, « *Coditel II* », aff. 262/81, Rec. p. 3381 : « *la faculté, pour le titulaire du droit d'auteur sur un film et ses ayants droit, d'exiger des redevances pour toute représentation de cet ouvrage fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur* ».

⁵¹¹ Il est certes bien question, dans cet arrêt, de distribution de films et de marché cinématographique, mais on ne retrouve plus, comme dans l'arrêt *Coditel I*, l'expression « *sur ce genre d'œuvres littéraires ou artistique* », qui coupait court à toute velléité d'interprétation par analogie s'agissant d'autres types d'œuvres protégées.

183. – Vers une généralisation. Le spectre de l'objet spécifique fut élargi grâce à l'arrêt *Warner* selon lequel « *les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du Traité* »⁵¹². On retrouve ici la *summa divisio* des droits patrimoniaux de l'auteur, tels qu'elle apparaît dans notre droit interne⁵¹³. On peut donc dire que l'ensemble des droits d'exploitation reconnus par la législation nationale sont reconnus comme faisant partie de l'objet spécifique du droit d'auteur. Il doit être souligné que l'arrêt fait bien mention des droits « *exclusifs* » de représentation et de reproduction. Ce n'est donc pas en tant que simples droits à rémunération que ces droits sont envisagés, mais en tant que droits donnant à leur titulaire le pouvoir d'exclure, c'est-à-dire le pouvoir d'autoriser ou d'interdire les représentations ou reproductions. L'arrêt *Warner* a donc une approche plus globale⁵¹⁴ que les arrêts *Coditel*, mais laisse en suspens la question du droit moral de l'auteur, soigneusement évitée jusque là.

b) *Un apport incontestable : les arrêts Magill du Tribunal de première instance*

184. – Une allusion maladroite au droit moral de l'auteur. Les faits de l'affaire *Magill* étaient les suivants⁵¹⁵ : l'entreprise RTE diffusait en Irlande plusieurs chaînes de télévision et publiait son propre guide des programmes ; une société Magill lança de son côté un guide de télévision regroupant les programmes de l'ensemble des chaînes diffusées sur le territoire national, qui comprenait donc les grilles de programmes de RTE. Cette dernière demanda immédiatement, et obtint du juge, l'interdiction de l'utilisation de ses grilles par la société Magill, sur le fondement de la protection de ses grilles par le droit d'auteur. S'estimant victime d'un abus de position dominante, Magill déposa une plainte devant la Commission.

⁵¹² CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, Rec. p. 2605, point 13.

⁵¹³ Art. L. 122-1 du CPI : « *Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* ».

⁵¹⁴ Cette affirmation nous apparaît d'autant plus justifiée que l'arrêt envisage également la question du droit de location en incluant celui-ci dans l'objet spécifique du droit d'auteur : « *lorsqu'une législation nationale reconnaît aux auteurs un droit spécifique de location des vidéocassettes, ce droit serait vide de sa substance si son titulaire n'était pas en mesure d'autoriser les mises en location* » (CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc.*, aff. préc., point 18).

⁵¹⁵ Pour une vision plus complète de l'affaire, on se reportera également aux commentaires *infra*, n^{os} 309 et s.

L'abus de position dominante fut effectivement retenu, tant par la Commission⁵¹⁶, que par le Tribunal de première instance⁵¹⁷ et la Cour de justice⁵¹⁸.

De l'affaire *Magill*, qui a fait couler beaucoup d'encre, on retient surtout l'arrêt de la Cour de justice du 6 avril 1995, dont il faut reconnaître qu'il constitue une des décisions majeures du droit de la concurrence et du droit d'auteur⁵¹⁹. Pourtant, on aurait tort de ne pas revenir sur les arrêts du Tribunal de Première instance, riches d'enseignements à plus d'un titre⁵²⁰. N'oublions pas en effet que les pourvois des sociétés requérantes à l'encontre de ces arrêts ont été rejetés par la Cour de justice. Ainsi, certains points de droit relevés par le Tribunal, mais non repris dans l'arrêt de la Cour de 1995, n'en restent pas moins valables, et constituent une source incontestable de la jurisprudence.

Après avoir rappelé son adhésion à la théorie des droits inhérents⁵²¹, le Tribunal confirme le principe dégagé dans l'arrêt *Warner*, à savoir que le droit de reproduction fait partie des

⁵¹⁶ Commission, 21 décembre 1988, déc. n° 89/205/CEE, aff. IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, JOCE n° L 78 du 21 mars 1989, p. 43.

⁵¹⁷ TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefís Eireann c/ Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485 ; TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535 ; TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575 ; CCC 1991, comm. n° 241, obs. L. VOGEL ; *RTD com.* 1992, p. 372, obs. A. FRANÇON ; *RIDA*, janv. 1992, obs. T. DESURMONT ; *RTD eur.* 1993, p. 525, obs. G. BONET.

⁵¹⁸ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743 ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. FRANÇON ; *RTD eur.* 1995, p. 835, obs. G. BONET ; G. BONET, « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *D. Aff.* 1996, p. 827 ; M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante », *JCP* 1995. I. 3883 ; H. CALVET et T. DUSURMONT, « L'arrêt *Magill*, une décision d'espèce ? », *RIDA* janvier 1996, n°167, p. 3 ; C. CARREAU, « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, juillet 1995, chron. n° 8, p. 1 ; J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles". », *D. Aff.* 1996, p. 859 ; L. DE GAULLE, « Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire. À propos de l'affaire *Magill* », *RJDA*, août-septembre 1995, p. 735 ; T. SKINNER, « *Magill* : Consumer Interests Prevail », *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90.

⁵¹⁹ Cf. *infra*, n°s 309 et s.

⁵²⁰ TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefís Eireann c/ Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485 – TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535 – TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575.

⁵²¹ TPICE, 10 juillet 1991, affaires précitées, respectivement n°s 69, 56 et 54 : « il résulte de l'article 36, tel qu'il a été interprété par la Cour à la lumière des objectifs poursuivis par les articles 85 et 86 ainsi que par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises ou des services, que seules les restrictions à la libre concurrence ou à la libre circulation des marchandises ou des services, inhérentes à la protection de la substance même du droit de propriété intellectuelle, sont admises en droit communautaire ».

Sur la théorie des droits inhérents, cf. *supra* n° 165.

prérogatives essentielles de l'auteur, et rentre ainsi dans le cadre de son objet spécifique⁵²². Mais l'important réside surtout dans l'affirmation selon laquelle « *la fonction essentielle [du droit d'auteur], au sens de l'article 36 du Traité, [...] est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »⁵²³. C'est en effet une grande avancée pour la jurisprudence que cette reconnaissance du droit moral de l'auteur. D'aucuns restent pourtant réservés quant à la portée de cette avancée et au bénéfice que peut en tirer le droit d'auteur. Madame Benabou relève ainsi que l'expression « *protection morale de l'œuvre* » peut laisser sceptique⁵²⁴. Il est vrai que le droit moral, qui recouvre diverses prérogatives extrapatrimoniales, parmi lesquelles le droit au respect de l'œuvre ou le droit à la paternité de l'œuvre, est évidemment tourné vers la protection des intérêts de l'auteur, et non de l'œuvre. En ce sens, l'auteur perçoit une attitude laxiste des juges à l'égard des définitions et, partant, le risque potentiel d'un modelage complet des concepts du droit d'auteur – dont le droit moral – selon le seul intérêt des règles européennes.

c) *Une tentative de synthèse : l'arrêt Phil Collins*

185. – Un contenu détaillé des prérogatives ressortissant à l'objet spécifique. L'arrêt *Phil Collins*⁵²⁵ est certainement le plus abouti de la jurisprudence s'agissant de la question de l'objet spécifique du droit d'auteur. Ainsi que le montre l'attendu reproduit ci-dessous, il intègre à la notion d'objet spécifique l'ensemble des droits moraux et patrimoniaux de l'auteur – et c'est bien, cette fois-ci, de la protection des intérêts moraux de l'auteur qu'il est question, et non de la protection morale de l'œuvre elle-même :

« L'objet spécifique de ces droits, tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires. La protection des droits moraux permet notamment aux auteurs et aux artistes de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de

⁵²² TPICE, 10 juillet 1991, affaires précitées, respectivement n^{os} 70, 57 et 55 : « *il est constant que la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère, en principe, à son titulaire, le droit de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée* ».

⁵²³ TPICE, 10 juillet 1991, affaires précitées, respectivement n^{os} 71, 58 et 56. L'article cité est l'article 36 du Traité CEE, devenu article 36 du TFUE.

⁵²⁴ BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, op. cit., n^o 70.

⁵²⁵ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145.

l'œuvre qui serait préjudiciable à leur honneur ou à leur réputation. Le droit d'auteur et les droits voisins présentent également un caractère économique en ce qu'ils prévoient la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation de l'œuvre protégée, en particulier, sous la forme de licences accordées moyennant le paiement de redevances »⁵²⁶.

On peut certainement s'interroger sur l'opportunité des tentatives de définition des droits moraux et patrimoniaux auxquelles s'essaye le Tribunal. N'aurait-il pas mieux valu s'en tenir aux grandes catégories (droits moraux – droits patrimoniaux) sans détailler celles-ci ? N'y a-t-il pas là un risque que le droit européen interfère dans les concepts du droit d'auteur ? Si tel était le cas, on pourrait craindre pour la notion même d'objet spécifique du droit d'auteur. Présentée comme noyau dur du droit de propriété intellectuelle, et ayant pour fonction de délimiter le domaine réservé des États, l'objet spécifique est nécessairement à rechercher dans les règles nationales de protection des droits de propriété intellectuelle, et non dans la conception du droit que se font les autorités européennes, faute de quoi la distinction existence-exercice adossée sur la théorie de l'objet spécifique perdrait tout son intérêt.

d) Un apport récent : la décision Microsoft

186. – La décision *Microsoft* de la Commission du 24 mars 2004⁵²⁷. Dans la célèbre affaire par laquelle la Commission avait enjoint à Microsoft de délivrer à un concurrent les informations permettant l'interopérabilité entre son système d'exploitation Windows et les serveurs de groupe de travail⁵²⁸, il est intéressant de constater que la Commission a préféré reprendre, non pas la tentative de synthèse opérée dans l'arrêt *Phil Collins*, mais la définition de la fonction essentielle, telle qu'elle était apparue dans l'arrêt *Magill* du Tribunal de

⁵²⁶ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins*, aff. préc., point 20.

⁵²⁷ Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, disponible en texte intégral sur le site de la DG Concurrence de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition/>), *JOUE* n° L 32 du 6 février 2007, p. 23 (résumé de la décision) – C. PRIETO, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft* », *Concurrences*, décembre 2004, n° 1, p. 57 ; C. DE WATRIGANT, « 497 millions d'euros d'amende, qui dit mieux ? », *CCE*, janvier 2005, étude n° 1 ; L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste... », *Concurrences* p. 31 ; G. CANIVET, « L'affaire *Microsoft*, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain », in *France – Etats-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Collège de France, 10-11 avril 2006, disponible sur <http://www.college-de-france.fr/> ; M. MALAURIE-VIGNAL, « L'affaire *Microsoft*, beaucoup de bruit pour rien ? », *CCC*, mai 2004, repère n° 5 ; R. PARDOLESI et A. RENDA, « The European Commission's case against *Microsoft* : Kill Bill ? », *World Competition*, Winter 2004, Vol. 27, Issue 4, p. 513.

⁵²⁸ Sur cette affaire, v. également *infra*, n°s 338 et 353.

première instance. Elle a ainsi rappelé que « *la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »⁵²⁹. On ne peut que regretter ce retour en arrière, porteur d'approximations, que rien ne semble justifier hormis, peut-être, le fait que l'extrême longueur de la décision incitait aux formules les plus concises.

187. – La prise en considération de l'intérêt du public. En revanche, l'intérêt de la motivation de la Commission réside dans le fait qu'elle a choisi d'apporter un élément supplémentaire pour l'appréciation de la fonction essentielle du droit d'auteur. Elle ajoutait que « *la législation relative aux droits de propriété intellectuelle a également pour fondement essentiel de stimuler la créativité au service de l'intérêt public* »⁵³⁰. Il y a derrière cette affirmation l'idée, déjà ancienne, mais de plus en plus répandue, que les législations sur le droit d'auteur sont naturellement destinées à protéger les auteurs, de sorte que s'instaure un climat favorable à l'incitation à la création, mais qu'elles doivent également exprimer la conciliation d'intérêts parfois antagonistes des auteurs, des exploitants et du public⁵³¹. Or, la redécouverte de cet aspect triangulaire du droit d'auteur a poussé chacun des acteurs à espérer obtenir plus qu'il n'avait. Dans ce contexte, l'intérêt du public occupe une place grandissante dans les réflexions relatives à l'élaboration de la norme juridique en droit d'auteur⁵³². Il ne serait donc pas surprenant que l'affirmation présente dans la décision *Microsoft* au sujet de la fonction essentielle du droit soit réitérée dans d'autres affaires du même type, et ce d'autant plus que l'intérêt du public demeure une notion très subjective, et donc très malléable si elle devait être laissée à l'interprétation du juge européen.

2) Du recours à la notion de fonction essentielle en matière de droit d'auteur

188. – Le rôle central de la notion de fonction essentielle. Nous avons vu comment la notion de fonction essentielle du droit est venue à jouer un rôle en matière de droit des

⁵²⁹ Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. préc., point 711.

⁵³⁰ Commission, 24 mars 2004, *Microsoft*, aff. préc., point 711.

⁵³¹ L'on a pu s'en faire une idée lors de l'adoption de la loi DADVSI (loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, transposant la Directive CE n° 29/2001 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) qui avait notamment introduit l'exception polémique de l'article L. 122-5, 3°, e) du CPI, dite « exception pédagogique ». Cf. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 379.

⁵³² Sur ce sujet, v. S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 2004 ; R. PRADES, *Intérêt du public et droit d'auteur ; de la conception classique aux exigences actuelles*, thèse Paris XII, 1999.

marques⁵³³. Nous avons également relevé que si elle pouvait être déduite d'une lecture attentive de la jurisprudence, elle n'avait jamais été formellement exprimée comme telle en matière de brevet⁵³⁴. S'agissant du droit d'auteur, le recours à la notion de fonction essentielle n'a pas été systématique, certains arrêts s'en étant tenus à la seule notion d'objet spécifique. On peut toutefois noter que l'expression fut employée dans les arrêts *Magill* du Tribunal de Première instance, lorsqu'il s'est agit d'inclure dans l'objet spécifique les prérogatives de l'auteur ressortissant son droit moral : « *la fonction essentielle [du droit d'auteur], au sens de l'article 36 du Traité, [...] est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »⁵³⁵. Certes, nous l'avons indiqué, la notion d'objet spécifique était plus complète et plus aboutie dans l'arrêt *Phil Collins*⁵³⁶, mais il nous semble que l'affirmation contenue dans l'arrêt *Magill* est néanmoins plus forte, du fait du recours à la notion de fonction essentielle.

189. – Distinction de l'objet spécifique et de la fonction essentielle. Les notions d'objet spécifique et de fonction essentielle ne sont pas équivalentes. L'objet spécifique se résume en quelque sorte à un regroupement d'un certain nombre de prérogatives jugées essentielles. Mais comment distinguer les prérogatives essentielles de celles qui ne le sont pas ? Pour répondre à cette question, il faut s'interroger sur la finalité du droit de propriété intellectuelle, ce qui revient précisément à s'interroger sur la fonction essentielle du droit. En ce sens, le rôle de la notion de fonction essentielle nous apparaît central.

On perçoit bien que le travail de définition de l'objet spécifique diffère fondamentalement du travail de définition de la fonction essentielle. Le premier, qui consiste à rechercher des prérogatives du titulaire, relève de la technique juridique ; alors que le second, qui consiste à rechercher la finalité du droit, fait entrer des considérations sociales, anthropologiques, voire philosophiques. La recherche de la fonction essentielle nécessite donc de prendre davantage de hauteur par rapport au sujet, ce qui confère naturellement une certaine force à la formule employée par les juges du Tribunal de Première instance dans l'arrêt *Magill*. Ceci nous autorise également à penser que l'évocation des droits de représentation dans les arrêts

⁵³³ Cf. *supra*, n° 179.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ TPICE, 10 juillet 1991, affaires précitées, respectivement n°s 71, 58 et 56. L'article cité est l'article 36 du Traité CEE, devenu article 36 du TFUE.

⁵³⁶ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins*, aff. préc., point 20.

*Coditel*⁵³⁷ aurait mérité d'être rattachée à l'objet spécifique, plus qu'à la fonction essentielle. S'agissant de l'arrêt *Warner*⁵³⁸, il ne mentionne ni l'objet spécifique, ni la fonction essentielle, mais fait référence aux « *prérogatives essentielles de l'auteur* » ; nous considérons que ces prérogatives doivent être déduites de la fonction essentielle, et qu'elles constituent, ensemble, l'objet spécifique du droit d'auteur. Quant à l'arrêt *Phil Collins*⁵³⁹, il utilise, à tort selon nous, la notion d'objet spécifique pour désigner ce qui constitue clairement une fonction, à savoir la « *protection des droits moraux et économiques* ». En revanche, dès le moment où il illustre la nature des prérogatives morales et économiques, il désigne en réalité l'objet spécifique.

Ces questions de terminologie pourront sembler stériles aux yeux de certains⁵⁴⁰. Nous jugeons au contraire qu'elles ont été regrettamment délaissées, au moins en ce qui concerne la distinction entre l'objet spécifique et la fonction essentielle. Nous avons déjà évoqué le fait qu'une disparité des outils et des concepts juridiques ne nous semblait pas souhaitable, particulièrement dans le domaine de propriété intellectuelle⁵⁴¹. Mais bien plus, il nous semble que la notion de fonction essentielle aurait dû occuper une place beaucoup plus importante dans le raisonnement relatif au partage des compétences nationales et européennes en matière de droit de propriété intellectuelle. On peut avoir le sentiment qu'une question en amène toujours une autre : ainsi la question de l'existence renvoie à celle de l'objet spécifique, qui elle-même renvoie à celle de la fonction essentielle... Mais l'enchaînement des questions s'arrête bien là, à cette notion de fonction essentielle, parce que la réponse appelée se situe à un niveau supérieur. C'est en cela que la notion de fonction essentielle aurait mérité une meilleure place : elle permettrait d'exprimer toute l'importance et la profondeur de ces questions liées au droit d'auteur. Mais ce n'était manifestement pas là l'ambition des juges.

⁵³⁷ Arrêt *Coditel I*, CJCE, 18 mars 1980, aff. préc. – Arrêt *Coditel II*, CJCE, 6 octobre 1982, aff. préc.

⁵³⁸ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers*, aff. préc.

⁵³⁹ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins*, aff. préc.

⁵⁴⁰ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la Propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 1458 : « *On peut disserter à l'infini sur les nuances entre les concepts d'objets spécifiques, de substance, de fonction essentielle, utilisés successivement, et parfois simultanément, par les juridictions communautaires. L'exercice est vain* ».

V. également les conclusions de l'avocat général Gulmann présentées le 1^{er} juin 1994 dans l'affaire *Magill (Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743) : « *La notion de fonction essentielle est une notion d'appoint* ».

⁵⁴¹ Cf. *supra*, n° 179.

3) *L'encadrement de l'objet spécifique du droit d'auteur par la théorie de l'épuisement*

190. – L'étude que nous venons de mener amène nécessairement à traiter de la théorie l'épuisement du droit de propriété intellectuelle, considérée comme un prolongement de la théorie de l'objet spécifique⁵⁴². Nous ne développerons qu'assez peu ce point dans la mesure où il concerne les problèmes de circulation des marchandises⁵⁴³. Par ailleurs, cette théorie dépasse le cadre du seul droit d'auteur, et concerne en grande partie les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble ; néanmoins, nous l'envisagerons essentiellement au regard des problématiques intéressant le droit d'auteur dans le cadre de notre étude. Nous en précisons le sens et l'origine (a), avant d'étudier les conditions de sa mise en œuvre (b).

a) *Sens et origine de la théorie de l'épuisement*

191. – **Sens de la théorie.** La théorie de l'épuisement communautaire, récemment retranscrite dans nos textes de droit interne à l'article L. 122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, constitue une limitation aux droits des titulaires de droits de propriété intellectuelle⁵⁴⁴. Afin de déterminer les enjeux de la théorie, nous poserons le problème dans les termes suivants : un titulaire de droit d'auteur qui met en circulation sur le marché des exemplaires de son œuvre peut-il contrôler ultérieurement le sort de ces exemplaires ? Peut-il s'opposer à ce que le premier acheteur revende l'exemplaire ? Peut-il percevoir une rémunération sur le produit des ventes successives de l'exemplaire mis sur le marché ? La question générale est donc celle de la maîtrise, par le titulaire, de l'objet matériel incorporant son droit de propriété intellectuelle, une fois celui-ci mis sur le marché.

Nous voyons que cette question de l'épuisement présente donc un lien direct avec un problème souvent soulevé devant les autorités européennes en matière de libre circulation,

⁵⁴² GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 140.

⁵⁴³ Pour des études consacrées exclusivement à ce sujet : B. CASTELL, *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, 1989 – M. RÖTTINGER, « L'épuisement du droit d'auteur », *RIDA*, juillet 1993, n° 157, p. 51.

⁵⁴⁴ L'évolution de la terminologie européenne, liée en l'entrée vigueur du Traité de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009, appelle sans doute à parler, à l'avenir, d'« épuisement européen ». L'évolution étant cependant récente, nous préférons ici conserver l'expression d'« épuisement communautaire » à laquelle sont encore habitués tous les spécialistes.

La retranscription interne de la théorie de l'épuisement communautaire (art. L. 122-3-1 CPI) est issue de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 *relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* (dite « loi DADVSI »).

mais aussi en matière de libre concurrence : le problème des importations parallèles. Une bonne illustration en était fournie dans l'affaire *Deutsche Grammophon*⁵⁴⁵. On en rappellera brièvement les faits. La société Deutsche Grammophon, producteur de phonogrammes, avait exporté des disques sur le territoire français par le biais de sa filiale Polydor, lesquels disques avaient ensuite été réimportés en Allemagne par une société Metro qui les vendait à des prix inférieurs à ceux pratiqués par la société Deutsche Grammophon. Cette dernière, détenant en vertu de la législation allemande un droit voisin en tant que producteur de phonogrammes, entendait alors faire valoir son droit exclusif de mise en circulation pour s'opposer à la réimportation des exemplaires par la société Metro. Ce droit lui fut toutefois refusé au motif que « *si un droit voisin du droit d'auteur est invoqué pour interdire la commercialisation dans un État membre de produits mis en circulation par son titulaire, ou avec son consentement, sur le territoire d'un autre État membre, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire national, une telle interdiction, consacrant l'isolement des marchés nationaux, se heurte au but essentiel du Traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique* ».

192. – Origine de la théorie. La théorie de l'épuisement « *tend à réaliser un équilibre entre la juste récompense de l'effort créateur et l'utilisation libre qui peut être faite des produits de la création par le public et les propriétaires de ces produits* »⁵⁴⁶. Autrement dit, la théorie de l'épuisement est une règle de conciliation entre la protection du droit de propriété intellectuelle et les règles de libre circulation des marchandises⁵⁴⁷. À l'évocation d'un tel principe de conciliation, on ne peut manquer de penser à la règle découlant de l'application de l'article 36 du TFUE : les prérogatives du titulaire peuvent faire obstacle à la libre circulation dans la mesure où l'entrave ainsi constituée est justifiée par la nature du droit en cause et ne dépasse pas les limites de son objet spécifique⁵⁴⁸. Or, il se trouve que le droit communautaire est venu fixer une limite à l'objet spécifique : dès lors que l'objet spécifique a été atteint, le droit est épuisé. En d'autres termes, si l'objet spécifique a été atteint, alors on peut considérer que la fonction du droit est remplie ; par conséquent le titulaire ne disposera plus des prérogatives afférentes à cet objet spécifique.

⁵⁴⁵ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, Rec. p. 487.

⁵⁴⁶ V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 72.

⁵⁴⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 325.

⁵⁴⁸ C'est d'ailleurs le raisonnement tenu dans l'affaire *Deutsche Grammophon* précitée.

Concrètement, le principe de l'épuisement va se fonder sur l'idée que le titulaire reçoit sa rémunération avec la vente du produit protégé. Une fois le prix perçu, le titulaire ne peut plus espérer contrôler la circulation de l'objet car son droit est éteint. On peut ainsi affirmer que la théorie de l'épuisement vient limiter les prérogatives de l'auteur à la première mise en circulation du produit.

b) Conditions de mise en œuvre de la règle de l'épuisement

193. – Consentement du titulaire et mise en circulation licite sur le territoire européen. Deux conditions principales ont été reconnues comme nécessaires à la mise en jeu de la règle de l'épuisement. La première concerne le consentement du titulaire du droit de propriété intellectuelle. Pour que la règle de l'épuisement puisse jouer, le titulaire doit en effet avoir consenti à la commercialisation initiale. On parle de mise en circulation licite. Celle-ci doit avoir été le fait du titulaire lui-même ou d'une personne placée sous son contrôle⁵⁴⁹. Une seconde condition a trait au territoire sur lequel le titulaire effectue la première mise en circulation : pour que la règle de l'épuisement joue, le produit doit avoir été licitement mis en circulation sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Ceci résulte du choix qui a été fait d'un épuisement communautaire, par opposition à un épuisement international selon lequel toute mise en circulation d'un produit couvert dans l'espace international interdirait au titulaire d'invoquer son droit de propriété intellectuelle pour s'opposer à sa commercialisation sur le territoire de l'Union européenne⁵⁵⁰. Ainsi, selon la règle de

⁵⁴⁹ C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 144.

⁵⁵⁰ Selon MM. Gavalda et Parleani, « tous les textes de droit communautaire dérivé (par ex., règlement relatif à la marque communautaire, directive du 21 décembre 1989...) retiennent la solution de l'épuisement communautaire et rejettent l'idée d'épuisement international » (C. GAVALDA et G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 142).

V. également CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-355/96, *Rec.* p. I-4799, points 26 et 27 : « Dans ces circonstances, la directive ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle laisserait aux États membres la possibilité de prévoir dans leur droit national l'épuisement des droits conférés par la marque pour des produits mis dans le commerce dans des pays tiers. Cette interprétation est au surplus la seule qui soit pleinement susceptible de réaliser la finalité de la directive, qui est de sauvegarder le fonctionnement du marché intérieur. En effet, des entraves inéluctables à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services découleraient d'une situation dans laquelle quelques États membres pourraient prévoir l'épuisement international tandis que d'autres ne prévoiraient que l'épuisement communautaire ». La directive visée est la première directive n° 89/104 sur les marques qui s'opposait à des règles nationales prévoyant l'épuisement du droit conféré par une marque pour des produits mis dans le commerce hors de l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement. (article 7, paragraphe 1).

l'épuisement communautaire, seule une commercialisation sur l'espace européen empêche le titulaire de contrôler le sort de son produit consécutivement à la première vente.

c) *De quelques particularités relatives à l'objet spécifique du droit d'auteur, tel que délimité par la théorie de l'épuisement*

194. – Épuisement et droit moral. Compte tenu de la diversité des prérogatives conférées par le droit d'auteur, la règle de l'épuisement n'est, dans ce domaine, pas d'application générale⁵⁵¹. En effet, certaines prérogatives de l'auteur y sont soumises, alors que d'autres non. Tout d'abord, il convient de souligner que les prérogatives issues du droit moral de l'auteur n'ont jamais été mises en cause comme étant susceptibles d'entraver les échanges intracommunautaires, et n'ont donc jamais donné prise à l'application des règles de libre circulation⁵⁵². De fait, c'est bien par l'intermédiaire de l'exercice des prérogatives patrimoniales que les échanges commerciaux d'œuvres protégées par le droit d'auteur ont lieu.

195. – Épuisement et droit de reproduction. S'agissant des droits patrimoniaux de l'auteur, quelques distinctions s'imposent. Le droit français du droit d'auteur reconnaît aux auteurs deux prérogatives d'ordre patrimonial : le droit de reproduction et le droit de représentation⁵⁵³. La catégorie très large du droit de reproduction français intègre le droit exclusif de mise en circulation, principal concerné par les règles de libre circulation du Traité. Il est en effet admis que le droit de mise en circulation s'épuise par le premier usage, interdisant ainsi à l'auteur de faire obstacle à la circulation ultérieure des exemplaires ayant fait l'objet d'une première vente⁵⁵⁴, et lui interdisant également de percevoir sur les ventes ultérieures desdits exemplaires une quelconque rémunération⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1996, n° 178.

⁵⁵² BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 79.

⁵⁵³ Article L. 122-1 du CPI.

⁵⁵⁴ Pour une illustration, v. CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. préc.

⁵⁵⁵ Pour une illustration, voir affaire *Time Limit*, citée *supra* n° 147 : Tribunal civil de Bruxelles, 30 octobre 1975, *RIDA* 1975, n° 92, p. 130, et Cour d'appel de Bruxelles, 2^e chambre civile, 26 octobre 1978, *RIDA*, avril 1979, n° 100, p. 198.

196. – Épuisement et droit de représentation. À l'inverse – et c'est là une particularité notable du droit d'auteur –, il a été jugé que la théorie de l'épuisement ne s'appliquait pas au droit de représentation. En vertu du droit de représentation, l'auteur peut choisir de communiquer (ou non) son œuvre au public⁵⁵⁶, par voie directe (spectacle vivant, exposition publique...) ou indirecte (projection publique, télédiffusion...) et percevoir en contrepartie une rémunération. Cette activité de communication s'apparentant à une prestation de service⁵⁵⁷, il a logiquement été considéré que la théorie de l'épuisement, propre à la circulation des marchandises, ne pouvait s'appliquer au droit de représentation :

« le titulaire du droit d'auteur d'un film et ses ayants droit ont un intérêt légitime à calculer les redevances dues pour l'autorisation de représenter le film en fonction du nombre réel ou probable des représentations ; [...] la faculté, pour le titulaire du droit d'auteur et ses ayants droit, d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film fait partie de la fonction essentielle du droit d'auteur sur ce genre d'œuvres littéraires ou artistiques ».

197. – Épuisement et droit de location des exemplaires. De même, la jurisprudence a affirmé à plusieurs reprises que la théorie de l'épuisement n'affectait pas le droit de location des exemplaires. Ainsi, aux termes de l'arrêt *Warner Brothers*, il apparaît que *« en autorisant la perception de droits d'auteurs seulement à l'occasion des ventes consenties tant aux simples particuliers qu'aux loueurs de vidéocassettes, il n'est pas possible d'assurer aux auteurs de films une rémunération qui soit en rapport avec le nombre des locations effectivement réalisées et qui réserve à ces auteurs une part satisfaisante du marché de la location. C'est ce qui explique que, comme le rappelle la Commission dans ses observations, certaines législations nationales ont récemment organisé une protection spécifique du droit de location des vidéocassettes ; [...] des législations de ce type apparaissent, dès lors, comme justifiées par des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale au sens de l'article 36 du Traité »*⁵⁵⁸. En admettant que l'auteur puisse percevoir une rémunération proportionnelle au nombre de locations du produit incorporant l'œuvre, les juges décident

⁵⁵⁶ Article L. 122-2 du CPI.

⁵⁵⁷ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I* et CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel II*, aff. précitées *supra*, n° 182.

⁵⁵⁸ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers*, citée *supra*, n° 183, points 15 et 16.

donc que la mise en circulation des exemplaires matériels par la première vente n'épuise pas le droit de location de l'auteur.

À travers ces différents exemples, on constate que la règle de l'épuisement apparaît comme un outil de contrôle de l'objet spécifique du droit d'auteur à la disposition du juge européen. Voici donc une illustration d'une tendance assez marquée à la délimitation de l'emprise du droit européen sur le droit d'auteur par des critères interprétés par le juge à la lumière des Traités. Or, une réelle garantie de sauvegarde de l'essence des droits intellectuels devrait, selon nous, passer par des critères intangibles, non modelables par le juge européen, et directement issus des logiques de protection des droits intellectuels⁵⁵⁹.

§ 2. – Le recours à l'objet spécifique dans la jurisprudence récente

198. – Nous formulerons tout d'abord un premier constat. Les dernières affaires communautaires dans lesquelles étaient en cause des droits d'auteur ont suscité de nombreux commentaires. Les affaires auxquelles nous faisons référence concernaient l'application des règles de concurrence, et plus particulièrement la caractérisation d'abus de position dominante consécutifs à un refus de licence opposé par le titulaire du droit⁵⁶⁰. L'extrême réactivité de la doctrine n'est évidemment pas étrangère à ces circonstances, compte tenu du fait que la sanction concurrentielle logique du refus de licence jugé abusif ne pouvait résider que dans le mécanisme de la licence forcée⁵⁶¹, sanction encore inconnue du droit d'auteur il n'y a pas si longtemps.

Il est intéressant de remarquer que dans ces décisions, relativement récentes, le débat s'est radicalement déplacé. Il n'est en effet plus question de départager les compétences respectives des États membres et de la Communauté en matière de droit d'auteur, c'est-à-dire de délimiter la sphère d'intervention du droit communautaire de ce domaine. Il n'est plus question de distinction entre l'existence et l'exercice du droit, ni de recherche de l'objet spécifique du

⁵⁵⁹ Cf. *infra*, n° 200.

⁵⁶⁰ Nous citerons, à titre principal les affaires *Magill* (aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P) et *IMS Health* (aff. C-418/01). Pour davantage de développements sur ces affaires, ainsi que d'autres références jurisprudentielles sur le sujet, v. *infra*, n°s 305 et s.

⁵⁶¹ Cf. *infra*, n°s 365 et s.

droit d'auteur. Ce constat nous amène à nous demander comment un récent changement de perspective dans l'approche de l'objet spécifique du droit d'auteur (A) a pu conduire à la remise en cause de l'utilité même de l'objet spécifique (B).

A. – UN CHANGEMENT DE PERSPECTIVE DANS L'APPROCHE DE L'OBJET SPÉCIFIQUE DU DROIT D'AUTEUR

199. – La fonction essentielle du droit d'auteur éclairée à la lumière des Traités. Les arrêts *Magill* du Tribunal de première instance⁵⁶², bien qu'on puisse considérer qu'ils constituent un apport important à la théorie de l'objet spécifique en y incluant les prérogatives de l'auteur liées à son droit moral, apportent un changement de perspective très significatif dans l'approche de l'objet spécifique. Dans ces arrêts, le Tribunal, on le sait, n'a pas cherché à remettre en cause la théorie des droits inhérents ; le principe fondamental selon lequel l'existence des droits de propriété intellectuelle relève des législations nationales se trouvait donc préservé⁵⁶³. En revanche, par l'affirmation suivante, il a profondément modifié l'approche qui fut jusque-là celle de la Cour :

« s'il est certain que l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86. En effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 ».

⁵⁶² TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc. T-69/89, T-70/89 et T-76/89.

⁵⁶³ TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc. T-69/89, T-70/89 et T-76/89, respectivement points 67, 54 et 52 : « *Les rapports entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles générales de droit communautaire sont expressément régis par l'article 36 du traité, qui prévoit la possibilité de déroger aux règles relatives à la libre circulation des marchandises pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, cette dérogation est explicitement assortie de certaines réserves. En effet, la protection des droits de propriété intellectuelle conférée par les législations nationales est uniquement reconnue, en droit communautaire, dans les conditions énoncées à l'article 36, deuxième phrase* ».

Ainsi, d'après le Tribunal, la fonction essentielle du droit d'auteur doit être déterminée dans le respect des objectifs du Traité. Nous pouvons noter ici la prévalence de la théorie dite de l'« *interprétation conforme* »⁵⁶⁴, et en déduire que les législations nationales – dont la sphère de compétence est délimitée par l'objet spécifique, lui-même déduit de la fonction essentielle – ne peuvent protéger la propriété intellectuelle que dans la mesure où cette protection est conforme aux objectifs du Traité. L'affirmation du Tribunal n'a rien pour rassurer : le juge du droit communautaire s'arroge en effet le droit de déterminer, en son âme et conscience, ce qui constitue la fonction essentielle du droit d'auteur.

200. – Critique. Cette auto-attribution nous semble potentiellement dangereuse. D'une part, la recherche de la fonction essentielle du droit est intimement liée aux dispositifs de protection nationaux dont on voit mal le juge européen se faire l'interprète, d'autant que la traditionnelle distinction existence-exercice l'interdit de s'immiscer dans tout ce qui touche à l'existence du droit. Ainsi, la fonction essentielle du droit devrait être définie à partir du droit lui-même, et non à partir de l'idée que s'en fait le juge, à la lumière des objectifs du Traité. Or, c'est précisément ce que s'autorise le juge en vertu de ces arrêts *Magill*⁵⁶⁵. D'autre part, on assisterait à une remise en cause profonde de la théorie de l'objet spécifique : celle-ci a pour but de répartir les compétences nationales et européennes ; ne peut-on pas voir alors dans le raisonnement du juge une certaine hypocrisie, lorsque celui-ci s'interdit de remettre en cause l'existence du droit (définie par référence à l'objet spécifique, et donc à la fonction essentielle) pour autant qu'il puisse contrôler la notion de fonction essentielle à la lumière des dispositions du Traité ? Procéder de cette manière équivaudrait à donner au droit d'auteur une définition européenne, par essence non contradictoire avec les exigences du Traité⁵⁶⁶, et reviendrait à nier les spécificités du droit d'auteur qui heurtent les logiques économiques

⁵⁶⁴ G. BONET, comm. sous TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc. T-69/89, *RTD eur.* 1993, p. 527 : « la théorie dite de l'interprétation conforme paraît aussi inspirer les juges puisque l'arrêt indique ensuite que l'article 36 doit s'interpréter conformément aux objectifs et actions de la Communauté « tels qu'ils sont définis par les articles 2 et 3 du Traité », eu égard notamment à l'existence d'un régime de libre concurrence dans le marché commun visé à l'article 3, f) et qu'expriment les interdictions édictées par les articles 85 et 86 » – Sur la définition de la théorie de l'interprétation conforme proprement dite, G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173, n° 21 : « il résulte de la théorie de l'interprétation conforme que la protection de la propriété intellectuelle par les droits nationaux est tolérable seulement si elle permet d'atteindre les buts fixés par le traité ».

⁵⁶⁵ J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1996, n° 187.

⁵⁶⁶ F. SIIRIAINEN, « "Droit d'auteur" contra "Droit de la concurrence" versus "Droit de la régulation" », *RIDE*, octobre 2001, n° 4, p. 425 : « la substance même du droit d'auteur, c'est-à-dire son caractère exclusif, est strictement encadrée par le droit communautaire de la concurrence, qui qualifie cette substance et la finalise au respect des règles du Traité, dans le cadre d'une interprétation téléologique ».

européennes⁵⁶⁷. Un tel raisonnement constituerait donc plus une négation qu'une solution au problème des rapports entre le droit d'auteur et le droit de l'Union européenne : en effet, la fonction essentielle du droit d'auteur n'étant plus définie à partir du droit d'auteur, mais à partir du droit de la concurrence⁵⁶⁸, rien de plus facile que d'affirmer que les problèmes de frictions entre le droit d'auteur et le droit de la concurrence ont été résolus.

Toutefois, si la critique est aisée, l'art est difficile. On reproche au droit de la concurrence, et plus généralement au droit européen, de s'immiscer dans des questions de propriété intellectuelle dans lesquelles le domaine réservé des États est en jeu. Mais peut-on accepter de chaque État qu'il fixe lui-même le domaine de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle ? Ce serait, eu égard aux diversités traditions juridiques nationales, accepter que le droit européen ne s'applique pas de manière uniforme selon les législations en cause. Le réalisme impose donc que la frontière entre l'existence et l'exercice des droits soit établie à un niveau supranational par les autorités européennes. Néanmoins, dans cet exercice délicat, il conviendrait que ces autorités fassent preuve d'une grande humilité face aux législations nationales de propriété intellectuelle, en s'abstenant notamment de toute référence pouvant être interprétée comme confinant à une forme d'aléa juridique lié au bon vouloir du juge. On vise ici des expressions telles que « *au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce* », présentes dans les arrêts *Magill* du Tribunal de première instance.

B. – L'UTILITÉ DE LA NOTION D'OBJET SPÉCIFIQUE REMISE EN QUESTION

201. – Les « circonstances exceptionnelles » : nouveau critère d'intervention du droit de la concurrence. La formule malheureuse des arrêts *Magill* du Tribunal de première instance n'est pas réapparue dans la jurisprudence. L'arrêt de la Cour⁵⁶⁹ qui se prononçait sur

⁵⁶⁷ Il semble absurde de vouloir nier les contrariétés d'objectifs des législations nationales de protection du droit d'auteur et des règles communautaires du marché. En ce sens, F. SIIRIAINEN, article préc., p. 421 : « *Le droit d'auteur poursuit par nature des finalités autres que celles d'assurer les objectifs du Traité, surtout concurrentiels* ».

⁵⁶⁸ F. SIIRIAINEN, *loc. cit.* .

⁵⁶⁹ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743 ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. FRANÇON ; *RTD eur.* 1995, p. 835, obs. G. BONET ; G. BONET, « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *D. Aff.* 1996, p. 827 ; M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante », *JCP* 1995. I. 3883 ; H. CALVET et T. DUSURMONT, « L'arrêt *Magill*, une décision d'espèce ? », *RIDA* janvier 1996, n°167, p. 3 ; C. CARREAU, « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, juillet 1995, chron. n° 8, p. 1 ; J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles". », *D. Aff.* 1996, p. 859 ; L. DE GAULLE, « Les droits nationaux de propriété intellectuelles à

les pourvois formés à leur rencontre laisse assez dubitatif quant à la portée des propos tenus en première instance. On sait que la Cour a rejeté les pourvois, et maintenu la solution retenue par la Tribunal, à savoir la caractérisation de l'abus de position dominante constitué par le refus de licence. Elle n'a toutefois pas repris à son compte l'ensemble des arguments développés par le Tribunal. En particulier, s'agissant des notions d'objet spécifique et de fonction essentielle, la Cour s'est abstenue de toute appréciation des motifs retenus en première instance⁵⁷⁰. En l'absence de condamnation explicite du raisonnement du Tribunal sur ces points, on ne peut qu'hésiter sur la portée qu'il convient de lui donner.

Quoi qu'il en soit, la motivation de la Cour se passe volontiers des notions d'objet spécifique et de fonction essentielle et adopte une toute autre argumentation à laquelle il convient de s'intéresser. Afin de ne pas déborder de notre étude consacrée à l'objet spécifique, nous schématiserons le raisonnement tenu par la Cour de la façon suivante : la Cour rappelle dans un premier temps son adhésion à la théorie des droits inhérents, et donc au fait que les conditions et modalités de la protection par le droit d'auteur relèvent des législations nationales⁵⁷¹. Elle ajoute que « *le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait en lui-même constituer un abus de celle-ci* »⁵⁷². Mais elle précise ensuite que « *l'exercice du droit par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* »⁵⁷³.

Ces circonstances exceptionnelles, que l'on retrouve également dans la jurisprudence ultérieure⁵⁷⁴, sont, dans l'arrêt *Magill*, au nombre de trois : l'obstacle à l'apparition d'un

l'épreuve du droit communautaire. À propos de l'affaire *Magill* », RJDA, août-septembre 1995, p. 735 ; T. SKINNER, « *Magill : Consumer Interests Prevail* », *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90.

⁵⁷⁰ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point n° 58 : « *sans qu'il soit nécessaire d'examiner la motivation des arrêts entrepris dans la mesure où elle est fondée sur l'article 36 du Traité, le moyen basé sur la violation, par le Tribunal, de la notion d'abus de position dominante doit être rejeté comme non fondé* ».

⁵⁷¹ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point n° 39 : « *en l'absence d'une unification communautaire ou d'un rapprochement des législations, la fixation des conditions et des modalités de protection d'un droit de propriété intellectuelle relève de la règle nationale* ».

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point n° 50

⁵⁷⁴ Si les trois conditions de l'arrêt *Magill* se retrouvent bien dans la jurisprudence ultérieure, notons toutefois que celle-ci a quelque peu évolué en ajoutant une quatrième condition liée au caractère indispensable du produit ou service (cf. *infra*, n°s 329 et s.).

V. CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, point 37 ; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. BONET, *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. POLLAUD-

produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, l'absence de justification objective, et l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé⁵⁷⁵. Il n'est pas question ici d'analyser ces circonstances dans le détail⁵⁷⁶, mais au contraire de porter sur elles un regard général pour les ramener à notre sujet. Quel rapport peut-on établir entre ces

DULIAN ; *CCE*, juin 2004, comm. n° 69, obs. C. CARON ; *Europe*, 2004, comm. n° 214, obs. L. IDOT ; *Propriété intellectuelle*, 2004, n° 12, p. 821, obs. V.-L. BENABOU ; *D.* 2004, p. 2366, obs. F. SARDAIN ; A. GENDREAU et D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law », *European Law Review*, 2004, p.687 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health Decision: A Triple Victory », *World Competition*, 2004/3, p.397.

TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, point 332 ; *JCP éd. E*, 2008, p. 1314, chron. G. DECOCQ et A. LAQUIÈZE, n°s 6 à 13 ; *RTD com.* 2007, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Europe*, octobre 2007, alertes, n° 58, obs. L. IDOT ; *Propriété intellectuelle* 2008, n° 26, p. 122 ; *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 78, obs. C. PRIETO ; J. GSTALTER, « L'arrêt *Microsoft* et la mise en œuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ? », *RTD eur.* 2007, p. 720 ; P. AHREL, « L'affaire *Microsoft* (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007, *Petites affiches*, 21 novembre 2007, n° 233, p. 3 ; L. IDOT, « L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, étude n° 22 ; C. PRIETO, « La condamnation de *Microsoft* ou l'alternative européenne à l'*antitrust* américain », *D.* 2007, p. 2884 ; M. DEBROUX, « Arrêt *Microsoft*, articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », *JCP éd. E*, 2007, p. 2305 ; R. GARCÍA-VALDECASAS, « L'affaire *Microsoft* : le temps jugera... », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 130 ; J.-Y. DE CARA, « L'affaire *Microsoft* : une mise à l'épreuve du droit *antitrust* ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. p. 132 ; J. S. MARTIN, « La « culture de litige », la recherche de la vérité et le dossier *Microsoft* », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 137 ; M. CARDON, « *Microsoft*, la Commission et le juge communautaire : *quid* de la compétence internationale de la Communauté ? Passez votre chemin la discussion est close ! », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 142 ; C. MONTET, « Décision *Microsoft* : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 152 ; F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre *Microsoft* : où est passée l'économie ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 158 ; E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire *Microsoft* », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 163 ; A. WINCKLER, « L'affaire *Microsoft* du point de vue du plaignant », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 168 ; J.-Y. ART, « Comment *Microsoft* a changé », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 173 ; C. NOURISSAT, « *Microsoft* : sur quelques aspects processuels de l'affaire », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 176 ; V. SÉLINSKY, « *Microsoft* : réaction des autorités et rétablissement des conditions de la concurrence », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 179 ; J. RIFFAULT-SILK, « L'affaire *Microsoft* et le droit des contrats », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 185 ; J.-C. RODA, « Les apports de l'affaire *Microsoft* au droit américain de la monopolisation », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 187 ; D. GÉRARD, « L'arrêt *Microsoft* : quelle portée pour l'application de l'article 82 CE ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 191 ; J.-P. GUNTHER et D. TAYAR, « L'arrêt *Microsoft* marque-t-il la fin de l'externalisation du contrôle des engagements en matière de concentration ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 195 ; C. PRIETO, « Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à *Microsoft* », *Revue des contrats*, 2008, p.811 ; D. HOWARTH et K. McMAHON, « "Windows has Performed an Illegal Operation": the Court of First Instance's Judgment in *Microsoft v Commission* », *European Competition Law Review*, 2008, Vol. 2, p. 117 ; I. EAGLES et L. LONGDIN, « *Microsoft's Refusal to Disclose Software Interoperability Information* and the Court of First Instance », *European Intellectual Property Review*, 2008, Vol. 5, p. 205.

V. également, dans ce sens, Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, point 81. Dans ce document, la Commission s'intéresse aux refus de fournitures, et rappelle les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Elle ne fait toutefois pas référence au caractère nouveau du produit, objet de la demande du consommateur ; par ailleurs, la question de la justification objective est abordée sous l'angle des gains d'efficacité.

⁵⁷⁵ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point n°s 52 et s. .

⁵⁷⁶ Cette analyse fait l'objet de développements ultérieurs. V. *infra*, n°s 329 et s.

circonstances, qui justifient l'application de l'article 86 du Traité CE, et l'objet spécifique ou la fonction essentielle du droit d'auteur ? La réponse est : absolument aucun⁵⁷⁷. Comme le relève Monsieur Blaise, « *l'arrêt de la Cour se situe sur un terrain totalement [...] étranger à la jurisprudence conciliatrice [fondée sur une répartition des compétences entre les législations nationales protectrices de la propriété intellectuelle, et les règles de libre circulation des marchandises, de libre prestation de services et de libre concurrence]* »⁵⁷⁸. L'auteur précise d'ailleurs en quoi l'arrêt se situe sur un terrain nouveau : la position dominante caractérisée par les juges dans l'affaire *Magill* ne résulte pas du monopole de droit constitué par la législation nationale sur le droit d'auteur, mais d'un monopole de fait sur les informations servant à la confection des grilles de programme de télévision⁵⁷⁹. De même, Monsieur Siiriainen relève que le raisonnement se fonde sur le monopole de fait, économique, et non sur le monopole juridique conféré par le droit exclusif⁵⁸⁰.

De fait, les trois critères établis par la Cour aux fins de caractériser l'abus de position dominante sont des critères purement économiques, qui ne prennent nullement en considération l'objet spécifique ou la fonction essentielle du droit d'auteur. Si tel avait été le cas, il est probable que le refus de licence opposé par la société RTE aurait échappé à la qualification d'abus de position dominante. En effet, comme le précisait M. Desurmont, au regard des principes traditionnels de partage des compétences dégagés par la jurisprudence, « *il n'est pas douteux que le droit de refuser que son œuvre soit utilisée, lorsqu'il est reconnu par la législation nationale, participe de l'existence même du droit et que, par conséquent, le Traité ne saurait le remettre en cause en tant que tel* »⁵⁸¹. En effet, si le Traité laisse sauves les prérogatives liées à l'objet spécifique du droit, alors il doit laisser sauf le droit exclusif de reproduction, selon les propres termes de la jurisprudence européenne⁵⁸². L'arrêt *Magill* ne le remet apparemment pas en cause lorsqu'il souligne que « *le droit exclusif de reproduction fait*

⁵⁷⁷ En complément de cette approche, v. *infra*, n^{os} 346 et s., sur la prise en compte d'une spécificité du droit d'auteur, par l'intermédiaire de la condition de produit nouveau, en matière d'application de la théorie des installations essentielles.

⁵⁷⁸ J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles". », *D. Aff.* 1996, p. 859, et spéc. p. 860.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ SIIRIAINEN F., « "Droit d'auteur" *contra* "Droit de la concurrence" *versus* "Droit de la régulation" », préc., p. 422.

⁵⁸¹ T. DESURMONT et H. CALVET, « L'arrêt *Magill* : une décision d'espèce ? », *RIDA* janvier 1996, n^o 167, p. 3.

⁵⁸² CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, *Rec.* p. 2605, point 13. Cf. *supra*, n^o 183.

partie des prérogatives de l'auteur en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait en lui-même constituer un abus de celle-ci »⁵⁸³. Néanmoins, en affirmant que l'exercice du droit exclusif « peut donner lieu à un comportement abusif » dans des circonstances exceptionnelles⁵⁸⁴, les juges autorisent à ce que des circonstances de fait, sans rapport avec un quelconque abus du droit d'auteur (critiquable dès lors qu'il outrepassé l'objet spécifique du droit), interdisent à l'auteur de manifester son consentement à l'utilisation de son œuvre.

La conséquence en est que, si ces circonstances de fait sont réunies, l'existence du droit, telle que régie par le droit national, en est réduite à son seul aspect économique, faute pour l'auteur de pouvoir consentir à l'utilisation de son œuvre : ce dernier ne pourra interdire l'usage de son œuvre, et ne pourra que prétendre à une rémunération en lien avec l'utilisation de celle-ci⁵⁸⁵. Le droit de la propriété intellectuelle a beaucoup à perdre avec une vision aussi réductrice du droit d'auteur.

202. – Une portée limitée aux hypothèses d'application de la théorie des infrastructures essentielles ? Il est clair qu'en permettant la caractérisation d'un abus de position dominante dès que sont réunis un certain nombre de critères basés sur une appréciation de circonstances de fait d'ordre économique, on autorise l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur en dehors de toute considération propre au droit d'auteur. En ce sens, M. Siirainen affirmait qu'« *il n'est plus question désormais de s'embarrasser des conséquences éventuelles d'un raisonnement mené en termes de fonction essentielle et d'objet spécifique : les "circonstances économiques" suffisent à faire échec au droit d'auteur* »⁵⁸⁶. Au regard de cette nouvelle orientation donnée par l'arrêt *Magill* (et confirmée par l'arrêt *IMS*

⁵⁸³ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point 49.

⁵⁸⁴ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., point 50

⁵⁸⁵ Selon le professeur Bonet, le titulaire du droit « *garderait toujours la possibilité de réaliser l'exploitation, directe ou indirect (par un licencié) de l'œuvre, mais perdrait la faculté qui est pourtant de l'essence même de la propriété intellectuelle – d'interdire l'exploitation à un tiers dans toutes les hypothèses où celle-ci se révélerait conforme à "une demande potentielle de la part des consommateurs". Dans ces hypothèses, le titulaire ne disposerait, en ce qui concerne les prérogatives patrimoniales, que d'un droit à redevance – sorte de droit de créance – à l'égard du tiers considéré. La définition même du droit de propriété intellectuelle et de ses limites, élément essentiel de son "existence", ne relèverait plus du seul droit national sous les conditions habituelles ; la construction jurisprudentielle réalisée par la Cour serait compromise, de même que la sécurité juridique du titulaire du droit, faute de textes* » (G. BONET, commentaire sous CJCE, 29 avril 2009, aff. préc., *RTD eur.* 1995, p. 840).

⁵⁸⁶ F. SIIRIAINEN, « "Droit d'auteur" *contra* "Droit de la concurrence" *versus* "Droit de la régulation" », article préc., p. 424.

Health), on peut estimer que la construction jurisprudentielle reposant sur la distinction existence-exercice et sur la théorie de l'objet spécifique est fortement remise en cause. Les récentes affaires démontrent que cette préoccupation du domaine réservé des États en matière de droit d'auteur n'est plus au goût du jour. Elle n'est cependant peut-être pas définitivement compromise si l'on considère le fait que les circonstances économiques auxquelles il est fait référence sont en réalité une déclinaison de la théorie des infrastructures essentielles⁵⁸⁷, qui n'a par définition de rôle à jouer qu'en matière d'abus de position dominante. Le domaine des ententes pourrait donc encore donner prise aux règles antérieurement établies par la jurisprudence⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ V. notamment J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles". », *D. Aff.* 1996, p. 859.

⁵⁸⁸ Dans le sens d'une possible transposition des logiques nouvelles de l'abus de position dominante au domaine des ententes, F. SIIRIAINEN, article préc., p. 424. L'auteur en relève une illustration fournie *a posteriori* par l'arrêt *Coditel II* (réf. citées supra, note 510) : les « *barrières artificielles et injustifiées au regard des nécessités de l'industrie cinématographique* », notamment, peuvent constituer des circonstances économiques justifiant la qualification d'entente anticoncurrentielle, alors même que le droit exclusif de représentation relève de l'objet spécifique du droit d'auteur.

Conclusion du Titre II

203. – L'applicabilité du droit de la concurrence au droit d'auteur passe notamment par une applicabilité des règles européennes de concurrence. Or, la légitimité de l'intervention du droit européen dans le domaine du droit d'auteur a été discutée, principalement en raison de l'absence de référence explicite au droit d'auteur dans les textes communautaires originaires. L'assimilation jurisprudentielle de la propriété littéraire et artistique à la « *propriété industrielle et commerciale* » visée par l'article 36 du Traité de Rome, ainsi qu'un intérêt croissant du pouvoir législatif européen pour les questions de propriété intellectuelle et de politique culturelle au cours de ces dernières années auront finalement permis d'asseoir progressivement cette légitimité qui faisait défaut.

Une fois admise la possibilité d'intervention du droit européen dans le domaine des droits d'auteur, il fallait toutefois s'assurer que son application ne remette pas en cause la teneur même de ces droits d'origine essentiellement nationale, sous peine de porter atteinte à la souveraineté des États membres. C'est à cet effet qu'a été dégagé, en jurisprudence, le principe de la distinction existence-exercice. Complété par le recours aux notions d'objet spécifique et de fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle, ce principe constitue un garde-fou satisfaisant contre un empiètement excessif du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur. On peut cependant regretter qu'il n'ait pas été davantage mis en exergue dans la jurisprudence en étant présenté comme un principe jurisprudentiel fondamental devant systématiquement guider toute analyse relative à des problèmes de concurrence impliquant l'exercice de droits d'auteur. Son insuffisante valorisation lui aura sans doute valu d'être parfois malmené à l'occasion d'applications récentes du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

204. – Toutes sortes d’arguments ont été présentés en vue d’écarter l’application du droit de la concurrence dans le domaine du droit d’auteur. Tous tendaient peu ou prou à tirer prétexte du caractère culturel du droit d’auteur pour contester l’application de règles de droit économique. L’opposition n’est cependant pas aussi insurmontable qu’on a bien voulu le prétendre. D’une part, il est de nombreux cas où le droit d’auteur protège tout autre chose que des œuvres à caractère artistique. Il arrive ainsi que des œuvres à caractère informationnel ou technique bénéficient de la protection. Dans ce cas, bien sûr, l’argument culturel ne saurait être soulevé. D’autre part, même lorsque les œuvres en cause présentent un caractère artistique et culturel, il serait tout à fait inexact de considérer qu’elles sont de ce seul fait hors du champ économique. Le poids des industries dites culturelles dans le paysage économique tend à prouver le contraire. Enfin, le caractère impérialiste du droit de la concurrence, qui s’est déjà manifesté dans d’autres branches du droit que le droit d’auteur, milite en faveur d’une application large, ne faisant que très peu de place aux exceptions, en tout cas pas pour des motifs d’intérêt culturel.

Il est ainsi logique de voir le droit de la concurrence s’appliquer dans le domaine du droit d’auteur. Cela ne signifie pas pour autant que cette réception des règles économiques dans une branche du droit qu’on rattachera volontiers au droit civil, se fasse avec la plus grande facilité. Les conditions d’application du droit de la concurrence semblent en effet susceptibles de heurter certaines spécificités du droit d’auteur. Il a fallu, par ailleurs, que le droit de la concurrence – et plus généralement le droit européen – se forge une légitimité dans le domaine de la propriété intellectuelle et du droit d’auteur. Cette légitimité s’est construite autour d’une délimitation de la sphère d’intervention du droit européen à l’exercice du droit de propriété intellectuelle. Jusqu’à tant qu’elle ait été respectée, cette délimitation a permis de préserver l’existence des droits, considérée comme le domaine réservé des législations nationales. Enfin, le droit européen, qui consistait essentiellement, à son origine, en un corpus de règles économiques, s’est progressivement ouvert à d’autres valeurs. Le respect de la

propriété intellectuelle et la prise en compte d'objectifs culturels en font partie. À ce titre, on peut espérer une intervention du droit de la concurrence respectueuse du droit d'auteur, une intervention soucieuse, notamment, de ne pas affaiblir la protection, de façon à maintenir un certain niveau d'incitation à la création et, plus généralement, à l'innovation dans son sens large.

DEUXIÈME PARTIE

L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU DROIT D'AUTEUR

205. – Les pratiques anticoncurrentielles dans lesquelles sont impliqués des droits d’auteur sont d’ordres très divers. Elles peuvent tout d’abord avoir lieu dans le cadre de l’exploitation individuelle des droits par leurs titulaires. Certaines formes d’exploitation peuvent en effet apparaître contraires aux règles de prohibition des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante. Le terme d’exploitation est à prendre dans un sens large puisqu’on verra que l’absence d’exploitation, se traduisant par un refus de licence, est elle aussi parfois sanctionnée. On soulignera par ailleurs la précaution que nous prenons à utiliser l’expression de « titulaires de droits » plutôt que celle d’« auteurs ». En effet, dans toutes les applications jurisprudentielles rencontrées, les entreprises auxquelles sont imputées des pratiques anticoncurrentielles sont des personnes morales. Or, puisque les auteurs d’une œuvre ne peuvent être que des personnes physiques, il faut en déduire que les entreprises en cause ne sont que de simples titulaires, cessionnaires de droits qu’elles tiennent des véritables auteurs⁵⁸⁹. Cette observation est importante car elle traduit une certaine distance entre l’œuvre et le titulaire qui explique sans doute – au moins pour partie – le contexte de droit d’auteur dans lequel le droit de la concurrence intervient habituellement.

Les pratiques anticoncurrentielles existent également dans le domaine de la gestion collective des droits d’auteur. La problématique est ici très différente. Il ne s’agit plus de se demander si le respect des règles de concurrence impose des limites à l’exercice du droit d’auteur, mais de savoir quels sont les problèmes de concurrence posés par le monopole de fait des sociétés de gestion collective, ainsi que par le système même des licences qui repose sur l’assise territoriale des droits d’auteur.

Si les problématiques de l’exploitation individuelle et de la gestion collective semblent bien distinctes, une question de fond se pose néanmoins en termes identiques : comment parvenir à une application effective du droit de la concurrence sans compromettre l’efficacité du droit d’auteur qui, dans une certaine mesure, crée les conditions d’un environnement favorable à la création et, partant, permet le développement d’une forme de compétitivité entre entreprises

⁵⁸⁹ Cf. n^{os} 19 et s. et n^o 51 (note n^o 168).

pouvant s'avérer favorable au consommateur ? Le droit de la concurrence n'est pas dénué d'outils permettant de répondre à cette question et de trouver le juste équilibre recherché. Nous tenterons de les mettre en valeur en étudiant l'application, dans le domaine du droit d'auteur, des règles relatives aux ententes anticoncurrentielles (Titre I), puis des règles relatives aux abus de domination (Titre II).

TITRE I

ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT D'AUTEUR

206. – En droit européen (art. 101 du TFUE) comme en droit français de la concurrence (art. L. 420-1 du C. com.), l'entente repose sur un concours de volontés entre entreprises dont la forme la plus aisément perceptible est l'accord, et plus spécialement le contrat⁵⁹⁰. À ce titre, il est logique que lorsqu'on évoque les ententes dans le domaine du droit d'auteur, l'on soit spontanément attiré vers l'étude des effets restrictifs de concurrence potentiellement contenus dans les contrats de cession ou de licence⁵⁹¹ qui constituent le cœur même de l'exploitation patrimoniale des droits d'auteur. Le sujet est particulièrement sensible dans la mesure où l'exclusivité d'exploitation, qui relève de l'essence même du droit d'auteur, peut se voir remise en cause dès lors qu'elle fait l'objet d'un engagement contractuel. Nous visons ici particulièrement les questions relatives aux restrictions territoriales découlant de contrats de licences exclusives de droit d'auteur. Toutefois, ce point de vue focalisé sur l'exercice individuel du droit d'auteur ne constitue qu'un aspect des questions de concurrence se posant en matière d'ententes (Chapitre 1). En effet, la prise en compte de la protection du droit

⁵⁹⁰ Cf. *supra*, n^{os} 39 et s.

⁵⁹¹ Nous utilisons à dessein les deux notions de cession et de licence afin de rendre compte sans restriction de l'ensemble des modalités d'exploitation du droit d'auteur. Néanmoins, nous devons relever que si la distinction entre le contrat de cession et le contrat de licence (ou concession) est très claire dans le domaine de la propriété industrielle (art. L. 613-8 CPI en matière de brevet, art. L. 714-1 CPI en matière de marque), elle est en revanche fortement discutée en doctrine dans le domaine du droit d'auteur. V. par ex. C. CARON, qui défend l'existence d'un contrat de licence, distinct du contrat de cession, notamment en matière de logiciel (*Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^o 398) ; A. LUCAS et H.-J. LUCAS, insistant sur l'inadéquation de la distinction entre cession et licence (*Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n^{os} 482 et s.) ; F. POLLAUD-DULIAN qui, sans rejeter catégoriquement la distinction, admet qu'elle ne soit que partiellement satisfaisante et en vient à qualifier les différents contrats d'exploitation de contrats innomés (*Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n^{os} 939 et s.).

d'auteur dans l'application des règles de concurrence s'opère également à un autre niveau qui est celui de la gestion collective des droits. Dans ce domaine, l'application des règles de concurrence est elle aussi très sensible. Elle ne fait pas directement peser le risque d'une remise en question des prérogatives essentielles des auteurs ou des titulaires de droit, mais elle peut en revanche hypothéquer l'efficacité de la protection du droit d'auteur et, partant, freiner l'incitation à la création, tributaire d'une protection forte. Dans cette perspective, nous examinerons l'incidence de l'application du droit des ententes sur le système de la gestion collective transnationale qui repose essentiellement sur des conventions dites « de représentation réciproque », souvent suspectes aux yeux des autorités de concurrence (Chapitre 2).

Chapitre 1

Ententes anticoncurrentielles et exercice individuel d'un droit d'auteur

207. – Les ententes anticoncurrentielles liées à l'exercice individuel d'un droit d'auteur reposent sur les contrats d'exploitation d'œuvres de l'esprit qui prennent la forme de licences de droit de reproduction ou de droit de représentation. Partant de ce constat, nous délimiterons notre champ d'investigation à l'étude du caractère anticoncurrentiel des licences de droit d'auteur. Bien d'autres pratiques relevant d'ententes anticoncurrentielles gravitent autour du droit d'auteur. On peut citer par exemple des accords entre entreprises visant à refuser des licences ou des sous-licences de droit d'auteur à des tiers⁵⁹². De telles pratiques ne sont pas sans intérêt dans le cadre de l'étude des rapports qu'entretiennent le droit d'auteur et le droit de la concurrence, mais nous estimons qu'elles seront plus logiquement rattachées à la problématique des refus de licence abusifs que nous aurons l'occasion d'aborder ultérieurement⁵⁹³.

La rencontre du droit de la concurrence et du droit d'auteur semble inévitable, dès lors que ces licences présentent un caractère exclusif. L'exclusivité est en effet synonyme d'exclusion des concurrents et, en tant que telle, nécessairement porteuse d'une restriction de concurrence sur le marché en cause. Pourtant, l'exclusivité relève de l'essence même du droit d'auteur, à l'instar des autres droits de propriété intellectuelle. Elle est en effet la condition *sine qua non* de la protection des titulaires, en tant qu'elle leur permet d'empêcher que d'autres qu'eux puissent profiter des fruits de leur création. La légitimité de l'exclusivité conduit alors à s'interroger sur les modalités d'intervention du droit de la concurrence dans le domaine des

⁵⁹² V. par exemple TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923 – Commission, 19 février 1991, déc. n° 91/130/CEE, aff. IV/32.524, *Screensport / Membres de l'UER*, *JOCE* n° L 63 du 9 mars 1991, p. 32.

⁵⁹³ V. *infra*, n°s 305 et s.

licences exclusives de droit d'auteur. Comment se ferait-il qu'une licence exclusive de droit d'auteur puisse être condamnée par le droit de la concurrence, alors même que, par la concession de cette licence, le titulaire du droit ne fait que se substituer un tiers dans l'exploitation de son monopole, qui lui, n'a rien de condamnable⁵⁹⁴ ?

Le problème est en réalité plus complexe car, par le biais des licences exclusives, le titulaire du droit peut provoquer des restrictions qui ne sont pas nécessairement justifiées par l'essence même du droit d'auteur, autrement appelée « objet spécifique » ou « fonction essentielle » en droit européen. Il convient donc de s'interroger sur les spécificités du droit d'auteur qui justifieraient un traitement particulier du point de vue de l'application des règles relatives aux ententes, que ce soit au niveau de l'appréciation de l'existence de restrictions de concurrence (Section 1) ou de la mise en œuvre d'exemptions (Section 2).

SECTION 1 LA PRISE EN CONSIDÉRATION D'UNE SPÉCIFICITÉ DES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE ISSUES DE LICENCES DE DROIT D'AUTEUR

208. – L'étude des ententes anticoncurrentielles dans le domaine du droit d'auteur conduit à s'intéresser à deux types de pratiques. On peut tout d'abord relever des pratiques de prix imposés. Ces pratiques sont toutefois relativement rares, et ne présentent souvent qu'un lien indirect avec le droit d'auteur. Nous verrons en outre, à travers le peu de jurisprudence dont nous disposons, qu'elles ne présentent pas de spécificités particulières lorsqu'elles sont mises en œuvre dans le domaine du droit d'auteur (§ 1). La seconde catégorie de pratiques, qui nous intéressera davantage, concerne les accords de licence exclusive de droit d'auteur. Ceux-ci reflètent parfaitement les difficultés de conciliation existant entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle. Le premier combat, par définition, les situations d'exclusivités, nocives pour la concurrence, tandis que le second offre au titulaire une protection sous forme de droits exclusifs, dont les licences, elles aussi exclusives, sont potentiellement porteuses de restrictions de concurrence liées à un cloisonnement des marchés. Nous nous interrogerons donc sur les spécificités des pratiques de restrictions territoriales découlant de licences exclusives de droit d'auteur (§ 2).

⁵⁹⁴ C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. G. Bonet, Litec, 2009, n° 55.

§ 1. – L’absence de spécificité des pratiques tendant à restreindre la concurrence par les prix

209. – Prix imposés et droit d’auteur. Les ententes sur les prix sont généralement lourdement sanctionnées⁵⁹⁵, qu’elles résultent d’accords horizontaux d’opérateurs situés au même stade du processus économique, ou d’accord verticaux de distribution. Dans un cas comme dans l’autre, l’autonomie dans la fixation des prix par les entreprises est en jeu ; or, la compétition par les prix est certainement l’un des facteurs les plus marquants d’une concurrence libre et non faussée.

Les études consacrées aux relations qu’entretiennent le droit d’auteur et le droit de la concurrence mentionnent bien souvent la pratique des prix imposés au titre des pratiques illicites mettant en cause un droit d’auteur⁵⁹⁶. Il est vrai que le secteur de la propriété intellectuelle n’échappe pas à cette pratique. Si les illustrations ne manquent pas en droit de la propriété industrielle⁵⁹⁷, elles sont en revanche rares en matière de droit d’auteur. La question s’est principalement posée dans le secteur du livre. Il s’est agi de savoir si la pratique des prix imposés, qu’on sait habituellement condamnée par les autorités de concurrence, pouvait se justifier sur ce marché, eu égard aux spécificités du livre, et notamment à sa qualité de produit culturel. Les juges ont répondu à cette question par la négative : les clauses de prix imposés demeurent, y compris dans le domaine de la distribution des livres, des clauses prohibées en raison des graves restrictions qu’elles portent au jeu de la concurrence (A). En réfutant les

⁵⁹⁵ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, J. VIALENS, *L’application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 123.

⁵⁹⁶ V. par exemple J.-S. BERGÉ, *Lamy droit des médias et de la communication*, n° 157-131, juin 2010 ; J.-J. BIOLAY, *Juris-Classeur Concurrence-Consommation*, fasc. 134, 2005.

⁵⁹⁷ V. principalement la décision de la Commission dans l’affaire *Semences de maïs* (Commission, 21 septembre 1978, déc. n° IV/28.824, aff. IV/28.824, *Semences de maïs*, JOCE n° L 286 du 12 octobre 1978, p. 23). La Commission qualifie de restriction de concurrence une obligation, pour les parties, de fixer ensemble les prix de revente en République fédérale d’Allemagne – obligation qui aurait pour effet de « restreindre la liberté d’action du licencié pour un élément déterminant au plan de la concurrence ». Elle considère par ailleurs qu’une telle pratique n’est aucun cas susceptible d’être exemptée dans la mesure où elle ne procure aucun des effets favorables visés par l’article 85 § 3 du Traité CEE.

V. également, toujours en matière d’obtentions végétales, CJCE, 19 avril 1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery contre Société coopérative La Hesbignonne*, aff. 27/87, *Rec.* p. 1919 ; *RTD eur.* 1988, p. 644, obs. G. BONET. Dans cet affaire, un obtenteur avait imposé à plusieurs de ses licenciés une clause de respect de prix minimaux ; la Cour a jugé que ces clauses avaient pour effet de restreindre la jeu de la concurrence.

arguments des parties requérantes, ils ont ainsi affirmé l'absence de spécificité du marché du livre sur l'appréciation des pratiques de prix imposés (B).

A. – CONDAMNATION DE LA PRATIQUE DES PRIX IMPOSÉS DANS LE SECTEUR DU LIVRE

210. – L'affaire VBVB⁵⁹⁸. La rareté des pratiques de prix imposés dans le domaine du droit d'auteur est telle que la décision que nous nous proposons d'étudier ici à titre principal ne concerne qu'indirectement le droit d'auteur. En effet, comme nous allons le voir, la clause de prix imposés ne figurait pas dans un contrat de licence de droit d'auteur. Elle résultait de la mise en œuvre d'un accord conclu entre des associations flamande et néerlandaise, regroupant divers métiers du livre : éditeurs, clubs du livre, importateurs, représentants exclusifs, grossistes, libraire, etc. Sur le fond, on ne détaillera pas les différents points de l'accord passés au crible du droit de la concurrence. Seule la question des prix imposés nous intéresse ici. En l'espèce, l'accord instaurait un système de prix imposés consistant en la combinaison de deux obligations : *« l'obligation, pour tout éditeur, de fixer, pour chacune des publications, un prix de vente au consommateur, et l'obligation corrélative, pour tous les autres membres des deux associations nationales, de faire en sorte que ce prix soit respecté jusqu'à l'échelon de la vente au détail »*⁵⁹⁹.

L'accord ayant été notifié à la Commission, celle-ci était donc appelée à juger de sa validité au regard de l'article 85, paragraphe 1 du Traité CEE. Elle était par ailleurs invitée par les parties à dire si, dans l'hypothèse où l'accord était jugé restrictif de concurrence, celui-ci pouvait bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 85, paragraphe 3. En l'espèce, la Commission a vu dans la pratique des prix imposés dans le secteur du livre une restriction de concurrence caractérisée, en ce qu'elle *« exclut toute concurrence au niveau des prix pour un même titre entre les libraires des deux États »*. Elle le justifiait de la manière suivante : *« les commerçants se voient interdire tout effort personnel qui leur permettrait d'accroître leur part de marché en revendant des livres au-dessous du prix fixé par l'éditeur*

⁵⁹⁸ CJCE, 17 janvier 1984, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c/ Commission*, aff. jointes 43/82 et 63/82, *Rec.* p. 19.

⁵⁹⁹ CJCE, 17 janvier 1984, aff. préc., point 6.

et de faire bénéficier les consommateurs des avantages résultant de mesures de rationalisation »⁶⁰⁰.

Notons que c'est bien la concurrence entre libraires d'États différents qui est en cause. En effet, sur un même territoire national, il est admis que des dispositions législatives visant à instaurer un prix fixe du livre (telles que celle que nous connaissons en France avec la loi Lang du 10 août 1981) condamnent, de fait, toute possibilité de concurrence par les prix. De telles dispositions ayant été adoptées pour répondre à un objectif de protection du livre en tant que support culturel, et de protection du consommateur, la Cour de justice a admis, en l'absence de politique communautaire de concurrence dans le secteur du livre, la validité du système français du prix unique au regard de l'article 85 du Traité CEE⁶⁰¹. Les spécificités du livre autorisant les systèmes de prix fixe à un niveau national ne pouvaient toutefois, comme nous allons le voir, justifier des politiques contractuelles de prix imposés au niveau communautaire⁶⁰².

B. – ABSENCE D'UNE SPÉCIFICITÉ DE LA PRATIQUE DES PRIX IMPOSÉS LIÉE AU DROIT D'AUTEUR

211. – Pratique des prix imposés et spécificité des marchés de produits couverts par un droit d'auteur. Dans l'affaire *VBVB*, les requérantes s'étaient défendues en arguant notamment de la spécificité du marché du livre, laquelle devait être prise en compte dans

⁶⁰⁰ CJCE, 17 janvier 1984, aff. préc., point 9.

⁶⁰¹ CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c/ SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 229/83, *Rec.* p. 1 ; *RTD eur.* 1985, p. 180, obs. C. GAVALDA ; J.-B. BLAISE, « Respect des articles 85 et 86 du traité par les États membres. Législation interne relative au prix du livre et aux prix de l'essence », *RTD eur.* 1985, p.559 ; L. DUBOUIS, « La France face à l'Europe du livre et de l'essence », *RFDA*, 1985, p. 289 : « il y a lieu de constater qu'il n'existe pas, jusqu'à présent, une politique communautaire de concurrence concernant des systèmes ou pratiques purement nationaux dans le secteur des livres que les États membres seraient tenus de respecter en vertu de leur devoir de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité. Il s'ensuit qu'en l'état actuel du droit communautaire, les obligations des États membres, découlant de l'article 5, en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85 du traité, ne sont pas suffisamment déterminées pour leur interdire d'édicter une législation du type de celle litigieuse en matière de concurrence sur les prix de vente au détail des livres, à condition toutefois que cette législation respecte les autres dispositions spécifiques du traité, et notamment celles qui concernent la libre circulation des marchandises qu'il convient en conséquence d'examiner » (point 20).

Notons que si le dispositif du prix unique conduit à une absence de concurrence par les prix, il permet toutefois le développement d'une concurrence qualitative sur les services.

⁶⁰² TPICE, 9 juillet 1992, *Publishers Association c/ Commission*, aff. T-66/89, *Rec.* p. II-1995, point 87 : « un mécanisme de respect collectif des prix de vente, présentant des avantages à l'intérieur d'un marché national, ne rend pas nécessairement indispensable l'application des mêmes restrictions au commerce des livres entre États membres ».

l'appréciation du caractère anticoncurrentiel de l'accord soumis à la Commission. Elles reprochaient ainsi à la Commission de n'avoir pas tenu compte de la « *nature spécifique du livre en tant que produit et du caractère propre de la structure du marché du livre, en considérant que la compétition au niveau des prix serait le facteur concurrentiel essentiel* »⁶⁰³. L'argument mérite réflexion. La spécificité visée est-elle liée à l'existence d'un droit d'auteur ? L'argumentation des requérantes, sans l'affirmer explicitement, laisse envisager la possibilité d'un lien entre le droit d'auteur et la pratique des prix imposés. Les associations nationales des éditeurs et libraires des deux États membres avaient en effet insisté sur la nature spécifique du livre, en soutenant que « *chaque livre [constituait] un marché en soi* », de sorte que « *l'élasticité des prix des livres en tant que produits serait minime* »⁶⁰⁴. Par voie de conséquence, le facteur prix ne pouvait être considéré comme facteur essentiel de concurrence sur le marché du livre, et le caractère anticoncurrentiel de la pratique des prix imposés dans ce secteur n'était donc pas démontré⁶⁰⁵.

La position des requérantes selon lequel chaque livre constituerait en soi un marché n'est pas davantage développée. Mais on imagine volontiers le raisonnement ayant présidé à cette affirmation : le fait que chaque livre constitue en soi un marché signifie qu'aucun livre n'est interchangeable, selon le critère de la substituabilité retenu aux fins de la délimitation du marché en cause en droit de la concurrence⁶⁰⁶. C'est donc la singularité du produit « livre » qui est mise en avant par cet argument. Comment expliquer cette singularité ? Nous ne voyons qu'une manière de la justifier : la singularité du livre tient au caractère original de l'œuvre dont le livre est le support. À suivre le raisonnement des requérantes, on irait alors jusqu'à dire que toute œuvre de l'esprit, dès lors qu'elle est originale – et donc protégée par le droit d'auteur – est susceptible de constituer en soi un marché⁶⁰⁷. Et si l'on devait poursuivre, cela signifierait que toute pratique de prix imposés pourrait être justifiée du point de vue concurrentiel dès lors qu'un produit, couvert par un droit d'auteur, est par nature original, et n'est pas potentiellement interchangeable avec d'autres.

⁶⁰³ CJCE, 17 janvier 1984, aff. préc., point 41.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ Les parties rappelaient à cet effet que la concurrence voulue par le Traité devait être comprise comme une concurrence effective, adaptée aux conditions particulières du marché en cause.

⁶⁰⁶ Cf. *supra*, n^{os} 81 et s.

⁶⁰⁷ Sans le défendre, nous nous étions fait l'écho de ce raisonnement lors de l'étude consacrée à la délimitation du marché en matière de droit d'auteur ; v. n^{os} 109 et 110.

Le raisonnement ne convainc pas, à commencer par l'affirmation selon laquelle « *chaque livre constituerait un marché en soi* ». Comme le montre une décision de la Commission de 2004, il existe bien un marché du livre⁶⁰⁸. Certes, celui-ci est extrêmement segmenté. S'agissant de la vente de livres aux revendeurs, la Commission subdivise le marché en une multitude de sous-marchés, en fonction des catégories d'ouvrages que l'on peut aisément imaginer⁶⁰⁹, mais également en fonction des canaux de distribution concernés (librairies, hypermarchés, grossistes). S'agissant de la vente au consommateur final, le marché est moins segmenté : la Commission n'y distingue que deux sous-marchés, constitués respectivement par le marché de la vente d'ouvrages de références lourds (encyclopédies en plusieurs volumes) par courtage, et la vente de livres par les détaillants au consommateur final⁶¹⁰. Par ailleurs, le postulat même de l'unicité du livre, qui conduisait les requérantes à affirmer que chaque livre était un marché en soi, est largement critiquable. Pour une faible proportion d'ouvrages réellement singularisés par un style extrêmement typé et des idées particulièrement originales, il existe un très grand nombre d'ouvrages ne possédant pas ces qualités. Un auteur évoquait ainsi en ce sens « *la ruée sur des « filons », qu'il s'agisse d'arrosage par multiplication de produits semblables ou déclinaisons sur les thèmes à succès* », ou encore les politiques éditoriales consistant à rechercher une certaine homogénéité de la production, notamment en créant des collections s'apparentant à des « lignes de produits »⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Commission, 7 janvier 2004, déc. 2004/422/CE, aff. n° COMP/M.2978, *Lagardère, Natexis, VUP, JOUE* n° L 125 du 28 avril 2004, p. 54.

V. également, en droit interne, Lettre C2007-21 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 11 avril 2007, au conseil de la société Banque Fédérative du Crédit Mutuel, *relative à une concentration dans le secteur de l'édition*, BOCCRF n° 4 bis du 27 avril 2007 ; Cons. conc., avis n° 07-A-09 du 2 août 2007 *relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative*. Dans ces affaires, la définition du marché du livre s'est très largement appuyée sur la décision de 2004 de la Commission.

⁶⁰⁹ Livres de littérature générale en grand format livres de littérature générale au format poche ; livres pour la jeunesse ; beaux livres ; livres pratiques ; bandes dessinées ; livres scolaires ; livres parascolaires ; ouvrages universitaires et professionnels ; ouvrages juridiques ; ouvrages de sciences exactes ; ouvrages de sciences économiques ; ouvrages de sciences humaines et sociales ; dictionnaires ; encyclopédies universelles "légères" ; encyclopédies thématiques "légères" ; ouvrages de référence "lourds" sur support multimédia ; vente de fascicules... (Commission, 7 janvier 2004, déc. préc., point 19)

⁶¹⁰ Commission, 7 janvier 2004, déc. préc., point 21.

⁶¹¹ M. MÉNARD, *Les chiffres de mots, Portrait économique du livre au Québec*, SODEC, Montréal (Québec), 2001, p. 53, synthétisant son propos en évoquant « *une tension constance entre tendance à l'individualisation et tendance à la standardisation ou, si l'on préfère, [...] une dialectique de l'uniformisation et de la différenciation* ».

212. – Absence de spécificité de la pratique des prix imposés liée au droit d’auteur.

Si la Cour de justice ne dénie pas, dans l’affaire *VBVB*, certaines spécificités du livre et de son marché⁶¹², elle n’y voit cependant pas matière à justifier la pratique de prix imposés, telle que mise en œuvre par les associations nationales des libraires et éditeurs des deux États membres. Celle-ci constitue en effet selon elle une restriction de concurrence caractérisée en ce qu’elle contrevient à l’article 85, paragraphe 1 du Traité CE de deux manières. Tout d’abord, elle prive les distributeurs de toute liberté d’action quant à la fixation du prix de vente ; or l’article 85, paragraphe 1, a) du Traité CE interdit expressément tous accords « *qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d’achat ou de vente* ». Ensuite, la Cour relève que le système de prix imposés prévu par l’accord examiné « *permet à chacune des deux associations de contrôler, du point de vue de la détermination des prix, les débouchés jusqu’au dernier échelon dans l’autre État membre et de rendre ainsi impossible l’introduction de méthodes de vente susceptibles de permettre l’approvisionnement des consommateurs dans des conditions économiques plus favorables* »⁶¹³, ceci contrevenant au b) du même article. L’accord a donc sinon pour objet, du moins pour effet de restreindre la concurrence. Les juges ont par ailleurs considéré qu’aucune des conditions de l’exemption de l’article 85, paragraphe 3, n’était réunie.

Dans cette réponse de la Cour de justice – comme d’ailleurs dans l’intégralité de l’arrêt – nous pouvons remarquer l’absence de toute référence au droit d’auteur⁶¹⁴. De même, la Cour de justice ne se prononce pas expressément sur l’argument des requérantes tirées de la spécificité du livre en tant que produit, qui ferait de chaque livre « *un marché en soi* ». Ceci nous conduit à relever qu’en dépit de la spécificité du livre et du marché du livre, concédée par la Cour, l’argumentation des requérantes n’a nullement été entendue. Cet arrêt *VBVB* constitue donc une simple illustration d’une pratique de prix imposés dans un secteur économique où sont en cause des droits d’auteur. Mais comme on peut s’en apercevoir,

⁶¹² CJCE, 17 janvier 1984, aff. préc., point 46 : « *à supposer même que la spécificité du livre comme objet de commerce puisse justifier certaines conditions particulières en matière de distribution et de prix* ».

⁶¹³ CJCE, 17 janvier 1984, aff. préc., point 45.

⁶¹⁴ En cela, la synthèse de la solution de la Cour aux termes de laquelle « *la Cour a considéré qu’une telle pratique relevait de l’interdiction de l’article 81, § 1 CE, l’exercice d’un droit intellectuel ne pouvant bien entendu justifier une pratique destinée à peser sur les prix* » (J.-S. BERGÉ, *Lamy droit des médias et de la communication*, n° 157-131, juin 2010) nous apparaît comme ambiguë. Elle pourrait en effet laisser entendre que la Cour aurait expressément fait référence à l’exercice de droit intellectuel dans son raisonnement – ce qui n’est absolument pas le cas –, et de ce fait inciter à un rattachement quelque peu artificiel de la question à la problématique qui nous concerne. Cf. *infra*, paragraphe suivant.

l'existence de droits d'auteur n'a finalement aucune incidence sur l'appréciation de la pratique.

On comparera toutefois cette jurisprudence à une décision du Conseil de la concurrence de 1999 traitant, elle aussi, de la question des prix imposés⁶¹⁵. La société UGC Distribution, détenteur de droits sur des films, avait concédé à la société Sonis le droit exclusif de fabriquer, à des fins publicitaires, des produits dérivés de films de son catalogue, et en particulier des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma. Le contrat conclu mentionnait également le prix de revente au détail devant être appliqué. Le système instauré empêchait donc que les prix de vente au détail soient librement déterminés par le jeu de la concurrence. On aurait alors pu penser que la pratique serait condamnée en tant qu'accord restrictif de concurrence. En réalité, il n'en fut rien. Le Conseil de la concurrence affirma que « *la circonstance que les conditions de vente [des] produits soient fixées par le détenteur du droit de propriété, son concessionnaire ou par une concertation entre le détenteur et son concessionnaire est indifférente au regard de l'exercice de la concurrence* ». Il nous faut cependant préciser les circonstances ayant présidé à une telle solution. En effet, la solution a principalement été déterminée par le fait que le licencié était licencié exclusif, seul à bénéficier de l'autorisation de reproduction des œuvres cinématographiques sur des supports publicitaires. Ainsi, l'accord ne pouvait être de nature à altérer la concurrence, puisque les produits ne pouvaient « *être offerts que par un seul opérateur, lequel ne [pouvait], dès lors, pour les produits considérés, être en concurrence avec un autre offreur* ». Il convient donc de ne pas déduire de cette décision que les pratiques de prix imposés pourraient, *in abstracto*, échapper à toute condamnation au motif qu'elles s'insèrent dans le cadre d'un contrat de licence de droit. En effet, il en irait tout à fait différemment dans l'hypothèse de licences multiples organisées sur le modèle de la distribution exclusive.

§ 2. – La spécificité des pratiques de restrictions territoriales découlant de licences exclusives de droit d'auteur

213. – Traitement différencié de l'exclusivité relative aux droits de reproduction et aux droits de représentation. Au regard du seul droit d'auteur, le titulaire dispose d'une grande liberté dans l'exploitation de son droit : il choisit de contracter ou non, avec les

⁶¹⁵ Cons. conc., déc. n° 99-D-34 du 8 juin 1999 *relative aux pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma*.

personnes de son choix, et aux conditions qu'il souhaite, tout ceci dans le respect, naturellement, des contraintes qu'impose l'ordre public. Il n'est pas rare que les licences qui permettent l'exploitation des droits soient marquées par le sceau de l'exclusivité, réservant ainsi au licencié un territoire exclusif pour la mise en œuvre des prérogatives concédées. C'est en cela qu'elles suscitent l'intérêt du droit de la concurrence.

Les droits patrimoniaux de l'auteur, seuls en cause dans l'appréciation de la conformité au Traité de l'exercice du droit d'auteur, sont principalement au nombre de deux : droit de reproduction et droit de représentation, comme le précise l'article L. 122-1 du Code de la propriété intellectuelle. L'objet d'une licence exclusive peut porter aussi bien sur l'un que sur l'autre. Or, il convient de remarquer, à l'examen de la jurisprudence européenne, que le traitement réservé respectivement à ces deux types de licence par le droit de la concurrence n'est pas identique. Cette distinction peut s'expliquer par le recours de la notion d'objet spécifique, telle qu'elle est comprise en droit d'auteur (A). L'étude de l'application du droit de la concurrence aux contrats de licence de droit d'auteur impose donc de distinguer entre l'exercice du droit de reproduction (B) et l'exercice du droit de représentation (C) tant les solutions diffèrent dans ces deux domaines.

A. – LICENCES DE DROITS DE REPRODUCTION ET LICENCES DE DROITS DE REPRÉSENTATION : DES QUESTIONS NÉCESSAIREMENT DISTINCTES

214. – Singularité de l'objet spécifique du droit d'auteur. La différence de traitement réservé au droit de reproduction et au droit de représentation est le fruit de la nature particulière de l'objet spécifique du droit d'auteur, qui présente, de ce point de vue, une originalité tout à fait notable par rapport aux droits de propriété industrielle que sont le brevet et la marque.

Rappelons que la notion d'objet spécifique, déjà rencontrée et étudiée au cours de développements précédents⁶¹⁶, a été développée par la jurisprudence communautaire afin de délimiter une sorte de sphère de non-ingérence du traité dans le domaine de la propriété intellectuelle. Elle désigne en quelque sorte le noyau dur du droit de propriété intellectuelle⁶¹⁷,

⁶¹⁶ Cf. *supra*, n^{os} 175 et s.

⁶¹⁷ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173, n^o 7 : « [le concept d'objet spécifique] recouvre évidemment l'ensemble des dispositions du droit des États membres qui sont indispensables pour que les droits nationaux de

et permet en cela de déterminer l'étendue de ce qu'il est convenu d'appeler « l'existence » du droit. Naturellement, la définition de l'objet spécifique est liée à la fonction⁶¹⁸ que l'on estime remplie par chacun des types de droits de propriété intellectuelle ; elle varie donc selon les droits en cause. Les différences ne doivent cependant pas être exagérées. Dans ce sens, on doit remarquer qu'on trouve dans la définition de l'objet spécifique, pour chacune des catégories de droits, une référence commune à la notion de mise en circulation. Cette notion est particulièrement importante dans le cadre de notre étude, car elle est en lien direct avec la question des importations parallèles, qui s'avère être l'un des principaux problèmes posés par les licences exclusives dans le cadre de l'application des règles de concurrence. Il existe donc, par le biais de cette notion, un point de comparaison possible entre les différentes catégories de droits de propriété intellectuelle.

Néanmoins, il faut également remarquer que, dans cette comparaison, le droit d'auteur tient une place spécifique. Comme on l'a dit, l'objet spécifique est lié à la fonction essentielle reconnue au droit de propriété intellectuelle. S'agissant du droit d'auteur, on peut considérer que la fonction essentielle réside dans la protection des intérêts moraux de l'auteur, ainsi que dans la rémunération de son effort créateur⁶¹⁹. Cette dualité de fonctions est naturellement le corollaire de la traditionnelle distinction opérée quant aux prérogatives de l'auteur : le titulaire d'un droit d'auteur est à la fois protégé au titre de son droit moral et de ses droits patrimoniaux. Mais la catégorie des droits patrimoniaux est hétéroclite : force est de constater qu'il existe de nombreuses manières d'exploiter son droit pour tirer profit de sa création⁶²⁰, ce que reflète bien la distinction établie par le Code de la propriété intellectuelle entre droit de reproduction et droit de représentation. Or, c'est précisément sur ce point que le droit d'auteur se distingue en matière de définition de l'objet spécifique. Car autant on peut établir sans grande difficulté un parallèle entre le droit de reproduction de l'auteur (art. L. 122-3 CPI) et les droits exclusifs du breveté (v. not. art. L. 613-3 CPI) ou encore du titulaire de la marque

propriété intellectuelle aient une existence effective et atteignent ainsi exactement l'objectif que le législateur leur a fixé, c'est-à-dire exercent la fonction économique qui leur est dévolue ».

⁶¹⁸ C'est là l'utilité de la notion de « fonction essentielle », déjà évoquée aux cours de développements précédents : v. *supra*, n^{os} 176 et s.

⁶¹⁹ TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann c/ Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485 – TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535 – TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575, respectivement n^{os} 71, 58 et 56.

⁶²⁰ Il n'est qu'à regarder la variété des contrats d'auteur pour s'en convaincre : contrat d'édition, contrat de représentation, contrat de production audiovisuelle, contrat de commande pour la publicité...

(art. L. 713-2 et 3 CPI)⁶²¹, autant le droit de représentation ne trouve pas d'équivalent dans le domaine de la propriété industrielle. Le droit de représentation est en effet l'émanation d'une fonction essentielle propre au droit d'auteur, consistant à permettre au titulaire de tirer profit d'une communication de l'œuvre au public (art. L. 122-2 CPI). Cette prérogative est donc totalement indépendante de la fabrication ou de la distribution d'exemplaires matériels de l'œuvre. À ce titre, la question de la mise en circulation, et plus généralement de la circulation des exemplaires de l'œuvre, ne se pose pas de manière uniforme dans le domaine du droit d'auteur – selon que l'exploitation de l'œuvre relève de l'exercice du droit de reproduction ou de représentation –, comme ce peut être le cas dans le domaine de la propriété industrielle.

215. – Notion de mise en circulation des exemplaires en droit d'auteur. En matière de brevet et de marques, la définition de l'objet spécifique fait explicitement référence au droit de première mise en circulation du produit couvert par le droit de propriété intellectuelle⁶²². Cette restriction relative à la seule première mise en circulation est l'expression de la règle de l'épuisement communautaire, règle qui apporte sa contribution à la théorie de l'objet spécifique, ainsi qu'on a déjà pu l'expliquer⁶²³. La règle de l'épuisement traduit le souci d'un certain équilibre à trouver entre l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle, et la libre circulation des produits couverts par le droit d'auteur⁶²⁴. Elle s'oppose en ce sens à ce que l'exercice du droit de propriété intellectuelle, même conforme aux dispositions de la législation nationale de propriété intellectuelle, puisse constituer un moyen détourné de faire obstacle à la réalisation du principe de libre circulation des marchandises. Ainsi, en matière de brevets et de marque, le juge communautaire a retenu que le droit de mise en circulation des

⁶²¹ Le titulaire bénéficie, dans chacun de ces cas, d'un droit exclusif de s'opposer à certains actes d'exploitation en rapport avec la fabrication ou la commercialisation d'exemplaires matériels protégés par le droit de propriété intellectuelle.

⁶²² Pour le brevet : « en matière de brevets, l'objet spécifique de la propriété industrielle est notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon » (CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, Rec. p. 1147, point 9).

Pour la marque : « en matière de marques, l'objet spécifique de la propriété commerciale est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque, pour la première mise en circulation d'un produit, et de la protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque » (CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Winthrop BV*, aff. 16/74, Rec. p. 1183, point 7).

⁶²³ Cf. *supra*, n^{os} 190 et s.

⁶²⁴ C.CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^o 325 ; BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n^o 72.

exemplaires de produits protégés s'épuisait par le premier usage⁶²⁵. Cela signifie qu'on a considéré que le titulaire pouvait librement consentir à la mise en circulation des produits couverts sur le territoire de l'Union, mais qu'en revanche, une fois ceux-ci mis licitement sur le marché, il ne pouvait plus s'opposer à leur libre circulation sur l'ensemble du territoire communautaire, ni percevoir de rémunération supplémentaire lors des reventes successives des produits.

En matière de droit d'auteur, la définition de l'objet spécifique concerne aussi bien le droit de reproduction que le droit de représentation⁶²⁶. Or, l'exercice du droit de représentation est complètement indépendant de la fabrication ou de la distribution des exemplaires de l'œuvre. Par conséquent, il est logique que la question du droit de mise en circulation, et de son éventuel épuisement, ne puisse concerner que le seul droit de reproduction, et non le droit de représentation. Ceci nous amène à étudier de manière successive et indépendante les licences exclusives de reproduction, d'une part, et les licences exclusives de représentation, d'autre part⁶²⁷.

B. – LA CONDAMNATION DES LICENCES EXCLUSIVES DE REPRODUCTION ORGANISANT UNE PROTECTION TERRITORIALE ABSOLUE

216. – Exercice du droit de reproduction et contrôle de la circulation des exemplaires. Parmi les prérogatives reconnues au titulaire à raison de son droit d'auteur, l'une d'entre elles lui confère un certain pouvoir sur la circulation des exemplaires matériels de son œuvre : il s'agit du droit de reproduction, entendu dans un sens large.

Traditionnellement, et entendu de façon stricte, le droit de reproduction est présenté comme la faculté pour le titulaire d'autoriser ou non la reproduction de son œuvre sous forme

⁶²⁵ Cf. aff. préc., note n° 622.

⁶²⁶ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, Rec. p. 2605, point 13 : « les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en cause par les règles du Traité ».

⁶²⁷ CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres contre Ciné Vog Films et autres*, aff. 62/79, « *Coditel I* », Rec. p. 881, point 12 : « Le film cinématographique appartient à la catégorie des œuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de représentations, qui peuvent se répéter à l'infini. A cet égard, les problèmes que comporte le respect du droit d'auteur par rapport aux exigences du traité ne sont pas les mêmes que ceux qui concernent les œuvres littéraires et artistiques dont la mise à la disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou du disque. »

de supports matériels en vue d'une communication indirecte au public⁶²⁸. Mais cette notion de reproduction par fixation matérielle ne peut être considérée, au sens strict, comme ayant un rapport avec la circulation des exemplaires matériels. Considérer l'existence d'un tel rapport supposerait d'entendre la notion de droit de reproduction dans un sens plus large. Une telle extension a déjà été consacrée en doctrine⁶²⁹, et dans une certaine mesure en jurisprudence, par la reconnaissance de l'existence d'un droit dit de destination. Ce dernier constitue une prérogative patrimoniale supplémentaire du titulaire du droit d'auteur, généralement rattachée au droit de reproduction, dont elle constitue un prolongement⁶³⁰.

Le droit de destination peut être défini comme la « *faculté exclusive que possède l'auteur de réserver à un usage bien déterminé les reproductions de son œuvre qui ont été mises dans le commerce* »⁶³¹. Monsieur Pollaud-Dulian y rattache plus généralement « *tous les actes qui se situent dans la continuité du droit de reproduction [...] : la mise en circulation des supports de reproduction, leur remise en circulation après qu'ils ont été retirés du circuit commercial, la location ou le prêt des exemplaires de production mis en circulation, leur utilisation à des fins différentes de celle envisagée et autorisée par l'auteur, lorsqu'il a permis la reproduction initiale* »⁶³².

⁶²⁸ La communication indirecte consiste en la communication de l'œuvre par l'intermédiaire de son support. Mais le support en lui-même ne communique pas l'œuvre. Il constitue une médiation vers la communication. La véritable communication, directe, n'aura lieu que par la représentation. Ainsi, l'individu qui écoute un disque chez lui ne se voit communiquer l'œuvre qu'au moment où le disque est lu sur la platine. Il s'agit bien là d'une représentation (quoique l'œuvre soit représentée en comité restreint – circonstance qui ne disqualifie pas la représentation, mais qui permet de déroger au droit commun en dispensant l'utilisateur d'obtenir le consentement de l'auteur en vertu du contexte de représentation dans le cadre privé). L'acquisition du support matériel qu'est le disque n'opère donc, elle, qu'une communication indirecte, parce qu'elle ne constitue qu'une simple potentialité de communication directe ultérieure (l'acheteur du disque peut très bien conserver son disque sans l'écouter).

⁶²⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989 ; F. GOTZEN, *Het bestemmingsrecht van de auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de auteur om derden een bepaald gebruik van in de handel gebrachte reproducties van zijn werk te verbieden, met inachtneming van rechtsvergelijkende en kartelrechtelijke gegevens*, édition augmentée d'un résumé en français sous le titre *Le droit de destination de l'auteur*, Larcier, Bruxelles, 1975, compte-rendu de H. Desbois, *RIDA* juillet 1975 p. 216 ; T. DESURMONT, « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, n° 134, octobre 1987, p. 3.

⁶³⁰ Pour M. Tafforeau, elle constitue également un prolongement du droit de représentation (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 182).

⁶³¹ F. GOTZEN, « Le droit de destination et son fondement juridique », in *L'importance économique du droit d'auteur. Problèmes posés par la distribution d'exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur*, ALAI, Journées d'étude (Munich, 6 et 7 octobre 1988), ALAI, 1989, p. 61.

⁶³² F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, n° 730.

Le droit européen semble davantage connaître la notion de droit de distribution, qui est une déclinaison du droit de destination, dont la portée, plus restreinte, se limite aux conditions de commercialisation du support (et non pas aux usages qui peuvent être faits du support une fois qu'il a été acquis)⁶³³. C'est précisément cette prérogative qui fait l'objet de toute l'attention du droit de la concurrence dans la mesure où, sous couvert de son exercice, le titulaire du droit d'auteur entend non seulement autoriser la mise en circulation des produits protégés, mais entend également contrôler leur circulation, au point d'interdire les importations parallèles en provenance d'États membres de l'Union européenne. Ces pratiques, qui conduisent à instaurer une protection territoriale absolue et un cloisonnement du marché unique, ont été fermement condamnées en droit communautaire. Si l'arrêt de principe a été rendu dans le domaine de la propriété industrielle (2), les grandes lignes de la jurisprudence ont auparavant été largement esquissées dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins (1). Nous verrons comment la Commission a appliqué les solutions dégagées en la matière dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, notamment dans le domaine littéraire, avec la pratique dite des éditions partagées (3).

1) Les grandes lignes de la jurisprudence esquissées dans le domaine des droits voisins du droit d'auteur

217. – Affaire *Deutsche Grammophon*⁶³⁴. L'intérêt de l'arrêt *Deutsche Grammophon* ne réside pas uniquement dans sa contribution à la détermination des modalités d'application du droit européen de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins⁶³⁵. Il fournit également d'importants éléments d'appréciation quant au caractère anticoncurrentiel de certaines ententes dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. En l'espèce, le droit de propriété intellectuelle concerné était le droit voisin des producteurs de disque. Un fabricant allemand de disques invoquait son droit exclusif de mise en circulation de façon à interdire l'importation en Allemagne de disques dont il avait antérieurement autorisé la commercialisation en France par l'intermédiaire de sa filiale française. Cette situation constitue une illustration très classique de la question des importations parallèles, qui appelle une analyse aussi bien sur le terrain des règles de libre circulation des marchandises que sur celui des règles de concurrence.

⁶³³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n° 325.

⁶³⁴ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, aff. 78-70, *Rec.*, p. 487.

⁶³⁵ V. not. *supra*, n^{os} 178 et s.

Sous l'angle de la liberté de circulation, la question est de savoir si une législation nationale de protection de la propriété intellectuelle peut justifier un contrôle de la circulation des exemplaires de l'œuvre par le titulaire, de sorte que ce dernier pourrait, au titre de son droit, s'opposer à l'importation d'exemplaires licites en provenance d'autres États membres⁶³⁶. Sous l'angle de la liberté de concurrence, la question est de savoir si une licence de droit contenant des restrictions territoriales tendant à empêcher la circulation de marchandises protégées au sein de l'Union européenne est conforme, ou non, à l'interdiction des ententes anticoncurrentielles posée par l'article 101 du TFUE.

La question des importations parallèles est une question particulièrement délicate. D'une part, le contrôle de la circulation des exemplaires favorise un cloisonnement du marché européen qui semble contraire aux objectifs de libre circulation des marchandises et de libre concurrence. Mais d'autre part, une réponse européenne implique de se prononcer sur la légitimité des législations nationales de protection de la propriété intellectuelle, ou du moins de délimiter le périmètre de leur légitimité. Or, il est communément admis que les législations nationales de propriété intellectuelle constituent un domaine réservé des États sur lequel l'Union ne peut venir empiéter⁶³⁷. Sans revenir en détail sur les critères qui ont permis de délimiter la sphère d'intervention légitime du droit européen dans ce domaine⁶³⁸, on rappellera que la jurisprudence s'était appuyée sur la notion d'objet spécifique qui comprenait, en matière de droit d'auteur, « *la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation de l'œuvre protégée* »⁶³⁹.

L'apport de l'arrêt *Deutsche Grammophon* aura notamment consisté à préciser que cet objet spécifique ne s'étend pas à la faculté de s'opposer à une mise en circulation d'exemplaires sur le territoire d'un État membre, alors même qu'aurait antérieurement été consentie une mise en circulation d'exemplaires sur le territoire d'un autre État membre. Ce principe, connu sous le nom de « règle de l'épuisement », assure ainsi une double fonction

⁶³⁶ Par « exemplaires licites », nous entendons des exemplaires mis en circulation avec le consentement du titulaire.

⁶³⁷ BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, op. cit., n° 63.

⁶³⁸ Cf. *supra*, n°s 162 et s.

⁶³⁹ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, aff. jointe C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145.

dans la jurisprudence communautaire : complément de la théorie de l'objet spécifique, il contribue à délimiter l'emprise du droit européen dans le domaine de la propriété intellectuelle⁶⁴⁰ ; il offre également un guide d'analyse concret du caractère anticoncurrentiel des pratiques tendant à interdire les importations parallèles. En effet, selon les juges, « *si un droit voisin du droit d'auteur est invoqué pour interdire la commercialisation dans un État membre de produits mis en circulation par son titulaire, ou avec son consentement, au seul motif que cette mise en circulation n'aurait pas eu lieu sur le territoire national, une telle interdiction, consacrant l'isolement des marchés nationaux, se heurte au but essentiel du traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux dans un marché unique* »⁶⁴¹. Il ressort ainsi de l'analyse de la juridiction communautaire que l'interdiction des importations parallèles entre États membres de l'Union est contraire aux buts poursuivis par le Traité en tant qu'elle contribue à un cloisonnement du marché européen, incompatible avec les principes de libre circulation et de libre concurrence.

La décision de la Cour de justice dans l'affaire *Deutsche Grammophon* ne permet cependant pas de caractériser une entente anticoncurrentielle dans la mesure où le problème juridique avait été soulevé sous la forme d'une question préjudicielle. La Cour n'était ainsi pas invitée à se prononcer sur l'existence d'une concertation, élément nécessaire à la qualification de l'entente. De cet arrêt, on retient donc que la pratique des interdictions d'importations parallèles contribue à un cloisonnement des marchés qui, s'il constitue l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente, doit être sanctionné au titre de la prohibition posée par l'article 85 du Traité CEE (article 101 TFUE)⁶⁴². En effet, la circonstance selon laquelle les restrictions territoriales voulues par le titulaire procèdent de l'exercice d'un droit d'auteur ne suffit pas à rendre légitime le cloisonnement du marché : seule l'existence du droit est soustraite à l'ingérence du droit communautaire ; or, selon la Cour, l'interdiction d'importations en provenance d'autres États membres de produits licitement mis dans le commerce dans ces États ne relève pas de l'existence du droit, en tant qu'elle ne peut constituer une expression de l'objet spécifique du droit voisin des producteurs de disques.

⁶⁴⁰ Cf. *supra*, n^{os} 190 et s.

⁶⁴¹ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. préc., point 12.

⁶⁴² CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. préc., point 6.

2) La solution de principe : l'affaire dite des semences de maïs

218. – Affaire des semences de maïs. Historiquement, les autorités de concurrence se montrent donc hostiles à l'interdiction des importations parallèles dans le domaine de la propriété littéraire et artistique dès l'arrêt *Deutsche Grammophon*. À cet égard, elles précisent les conséquences qui doivent en être tirées du point de vue de l'application des règles de concurrence ou de libre circulation. Il est vrai, cependant, qu'il n'existe encore à ce moment-là aucune condamnation concrète d'une entente anticoncurrentielle associée à une pratique d'interdiction des importations parallèles. Il faudra en définitive attendre l'arrêt *Nungesser*⁶⁴³, rendu dans l'affaire dite « des semences de maïs », pour pouvoir se référer à une véritable décision de condamnation. Dans cette affaire, le droit de propriété intellectuelle en cause était un droit d'obtention végétale. Certes, il s'agit là d'un droit de propriété industrielle, et, qui plus est, d'un droit d'un genre relativement mineur par comparaison aux droits de brevet ou de marque, représentants majoritaires de la branche de la propriété industrielle et commerciale. Mais aux termes de l'analyse des juges, les spécificités du droit d'obtention végétale ne sont pas de nature à justifier une déclinaison particulière de l'application du droit de la concurrence en matière de licences de droits de propriété industrielle et commerciale⁶⁴⁴. Ainsi, la portée de l'arrêt, loin de se limiter aux seuls droits d'obtention végétale, s'étend à toute la propriété industrielle et commerciale et, par un phénomène de contagion qu'on a déjà expliqué, à la propriété littéraire et artistique⁶⁴⁵.

L'ensemble des droits de propriété intellectuelle est ainsi concerné par la solution de l'arrêt *Nungesser*⁶⁴⁶. Celle-ci consiste à distinguer deux types de licences de droit de propriété intellectuelle : les licences exclusives dites ouvertes, et les licences exclusives dites à protection territoriale absolue. Dans une licence ouverte, l'exclusivité ne vise « *que le rapport contractuel entre le titulaire du droit et le licencié, en ce sens que le titulaire s'engage*

⁶⁴³ CJCE, 8 juin 1982, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*, aff. 258/78, *Rec.* p. 2015 ; *RTD eur.* 1983, p. 286, obs. G. BONET ; *D.* 1984, jur., p. 129, obs. R. PLAISANT ; *JCP éd. E*, 1984. I. 13389, obs. G. BONET et J.-B. BLAISE.

⁶⁴⁴ CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 43 : « *il n'y a pas lieu de considérer que le droit d'obtention est un droit de propriété industrielle et commerciale présentant des caractéristiques tellement spécifiques qu'elles exigent, par rapport aux règles de concurrence, un traitement différent de celui des autres droits de propriété industrielle et commerciale* ».

⁶⁴⁵ Cf. *supra*, n^{os} 142 et s.

⁶⁴⁶ La doctrine semble s'accorder sur cette portée générale. V. A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n^o 1481, relatant également le point de vue du Professeur André Françon dans une ancienne édition du *Répertoire de droit communautaire Dalloz*.

seulement à ne pas octroyer d'autres licences pour le même espace territorial et à ne pas faire concurrence lui-même au licencié »⁶⁴⁷. Dans une licence à protection territoriale absolue, « *les parties au contrat se proposent d'éliminer, pour les produits et le territoire en question, toute concurrence de la part de tiers, tels les importateurs parallèles ou les licenciés pour d'autres territoires* »⁶⁴⁸. Le premier type de licence a été jugé comme n'étant pas, en soi, incompatible avec les dispositions de l'article 85 du Traité CEE (art. 101 TFUE)⁶⁴⁹. S'agissant en revanche du second type de licence, à savoir la licence à protection territoriale absolue, les juges ont estimé qu'elle était restrictive de concurrence dans la mesure où elle aboutissait à un « *maintien artificiel des marchés nationaux distincts contraire au traité* »⁶⁵⁰. La pratique d'interdiction des importations parallèles n'est au fond pas très éloignée de celle consistant à interdire les ventes passives dans les réseaux de distribution. Cette pratique, fermement condamnée par les autorités de concurrence⁶⁵¹, consiste en effet à interdire aux distributeurs d'un réseau de répondre favorablement aux offres d'achats de clients situés en dehors du territoire qui leur est concédé. Elle conduit de ce fait à une protection territoriale absolue comparable à celle qu'institue l'accord de licence fermée.

Dans l'affaire dite des semences de maïs, il est apparu que le contrat incriminé dépassait le cadre de la simple licence exclusive ouverte pour ressortir à la catégorie des licences à protection territoriale. La condamnation de l'accord était donc justifiée sur le fondement de l'article 85 du Traité CEE. Il est intéressant de noter que la décision de la Commission attaquée dans le pourvoi avait condamné de manière globale l'ensemble des dispositions contractuelles relatives à l'exclusivité territoriale du licencié. Or, la Cour de justice invite ici à distinguer selon que les dispositions en cause relèvent du schéma de la licence ouverte ou de celui de la licence à protection territoriale absolue.

Ainsi, lorsqu'un contrat contient des dispositions multiples de nature à caractériser à la fois l'un et l'autre types de licence, il convient de ne remettre en question que les seules

⁶⁴⁷ CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 53.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 58 : « *La concession d'une licence exclusive ouverte, c'est-à-dire d'une licence qui ne vise pas la situation des tiers, tels les importateurs parallèles et les licenciés pour d'autres territoires, n'est pas, en soi, incompatible avec l'article 85, paragraphe 1, du traité* ».

⁶⁵⁰ CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 61.

⁶⁵¹ CJCE, 1^{er} octobre 1975, *Van Vliet Kwasten- en Ladderfabriek NV c/ Fratelli Dalle Crode*, aff. 25/75, *Rec.* p. 1103. V. également en droit interne : Cons. conc., déc. n° 00-D-35, 26 septembre 2000, *relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de nettoyage à vapeur*.

dispositions relevant de la protection territoriale absolue, c'est-à-dire celles qui visent la situation des tiers tels que les importateurs parallèles ou les licenciés pour d'autres territoires. Au cas d'espèce, pouvaient donc subsister les clauses imposant au titulaire de ne pas octroyer de licences à d'autres opérateurs que le licencié sur le même territoire, ou de ne pas vendre lui-même des produits protégés sur le territoire concédé⁶⁵². En revanche, devaient être condamnées celles qui visaient à empêcher les tiers d'exporter le produit protégé sur le territoire concédé⁶⁵³.

3) *La pratique décisionnelle en matière de licences de droit d'auteur*

219. – L'affaire *Le vieil homme et la mer* ou la pratique dite des éditions partagées. Nous avons vu que le droit communautaire n'avait pas distingué pas selon la nature des droits en cause, s'agissant de l'application, en matière de propriété intellectuelle, des grands principes communautaires de libre circulation et ou de libre concurrence. La propriété littéraire et artistique est en effet purement et simplement assimilée à la « *propriété industrielle et commerciale* » évoquée par l'article 36 du TFUE⁶⁵⁴. Tout au plus distingue-t-on les notions d'objet spécifique ou de fonction essentielle, dont la teneur varie selon les droits en cause.

Le traitement jurisprudentiel de la question des importations parallèles dans le domaine du droit d'auteur confirme, s'il en était besoin, cette assimilation. Ainsi, dans le secteur du livre, se voit condamnée la pratique dite des éditions partagées. À titre d'illustration, on peut notamment citer l'affaire *Le vieil homme et la mer*⁶⁵⁵. Une plainte visait le titulaire des droits du célèbre roman d'Ernest Hemingway, qui avait concédé à un éditeur le droit de publier une édition de poche du roman dans l'ensemble des États membres, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande. La plainte, émanant d'Irlande, critiquait l'impossibilité de se procurer cette édition de poche sur les territoires irlandais et britannique. On imagine aisément que

⁶⁵² CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 67.

⁶⁵³ Concrètement, les clauses incriminées impliquaient « *l'obligation pour [le titulaire] ou ses ayants droit d'empêcher les tiers d'exporter les produits concernés en République fédérale d'Allemagne sans autorisation du licencié, pour les utiliser ou pour les vendre* », ainsi que « *le recours par [le licencié] à la fois à son droit exclusif contractuel et à ses propres droits d'obtention pour s'opposer à toute importation en République fédérale d'Allemagne, ou à toute exportation vers un autre État membre des produits concernés* » (CJCE, 8 juin 1982, *Nungesser*, aff. préc., point 64 et 52).

⁶⁵⁴ Cf. *supra*, n^{os} 142 et s.

⁶⁵⁵ Commission, *Sixième Rapport sur la politique de concurrence*, 1976, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1977, n^o 164.

pour en arriver là, le contrat de licence comportait des restrictions quant aux possibilités d'exportation de l'édition de poche vers les territoires concernés. Opposée à cette pratique dite « des éditions partagées », la Commission est intervenue, conduisant ainsi le titulaire à concéder une nouvelle licence couvrant cette fois-ci l'ensemble du territoire européen.

220. – Prise en compte d'une dimension culturelle dans les licences exclusives de droit d'auteur ? Bien d'autres illustrations jurisprudentielles vont dans le même sens⁶⁵⁶. Deux d'entre elles retiennent plus spécifiquement notre attention : l'affaire *Association des éditeurs néerlandais*⁶⁵⁷ et l'affaire *Ernest Benn Ltd.*⁶⁵⁸. Elles concernent toutes deux, dans le secteur du livre, des pratiques de cloisonnement du marché intérieur similaires à celles qu'on vient de décrire. Elles soulèvent néanmoins une question particulièrement intéressante liée à la dimension culturelle des œuvres sous licences, invitant ainsi à une réflexion sur une éventuelle spécificité de l'application du droit européen aux licences exclusives de droit d'auteur.

L'intention de la Commission ne semblait pourtant pas de faire une place particulière au droit d'auteur, ainsi qu'en témoigne cet extrait de son rapport sur la politique de concurrence : « conformément à la position qu'elle a prise dans l'affaire impliquant les éditeurs néerlandais, la Commission considère que les restrictions à l'exportation frappant des livres à l'intérieur du marché commun sont contraires aux règles de concurrence de la CEE au même titre que des restrictions à l'exportation s'appliquant à d'autres produits »⁶⁵⁹. Il faut toutefois noter que, dans les deux affaires citées, un argument d'ordre culturel est apparu : il a en effet été affirmé que le principe de liberté de circulation s'imposait avec d'autant plus de force qu'il n'existait pas de barrière linguistique entre les États membres concernés par les

⁶⁵⁶ Commission, 22 décembre 1972, déc. n° 72/480/CEE, aff. IV/26.992, *WEA-Filipacchi Music SA*, JOCE n° L 303 du 31 décembre 1972, p. 52 – Commission, 1^{er} décembre 1976, déc. n° 76/915/CEE, aff. IV/29.018, *Miller International Schallplatten GmbH*, JOCE n° L 357 du 29 décembre 1976, p. 40 – Aff. *BBC*, Commission, *Sixième Rapport sur la politique de concurrence*, 1976, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1977, n° 164 – Aff. *Knoll/Hille-Form*, *Treizième Rapport sur la politique de concurrence*, 1983, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1984, n° 142.

⁶⁵⁷ Commission, *Sixième Rapport sur la politique de concurrence*, 1976, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1977, n° 164.

⁶⁵⁸ Commission, *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence*, 1979, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1980, n° 118.

⁶⁵⁹ Aff. *Ernest Benn Ltd.*, *ibid.*

restrictions territoriales⁶⁶⁰. Cette affirmation ne peut laisser indifférent, car on pourrait en déduire, *a contrario*, que l'existence de barrières linguistiques serait de nature à atténuer la gravité du cloisonnement opéré par les restrictions territoriales contenues dans la licence.

Quoiqu'il en soit, barrières linguistiques ou pas, les interdictions d'exportation demeurent contraires à l'esprit du Traité en ce qu'elles contreviennent aux principes de libre circulation et de libre concurrence : qu'il y ait communauté de langues ou non, les produits culturels tels que les livres doivent pouvoir circuler librement entre les États membres. L'existence d'un argument d'ordre culturel tel que la langue n'est donc pas de nature à modifier substantiellement la manière dont s'appliquera le droit de la concurrence aux licences exclusives de droit d'auteur – par comparaison avec les autres droits de propriété intellectuelle.

Un autre point retient néanmoins notre attention. Dans l'affaire *Ernest Benn Ltd.*, la Commission a estimé que « *tout cloisonnement du marché commun au moyen de licences de droit d'auteur doit être justifié conformément à l'article 85, paragraphe 3, du Traité CEE* »⁶⁶¹. La Commission ne ferme donc pas la porte, par principe, au mécanisme de l'exemption dans le domaine des licences de droit d'auteur. Toute la question est ensuite de savoir si cette exemption peut être fondée sur des motifs d'ordre culturel, dans la mesure où ce sont des licences de droits d'auteur qui sont en cause⁶⁶².

C. – LA VALIDITÉ DE PRINCIPE DES LICENCES EXCLUSIVES DE REPRÉSENTATION

221. – Le contrôle communautaire de l'exercice du droit de représentation s'est particulièrement illustré dans l'affaire *Coditel*, qui a donné lieu à deux arrêts de la Cour de justice, saisie successivement par les juridictions belges de deux demandes de décisions à titre

⁶⁶⁰ Dans l'affaire de l'*Association des éditeurs néerlandais* (aff. préc.), certains éditeurs avaient tenté d'interdire à leurs clients d'exporter des ouvrages vers la Belgique. Dans son rapport (réf. préc. *supra*, note n° 657), la Commission a relevé que la question de la facilitation des échanges transfrontaliers était d'une importance considérable compte-tenu de l'absence de barrière linguistique entre les Pays-Bas et une partie de la Belgique.

Dans l'affaire *Ernest Benn Ltd.* (aff. préc.), un éditeur du Royaume-Uni indiquait dans son catalogue qu'un livre n'était pas destiné à l'exportation vers la République fédérale d'Allemagne. Dans son rapport (réf. préc. *supra*, note n° 658), la Commission a indiqué que la question de la libre circulation se posait avec d'autant plus d'acuité que le livre en cause contenait des textes parallèles en anglais, français et allemand).

⁶⁶¹ Commission, *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence*, 1979, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1980, n° 118.

⁶⁶² V. *infra*, n° 238 et s.

préjudiciel⁶⁶³. Dans cette affaire, la société belge « Ciné Vog » s'est vue concéder une licence exclusive de représentation d'un film par la société française « Les Films La Boétie ». Les sociétés belges « Coditel », dont l'activité consiste à assurer un service de télédiffusion sur une partie du territoire belge, diffusent des émissions belges, mais aussi quelques émissions allemandes. Par le biais de l'une de ces émissions allemandes, les sociétés Coditel ont diffusé sur le territoire belge le film pour lequel Ciné Vog avait obtenu des droits exclusifs de représentation. Ciné Vog engage alors devant le juge belge une action fondée sur la violation de ses droits de licencié à l'encontre des sociétés Coditel. À l'occasion du litige soumis au juge national, plusieurs questions d'interprétation des traités se poseront, donnant lieu successivement aux deux arrêts connus sous les noms de *Coditel I* et *Coditel II*. Sur le fond, le problème abordé était identique dans les deux décisions : il s'agissait de porter une appréciation sur la conformité aux traités du contrat de licence de représentation exclusive. Dans un cas, la conformité devait être examinée sous l'angle de la libre prestation (*Coditel I*), tandis que dans l'autre, elle devait l'être sous l'angle de la libre concurrence (*Coditel II*).

1) *L'affirmation du principe dans les affaires Coditel*

222. – Si l'arrêt *Coditel II*, en s'intéressant à l'application du droit des ententes aux licences exclusives de représentation, concerne plus spécifiquement l'objet de notre étude (b), l'arrêt *Coditel I* n'en demeure pas moins incontournable, de par ses références à la notion de fonction essentielle (a).

a) *L'exercice du droit de représentation préservé par la spécificité de la fonction essentielle du droit de représentation*

223. – **Les enseignements de l'affaire *Coditel I*.** La première affaire *Coditel* posait la question de savoir si les dispositions du traité relatives à la libre prestation s'opposaient à une cession, limitée au territoire d'un État membre, d'un droit d'auteur sur un film. En effet, une série de cessions similaires pourrait avoir comme résultat de cloisonner le marché commun du

⁶⁶³ Affaire *Coditel I* : CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres contre Ciné Vog Films et autres*, aff. 62/79, *Rec.* p. 881 ; *RTD eur.* 1981, p. 101, obs G. BONET ; *RIDA*, juillet 1980, p. 156, obs. A. FRANÇON ; *RTD com.* 1980, p. 339, chron. A. FRANÇON ; *D.* 1980, p. 597, obs. R. PLAISANT.

Affaire *Coditel II* : CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres contre Ciné-Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, *Rec.* p. 3381 ; *RTD eur.* 1983, p. 297, chron. G. BONET ; *RIDA*, janvier 1983, p. 124, obs. A. FRANÇON ; *RTD com.* 1982, p. 558, chron. A. FRANÇON ; *JCP éd. E*, 1984, n°13389, obs. G. BONET et J.-B. BLAISE.

point de vue de l'exercice des activités économiques en matière cinématographique⁶⁶⁴. La Cour prend tout d'abord le soin de distinguer l'exercice du droit de représentation de celui du droit de reproduction. Malgré quelques maladresses témoignant d'une certaine difficulté des juges à se saisir parfaitement de la matière du droit d'auteur, on comprend que l'objet du propos consiste à délimiter la portée de la solution de l'espèce : seul le droit de représentation est en l'occurrence concerné⁶⁶⁵.

Partant du constat que les œuvres cinématographiques peuvent se répéter à l'infini par le biais de la représentation, la Cour reconnaît, au titre de la fonction essentielle du droit d'auteur⁶⁶⁶, la faculté pour le titulaire d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film⁶⁶⁷. Ainsi, le fait qu'un film soit diffusé sur un territoire A avec le consentement du titulaire n'emporte pas autorisation de capter l'émission et de la diffuser sur un territoire B. Dans ce sens, les règles du traité ne peuvent « *faire obstacle aux limites géographiques dont les parties aux contrats de cessions sont convenues pour protéger l'auteur et ses ayants droit* »⁶⁶⁸. Ainsi, l'apport de l'arrêt *Coditel I* est essentiel à deux points de vue. Tout d'abord, il établit, en précisant la fonction essentielle du droit, que l'exercice du droit de représentation ne connaît pas la notion d'épuisement, à l'inverse de l'exercice du droit de reproduction qui s'épuise par le premier usage, c'est-à-dire la première mise en circulation d'exemplaires sur le territoire d'un État membre. Ensuite – et cela en découle directement –, il affirme que les règles de la libre prestation ne s'opposent pas à la conclusion de licences exclusives du droit de représentation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur.

⁶⁶⁴ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, aff. préc., point 11.

⁶⁶⁵ Au lieu de distinguer clairement selon le type de prérogative exercée (droit de représentation ou droit de reproduction), les juges distinguent selon des types d'œuvres, dont certaines seraient communiquées au public par voie de représentation, et d'autres par voie de reproduction. De telles catégories n'ont aucune réalité juridique : toute œuvre littéraire ou artistique est potentiellement à la fois représentable et reproductible.

Notons que l'arrêt *Coditel II* connaît le même travers. Une amélioration significative de la qualité rédactionnelle apparaîtra dans un arrêt *Cinéthèque* de 1985 : « *l'œuvre cinématographique appartient à la catégorie des œuvres artistiques qui peuvent être communiquées au public, soit directement comme dans le cas de la diffusion du film à la télévision ou de sa projection en salle, soit indirectement sous la forme de supports matériels tels que les vidéocassettes. Dans le second cas, la communication au public se confond avec la mise en circulation* » (CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.* p. 2605).

⁶⁶⁶ Cf. *supra*, n^{os} 175 et s.

⁶⁶⁷ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, aff. préc., point 14.

⁶⁶⁸ CJCE, 18 mars 1980, *Coditel I*, aff. préc., point 16.

b) *L'affirmation d'une validité de principe des licences exclusives de représentation*

224. – L'affaire *Coditel II*. La Cour est cette fois-ci appelée à se prononcer, pour les mêmes faits, sur l'existence d'une entente anticoncurrentielle liée à l'existence d'une licence exclusive de représentation d'un film pour un territoire déterminé. Elle prend pour point de départ de son raisonnement les enseignements tirés de l'arrêt *Coditel I*, pour en arriver à la conclusion que « *la seule circonstance que le titulaire du droit d'auteur sur un film ait concédé à un licencié unique le droit exclusif de représenter ce film sur le territoire d'un État membre, et donc d'en interdire la diffusion par d'autres, pendant une période déterminée, ne suffit toutefois pas pour constater qu'un tel contrat doit être considéré comme l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente interdite par le traité* »⁶⁶⁹. Les licences exclusives de représentation ne sont donc pas, par principe, contraires au droit des ententes. Cette solution a été rappelée, plus récemment, dans l'arrêt *Tiercé Ladbroke* du Tribunal de première instance⁶⁷⁰.

La solution appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, on constate un traitement de l'exercice du droit de représentation beaucoup plus favorable que celui réservé au droit de reproduction. En effet, le droit de représentation ne connaissant pas l'épuisement, c'est bien un système de protection territoriale absolue qui est mis en place par l'accord de licence de représentation⁶⁷¹. Or, nous l'avons vu, la protection territoriale absolue est fermement condamnée par la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'exercice du droit de reproduction. Cette comparaison nous conduit à penser qu'en matière de licence de droit d'auteur, le degré d'exclusivité n'est sans doute pas le critère pertinent permettant de déterminer si l'accord est, ou non, licite au regard des règles de concurrence. Le véritable critère opérant semble bien être l'objet spécifique. Ceci témoigne ainsi d'une véritable spécificité de l'application des règles de concurrence dans le domaine du droit d'auteur.

Ensuite, il convient de relever que la licéité de principe de l'accord découle, selon les juges, des traits qui caractérisent l'industrie et le marché en cause⁶⁷². En l'occurrence,

⁶⁶⁹ CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel II*, aff. préc., point 15.

⁶⁷⁰ TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923, point 146.

⁶⁷¹ BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 259.

⁶⁷² CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel II*, aff. préc., point 16. V. également, dans le même sens, TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. préc., point 147.

s'agissant de l'industrie et des marchés cinématographiques, ces traits caractéristiques étaient les doublages ou sous-titrages pour des publics aux expressions culturelles différentes, les possibilités d'émission télévisée, ou encore le système de financement de la production cinématographique en Europe. La démarche de la Cour est singulière, car elle postule une licéité de principe de la licence de représentation dans la mesure où un certain nombre de circonstances le justifie. On a ici le sentiment d'un bilan économique mené en amont du raisonnement. L'idée n'est d'ailleurs pas incongrue. Comme on le verra ultérieurement, tout accord instaurant une exclusivité restreint nécessairement la concurrence ; or, si un tel accord est jugé conforme aux règles du traité sans qu'ait été invoquée l'exemption de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, c'est donc qu'a été mise en œuvre, d'une manière ou d'une autre, une forme de règle de raison⁶⁷³.

Enfin, notons que l'arrêt *Coditel II* n'exclut pas que l'accord de licence de représentation puisse tout de même, *in fine*, présenter un caractère anticoncurrentiel contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE (art. 101 § 1 du TFUE) dans certaines circonstances : « *il appartient aux juridictions nationales de procéder, éventuellement, à ces vérifications, et en particulier de relever si l'exercice du droit exclusif de représentation d'un film cinématographique ne crée pas de barrières artificielles et injustifiées au regard des nécessités de l'industrie cinématographique, ou la possibilité de redevances dépassant une juste rémunération des investissements réalisés, ou une exclusivité d'une durée excessive par rapport à ces exigences, et si, d'une manière générale, cet exercice dans une aire géographique déterminée n'est pas de nature à empêcher, à restreindre, ou à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* »⁶⁷⁴. Il nous semble ici retrouver la notion de « restrictions non indispensables » qui caractérise la troisième des conditions de l'exemption individuelle. Nous sommes donc bien ici dans une logique de rachat d'un accord restrictif, mais avec une appréciation *in concreto* menée en amont du raisonnement, ce qui témoigne à l'évidence d'une certaine faveur envers le droit d'auteur lorsqu'on connaît la rigueur des conditions de l'exemption posées par l'article 101, paragraphe 3 du TFUE.

⁶⁷³ Cf. *infra*, n° 243.

⁶⁷⁴ CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel II*, aff. préc., point 19.

2) *Mise en œuvre et portée du principe*

225. – Nous étudierons la mise en œuvre et la portée du principe aux travers de deux affaires. Dans la première affaire, la validité de principe de la licence exclusive n'était pas remise en cause : le contexte de marché de l'industrie cinématographique pouvait tout à fait justifier que l'accord bénéficie de la jurisprudence *Coditel* ; en revanche, il existait dans cette affaire des circonstances propres à établir, *in fine*, le caractère anticoncurrentiel de la licence exclusive de représentation (a). Dans la seconde affaire, débattue très récemment devant la Cour de justice de l'Union européenne, c'est *ab initio* que l'accord semble ne pas pouvoir bénéficier du traitement favorable de la jurisprudence *Coditel*, dans la mesure où le contexte de marché ne présentait pas les mêmes traits caractéristiques justifiant l'inapplicabilité de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE (ex-article 85, § 1 du Traité CEE) (b).

a) *Illustration de circonstances propres à établir le caractère anticoncurrentiel d'une licence exclusive de représentation*

226. – **Décision ARD de la Commission**⁶⁷⁵. Les organismes de télédiffusion ARD avaient acquis les droits de diffusion de très nombreux longs métrages issus du catalogue Metro-Goldwyn-Meyer/United Artists Entertainment Company (MGM/UA). Le contrat de licence comportait une exclusivité pour la diffusion en langue allemande des films sur le territoire contractuel (qui regroupait plusieurs pays germanophones). La Commission a considéré, selon les principes dégagés dans l'arrêt *Coditel II*, que ces accords étaient restrictifs de concurrence. Elle rappelle qu'une licence exclusive de représentation n'est pas en soi constitutive d'une restriction de concurrence, mais que, selon les circonstances juridiques ou économiques qui l'accompagnent, elle peut le devenir. C'est précisément sur ce point que la décision est intéressante. La Commission identifie en effet plusieurs circonstances conduisant à des restrictions de concurrence : le nombre important de droits cédés, ainsi que la durée d'exploitation de ces droits.

227. – **Importance du nombre de droits cédés.** Le nombre inhabituel de licences cédées est mis en cause. Les organismes ARD avaient en effet acquis les droits de plus de 1300 films, sans compter les droits à venir sur des films encore en production. Certes, le nombre de films ne représentait qu'une petite fraction de l'offre mondiale (4,5 %), mais il faut prendre en

⁶⁷⁵ Commission, 15 septembre 1989, déc. n° 89/536/CEE, aff. IV/31.734, *Achat de films par les stations allemandes de télévision*, JOCE n° L 284 du 3 octobre 1989, p. 36.

considération le fait que ces 1300 films constituaient une sélection « *particulièrement intéressante [...] contenant un grand nombre de films particulièrement attrayants pour le grand public* », ainsi que le fait que les nouvelles productions sont elles aussi très prisées des téléspectateurs. L'exclusivité consentie aux chaînes de télévision allemande devait ainsi conduire à soustraire du marché une grande quantité de films intéressant le grand public. Or, selon la Commission, le stock de longs métrages ne peut être augmenté à volonté : en l'occurrence, « *le nombre de films considérés [allait] bien au-delà de la quantité normale nécessaire pour satisfaire les besoins d'achat et de planification des programmes, et [excédait] également le nombre de films que les organismes de télédiffusion ARD avaient l'habitude d'acquérir de la sorte* »⁶⁷⁶.

Il est intéressant de noter que l'effet restrictif dénoncé ici ne consiste absolument dans le cloisonnement du marché qui résulte de l'exclusivité. Il résulte bien davantage de barrières à l'entrée générées par la masse des licences exclusives octroyées. La condamnation porte donc sur une pratique d'exclusion qui n'est pas sans rappeler une autre problématique issue de la confrontation du droit d'auteur et du droit de la concurrence, à savoir les refus abusifs de licence opposés aux tiers par une entreprise en position dominante⁶⁷⁷. D'ailleurs, dans cette affaire, l'un des remèdes proposés a consisté en la concession de sous-licences permettant de rétablir un accès aux films concernés des chaînes extérieures au groupement ARD. Il y a donc tout lieu de penser que si l'affaire n'avait pas été résolue sur le terrain du droit des ententes, elle aurait sans doute pu prospérer sur celui des abus de position dominante, particulièrement sur le fondement de la théorie des facilités essentielles⁶⁷⁸.

228. – Importance de la durée de l'exclusivité consentie. La durée de l'exclusivité consentie est la seconde des circonstances conduisant à retenir l'existence d'une restriction de concurrence. La durée de l'exclusivité était en l'occurrence de 15 ans. Cette durée, qui peut sembler élevée, notamment par rapport aux usages jusque là en vigueur dans le secteur de la cinématographie, avait été calculée pour tenir compte du très grand nombre de films contenus dans le catalogue dont les droits avaient été cédés. L'exploitation de l'ensemble du catalogue supposait en effet une certaine durée minimale. Ces considérations n'étaient toutefois pas de

⁶⁷⁶ Commission, 15 septembre 1989, déc. préc., point 43.

⁶⁷⁷ V. *infra*, n^{os} 305 et s.

⁶⁷⁸ *Ibid.*

nature à justifier la pratique du point de vue des règles de concurrence, d'autant que la durée de validité avait fait l'objet d'une extension par un système d'échelonnement des droits dans le temps. Toutes ces circonstances ont été considérées comme créant des obstacles artificiels au développement de la concurrence⁶⁷⁹.

Sur cette question de l'incidence de la durée des licences sur la concurrence, le droit d'auteur présente une singularité remarquable vis-à-vis des autres droits de propriété intellectuelle. La durée de protection reconnue aux œuvres de l'esprit est en effet beaucoup plus longue que celle reconnues aux droits de propriété industrielle. À titre d'exemple, le droit français protège l'auteur de l'œuvre pendant 70 ans, l'inventeur titulaire d'un droit de brevet pendant 20 ans, et le titulaire d'une marque pendant 10 ans. D'un point de vue économique, les durées d'exclusivité de la propriété industrielle sont en rapport avec la durée de rentabilisation de l'investissement réalisé. C'est là l'un des leviers d'action sur l'incitation à l'innovation (plus particulièrement en ce qui concerne le brevet), et par voie de conséquence, une manière de favoriser une dynamique concurrentielle. Le droit de la concurrence a donc tout à intérêt à tenir compte de ce facteur⁶⁸⁰. On pourrait ainsi estimer qu'une licence exclusive d'une durée égale à la durée de protection prévue pour le droit de propriété intellectuelle n'aurait rien d'excessif⁶⁸¹. Il n'y aurait d'ailleurs rien d'illogique à n'y voir là qu'une manifestation du respect par le droit européen du principe d'intangibilité de l'objet spécifique. Il n'y a en effet selon nous aucune raison d'exclure les dispositions nationales relatives aux durées de protection des droits exclusifs du domaine de l'existence du droit.

⁶⁷⁹ Commission, 15 septembre 1989, déc. préc., point 44.

⁶⁸⁰ S'agissant des droits de propriété industrielle, on notera que les durées de la protection sont sensiblement plus longues que les durées d'accord habituellement mentionnées par les autorités de concurrence aux fins de bénéfice des exemptions par catégorie. Ainsi, dans le domaine des restrictions verticales, les durées sont plutôt de 5 ans ou de 10 ans (V. Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOUE* n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1).

⁶⁸¹ En ce sens, les propos de la Commission au sujet des accords de recherche et de développement : « *Si l'invention issue de l'investissement bénéficie d'une forme d'exclusivité accordée aux parties en vertu de règles propres à la protection des droits de propriété intellectuelle, il est généralement peu probable que la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement excède la période d'exclusivité fixée par ces règles* » (Communication de la Commission, « Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale », *JOCE* n° C 11 du 14 janvier 2011, p. 1, point 145).

V. également le règlement d'exemption par catégorie relatifs aux accords de transfert de technologie de 2004, selon lequel l'exemption est applicable « *tant que le droit de propriété intellectuelle sur la technologie concédée n'a pas expiré, n'est pas devenu caduc ou n'a pas été invalidé* » (Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, *JOUE* n° L 123 du 27 avril 2004, p. 11).

Mais le raisonnement atteint cependant ses limites dans le domaine du droit d'auteur, où la durée très longue de protection n'a pas de raison d'être économique aussi valable qu'en matière de droit de propriété industrielle. Cette durée reflète en effet moins le souci d'une rentabilisation minimale d'investissement que l'idée de permanence du lien entre l'auteur et son œuvre. De sorte qu'on envisage bien qu'une licence exclusive de droit d'auteur de 70 ans soit vraiment problématique du point de vue de la concurrence, en particulier lorsque la spécificité de l'œuvre fait de l'exclusivité une barrière à l'entrée sur le marché.

Par ailleurs, en tout état de cause, la décision *ARD* montre que l'appréciation de la durée de l'exclusivité est étroitement liée au nombre de droits transmis. Une durée d'exclusivité de 15 ans aurait très bien pu être considérée comme non restrictive si elle ne portait que sur l'exploitation d'un nombre restreint d'œuvres mineures. Mais en l'occurrence, le regroupement en très grand nombre des droits transmis – et notamment de droits portant sur des œuvres majeures – devait conduire à la condamnation d'une durée d'exclusivité jugée non indispensable.

b) L'inapplicabilité de la jurisprudence Coditel en l'absence de traits particuliers caractérisant l'industrie et le marché en cause

229. – Affaire *Football Association Premier League*⁶⁸². La Football Association Premier League Ltd (FAPL) est chargée de la commercialisation des droits sur la diffusion des matchs de football de la première division anglaise. Afin d'exploiter au mieux ces droits, elle a instauré un système d'exclusivité consistant, d'une part, à octroyer aux licenciés une exclusivité territoriale (en général par pays) pour l'exploitation économique de ces droits, et d'autre part, à leur imposer de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la diffusion des matchs au-delà des frontières de leur territoire contractuel, ceci afin de garantir l'exclusivité des licenciés des autres territoires. Techniquement, cette restriction est mise en place par les licenciés au moyen de décodeurs avec carte.

L'affaire a été portée à la connaissance des autorités communautaires suite aux tentatives de contournement des exclusivités par les utilisateurs, et notamment par les cafés-restaurants, qui parvenaient à se procurer des cartes de décodeur étrangères, de sorte qu'ils s'acquittaient

⁶⁸² CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, non encore publié au Recueil, disponible sur <http://curia.europa.eu/>.

d'un prix bien inférieur à celui qu'ils auraient déboursé pour l'utilisation des cartes disponibles au titre de l'offre « officielle » proposée dans leur pays.

Un versant de l'affaire concerne l'importation parallèle de cartes de décodeur, question qui se complexifie singulièrement en raison de l'applicabilité d'une directive communautaire n° 98/84/CE relative à la protection des services à accès conditionnels et des services d'accès conditionnel⁶⁸³. Un autre aspect de l'affaire, qui nous intéresse davantage, concerne la validité de ces exclusivités de droits de radiodiffusion au regard des règles de libre circulation et de libre concurrence.

Dans ses conclusions, l'avocat général Kokott a resitué cette question par rapport à la jurisprudence *Coditel*. Il en réaffirme ainsi les grands principes, à savoir la faculté pour le titulaire d'exiger, au titre de la fonction essentielle du droit, des redevances pour toute représentation d'un film, ainsi que l'absence de condamnation de principe d'une licence prévoyant un partage territorial de l'exploitation, « *coïncidant même éventuellement avec les frontières d'un État membre* »⁶⁸⁴. Mais il en réaffirme également les limites tenant à la nécessité de fonder la légitimation de la pratique par l'existence de traits caractéristiques du marché et de l'industrie en cause. Dans l'affaire *Coditel*, le contexte de l'industrie cinématographique justifiait que l'article 85, paragraphe 1 du Traité CEE (actuel art. 101 § 1 du TFUE) soit déclaré inapplicable à l'accord de licence, en dépit des restrictions territoriales qui en découlait. Les éléments pris en considération étaient notamment l'existence d'une nécessité de doublages ou de sous-titrages pour des publics aux expressions culturelles différentes, les possibilités d'émission télévisée, ou encore le système de financement de la production cinématographique en Europe. Il ressortait par ailleurs globalement de l'affaire qu'il était légitime de faire en sorte que l'exploitant des droits d'un film pour sa diffusion au cinéma ne se voit pas concurrencer, pendant un certain temps, par des diffusions à la télévision, retransmises grâce à la captation d'un signal étranger (où le calendrier d'exploitation permettrait la diffusion télévisuelle de l'œuvre).

⁶⁸³ Directive n° 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 *concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, JOCE n° L 320 du 28 novembre 1998, p. 54.

⁶⁸⁴ J. KOKOTT, conclusions présentées le 3 février 2011 dans les affaires *Football Association Premier League Ltd e.a. c/ QC Leisure e.a.*, et *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*, aff jointes C-403/08 et C-429/08, point 194, disponibles sur <http://curia.europa.eu/>.

Or, dans l'affaire présente, aucune de ces circonstances ne se retrouve. L'avocat général note ainsi que « *le partage du marché unique pour les retransmissions de matchs de football ne vise pas à protéger une autre forme d'exploitation du match de football retransmis. Il s'agit plutôt directement, grâce au partage du marché, d'exploiter au mieux le même service sur les différents marchés séparés* »⁶⁸⁵. Il relève par ailleurs l'évolution du contexte technique et industriel. Alors que dans l'affaire *Coditel*, l'exploitation de droits télévisuels passait nécessairement, à l'époque, par des monopoles nationaux de télévision, elle s'appuie aujourd'hui notamment sur la diffusion par satellite, dont l'aspect transfrontière doit être pris en considération⁶⁸⁶. On voit à quel point l'évolution des techniques, et notamment ici des techniques de diffusion, est susceptible d'influer sur l'appréciation de la validité d'un accord au regard des règles de libre prestation ou de concurrence. Ainsi la jurisprudence *Coditel*, sans être vraiment contredite, semble tomber en désuétude dans certains contextes nouveaux.

Suivant les conclusions de l'avocat général, la Cour de justice estimera que le partage du marché unique pour la réception d'émissions diffusées par satellite n'était pas nécessaire à la protection de l'objet spécifique des droits sur les retransmissions de matchs de football⁶⁸⁷. Il est intéressant de noter, dans cet arrêt, que les juges européens se sont particulièrement investis sur le terrain du droit d'auteur. Ils ont ainsi relevé que les rencontres sportives ne peuvent être protégées par le droit d'auteur, faute de pouvoir être qualifiées d'œuvres originales⁶⁸⁸. Quand bien même l'affirmation n'aurait rien d'inexact⁶⁸⁹, on peut s'interroger sur la légitimité des juges européens à se prononcer sur le caractère original de telle ou telle œuvre. Ils rejettent d'ailleurs le caractère original, non sur le fondement d'une disposition législative ou réglementaire, mais en s'appuyant sur un précédent arrêt de la Cour de justice

⁶⁸⁵ Concl. préc., point 197.

⁶⁸⁶ Concl. préc., point 198.

⁶⁸⁷ Concl. préc., point 200.

⁶⁸⁸ CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd*, aff. préc., points 96 à 99.

⁶⁸⁹ Il est majoritairement admis que les prestations sportives telles que les matchs de football, eu égard, notamment, à leur encadrement par des règles précises, relèvent d'un savoir-faire – certes, parfois immense – qui ne laisse pas de place à l'expression artistique et à une quelconque « empreinte de la personnalité » (v. cependant, pour une protection de spectacles de courses de chevaux acquise, semble-t-il, sur le fondement du droit d'auteur, TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke*, citée et étudiée *infra*, n^{os} 322 et s.). À défaut d'originalité, les manifestations sportives sont toutefois protégées, en tant qu'investissement économique, par un droit qu'on peut qualifier de droit voisin du droit d'auteur. En France, diverses lois se sont succédées pour reconnaître aux organisateurs de spectacles sportifs des droits d'exploitation audiovisuelle sur les manifestations ou compétitions sportives (aujourd'hui codifié aux articles L. 333-1 et s. du Code du sport).

de 2009⁶⁹⁰ qui, lui, était amené, au terme d'une question préjudicielle, à préciser les conditions de protection au sens de la directive européenne n° 2001/29⁶⁹¹. Or, aucune interprétation d'un texte européen n'était ici en jeu. Les juges de la Cour de justice se sont donc emparés de la question de l'originalité de manière très surprenante. D'autant plus que, parvenant à la conclusion de l'absence de protection par le droit d'auteur, ils poursuivent leur raisonnement en appliquant aux droits de retransmissions la théorie de l'objet spécifique, telle qu'elle résulte des arrêts *Musik Vertrieb*⁶⁹² et *Phil Collins*⁶⁹³, c'est-à-dire telle qu'elle a été spécifiquement développée pour le droit d'auteur⁶⁹⁴. On peut regretter ce mélange des genres qui démontre, une nouvelle fois, que la distinction des enjeux propres à chaque branche de la propriété intellectuelle ne semble pas au cœur des préoccupations des autorités européennes.

SECTION 2 LES LICENCES EXCLUSIVES DE DROIT D'AUTEUR : DES ACCORDS LARGEMENT SOUSTRAITS AU BÉNÉFICE DE L'EXEMPTION

230. – Dès lors qu'un accord de licence de droit d'auteur ou de droits voisins comportant des restrictions de concurrence tombe sous le coup de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce, il convient de s'interroger sur ses possibilités d'exemption au titre d'une contribution au progrès économique. Le bénéfice de l'exemption en faveur d'un accord anticoncurrentiel peut advenir selon deux modalités : la voie de l'exemption individuelle, fondée sur l'article 101, paragraphe 3 du TFUE ou sur l'article L. 420-4 du Code de commerce, ou celle de l'exemption collective, d'inspiration

⁶⁹⁰ CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, *Rec.* p. I-6569.

⁶⁹¹ Directive n° 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*.

⁶⁹² CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb Membran et K-Tel International c/ GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80, *Rec.* p. 147.

⁶⁹³ CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.* p. I-5145 ; v. *supra* n° 185.

⁶⁹⁴ CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd*, aff. préc., points 107 et 108.

principalement communautaire, fondée sur les mêmes textes, ainsi que sur des règlements octroyant le bénéfice de l'exemption à des catégories d'accords⁶⁹⁵.

231. – Depuis le règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 et l'abandon du système de la notification préalable des accords aux autorités de concurrence⁶⁹⁶, les entreprises sont amenées à évaluer elles-mêmes leurs pratiques au regard des règles de concurrence, et notamment au regard des règles relatives aux exemptions. De ce fait, il y a tout lieu d'espérer, pour les entreprises en cause, que leur accord relève d'une catégorie couverte par un règlement d'exemption. Les règlements – complétés par les lignes directrices de la Commission qui les concernent – fournissent en effet une grille d'analyse économique très élaborée, et sans doute moins abstraite que les quatre conditions de l'exemption individuelle de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Nous nous intéresserons ainsi à la place faite aux licences de droits d'auteur ou de droits voisins dans les règlements européens, pour nous apercevoir que celle-ci est relativement marginale (§ 1). C'est la raison pour laquelle nous nous interrogerons également sur les possibilités d'exemption individuelle (§ 2).

§ 1. – Un droit d'auteur marginalisé par les règlements d'exemption par catégorie

232. – La prise en compte des droits de propriété intellectuelle pour l'application des règles de concurrence n'est plus une nouveauté. Les règles d'exemption par catégorie ne font pas exception à ce constat. Plus que de simples références, ce sont désormais des développements tout à fait substantiels qui y sont consacrés, notamment dans les lignes directrices de la Commission, destinées à préciser la manière dont cette dernière entend appliquer tel ou tel règlement.

Si le règlement n° 330/2010 relatif aux accords verticaux envisage l'ensemble des catégories de droits de propriété intellectuelle, sa portée dans le domaine du droit d'auteur peut prêter à discussion (A). Le règlement n° 772/2004 relatif aux accords de transfert de technologie est, lui, naturellement centré sur les licences de droit de propriété intellectuelle,

⁶⁹⁵ Nous ne citons que le droit communautaire car le mécanisme de l'exemption collective est beaucoup moins développé en droit interne. V. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n^{os} 271 à 273.

⁶⁹⁶ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, *JOCE* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

mais le traitement des différentes catégories de droit y est assez disparate : en dehors du droit d'auteur sur logiciel, qui présente une connotation relativement technique, à l'instar d'autres droits de propriété industrielle tels que le brevet, le droit d'auteur classique semble peu concerné (B).

A. – LE RÈGLEMENT D'EXEMPTION CATÉGORIELLE RELATIF AUX ACCORDS VERTICAUX

233. – Exigence d'un caractère accessoire de la licence. Le nouveau règlement relatif à l'exemption de catégories d'accords verticaux⁶⁹⁷ fait, comme son prédécesseur⁶⁹⁸, référence aux droits de propriété intellectuelle. Il précise tout d'abord que la catégorie d'accords visée par l'exemption comprend les accords verticaux d'achat ou de vente de biens ou de service, mais aussi « *des accords verticaux contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle* », étant entendu que la notion de droit de propriété intellectuelle recouvre, selon le règlement, les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins⁶⁹⁹.

Dans ses lignes directrices, la Commission consacre des développements substantiels aux accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle⁷⁰⁰. Elle y rappelle un certain nombre de conditions nécessaires au bénéfice de l'exemption en faveur de ces accords. Parmi elles, on retiendra essentiellement l'exigence du caractère accessoire de la licence de droit, l'accord devant concerner, au principal, l'achat, la vente, ou la revente de biens ou de services. À titre illustratif, la Commission prend l'exemple, tiré du droit d'auteur, d'une licence telle qu'un contrat de radiodiffusion prévoyant le droit

⁶⁹⁷ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission 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*, JOUE n° L 102 du 23 avril 2010, p. 1. Ce règlement remplace le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 (JOCE n° L 336 du 29 décembre 1999, p. 21) parvenu à expiration le 31 mai 2010.

⁶⁹⁸ 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 n° L 336 du 29 décembre 1999, p. 21.

⁶⁹⁹ Règl. préc., art. 1, paragr. 1, f)

⁷⁰⁰ Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », JOUE n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1, points 31 et s. Notons que ces développements se sont considérablement étoffés depuis les précédentes lignes directrices parues suite à l'entrée en vigueur du règlement de 1999 (Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », JOUE n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1, points 30 et s.).

d'enregistrer et/ou de diffuser un évènement⁷⁰¹ ; une telle licence doit être exclue du bénéfice du règlement dans la mesure où elle n'est pas l'accessoire d'une opération principale consistant en la revente de biens ou de services.

234. – Exclusion de certaines restrictions. On relèvera par ailleurs que les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle ne doivent pas avoir un objet identique à celui des « *restrictions caractérisées* » ou des « *restrictions exclues* » énoncées dans le règlement. Les restrictions exclues, considérées comme moins néfastes pour la concurrence que les restrictions caractérisées, ne peuvent bénéficier de l'exemption ; elles n'empêchent toutefois pas le règlement de s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical dans la mesure où elles en sont dissociables⁷⁰². Elles concernent essentiellement des obligations de non-concurrence. Les restrictions caractérisées, en revanche, privent l'accord, dans son ensemble, de toute possibilité d'exemption. Parmi elles, on citera principalement les clauses visant à imposer à l'acheteur ses prix de vente, ou encore les restrictions liées au partage du marché en territoire ou en clientèles⁷⁰³. Sur ce dernier point, le règlement opère une distinction désormais classique entre ventes actives et ventes passives⁷⁰⁴. L'interdiction des ventes actives demeure exemptable, au contraire de l'interdiction de ventes passives qui doit être condamnée fermement dès lors qu'elle instaure une protection territoriale absolue.

⁷⁰¹ Communication préc., point 33.

⁷⁰² Communication préc., point 65.

⁷⁰³ Règl. préc., art. 4.

⁷⁰⁴ Les ventes actives se caractérisent par la prospection de clients en dehors du territoire concédé, les ventes passives par la satisfaction de demandes non sollicitées de clients situés en dehors du territoire concédé. Nous reproduisons ci-dessous les définitions données par la Commission dans ses lignes directrices (Communication préc., point 51) :

« - par « *ventes actives* », on entend le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'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. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire.

- 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. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs. »

Ces exclusions sont de nature à limiter la portée du règlement dans le domaine du droit d'auteur dans la mesure où les principales restrictions de concurrence constatées dans les contrats de licence concernent habituellement des prix imposés ou des exclusivités destinées à conférer une protection territoriale absolue. Quant aux licences exclusives dites ouvertes, il n'est pas exclu qu'elles puissent entrer dans le champ d'application du règlement. Nous verrons toutefois que la pratique jurisprudentielle semble légitimer ces accords tout en dispensant du recours à l'exemption⁷⁰⁵.

B. – LE RÈGLEMENT D'EXEMPTION CATÉGORIELLE RELATIF AUX ACCORDS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIES

235. – Bénéfice de l'exemption aux licences de droit d'auteur sur logiciel. L'« accord de transfert de technologie » visé par le règlement d'exemption n° 772/2004⁷⁰⁶ peut être défini comme « un accord de licence de brevet, un accord de licence de savoir-faire, un accord de licence de droits d'auteur sur logiciel, y compris tout accord de ce type contenant des dispositions relatives à la vente ou à l'achat de produit ou à la concession d'une licence pour d'autres droits de propriété intellectuelle ou à la cession de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et qu'elles soient directement liées à la production des produits contractuels »⁷⁰⁷. Ce dernier point est important : pour que l'accord puisse bénéficier de l'exemption, le transfert de technologie ne doit pas être vain ; il doit être tourné vers la production de produits ou de services, en ce sens que les produits ou services doivent soit comporter la technologie concédée, soit être produits à partir de celle-ci⁷⁰⁸.

À la lecture de la définition de l'accord de transfert de technologie, il semble que le domaine du droit d'auteur ne soit en réalité que peu touché par le règlement. Les seules

⁷⁰⁵ V. *infra*, n°s 242 et s.

⁷⁰⁶ Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie*, JOUE n° L 123 du 27 avril 2004, p. 11 ; J.-C. GALLOUX, « Le règlement 772/2004/CE de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie », *Propr. intell.*, janvier 2005, n° 14, p. 4 ; F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2005, p. 76.

⁷⁰⁷ Règl. préc., article premier.

⁷⁰⁸ Communication de la Commission « Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie », JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 1, p. 41.

licences de droit d'auteur véritablement concernées sont en effet les licences de droit d'auteur sur logiciel. Or, le logiciel tient une place tout à fait singulière dans le paysage du droit d'auteur. De par sa proximité avec le monde de la technique et de l'industrie, les assises de sa protection par le droit d'auteur apparaissent discutables⁷⁰⁹. Dans l'ordre de la symbolique, le logiciel n'est donc pas vraiment représentatif des objets protégés par le droit d'auteur.

Notons toutefois qu'aux termes de l'article premier du règlement, il n'est pas exclu que l'exemption puisse bénéficier à des licences de droits d'auteur autres que portant sur des logiciels. Sont en effet visées, de manière globale, les cessions ou licences « *d'autres droits de propriété intellectuelle* », à la double condition, cependant, que ces cessions ou licences ne constituent pas l'objet principal de l'accord, et qu'elles concourent à la production de produits contractuels. Cette double condition limite indéniablement la portée du bénéfice de l'exemption aux licences de droit d'auteur autres que portant sur des logiciels. Par ailleurs l'exigence du caractère accessoire de la licence constitue sans aucun doute un facteur de complication : comme le relevait Madame Prieto, il peut en effet s'avérer difficile de discerner l'élément prépondérant d'une licence, « *d'autant qu'une seule licence englobe souvent un ensemble complexe de droits de propriété intellectuelle* »⁷¹⁰.

236. – Les lignes directrices : une extension du bénéfice aux licences de droit d'auteur autre que portant sur des logiciels ? À en juger par le texte même du règlement, le droit d'auteur ne semble ainsi affecté que de façon marginale. Il convient néanmoins de tenir compte des lignes directrices que la Commission a pu publier au sujet de ces accords de transfert de technologies⁷¹¹. Il y est rappelé que le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels est concerné par le règlement dans la mesure où la licence concédée est directement liée à l'exploitation de la technologie concédée et ne constitue pas l'objet principal de l'accord⁷¹². Sur ce point, les lignes directrices n'apportent rien qui ne soit déjà dit par le

⁷⁰⁹ V. notamment J.-L. GOUTAL, « La protection juridique du logiciel », *D.* 1984, chron., p. 197 – A. LUCAS, « Les programmes d'informatique comme objets de propriété intellectuelle », *JCP G*, 1982. I. 3081. V. également, pour des développements plus récents sur cette question, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 212 et s.

⁷¹⁰ C. PRIETO, « La nouvelle politique de la Commission européenne en matière d'accords de transfert de technologie », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François Brunet et Guy Canivet, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 530.

⁷¹¹ Communication de la Commission, « Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie », *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 1.

⁷¹² Communication préc., point 50.

règlement. En revanche, la Commission poursuit en précisant « *la concession pour la reproduction et la distribution de l'œuvre protégée, c'est-à-dire la production de copies destinées à être revendues, est considérée comme similaire à la concession d'une licence de technologies* ». Elle ajoute que « *de tels accords ayant trait à la production et la vente de produits sur la base d'un droit de propriété intellectuelle sont considérés comme étant de nature similaire aux accords de transfert de technologies et posent normalement des problèmes comparables* ». Elle conclut enfin que « *bien que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, la Commission appliquera en règle générale les principes définis dans ce règlement et dans les présentes lignes directrices lorsqu'elle sera amenée à apprécier la concession de licences de droit d'auteur au regard de l'article 81* »⁷¹³.

Plusieurs observations peuvent être formulées. Tout d'abord, d'un point de vue logique, on ne peut que s'étonner de ces dernières affirmations contenues dans les lignes directrices. Alors que le règlement ne semblait affecter le droit d'auteur que de façon marginale en ne concernant que les seules licences de droit d'auteur de logiciel, ainsi que les autres licences de droit d'auteur à condition qu'elles présentent un caractère accessoire à l'accord, on découvre, *in fine*, que la Commission, entend faire application du règlement d'exemption aux licences de droit d'auteur en général⁷¹⁴. Par ailleurs, le mécanisme d'assimilation qui sous-tend ce raisonnement nous semble contestable de par sa trop grande généralité : comment assimiler une licence de reproduction telle qu'une licence de reproduction d'un enregistrement sonore d'une œuvre musicale, par exemple, à un transfert de technologie ? Rappelons qu'aux termes du règlement n° 772/2004, les accords de transfert de technologie améliorent l'efficacité économique et favorisent la concurrence « *dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des nouvelles technologies et susciter de la concurrence sur le marché des produits* »⁷¹⁵. Toutes ces préoccupations susceptibles de justifier une exemption semblent totalement étrangères à un droit d'auteur portant sur des œuvres littéraires ou artistiques.

⁷¹³ Communication préc., point 51.

⁷¹⁴ F. POLLAUD-DULIAN, *RTD com.* 2005, p. 76 : « *Dès lors, le règlement qui ne couvre pas les licences de droit d'auteur (autres que celles qui portent sur des logiciels) s'appliquera quand même à ces licences... par analogie. « CQFD » !* ».

⁷¹⁵ Règl. préc., considérant n° 5.

Doit-on pour autant s'inquiéter des affirmations contenues dans les lignes directrices ? Nous aurions tendance à répondre par la négative. Lorsque la Commission indique que le règlement s'appliquera aux licences de droit d'auteur « *en règle générale* », il convient de ne pas donner à cette dernière expression un sens qui dépasserait les intentions mêmes de la Commission. « En règle générale » n'est pas synonyme de « de manière systématique ». On peut même affirmer que, par cette expression, la Commission se ménage une marge d'appréciation au cas par cas. Par ailleurs, « en règle générale » ne traduit pas nécessairement, de la part de la Commission, une intention cachée d'inclure dans le champ d'application du règlement les licences de droit d'auteur portant sur des œuvres littéraires ou artistiques. Tout au plus s'agit-il, sans doute, de la volonté de la Commission de ne pas s'enfermer dans des conditions trop rigides, et de pouvoir étendre le bénéfice de l'exemption à des situations proches de celles envisagées par le règlement, mais non expressément décrites par lui. On peut alors, sans aucun doute, faire confiance à la Commission pour ne pas trahir l'esprit du règlement sur les transferts de technologies en incluant, au bénéfice de l'exemption, les licences de droit d'auteur portant sur des œuvres littéraires ou artistiques.

Notons enfin que les développements qui précèdent concernant l'extension de l'application du règlement aux licences de droit auteur (autres que celles portant sur des logiciels) ne concernent que le seul droit de reproduction. Le droit de représentation, lui, reste en tout état de cause exclu du champ d'application du règlement⁷¹⁶, ce qui est heureux car on ne voit pas bien comment la représentation d'une œuvre de l'esprit peut concourir à un transfert de technologie. Il ne nous semble d'ailleurs pas anodin que le logiciel soit la seule œuvre principalement concernée au titre du droit d'auteur par le règlement d'exemption. En effet, en matière de protection du logiciel par le droit d'auteur, le contenu du droit patrimonial du titulaire du droit se singularise vis-à-vis des autres droits par des prérogatives réduites, qui se résument principalement à un droit de reproduction, et à un droit de mise en circulation (art. L. 122-6 CPI). Ainsi, le règlement met en lumière, d'une certaine manière, cette singularité, et nous rappelle que le rattachement du logiciel au droit d'auteur ne va pas nécessairement de soi.

⁷¹⁶ Communication préc., point 52.

§ 2. – La rareté de l'exemption individuelle des licences de droit d'auteur

237. – Le bénéfice de l'exemption individuelle est réservé aux accords répondant aux quatre conditions cumulatives de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE : l'accord doit contribuer au progrès économique par des gains d'efficacité significatifs ; il doit profiter, dans une certaine mesure, aux utilisateurs ; les restrictions de concurrence qu'il comporte doivent être indispensables à la réalisation des gains d'efficacité ; enfin, l'accord ne doit pas conduire à une élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

Les cas d'exemption recensés dans le domaine des licences de droits de propriété intellectuelle semblent peu nombreux, et concernent principalement des droits de propriété industrielle tels que les brevets ou les marques⁷¹⁷. Les illustrations dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins sont rares. Nous voyons à cela plusieurs explications. Tout d'abord, le domaine du droit d'auteur, avec des objets de protection tels que les œuvres littéraires ou musicales, pourrait fort bien se prêter à la prise en considération d'objectifs culturels dans la perspective d'une exemption. Or, les autorités de concurrence sont peu enclines à ouvrir la notion de gains d'efficacité à des considérations autres qu'économiques (A). Il semble par ailleurs que la question des restrictions territoriales opérées au moyen de licences exclusives ait fait l'objet d'un traitement particulier en jurisprudence, en ce que des ententes apparemment restrictives ont pu subsister indépendamment de toute mise en œuvre d'un mécanisme d'exemption (B).

A. – LA DIFFICILE PRISE EN COMPTE D'OBJECTIFS CULTURELS

238. – **La condition de gains d'efficacité tournée vers la prise en compte d'objectifs économiques.** Une première explication repose sur la définition même de l'exemption en droit de la concurrence. La première condition de l'exemption impose, selon l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, que l'accord restrictif contribue à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits, ou à la promotion du progrès technique ou économique. La Commission, qui envisage à juste titre un possible recoupement des catégories et la difficulté

⁷¹⁷ V. C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, not. n^{os} 60 et s., et les références jurisprudentielles citées en notes de bas de page.

de rattacher une pratique à telle catégorie plutôt qu'à telle autre, adopte la terminologie globale de « gains d'efficacité »⁷¹⁸. Il est entendu que les gains d'efficacité sont envisagés sous un angle essentiellement économique : la communication de la Commission appelle d'ailleurs explicitement à l'évaluation de « l'importance économique de ces gains d'efficacité »⁷¹⁹.

Il est pourtant, dans le domaine du droit d'auteur, des considérations autres qu'économiques dont on imagine qu'elles pourraient justifier un accord comportant des restrictions de concurrence. C'est ici la question d'une exemption fondée sur des motifs d'ordre culturel qui est posée. Toutefois, avant d'envisager un tel motif d'exemption, il convient de s'interroger sur la capacité des autorités de concurrence à admettre, au titre des gains d'efficacité, la prise en compte d'objectifs non strictement économiques.

239. – L'ouverture à des motifs autres qu'économiques. On pourra tout d'abord noter que la rédaction de l'article L. 420-4 du Code de commerce, fondement de l'exemption en droit interne, adopte une conception large de la notion progrès économique en dépassant le simple cadre de l'amélioration de la production, de la distribution ou de la technique : elle mentionne ainsi « la création ou le maintien d'emplois » au titre des avantages économiques pouvant justifier l'exemption. Sur ce point, le droit interne n'a fait que profiter de la loi NRE de 2001⁷²⁰ pour affirmer textuellement une dimension sociale de l'exemption que connaissait déjà la jurisprudence, aussi bien en droit interne, qu'en droit communautaire⁷²¹. De la même manière, on constate que des exemptions ont pu être accordées pour des motifs tenant à la protection de l'environnement⁷²². Ces illustrations constituent autant d'indices qui témoignent

⁷¹⁸ Communication de la Commission, « Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, not. points 48 et s.

⁷¹⁹ Communication préc., point 50.

⁷²⁰ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

⁷²¹ Les illustrations sont cependant assez rares. En droit interne, v. Cons. conc., déc. n° 88-D-80 relative à des pratiques relevées sur le marché du sel – Cons. conc., avis n° 06-A-07 du 22 mars 2006, relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France, point 102. En droit communautaire, dans une affaire déjà ancienne, v. CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. 26/76, Rec. p. 1875, point 43, au sujet d'une pratique qui constitue, « en ce qui concerne le maintien de l'emploi, un élément de stabilisation dont la recherche rentre, au titre de l'amélioration des conditions générales de production, spécialement dans les circonstances d'une conjonction économique défavorable, dans le cadre des objectifs que l'article 85, paragraphe 3, permet de viser ». V. aussi Commission, 29 avril 1994, déc. n° 94/296/CE, aff. IV/34.456, *Stichting Baksteen*, JOCE n° L 131 du 26 mai 1994, p. 15.

⁷²² V. par exemple, Commission, 24 janvier 1999, déc. n° 2000/465/CE, aff. IV.F.1./36.718, *CECED*, JOCE n° L 187 du 26 juillet 2000, p. 47. Dans cette affaire, était un cause un accord entre fabricants d'appareils

d'une possible ouverture de la notion de gain d'efficacité à des objectifs autres que strictement économiques ; il convient toutefois de rester prudent quant à la portée de cette observation dans la mesure où les illustrations sont, en définitive, relativement rares⁷²³. Certains spécialistes de la propriété intellectuelle considèrent néanmoins que l'introduction par le Traité de Maastricht de dispositions relatives à l'action culturelle de la Communauté devrait permettre de favoriser les possibilités d'exemption sur le fondement d'un « progrès culturel »⁷²⁴. L'article 167, paragraphe 4 du TFUE (ex-article 151 du Traité CE) est particulièrement désigné comme porteur de ces possibilités car il dispose que « *la Communauté tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions du présent traité, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures* ». Ainsi, le droit de la concurrence, partie intégrante du droit européen, ne peut en principe écarter de sa réflexion des considérations liées à la prise en compte d'objectifs culturels⁷²⁵.

240. – Exemption fondée sur des motifs d'ordre culturel. Certains accords ont pu bénéficier d'une exemption individuelle fondée sur des motifs d'ordre culturel. Ainsi, la pérennité du cinéma français a pu être invoquée au bénéfice d'une exemption dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁷²⁶. De même, on peut citer une affaire *Langenscheidt-Hachette*⁷²⁷ qui mettait en cause un éditeur français (Hachette) et un éditeur allemand (Langenscheidt). Les deux éditeurs avaient créé une filiale commune dont les activités avaient pour effet de restreindre la concurrence entre les deux sociétés mères. Il a cependant été jugé que leur accord remplissait les quatre conditions de l'article 85, paragraphe 3 du Traité CEE, et

domestiques par lequel les entreprises s'engageaient à ne plus produire et/ou d'importer certaines catégories de lave-linges dont la consommation d'électricité était trop importante. L'accord a été jugé restrictif de concurrence, mais pouvait néanmoins être exempté dès lors qu'il contribuait à une réduction de la consommation énergétique.

⁷²³ Des auteurs affirment, en ce sens, que « *les autorités de concurrence sont réticentes à s'engager dans la voie d'une prise en compte d'objectifs non strictement concurrentiel au titre du progrès économique par crainte d'une « perversion » des règles de concurrence par les objectifs plus généraux* » (M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 256).

⁷²⁴ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 1482.

⁷²⁵ Sur les rapports entre culture et droit de la concurrence, et plus généralement entre culture et droit européen, v. J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire, Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, PUAM, 2008.

⁷²⁶ CA Paris, 1^{er} ch., 15 juin 1999, *arrêt relatif à un recours formé par la SA Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre une décision n° 98-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle*, BOCCRF, 25 août 1999. Pour une analyse sommaire de la décision, cf. *infra*, n° 272.

⁷²⁷ Commission, 17 novembre 1981, déc. n° 82/71/CEE, aff. IV/29.972, *Langenscheidt-Hachette*, JOCE n° L 39 du 11 février 1982, p. 25.

notamment la première d'entre elles : « *les accords notifiés permettent une amélioration de la production et de la distribution des méthodes d'enseignement du français en République fédérale d'Allemagne, contribuant ainsi au développement des connaissances linguistiques à l'intérieur du marché commun* »⁷²⁸. Ainsi, sous couvert d'un respect scrupuleux des termes de l'article 85, paragraphe 3, qui font référence à l'amélioration de la production et de la distribution, la Commission introduit une dimension culturelle de l'exemption. Monsieur Edelman relève en ce sens que « *la Commission l'a introduite au nom des développements des connaissances linguistiques à l'intérieur du marché commun. Si l'on sait qu'en règle générale les filiales communes de commercialisation ne sont pas exemptées d'interdiction, on peut penser que les parties de l'accord relatives à la commercialisation auraient été interdites, si elles n'avaient été « sauvées » par leur finalité linguistique* »⁷²⁹.

Des motifs d'ordre culturel semblent donc avoir été adoptés dans la perspective d'exemption d'accords anticoncurrentiels. Néanmoins, les exemples cités ne concernent pas spécifiquement des contrats de licence de droits d'auteur. En cela, la décision *ARD*⁷³⁰ présente un intérêt certain. Des stations de télévision allemandes avaient acquis auprès de la Métro Goldwyn-Mayer (MGM), les droits de représentation d'un catalogue de films. L'accord avait été considéré comme restrictif en raison de l'étendue et de la durée de l'exclusivité. Il a néanmoins pu bénéficier d'une exemption au titre de sa contribution à l'amélioration de la distribution des produits, celle-ci se traduisant, selon la Commission, par un élargissement de l'offre de films au public. On peut certes considérer que cet élargissement de l'offre répond sans difficulté à la définition classique du progrès économique, et qu'il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations d'ordre culturel pour justifier l'exemption. Néanmoins, nous pensons que cette amélioration de la distribution se double d'un intérêt culturel auquel la Commission n'est pas insensible, ainsi qu'en témoigne son souci de voir diffusés des films, notamment anciens, auquel le public n'aurait encore jamais pu avoir accès : « *la conclusion du contrat de sélection a notamment permis de constater qu'un grand nombre de films, surtout plutôt anciens, qui jusqu'alors n'avaient été montrés ni à la télévision ni dans les cinémas dans les régions germanophones étaient exploitables à la télévision allemande et de*

⁷²⁸ Commission, 17 novembre 1981, déc. préc., point 14.

⁷²⁹ B. EDELMAN, *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1820, 2007, n° 28.

⁷³⁰ Commission, 15 septembre 1989, déc. n° 89/536/CEE, aff. IV/31.734, *Achat de films par les stations allemandes de télévision*, *JOCE* n° L 284 du 3 octobre 1989, p. 36.

montrer ces films pour la première fois aux téléspectateurs de la télévision allemande »⁷³¹. Ainsi, l'élargissement de l'offre de produits ou services, qui constitue en soi un progrès économique, se traduit, dès lors que ces produits ou services ont une connotation culturelle, par une promotion de la diversité culturelle. Ainsi, l'exemption se voit justifiée aussi bien par des gains d'efficacité économiques au sens strict, que par une contribution au progrès culturel.

241. – Imprécision des contours de la notion de progrès culturel. Reste la question, épineuse, de savoir ce qu'on entend exactement par « progrès culturel »⁷³². Si des pratiques contribuent à l'essor de l'industrie musicale ou cinématographique, la question du progrès culturel se posera sans aucun doute de façon très légitime. Mais doit-on traiter de la même manière des productions audiovisuelles à contenu sportif ou informatif ? La question s'est justement posée au sujet de la diffusion de matchs de football. Elle concernait le problème de la création d'une entreprise commune d'évènements sportifs, en l'occurrence la chaîne de télévision « Eurosport ». L'accord de création de l'entreprise commune avait été jugé restrictif de concurrence par la Commission, notamment en ce qu'il avait « *pour objet et/ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu concurrence entre les associés de l'entreprise commune pour autant qu'ils soient des concurrents actuels et/ou potentiels sur le marché de la diffusion d'évènements sportifs* »⁷³³. Les parties à l'entente avaient alors tenté de justifier leur accord, prétendant que celui-ci remplissait les conditions de l'exemption individuelle. Elles avançaient que la création de la chaîne Eurosport améliorerait la production et la distribution sur le marché à de nombreux égards, notamment en soutenant « *la promotion du sport en général et notamment de sports moins connus* »⁷³⁴. La Commission a toutefois refusé de voir là une amélioration de la production ou de la distribution, ou une promotion du progrès technique et économique, dans la mesure où la pratique aurait pour effet de restreindre de façon disproportionnée le jeu de la concurrence sur le marché en question. Comme le relevait Monsieur Edelman, il y a ici confusion entre les différentes conditions de l'exemption⁷³⁵ : la Commission estime en effet que la première condition n'est pas remplie du fait du caractère disproportionné des restrictions, ce qui constitue le critère de la quatrième

⁷³¹ Commission, 15 septembre 1989, déc. préc., point 49.

⁷³² A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, note 86 sous n° 1482.

⁷³³ Commission, 19 février 1991, déc. n° 91/130/CEE, aff. IV/32.524, *Screensport / Membres de l'UER*, JOCE n° L 63 du 9 mars 1991, p. 32, point 52.

⁷³⁴ ⁷³⁴ Commission, 19 février 1991, déc. préc., point 70.

⁷³⁵ B. EDELMAN, *Juris-classeur Propriété littéraire et artistique*, 2007, fasc. 1820, n° 36.

condition de l'exemption. Cette confusion est tout à fait regrettable car la Commission se prive de la possibilité de livrer une véritable analyse sur le terrain des gains d'efficacité, et de se prononcer sur l'éventuelle dimension culturelle des sports⁷³⁶.

B. – LA VALIDATION DE LICENCES EXCLUSIVES EN DEHORS DE LA PROCÉDURE DE L'EXEMPTION

242. – Une appréciation de la validité des licences exclusivement fondée sur l'article 101, paragraphe 1 du TFUE. Comme nous l'avons expliqué, il ressort de la jurisprudence une règle relative à l'appréciation de la validité des licences de droit d'auteur ou de droits voisins. Cette règle, qui concerne plus spécifiquement les licences de droit de reproduction⁷³⁷, se présente sous la forme d'une alternative.

Dans une première hypothèse, la licence exclusive est fermée, au sens où elle instaure une protection territoriale absolue. Elle doit alors être condamnée sur le fondement de l'article 101 du TFUE. Dans cette hypothèse, on ne peut imaginer que l'entente puisse être rachetée grâce au mécanisme de l'exemption. L'instauration d'une protection territoriale absolue semble en effet intrinsèquement contraire à la condition d'absence d'élimination de la concurrence posée par l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Plusieurs règlements d'exemption par catégorie ou lignes directrices de la Commission en attestent. Ainsi, le règlement d'exemption relatif aux accords verticaux considère comme une restriction caractérisée toute restriction du territoire sur lequel un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de restreindre les ventes actives sur un territoire contractuellement réservé à un autre acheteur⁷³⁸. Il faut en déduire que les ventes passives, qui caractériseraient l'organisation d'une protection territoriale absolue, sont interdites et font obstacle à tout bénéfice d'exemption⁷³⁹.

⁷³⁶ *Ibid.*

⁷³⁷ Le notion de droit de reproduction est ici entendue au sens large, et englobe ce qu'on appelle parfois le « droit de distribution » qui consiste, selon la délimitation opérée par l'objet spécifique du droit, en un droit de première mise en circulation sur le territoire européen.

⁷³⁸ Article 4, b), du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission 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*, JOUE n° L 102 du 23 avril 2010, p. 1.

⁷³⁹ De la même manière, le règlement relatif à l'exemption catégorielle d'accords de recherche et de développement envisage en son article 5, d), la restriction du territoire sur lequel les parties peuvent passivement vendre les produits contractuels comme une restriction caractérisée qui, à ce titre, prive l'accord du bénéfice de l'exemption (Règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 *relatif à l'application de*

Dans une seconde hypothèse, et *a contrario*, la licence exclusive peut être ouverte, c'est-à-dire qu'elle laisse subsister les possibilités d'importations parallèles. Dans ce cas, les autorités de concurrence considèrent, comme on l'a vu, que l'accord de licence est conforme aux règles de libre circulation et de concurrence⁷⁴⁰, dans la mesure où l'exercice du droit exclusif, et particulièrement du droit de distribution, est conforme à l'objet spécifique du droit. Pourtant, une licence exclusive, même ouverte, conduit indéniablement à restreindre la concurrence. Elle s'apparente en effet à une forme de distribution exclusive en conférant au licencié un territoire exclusif pour l'exploitation du droit de propriété intellectuelle. Or, toute exclusivité restreint nécessairement la concurrence sur le marché en cause dès lors que celui-ci dépasse géographiquement les frontières du territoire exclusif concédé. On en veut pour preuve les règlements et lignes directrices précités qui prévoient précisément l'exemption d'accords interdisant les ventes actives, mais laissant subsister la possibilité de ventes passives. Les exclusivités présentes dans les accords verticaux se voient ainsi exemptées dans la mesure où elles ne sont pas poussées jusqu'à l'organisation d'une protection territoriale absolue⁷⁴¹. Si donc l'exemption est prévue, c'est bien que les dispositions visées restreignent la concurrence.

On aurait donc pu imaginer que les licences exclusives ouvertes soient traitées suivant le même raisonnement : une licence exclusive restreint par nature la concurrence, mais en revanche, elle est susceptible de bénéficier d'une exemption dès lors que la condition de progrès économique est remplie. Au titre des gains d'efficacité accomplis, on pourrait certainement retenir les bénéfices traditionnellement escomptés des accords verticaux⁷⁴². Mais on pourrait également admettre que l'exclusivité, en tant qu'elle permet la réalisation de l'objet spécifique du droit d'auteur, concourt à assurer une protection efficace des titulaires de droits et, partant, à développer à un terrain favorable à la création et à l'innovation. De tels gains d'efficacité confinerait alors, là encore, à un progrès culturel, autant qu'un progrès économique.

l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche ou de développement, JOUE n° L 335 du 18 décembre 2010, p. 36).

⁷⁴⁰ V. *supra*, n° 218, et not. CJCE, 8 juin 1982, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*, aff. 258/78, *Rec.* p. 2015.

⁷⁴¹ Cf. *supra*, not. note n° 738.

⁷⁴² V. Communication de la Commission, « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOUE* n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1., points 106 et s.

Telle ne fut pas la voie suivie par les autorités de concurrence qui ont bien souvent choisi de raisonner, par exception, sur le seul terrain de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE : soit l'exercice du droit d'auteur, quoique restrictif de concurrence, est conforme à l'objet spécifique, et il n'est alors dans ce cas pas contraire à l'article 101, paragraphe 1 : soit il dépasse le cadre de l'objet spécifique en créant les conditions d'une protection territoriale absolue, et il doit alors être condamné sur le fondement de l'article 101, paragraphe 1, sans possibilité d'exemption sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3. Monsieur Bergé analyse fort justement cette pratique décisionnelle comme le témoignage d'un sort relativement favorable réservé au droit d'auteur, en même temps que la manifestation d'un certain « *embarras de la Commission à démontrer que les différentes conditions de l'exemption individuelles sont toujours remplies* ». Il appelle en conséquence à une certaine prudence quant à l'appréciation de la pérennité des solutions rendues en la matière⁷⁴³.

243. – La mise en œuvre d'une règle de raison ? Cette prudence nous apparaît d'autant plus justifiée qu'une validation d'un accord aux effets restrictifs en dehors de la procédure de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE s'apparente à une mise en œuvre d'une règle de raison⁷⁴⁴. Or, la règle de raison est aujourd'hui explicitement condamnée par les juridictions européennes, et ce depuis un arrêt *Métropole Télévision (M6)* qui rappelait à cette occasion que le rachat des ententes anticoncurrentielles ne pouvait se faire que par la voie de l'exemption⁷⁴⁵. En ce sens, on pourrait estimer que des accords de licence exclusive tels que ceux ayant, par le passé, été jugés compatibles avec l'article 101, paragraphe 1, devraient aujourd'hui remplir les critères de l'exemption afin de ne pas subir les sanctions du droit

⁷⁴³ J.-S. BERGÉ, *Lamy Droit des médias et de la communication*, 2010, n° 157-137.

⁷⁴⁴ La mise en œuvre d'une règle de raison impliquerait de procéder, dans le cadre de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, à une balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord afin de déterminer s'il tombe ou non sous le coup de l'interdiction posée par cet article (TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6)*, *Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c/ Commission*, aff. T-112/99, *Rec.* p. II-2459, point 72).

Sur la notion de règle de raison en droit communautaire, v. not. R. KOVAR, « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », *RTD eur.* 1987, p. 237 ; M. WALBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE*, Vol. 4 : « Concurrence », Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 1997, p. 175 et s. ; J.-B. BLAISE, « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 85.

⁷⁴⁵ TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6)*, *Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c/ Commission*, aff. T-112/99, *Rec.* p. II-2459, spéc. point 72. Dans le même sens, TPICE, 2 mai 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c/ Commission*, aff. T-328/03, *Rec.* p. II-1231, spéc. point 69.

européen de la concurrence, ce qui ne manquerait pas de poser des difficultés ainsi qu'on l'a vu précédemment⁷⁴⁶.

Cette observation doit toutefois être considérée avec précaution, car la place de la règle de raison en droit européen continue de faire débat⁷⁴⁷. Il ne peut en effet être affirmé catégoriquement que la règle de raison a complètement disparu de la pratique jurisprudentielle. Tout d'abord, la théorie des restrictions accessoires (*ancillary restraints*) reste admise ; or, elle constitue, à n'en pas douter, une mise en œuvre de la règle de raison⁷⁴⁸. Par ailleurs, l'arrêt *Métropole Télévision* qui semblait sonner le glas de la règle de raison n'est pas dénué d'ambiguïtés : tout en énonçant que le bilan concurrentiel ne peut se faire qu'au travers de l'exemption, les juges admettent qu'« *il n'y a pas lieu de considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord restreignant la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité* ». Il convient ainsi « *de tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits et/ou services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché* »⁷⁴⁹. Les juges laissent ainsi la porte ouverte à une inapplicabilité de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE à des accords comportant des effets restrictifs de concurrence. Ainsi, comme le relève Monsieur Brunet, le débat sur l'existence de la règle de raison en droit européen serait davantage d'ordre sémantique que juridique : il importe en effet peu que l'inapplicabilité de l'article 101 provienne de l'application d'une règle de raison ou d'une appréciation *in concreto*, « *deux approches qui seraient, d'après le TPI, différentes tout en aboutissant au même résultat* »⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶ Cf. *supra*, n^{os} 230 et s.

⁷⁴⁷ V. not. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n^{os} 101 et s. – F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de F. Brunet et G. Canivet, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n^{os} 75 et s.

⁷⁴⁸ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, *op. cit.*, n^o 103.

⁷⁴⁹ TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6)*, aff. préc., point 76.

⁷⁵⁰ F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », *op. cit.*, n^o 78.

244. – Conclusion. L'analyse concurrentielle des pratiques d'ententes impliquant l'exercice d'un droit d'auteur repose sur une distinction essentielle entre les licences de droit de reproduction et les licences de droit de représentation. Les premières sont tournées vers la reproduction d'exemplaires matériels de l'œuvre et donnent prise, de ce fait, aux règles de libre circulation des marchandises. De ce fait, elles doivent être condamnées au titre des ententes anticoncurrentielles dès lors qu'elles visent à instaurer une protection territoriale absolue à travers l'interdiction des importations parallèles. De ce point de vue, l'analyse est très proche de celle qu'on pourrait mener au sujet de licences de droit de propriété industrielle. En revanche, la spécificité du droit d'auteur se révèle dans l'analyse des licences de droit de représentation : la jurisprudence a effet admis leur validité, nonobstant la protection territoriale absolue qui en résultait. Il semble toutefois que la validité de ces licences soit subordonnée au caractère justifié des restrictions de concurrence. Et puisque l'argument culturel est souvent soulevé en matière de droit d'auteur, il est intéressant de noter que des motifs d'ordre culturel semblent pouvoir tenir lieu de justification. La question de l'éventuelle prise en compte de considérations d'ordre culturel se pose également en matière d'exemptions. Il faut d'emblée reconnaître que les règlements d'exemption par catégorie ne vont plutôt pas dans cette direction ; ils n'intègrent d'ailleurs que très marginalement le droit d'auteur au raisonnement concurrentiel, à la différence des droits de propriété industrielle. S'agissant des exemptions individuelles, celles-ci sont relativement rares dans le domaine du droit d'auteur, mais au vu de la jurisprudence, il est toutefois permis d'espérer que motifs d'ordre culturel puissent également être invoqués.

Chapitre 2

Ententes anticoncurrentielles et gestion collective de droits d'auteur

Le modelage de la gestion collective transnationale par le droit de la concurrence

245. – Monopole de fait des sociétés de gestion collective. L'activité des sociétés de gestion collective fait, par nature, l'objet d'une surveillance attentive du droit de la concurrence en raison de la position particulière que détiennent ces sociétés sur différents marchés de produits. La recherche d'une plus grande efficience dans la gestion des droits a en effet permis de dégager un schéma d'organisation naturel de la gestion collective qui, bien que légitime compte tenu des objectifs poursuivis, peut apparaître singulier au regard de l'organisation des marchés telle que la conçoit le droit de la concurrence.

À quelques rares exceptions près, il existe, sur chaque territoire national, une société de gestion collective par type de contenus protégés (œuvres musicales, œuvres dramatiques, prestations d'artistes-interprètes, etc...). Il en découle logiquement l'existence d'un double monopole de fait des sociétés de gestion à l'échelle des territoires nationaux : monopole sur le marché de la fourniture de services aux titulaires de droits, et monopole sur le marché de fourniture de licence de droits aux utilisateurs. Naturellement, le monopole de fait se traduit, dans l'analyse concurrentielle, par une position dominante sur les marchés en cause. Il n'est ainsi pas à exclure que certaines pratiques des sociétés de gestion collective, tout en se présentant sous la forme d'ententes anticoncurrentielles, puissent tout aussi bien être poursuivies sur le fondement des abus de position dominante.

246. – Problème du rattachement des pratiques des sociétés de gestion aux catégories de pratiques du droit de la concurrence. Dans de telles hypothèses, caractérisées par la possibilité d'une application cumulative des règles relatives aux ententes et aux abus de position dominante, il a fallu faire le choix, pour les besoins de notre étude, d'un rattachement à l'une ou l'autre de ces deux catégories de pratiques. Il nous est apparu que, dans le cadre de sa mission de gestion collective des droits, une société de gestion nouait des relations contractuelles à l'égard de trois catégories de partenaires commerciaux : les titulaires de droits et les utilisateurs d'œuvres, mais également les sociétés de gestion étrangères à l'occasion de conclusions d'accords de représentation réciproque⁷⁵¹. S'agissant des deux premières catégories de partenaires, la relation économique est verticale ; s'agissant de la troisième, elle est horizontale. Cette constatation n'est pas neutre, car nous savons que l'archétype de l'entente anticoncurrentielle réside dans l'entente horizontale entre entreprises situées à même stade du circuit économique. Il nous semble ainsi logique de rattacher à la pratique de l'entente les accords de représentation réciproque conclus entre sociétés de gestion nationales. Quant aux pratiques ayant cours dans les relations verticales des sociétés de gestion, force est de constater qu'elles sont généralement dénoncées comme causant préjudice aux titulaires et aux utilisateurs, et à ce titre, davantage portées sur le terrain de l'abus de position dominante. Ainsi, au titre des ententes anticoncurrentielles dans le domaine de la gestion collective, sera essentiellement approchée la question des restrictions de concurrence induites par les mécanismes de la représentation réciproque.

247. – Les limites territoriales de la gestion collective. L'exploitation des droits d'auteur étant généralement consentie à titre onéreux, les représentations d'une œuvre de l'esprit donnent lieu, dans une grande majorité des cas, à la perception d'une rémunération au profit de l'auteur. Mais, pour les raisons qu'on a déjà citées⁷⁵², il est rare que l'auteur prenne lui-même en charge la gestion de ses droits d'auteur. Cette tâche, délicate à mettre en œuvre de façon individuelle, incombe en effet bien souvent à des sociétés de gestion collective, chargées de négocier les autorisations, et de percevoir les redevances pour le compte des titulaires de droits. Or, à leur échelon, ces sociétés de gestion sont finalement confrontées aux mêmes limites que celles que rencontre l'auteur dans le cadre d'une gestion individuelle, à savoir l'impossibilité d'exercer un contrôle exhaustif de l'utilisation des œuvres.

⁷⁵¹ Cf. *infra*, paragraphe suivant.

⁷⁵² Cf. *supra*, n° 91.

Cette limite, qui semble évidente lorsqu'il s'agit de la gestion individuelle, existe également pour les sociétés de gestion collective, eu égard à leur dimension nationale et au contexte d'internationalisation de l'utilisation des œuvres de l'esprit. En effet, les sociétés de perception et de répartition de droits sont par essence nationales puisqu'elles ont pour objet la gestion des droits des auteurs, et que cette dernière doit nécessairement s'opérer selon des règles issues d'un *corpus* national, en l'occurrence selon les règles nationales de l'État sur lequel elles sont implantées. Mais cette dimension nationale des sociétés de gestion est de nature à contrarier leur efficacité sur le plan international. Il est en effet impensable qu'une société implantée nationalement puisse exercer un contrôle efficace sur l'utilisation des œuvres de son répertoire à travers le monde entier. Ainsi s'est fait jour la nécessité de la mise en place d'un réseau international de sociétés de gestion de droits d'auteur. Celui-ci s'est structuré autour de conventions de représentation réciproque conclues entre les différentes sociétés nationales.

248. – La solution de la représentation réciproque⁷⁵³. Une convention de représentation réciproque permet à une société nationale de gestion de mandater son homologue étranger territorialement compétent pour gérer les autorisations de représentation des œuvres de son répertoire à l'étranger et percevoir les redevances afférentes. Compétent en matière de délivrance d'autorisations, l'homologue étranger est plus généralement investi d'une mission de contrôle de l'utilisation des œuvres, qui se prolonge de manière logique dans l'adoption de toute mesure opportune dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon. En contrepartie, la société nationale s'engage à assumer ce même rôle pour la représentation sur son territoire d'œuvres relevant du répertoire de son homologue étranger.

La définition qu'offre la Cour de justice dans l'arrêt *Tournier* de 1989 est également intéressante en ce qu'elle apporte quelques précisions complémentaires sur les modalités de la représentation réciproque : « *il faut entendre par "contrat de représentation réciproque" tel*

⁷⁵³ Sur ce sujet, V.-L. BENABOU, *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997, n° 270 et s. ; P.-Y. GAUTIER, « Le mandat en droit d'auteur », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « L'accès au répertoire des sociétés de gestion collective en droit de la concurrence », *CCC*, décembre 1995, chron. n° 11 ; F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17 ; F. SIIRIAINEN, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1551, « Théorie générale de la gestion collective. Aménagement du caractère exclusif des droits par la gestion collective », spéc. n°s 16 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1204 et s.

que visé par la juridiction nationale un contrat entre deux sociétés nationales de gestion de droits d'auteur en matière musicale par lequel ces sociétés se confient mutuellement le droit d'accorder, sur le territoire dont elles sont responsables, les autorisations requises pour toute exécution publique d'œuvres musicales protégées par des droits d'auteur de membres des autres sociétés et de soumettre ces autorisations à certaines conditions, conformément aux lois applicables sur le territoire en cause. Ces conditions comprennent notamment le paiement de redevances, dont la perception est effectuée par la société mandatée pour le compte de l'autre société. Le contrat spécifie que chaque société appliquera, en ce qui concerne les œuvres du répertoire de l'autre société, les mêmes tarifs, méthodes et moyens de perception et de répartition des redevances que ceux qu'elle applique aux œuvres de son propre répertoire »⁷⁵⁴.

249. – Contexte d'utilisation des contenus protégés. Le contexte d'utilisation des contenus protégés joue un rôle déterminant lors de l'analyse concurrentielle des accords de représentation réciproque. Il faut ainsi distinguer le contexte des utilisations « hors-ligne » de celui des utilisations « en ligne ». Les utilisations hors-ligne désignent les modalités traditionnelles de représentations des œuvres, c'est-à-dire celles qui ne font pas appel aux techniques de diffusion par Internet. On compte notamment parmi elles les utilisations par voie de radiodiffusion hertzienne ou encore les utilisations en discothèques. À l'inverse, les utilisations en ligne désignent les diffusions par le biais d'Internet. Cette modalité particulière de diffusion entraîne une conséquence notable du point de vue de la concurrence. On justifie généralement le cloisonnement naturel du marché de la gestion collective des droits par les difficultés qu'éprouveraient les sociétés de gestion à assumer efficacement leurs missions de surveillance ou de perception des redevances dans le cas d'utilisations de leur répertoire à l'étranger. Or, l'utilisation en ligne remet en cause fondamentalement cette analyse dans la mesure où l'usage des technologies informatiques, inhérent à la diffusion sur Internet, semble permettre sans difficultés une surveillance à distance, et ce, pour un coût sans commune mesure avec ce que représenterait une surveillance physique sur le territoire de diffusion. Il en résulte une aptitude de chaque société de gestion à étendre ses services au-delà des frontières de son territoire, et donc à entrer en concurrence avec ses homologues étrangers puisqu'en

⁷⁵⁴ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, point 17 ; *RIDA*, octobre 1989, n° 142, p. 283, obs. A. KÉRÉVER ; *JCP* 1990. II. 21437, obs. M.-C. BOUTARD-LABARDE et L. VOGEL, *RTD eur.* 1990, p. 736, obs. G. BONET ; A. FRANÇON, « Le conflit entre la SACEM et les discothèques devant le Cour de justice des Communautés européennes », *RIDA*, avril 1990, n° 144, p. 50.

vertu des contrats de représentation réciproque, chaque société peut octroyer des licences multirépertoires couvrant l'ensemble des répertoires des sociétés ayant conclu avec elle un accord de représentation réciproque. Ainsi, l'analyse concurrentielle des accords de représentation réciproque diffère radicalement selon qu'on se situe dans le contexte d'une utilisation hors-ligne (Section 1), ou dans celui d'une utilisation en ligne (Section 2)

SECTION 1 LES ACCORDS DE REPRÉSENTATION RÉCIPROQUE DANS UN ENVIRONNEMENT HORS-LIGNE

250. – L'affaire *Tournier*. Emblématique des conflits ayant opposé les exploitants de discothèques à la SACEM, l'affaire *Tournier*⁷⁵⁵ traitait notamment de la question des conventions de représentations réciproques et de celle du refus collectif d'accès aux utilisateurs étrangers. C'est principalement à cette affaire qu'on se réfèra au cours des développements qui suivront. Néanmoins, il faut également citer l'affaire *Lucazeau*⁷⁵⁶ qui lui est liée, tant du point de vue de la similarité des espèces, que du point de vue chronologique, ces deux affaires ayant chacune donné lieu à un arrêt rendu à la même date. Il s'ensuit que les solutions dégagées dans l'une et l'autre ne diffèrent pas, et que pour plus de simplicité, on ne fera plus référence qu'à l'affaire *Tournier*, tout en gardant à l'esprit que l'on pourrait aussi bien traiter l'affaire *Lucazeau* qui fournit les mêmes réponses.

Dans cette affaire, les débats ont essentiellement porté sur le fait de savoir si les mécanismes de la représentation réciproque contenaient des restrictions de concurrence (§ 1). En revanche, la Cour de justice ayant renvoyé aux juridictions nationales le soin d'apprécier l'existence effective de restrictions de concurrence, le débat n'a pas porté jusqu'à la question de l'exemption, qui aurait pu néanmoins présenter un intérêt sous certains aspects (§ 2).

⁷⁵⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc.

⁷⁵⁶ CJCE, 13 juillet 1989, *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88, 241/88 et 242/88, *Rec.* p. 2811. Pour des références doctrinales, on se référera à celles citées sous l'arrêt *Tournier*.

§ 1. – L’identification des restrictions de concurrence dans le système de la représentation réciproque

251. – L’existence d’un lien logique entre le système de la représentation réciproque et la pratique du refus d’accès direct. Le problème de la licéité des accords de représentation réciproque et celui de la pratique collective du refus d’accès direct aux utilisateurs sont deux questions liées. Elles le sont de façon logique. Le système de la représentation collective consiste, pour chaque société nationale, à confier à ses homologues étrangers territorialement compétents la gestion de son répertoire à l’étranger. L’intérêt d’un tel système réside dans le fait que chaque société se dispense ainsi d’engager des frais importants liés au contrôle de l’utilisation de son répertoire ainsi qu’au recouvrement des redevances à l’étranger. En effet, en vertu du mandat, les frais engagés ne le seront qu’à hauteur de ceux déboursés par l’homologue qui dispose déjà des infrastructures *ad hoc* pour assurer la gestion collective des droits d’auteur sur son territoire. Chaque société nationale se dispense ainsi non seulement d’investir dans des structures permettant la gestion de son répertoire à l’étranger, mais aussi d’en assurer le fonctionnement quotidien, trop coûteux compte tenu de la faible part de la demande que représente la demande des utilisateurs étrangers.

Il semble donc qu’il relève d’un intérêt naturel des sociétés nationales de gestion collective de refuser l’accès des utilisateurs étrangers à leur répertoire. Procéder de manière inverse contribuerait inexorablement à une augmentation des coûts, et constituerait ainsi un inconvénient qui viendrait directement contredire l’avantage que procure le système de la représentation réciproque.

252. – Le traitement distinct des deux problèmes. La pratique du refus d’accès direct apparaît comme une conséquence logique de l’organisation du réseau de représentation réciproque. On comprend donc que l’avocat général ait souligné l’indissociabilité des deux questions⁷⁵⁷. Il en déduisait par ailleurs l’absence⁷⁵⁷ de nécessité d’examiner la pratique du refus

⁷⁵⁷ « [...] la question des autorisations directes ne peut être examinée séparément de celle des conventions réciproques. Comme nous l’avons déjà mentionné plus haut, en raison de la territorialité des conventions réciproques, les sociétés de gestion des droits d’auteur, même si elles souhaitaient accorder des autorisations à des clients dans les territoires des autres sociétés, ne pourraient autoriser que l’utilisation de leurs propres répertoires, et des autorisations ainsi limitées n’apparaissent pas constituer une formule commercialement viable. [...] Il en résulte que le refus d’accorder des autorisations directes ne peut être considéré que comme la

d'accès direct au regard du droit des ententes⁷⁵⁸. Considérant que celle-ci était inhérente à la mise en place d'accords de représentation réciproque, il convenait selon lui d'examiner le comportement des sociétés de gestion de manière globale, en s'interrogeant uniquement sur le caractère anticoncurrentiel des accords de représentation réciproque, dont la pratique de refus d'accès direct n'était qu'une composante.

Ce ne fut toutefois pas la voie choisie par les juges de la Cour de justice qui distinguèrent clairement, dans leur analyse des pratiques anticoncurrentielles, la pratique des conventions de représentation réciproque de celle des refus d'accès direct. Cette distinction est sans doute opportune du point de vue de la sanction. Elle permet en effet de préserver l'existence des conventions de représentations réciproques, légitimes en leur principe (A), tout en condamnant l'effet potentiellement restrictif que comporte la pratique collective du refus d'accès direct (B).

A. – LA LÉGITIMITÉ DES CONVENTIONS DE REPRÉSENTATION RÉCIPROQUE

253. – Les conventions de représentation réciproque entre sociétés de gestion collective ne sont pas sans risque pour le marché. S'apparentant à des accords de distribution réciproque, elles sont en effet susceptibles de restreindre la concurrence par un cloisonnement des marchés nationaux (1). Pour autant, nous verrons que la légitimité des objectifs poursuivis par le système de la représentation réciproque a conduit les juges à écarter, sur un fondement qui peut-être discuté, l'application des règles de concurrence (2).

1) *Le risque de cloisonnement des marchés nationaux*

254. – **Absence d'objet anticoncurrentiel de l'accord de représentation réciproque.** Nous pouvons tout d'abord relever qu'il ne semble pas dans l'objet de ces accords de restreindre la concurrence par une fixation des prix ou une limitation de la production. Se poserait davantage la question d'une volonté de répartition des marchés puisque le mécanisme de la représentation réciproque permet à chaque société de gestion de devenir l'unique interlocuteur des utilisateurs nationaux, que ce soit pour l'utilisation du répertoire national ou

conséquence logique des conventions réciproques » (CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 26 mai 1987, point 31).

⁷⁵⁸ *Ibid.* : « il apparaît en conséquence inutile d'examiner si ce refus est le résultat d'une pratique concertée ».

des répertoires des homologues étrangers. À ceci près qu'on parlerait de répartition des marchés dans le seul cas où l'entente aurait pour objet de priver les utilisateurs de tout choix, en les forçant à s'adresser à la société de gestion de leur territoire. Chaque société se réserverait ainsi son propre territoire en étant seule à même de proposer aussi bien l'accès à son propre répertoire, que l'accès au répertoire des sociétés étrangères. Ceci supposerait alors que les sociétés nationales de gestion collective se soient mises d'accord entre elles pour opposer un refus systématique à tout utilisateur étranger souhaitant accéder directement à leur répertoire respectif, sans transiter par sa société de gestion collective territorialement compétente. Nous voyons que c'est là le problème du refus d'accès direct qui est en cause. Mais nous nous garderons cependant de développer ici cet aspect de la représentation réciproque étant donné que nous avons précisé le choix qui avait été fait de distinguer, dans l'analyse concurrentielle, l'accord de représentation réciproque en lui-même et la pratique du refus d'accès direct qui lui était parfois liée. Quoi qu'il en soit, la convention de représentation réciproque n'a pas, en soi, d'objet manifestement anticoncurrentiel.

255. – Le cloisonnement potentiel résultant de l'accord. À défaut d'objet anticoncurrentiel, il convient de s'interroger sur un éventuel effet anticoncurrentiel des accords de représentation réciproque. Les accords de représentation réciproque sont des accords horizontaux dans la mesure où les sociétés nationales de gestion collective sont des opérateurs situés sur le même marché de produits ou de services, et à un même stade du circuit économique. Nous pouvons par ailleurs préciser que ce sont des accords horizontaux conclus entre non concurrents puisque la structure du marché est telle que chaque société dispose, sur son propre territoire, d'un monopole de fait. À ce titre, les récentes lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale⁷⁵⁹ peuvent nous fournir des éléments importants quant aux potentiels effets restrictifs des accords de représentation réciproque. Plusieurs types d'accords sont présentés comme relevant de la catégorie des accords de coopération horizontale. Parmi eux, les accords de commercialisation que l'on peut définir comme des accords concernant « *la coopération entre concurrents pour la vente, la promotion ou la distribution de leurs produits*

⁷⁵⁹ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOUE* n° C 11 du 14 janvier 2011, p. 1. Ces lignes directrices viennent remplacer les précédentes, publiées en 2001 (Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, *JOCE* n° C 3 du 6 janvier 2001, p. 2).

de substitution »⁷⁶⁰. Or, les conventions de représentation réciproque s'apparentent bien selon nous à des accords de distribution : des sociétés de gestion collective confient à d'autres le soin d'octroyer des autorisations d'utilisation de leur répertoire, de percevoir les redevances afférentes, et de surveiller que ce répertoire ne fasse pas l'objet d'utilisations non autorisées, tout ceci à charge de réciprocité. Certes, le terme de distribution, plus volontiers associé à la distribution de produits, peut surprendre car nous sommes bien, ici, dans le cadre de prestations de services. Mais en réalité, cela n'a guère d'importance : comme le précise la Commission, la distinction terminologique des produits et des services n'a pas lieu d'être dans le cadre de ces lignes directrices⁷⁶¹.

Les accords de distribution basés sur une relation de réciprocité, expressément visés par les lignes directrices de la Commission, présentent un risque certain pour la concurrence. Étant conclus entre concurrents opérant sur des marchés géographiquement différents, ils peuvent en effet aboutir ou contribuer à un cloisonnement des marchés pouvant conduire à une élimination de la concurrence entre les parties⁷⁶². La Commission invite, pour ce type d'accord, à s'interroger sur le fait de savoir si l'accord en question est objectivement nécessaire pour que les parties puissent pénétrer sur le marché l'une de l'autre⁷⁶³. Si l'accord s'avère nécessaire pour que les parties pénètrent sur le marché l'une de l'autre, cela signifie que l'accord ne crée aucune restriction de concurrence, puisqu'en l'absence de cet accord, les parties n'auraient pas pu être davantage en concurrence. Dans ce cas de figure, l'accord ne relèvera pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. À l'inverse, si l'accord n'apparaît pas nécessaire, il tombera sous le coup de l'interdiction de l'article 101.

En l'occurrence, hormis le problème de la rentabilité économique, aucun obstacle particulier ne semble pouvoir empêcher une société de gestion collective de venir concurrencer son homologue étranger sur son propre territoire, et ce, indépendamment de l'existence ou non d'un accord de représentation réciproque. Un tel accord n'apparaît donc pas nécessaire pour que les parties puissent pénétrer sur le marché l'une de l'autre. On peut même dire qu'il va, à l'inverse, dans le sens d'un amoindrissement de la concurrence en

⁷⁶⁰ *Eod. loc.*, point 225.

⁷⁶¹ *Eod. loc.*, point 8. Les critères définis dans les lignes directrices de la Commission « *s'appliquent aux accords de coopération horizontale concernant tant les biens que les services (collectivement dénommés ci-après "produits" »*.

⁷⁶² *Eod. loc.*, point 227.

⁷⁶³ *Eod. loc.*, point 237.

faisant en sorte que les utilisateurs se tournent exclusivement vers la société de gestion collective territorialement compétente. Certes, l'accord en lui-même ne rend pas la clientèle captive : les utilisateurs peuvent toujours tenter de s'adresser à des sociétés étrangères pour obtenir une autorisation directe d'utilisation de leur répertoire. Mais l'intérêt d'un tel accord réside dans le fait qu'il permet aux sociétés de gestion collective de s'épargner les frais coûteux d'une gestion complexe de l'utilisation de leur répertoire à l'étranger. Il y a donc tout lieu de penser que les sociétés de gestion collective représentées par des homologues étrangers auront tout intérêt à refuser l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs extérieurs si elles veulent garder le bénéfice de l'accord conclu. Comme cela a déjà pu être souligné, le refus d'accès direct découle logiquement de la convention de représentation réciproque, indépendamment de l'existence de toute clause ou pratique concertée destinée à le mettre en œuvre collectivement. Ainsi, l'effet indirectement produit semble contribuer à un cloisonnement des marchés. Des auteurs ne manquent d'ailleurs pas de relever que des accords de distribution réciproque « *peuvent déjà être interprétés comme un signe que les parties se sont engagées à ne pas entrer en concurrence sur leurs marchés respectifs* »⁷⁶⁴.

2) L'immunité judiciaire conférée au mécanisme de la représentation réciproque

256. – Compte tenu des éléments précédemment développés, l'approche retenue par les juges de la Cour de justice peut apparaître singulière : il n'est fait mention d'aucune restriction de concurrence, ni même d'aucun risque pour la concurrence. Le fait même que l'accord soit de nature horizontale devrait pourtant tout au moins attirer l'attention des autorités en charge des questions de concurrence. Mais le raisonnement tenu par les juges emprunte une voie tout à fait différente : il procède d'une analyse de l'accord tendant à faire apparaître comme intrinsèquement légitime le mécanisme de la représentation réciproque, eu égard à la finalité poursuivie. De l'utilité avérée des accords de représentation réciproque, les juges ont déduit l'absence d'effet restrictif (a). On peut toutefois s'interroger sur le bien-fondé d'une mise à l'écart des règles de concurrence en vertu des objectifs légitimes poursuivis par ces accords (b).

⁷⁶⁴ F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de F. Brunet et G. Canivet, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 289.

a) *L'absence d'effet restrictif eu égard à la finalité des accords de représentation réciproque*

257. – Affirmation d'une légitimité des accords de représentation réciproque. Selon les juges, les accords de représentation réciproque poursuivent un double but : « *d'une part, ils cherchent à soumettre l'ensemble des œuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même État, conformément au principe retenu par la réglementation internationale ; d'autre part, ils permettent aux sociétés de gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre État, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités, sans être contraintes d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres contrôles sur place* »⁷⁶⁵. Ces accords sont donc tournés vers la recherche d'une efficacité de la gestion des droits d'auteur, bénéfique tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, et qui de ce fait profite, *in fine*, à la création artistique. On peut voir là l'affirmation d'une certaine légitimité des accords, une légitimité qu'on pourrait qualifier d'extérieure au sens où les accords sont justifiés au regard d'objectifs eux-mêmes extérieurs aux impératifs de concurrence.

Selon les juges, « *il résulte de ces considérations que les contrats de représentation réciproque en cause sont des contrats de prestation de services qui ne sont pas, en eux-mêmes, restrictifs de la concurrence de façon à relever de l'interdiction prévue par l'article 85, paragraphe 1, du traité* »⁷⁶⁶. L'articulation du raisonnement démontre très clairement un lien de causalité entre l'absence d'effet restrictif et la légitimité « extérieure » des accords.

b) *Bien-fondé d'une mise à l'écart des règles de concurrence en vertu des objectifs légitimes poursuivis par les accords de représentation réciproque*

258. – Une justification a priori de l'accord de représentation réciproque. Le raisonnement consistant à affirmer la légitimité du système de la représentation réciproque pour en déduire l'absence d'effet restrictif donne le sentiment d'une justification *a priori* de l'accord. Cette logique de raisonnement est inhabituelle en droit de la concurrence. Tout d'abord, la démarche de justification en elle-même laisse entendre que l'accord pourrait ne pas être totalement neutre du point de vue de la concurrence ; en ce sens, on peut s'étonner

⁷⁶⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 19.

⁷⁶⁶ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 20.

que les juges ne relèvent l'existence d'aucun risque d'atteinte à la concurrence. Ensuite, deux cas de figure peuvent se présenter : soit l'accord ne comporte aucune restriction, et il n'y a alors aucune raison de lui chercher une légitimité qui apparaîtrait comme une tentative de justification ; soit l'accord comporte des restrictions, et il convient alors de s'interroger sur une possible justification de celui-ci qui lui permettrait d'échapper *in fine* à la condamnation. Dans ce dernier cas, cependant, la justification ne pourrait théoriquement avoir lieu qu'*a posteriori*, par la voie traditionnelle de l'exemption.

259. – Recherche d'un fondement à une justification opérée en amont de l'analyse concurrentielle : la prise en considération du contexte de marché. La justification de l'accord en amont de l'analyse concurrentielle – et donc en dehors des conditions de l'exemption individuelle – présente un caractère exceptionnel, et n'est pas sans rappeler, à certains égards, l'application d'une règle de raison, permettant « *l'exclusion de certains accords du champ de l'article 81 paragraphe 1, avant tout examen des conditions d'exemption posées à l'article 81, paragraphe 3* »⁷⁶⁷. Mais en dehors du fait que la place de la règle de raison dans le droit européen est très débattue⁷⁶⁸, il faut également préciser que la règle de raison consiste en une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels. Or, il n'est pas question de cela ici, puisque la justification de l'accord est comme nous l'avons dit, « extérieure » à toute préoccupation concurrentielle.

En revanche, nous pouvons rattacher cette justification *a priori* de l'accord à un courant jurisprudentiel évoqué par l'arrêt du Tribunal de première instance *Métropole Télévision (M6)*. Cet arrêt, qui visait à écarter explicitement toute possibilité d'invoquer la règle de raison en droit communautaire, expliquait également que les décisions antérieures ayant prétendument eu recours à cette règle s'inscrivaient en réalité dans « *un courant*

⁷⁶⁷ F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de F. Brunet et G. Canivet, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 75.

Sur la notion de règle de raison en droit communautaire, v. not. R. KOVAR, « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », *RTD eur.* 1987, p. 237 ; M. WALBROECK et A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE*, Vol. 4 : « Concurrence », Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 1997, p. 175 et s. ; J.-B. BLAISE, « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 85.

⁷⁶⁸ V. not. M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n°s 101 et s. – F. BRUNET, « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », *op. cit.*, n°s 75 et s.

jurisprudentiel plus large selon lequel il n'y a pas lieu de considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord restreignant la liberté d'action des parties [...] tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, du traité »⁷⁶⁹. Les juges poursuivaient ainsi : « il incombe, en effet, aux fins de l'analyse de l'applicabilité de cette disposition à un accord, de tenir compte du cadre concret dans lequel il déploie ses effets, et notamment du contexte économique et juridique dans lequel opèrent les entreprises concernées, de la nature des produits et/ou services visés par cet accord ainsi que des conditions réelles du fonctionnement et de la structure du marché »⁷⁷⁰.

On peut alors se demander si, dans cette perspective, il ne serait pas justifié de soustraire les accords de représentation réciproque à l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. En effet, le marché de la gestion collective des droits d'auteur présente des spécificités tout à fait remarquables. Du fait de la territorialité de la protection conférée par les législations nationales de droit d'auteur, la gestion collective des droits s'est organisée autour de sociétés de gestion implantées nationalement, et dont la vocation ne dépassait en aucun cas les frontières du territoire sur lequel elles étaient implantées. Cette organisation est de fait synonyme d'un cloisonnement des marchés nationaux, avec des sociétés bien souvent en situation de monopole⁷⁷¹. Un tel système, qui semble contredire toutes les exigences du droit de la concurrence⁷⁷², apparaît néanmoins comme une nécessité de fait au regard du but poursuivi, dont chacun s'accorde à reconnaître le caractère légitime et indispensable.

⁷⁶⁹ TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c/ Commission*, aff. T-112/99, *Rec. p.* II-2459, point 76 ; *RTD eur.* 2002, p. 339, n^{os} 167 et 168, chron. J.-B. BLAISE ; *JCP éd. E.* 2002, n^o 1251, chron. C. GAVALDA et G. PARLEANI, n^{os} 27 et s ; *RTD com.* 2002, p. 391 et 392, chron. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Petites affiches*, 24 octobre 2001, n^o 212, p. 4, chron. P. AHREL.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n^o 139, p. 17 : « *Ce qui suscite immédiatement la curiosité et la défiance des autorités et des spécialistes de la concurrence dans le système de la gestion collective, c'est la constatation que chacune de ces sociétés, dans la presque totalité des cas, se trouve en situation de monopole ou de quasi-monopole de fait. Il arrive même qu'il s'agisse d'un monopole de droit, comme c'est le cas en Suisse et dans certains États de la Communauté, mais pas en France* ».

⁷⁷² CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec. p.* 2521, conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 26 mai 1987, point 33 : « *À première vue, nous sommes confrontés à une exclusivité de fait absolue, à un compartimentage complet du marché commun dans le cadre des frontières nationales et à une absence complète de concurrence ; tout cela serait, dans tout autre secteur, manifestement incompatible avec l'article 85, paragraphe 1* »

260. – Reconnaissance de la légitimité de la gestion collective en droit européen.

Dans l'affaire « *BRT contre SABAM* » de 1974, l'avocat général Mayras avait estimé que « *l'auteur ou le compositeur, voire même l'éditeur - à moins qu'il ne s'agisse, dans ce dernier cas, d'une entreprise très puissante - n'a pas, en pratique, le pouvoir d'exercer lui-même ses droits. Il ne dispose pas de moyens de contrôler les diverses utilisations qui peuvent être faites de son œuvre. Bien plus, certains utilisateurs de musique, industriels du disque, offices publics ou stations de radiodiffusion ou de télévision, occupent sur le marché des positions si fortes qu'elles leur permettraient de placer les auteurs ou compositeurs dans une situation de dépendance en exigeant la cession de certaines de leurs œuvres, spécialement celles qui, appelées à connaître un grand succès, sont d'une exploitation particulièrement intéressante. La Commission a elle-même reconnu le danger de cette situation et admis que le fait d'être lié à une société [de gestion collective] assure aux intéressés une protection nécessaire* »⁷⁷³.

Par ailleurs, comme le relevaient Messieurs Desurmont et Calvet⁷⁷⁴, la reconnaissance de la légitimité et de l'utilité de la gestion collective par les autorités européennes s'est également manifestée par l'adoption de la directive du 27 septembre 1993 rendant la gestion collective obligatoire dans certains secteurs du droit d'auteur⁷⁷⁵. Plus encore, un rapport du Parlement européen de 2003 reconnaissait que « *les monopoles de jure ou de facto qu'exercent généralement les sociétés de gestion collective ne constituent pas en soi un problème de concurrence* ». Il soulignait que la protection et la gestion collective des droit d'auteur constituaient « *d'importants facteurs qui stimulent la création intellectuelle et influencent le développement de la diversité culturelle et linguistique* ». On pouvait encore y lire la reconnaissance du « *rôle culturel et social des sociétés de gestion collective qui fait de ces dernières des vecteurs de la puissance publique* »⁷⁷⁶.

⁷⁷³ CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127-73, « BRT-II » *Rec.* p. 313, conclusion de l'avocat général Mayras présentées le 12 février 1974, cité par F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », *eod. loc.*

⁷⁷⁴ T. DESURMONT et H. CALVET, « Gestion collective et droit de la concurrence : un couple vraiment désuni ? », *Concurrences*, 2006, n° 2, p. 18 ».

⁷⁷⁵ Directive 93/83/CEE du Conseil, du 27 septembre 1993, relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur applicable à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOCE* n° L 248 du 6 octobre 1993, p. 15.

⁷⁷⁶ Parlement européen, Rapport A5-0478/2003 du 11 décembre 2003 sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective du droit d'auteur (2002/2274(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/>.

261. – Acceptation subséquente d'un cloisonnement des marchés. Le caractère légitime de la gestion collective, associé à la nécessité pratique d'une gestion territoriale des droits devait donc conduire à l'acceptation d'un cloisonnement inévitable des marchés nationaux. Dans ce sens, la SACEM affirmait que « *la concurrence entre sociétés de gestion des droit d'auteur dans différents États membres de la CEE n'[était] pas praticable* »⁷⁷⁷. Cela signifiait que la structure particulière du marché devait être prise en compte pour apprécier les comportements mis en cause, notamment en mettant en œuvre une sorte de contrôle de proportionnalité entre les restrictions de concurrence constatées et la légitimité du but poursuivi par le système de la gestion collective : les restrictions constatées doivent en effet s'avérer strictement proportionnées à la recherche de l'efficacité de protection des droits d'auteur, ainsi qu'à l'offre aux utilisateurs du meilleur service possible au meilleur prix.

262. – Incidence sur l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des conventions de représentation réciproque. Les conventions de représentation réciproque interviennent, comme on l'a vu, dans un contexte où la concurrence est, de fait – et légitimement –, très faible⁷⁷⁸. On peut ainsi estimer qu'elles ne modifient pas en elles-mêmes substantiellement ce contexte concurrentiel. La mise en œuvre de ces conventions oriente certes les utilisateurs vers la société de gestion collective de leur territoire⁷⁷⁹, ce qu'on pourrait assimiler à un cloisonnement des marchés nationaux. Mais ce cloisonnement n'est imputable qu'à la territorialité de la protection conférée par les législations nationales de droit d'auteur, ainsi qu'au souci d'une gestion efficace des intérêts des auteurs. Or, ces éléments sont précisément ceux qui contribuent à légitimer le système de la gestion collective en lui-même. Il serait donc peu logique qu'ils soient dans le même temps de nature à disqualifier les conventions de représentation réciproque aux yeux du droit de la concurrence. La représentation réciproque apparaît ainsi comme la conséquence logique de la nécessité d'une protection efficace des

⁷⁷⁷ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, concl. av. gén., *loc. cit.*

Dans le même sens, M. Pollaud-Dulian explique que « *l'expérience a montré que lorsque deux sociétés se concurrençaient sur une même catégorie de droits dans un même pays, leur coexistence ne durait pas longtemps et que bientôt il n'en restait qu'une, l'autre ayant déposé son bilan. C'est ce qui s'est passé dans le secteur des arts plastiques où, pendant quelques temps, ont coexisté l'ADAGP et la SPADEM, avant que cette dernière, quoique bien plus ancienne, soit liquidée* » (F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17).

⁷⁷⁸ Cf. *supra*, n° 245.

⁷⁷⁹ Encore que cela soit discutable, tant que la convention n'impose pas le refus d'accès direct au répertoire pour les utilisateurs étrangers.

auteurs sur le plan international, au même titre que le système de la gestion collective en lui-même est, sur le plan national, une nécessité impérieuse pour la protection des auteurs.

Le contexte de marché pourrait ainsi justifier, dans la perspective dessinée quelques années plus tard par la jurisprudence *Métropole Télévision (M6)*⁷⁸⁰, que les accords de représentation réciproque ne soient pas jugés contraires au droit des ententes. En effet, aux termes de cette jurisprudence, la prise en compte du contexte de marché permettrait d'éviter que l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE (devenu article 101 paragraphe 1 du TFUE), ne s'étende, « *de manière complètement abstraite et indistincte, à tous les accords ayant pour effet de restreindre la liberté d'action des parties ou de l'une d'entre elles* ». Les juges précisent toutefois que cette prise en compte « *n'implique pas une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels aux fins de déterminer l'applicabilité de l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1, du traité* ». C'est en cela que cette appréciation ne peut être assimilée à la mise en œuvre d'une règle de raison.

Si l'on peut voir dans cette jurisprudence le fondement d'une soustraction de l'accord de représentation réciproque à l'application de l'article 81, paragraphe 1 du Traité CE, on peut toutefois s'interroger sur sa solidité, nécessairement liée à la portée de la jurisprudence. Toujours est-il que ce raisonnement, tenu en amont de l'appréciation des effets anticoncurrentiels, permet de préserver dans une certaine mesure le système de la gestion collective d'incursions trop vigoureuses du droit de la concurrence. En ce sens, il est une manifestation de la prise en compte des spécificités du droit d'auteur par le droit de la concurrence. Notons l'intérêt du recours à ce raisonnement dans la mesure où les conditions de l'exemption individuelle de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, qui constitue *a contrario* la justification *a posteriori* d'un accord anticoncurrentiel, n'auraient sans doute pas été réunies⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision*, aff. préc., *loc. cit.*

⁷⁸¹ Voir les développements sur ce point, n^{os} 268 et s.

B. – L’EFFET RESTRICTIF DE LA PRATIQUE COLLECTIVE DU REFUS D’ACCÈS DIRECT

263. – À l’opposé des préconisations que l’avocat général Jacobs avait formulées dans ses conclusions⁷⁸², les juges de la Cour ont fait le choix, dans l’affaire *Tournier*, d’un traitement de la question du refus d’accès direct distinct de celui de la question des conventions de représentation réciproque. Ce choix peut sembler opportun dans la mesure où un traitement conjoint présentait certainement le risque d’une sanction unique pesant à la fois sur le refus d’accès direct et les conventions de représentation réciproque, alors même qu’on a pu montrer l’utilité et la légitimité de ces dernières.

La pratique du refus d’accès direct consistait, pour les sociétés de gestion nationale, à refuser l’accès à leur répertoire à tout utilisateur étranger qui en ferait la demande. Cette politique du refus d’accès direct étant suivie par l’ensemble des sociétés de gestion collective parties à l’accord de représentation réciproque, il en résultait qu’un utilisateur souhaitant accéder à un répertoire étranger n’avait d’autre choix que de s’adresser à la société de gestion collective de son territoire, celle-ci pouvant autoriser non seulement l’utilisation de son propre répertoire, mais aussi l’utilisation des répertoires étrangers de ses homologues en vertu de l’accord de représentation réciproque.

Le refus d’accès direct aux utilisateurs étrangers constitue un refus de prestation. Si le refus de prestation relève, entre professionnels, du principe de liberté contractuelle, il peut toutefois être sanctionné par le droit de la concurrence au titre d’un abus de position dominante, mais également au titre d’une entente anticoncurrentielle (1). Nous verrons en l’occurrence dans quelles circonstances la pratique collective du refus d’accès direct peut encourir le grief d’entente anticoncurrentielle (2).

1) Le refus de prestation : positionnement théorique de la question

264. – **Le refus de prestation en droit de la concurrence**⁷⁸³. Le refus qu’oppose une société de gestion de droits d’auteur à un utilisateur étranger d’accéder directement à son

⁷⁸² F. G. JACOBS, concl. jointes présentées le 26 mai 1987 dans les affaires *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395-87, et *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, *Rec.* 1989, p. 2521.

⁷⁸³ Sur ce sujet, v. notamment OCDE, « Refusals to deal », *Policy Roundtables*, 2009.

répertoire ne peut apparaître comme condamnable en soi. Il s'agit d'un refus de prestation de services qui relève, entre professionnels, du principe de liberté contractuelle. Néanmoins, si le refus de vente ou de prestation de service, qui fut autrefois prohibé en droit interne⁷⁸⁴, ne constitue désormais plus une faute civile⁷⁸⁵, il n'en reste pas moins sanctionnable, en certaines circonstances, sur d'autres fondements. Par là, nous faisons référence au droit de la concurrence qui permet, dans certaines hypothèses, de sanctionner des refus de vente ou de prestation de service aussi bien sur le terrain des ententes que sur celui des abus de position dominante.

Le refus de prestation de services constitue une démarche individuelle de la part de celui qui l'oppose. Dès lors, la question du caractère anticoncurrentiel d'une telle pratique semble se poser plus naturellement sur le terrain des abus de position dominante que sur celui des ententes. En effet, un refus ne peut, en soi, être synonyme d'entente anticoncurrentielle, celle-ci reposant nécessairement sur un accord de volontés. Cela ne signifie pourtant pas que la question du refus est totalement étrangère au droit des ententes, car un refus peut très bien faire l'objet d'un accord en en constituant le but recherché ou l'un des effets produits. Des entreprises peuvent ainsi s'entendre collectivement pour opposer, chacune de leur côté, un refus de prestation à certains opérateurs commerciaux. S'il devait en résulter un quelconque effet restrictif, actuel ou potentiel, ou même la simple intention d'y parvenir, alors ce comportement devrait être sanctionné au titre de l'article 101 du TFUE.

2) *Appréciation du caractère anticoncurrentiel de la pratique collective du refus d'accès direct dans le cadre de la relation de représentation réciproque*

265. – Suppression des clauses visant à instaurer une pratique collective du refus d'accès direct. Le problème de la pratique collective du refus d'accès direct se pose dans des termes assez simples : des sociétés de gestion collective ayant conclu un accord de représentation réciproque peuvent-elles s'entendre en vue de refuser l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs étrangers ? Il n'est pas besoin de pousser longuement la discussion

⁷⁸⁴ Article 36-2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan : [...] de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestation de service, lorsque ces demandes ne présentent aucun caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi, et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10* ».

⁷⁸⁵ L'abrogation de la prohibition de la pratique du refus de vente résulte de l'article 14-1 de la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations.

pour s'apercevoir qu'une telle entente conduit les utilisateurs à n'avoir d'autre choix que de traiter avec la société de gestion collective de leur territoire. Il y a donc ici un phénomène de captivité de la clientèle, chaque utilisateur étant inévitablement amené à contracter avec la société de son territoire. L'effet sur la concurrence est des plus nocifs puisqu'il s'agit là d'un compartimentage national du marché européen. C'est le sens de l'affirmation des juges de la Cour de justice, selon qui les conventions de représentation réciproque ne sont pas en soi restrictives de concurrence, à moins qu'elles n'instituent « *une exclusivité en ce sens que les sociétés de gestion se seraient engagées à ne pas donner l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée, établis à l'étranger* »⁷⁸⁶.

De telles clauses organisant une pratique collective de refus avaient bel et bien existé dans les accords de représentation réciproque des sociétés de gestion collective. Elles en avaient cependant été retirées à la demande de la Commission, et ce bien avant l'arrêt *Tournier*. Les conventions soumises à l'examen des juges étaient donc vierges de toute clause de refus d'accès direct. Ainsi, il ne pouvait être relevé l'existence d'aucun accord, au sens formel du terme, susceptible de constituer le socle d'une entente anticoncurrentielle.

266. – Persistance de la pratique de refus au-delà de la suppression des clauses anticoncurrentielles : l'existence d'une pratique concertée ? Malgré la suppression des clauses litigieuses, les refus d'accès direct opposés par les sociétés de gestion ont perduré dans la pratique. La question s'est alors posée devant les juridictions nationales de savoir si ces refus collectifs pouvaient ou non procéder d'une entente anticoncurrentielle.

À ce stade, la qualification d'accord ne semblait plus possible. Certes, la notion d'accord est plus large que la notion civiliste de contrat, et on pourrait imaginer, par exemple, que soit constatée l'existence d'un accord en présence d'un contrat échu, mais que les parties continueraient à appliquer. Toutefois, tel n'était pas le cas en l'espèce. En effet, en supprimant de façon officielle les clauses litigieuses, les parties avaient extériorisé leur volonté de mettre un terme à la pratique contractuelle des refus collectifs. La preuve d'un accord semblait ainsi compromise. C'est la raison pour laquelle les juges se sont posé la question de l'existence d'une pratique concertée⁷⁸⁷ tendant à organiser le refus collectif des sociétés de gestion

⁷⁸⁶ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 20.

⁷⁸⁷ La définition de la pratique concertée, fruit de la jurisprudence, s'est affinée au fil du temps. N'ayant pas ici la prétention de développer cette définition de manière détaillée, nous ne citerons ici qu'un seul arrêt – en

collective. À ce sujet, la Cour précisait qu'« *une concertation entre sociétés nationales de gestion de droits d'auteur qui aurait pour effet de refuser systématiquement l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs étrangers doit être considérée comme entraînant une pratique concertée restrictive de la concurrence et susceptible d'affecter le commerce entre les États membres* »⁷⁸⁸.

267. – Difficulté de preuve de la concertation liée à la justification plausible du parallélisme comportement : la prise en compte du contexte de marché. Dans le domaine de la concertation, la preuve relève toujours d'un exercice difficile⁷⁸⁹. Si les parallélismes comportementaux constituent un indice qui invite assez naturellement à se poser la question de l'existence d'une pratique concertée, il a toujours été relevé que la simple constatation d'un parallélisme ne peut suffire à démontrer l'existence d'une telle pratique⁷⁹⁰. D'autres indices tels que la preuve de contacts entre les entreprises ou l'absence d'explication plausible au parallélisme sont en effet nécessaires⁷⁹¹.

l'occurrence, le premier à avoir élaboré une définition du principe même de la pratique concertée. Selon ce dernier, la pratique concertée est « *une forme de coordination entre entreprises, qui, sans avoir été poussée jusqu'à une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence ; [...] par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants* » (CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, aff. 48/69, affaire dite « des matières colorantes », *Rec.* p. 619, points 64 et 65)

⁷⁸⁸ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 23.

⁷⁸⁹ Sur la question de la preuve, v. not. Cons. conc., « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente », Étude thématique, *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 77 ; L. VOGEL, « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP éd. E*, 1991. I. 96 ; J. LEONNET, « Réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique », *Cah. dr. entr.* 1993. I. 306.

⁷⁹⁰ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 19.

⁷⁹⁰ CJCE, 14 juillet 1972, affaire dite « des matières colorantes », aff. préc., point 66 : « *Si un parallélisme de comportement ne peut être à lui seul identifié à une pratique concertée, il est cependant susceptible d'en constituer un indice sérieux, lorsqu'il aboutit à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché* (affaire des *Matières colorantes*.); V. aussi M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 87, et les nombreux exemples cités.

⁷⁹¹ La jurisprudence est abondante sur cette question, aussi bien en droit interne qu'en droit de la concurrence. V. Cons. conc., « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente », étude préc., spéc. p. 133 et s.

Le caractère collectif du refus opposé par les sociétés de gestion permet sans conteste de décrire celui-ci comme un parallélisme comportemental⁷⁹². En revanche, il semble plus discutable d'affirmer qu'il ne repose sur aucune autre explication possible que la seule concertation. D'une part, la démonstration d'une preuve négative s'avère toujours être un exercice délicat. D'autre part, on constate qu'il est bien souvent possible de relever des circonstances permettant d'expliquer les parallélismes comportementaux. Elles sont de plusieurs ordres. Il peut tout d'abord s'agir des conditions de fonctionnement du marché en cause. Il est en effet fréquemment relevé que la transparence ou la structure oligopolistique d'un marché constituent souvent des explications économiques aux parallélismes comportementaux⁷⁹³. Certaines spécificités du marché peuvent également expliquer ces parallélismes ; c'est par exemple le cas du marché de la production audiovisuelle au sujet duquel il a pu être estimé que les parallélismes pouvaient être « *la conséquence d'une adaptation des entreprises aux conditions objectives du marché* »⁷⁹⁴. Enfin, le parallélisme constaté peut tout simplement résulter d'une « *convergence des intérêts individuels des entreprises* »⁷⁹⁵.

Dans le cas de la gestion collective, on peut estimer que le contexte de marché explique pour une large part le parallélisme comportemental. Comme nous l'avons expliqué, le refus d'accès direct apparaît comme une conséquence logique et naturelle du mécanisme de représentation réciproque. À de rares exceptions près⁷⁹⁶, toute politique inverse conduirait inexorablement vers une efficacité moindre, accompagnée d'une hausse des coûts de la gestion collective pesant *in fine* sur les utilisateurs. Il relève donc de l'intérêt de chaque

⁷⁹² À titre d'élément de preuve, les exploitants de discothèques rapportaient l'envoi de courriers de refus aux utilisateurs adressés par différentes sociétés de gestion, et rédigés dans des termes tout à fait similaires (CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 19).

⁷⁹³ V. par exemple l'arrêt *Pâte de bois*, CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission*, aff. jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85 *Rec.* p. I-1307, point n° 126 : « *l'analogie des dates d'annonces de prix peut être regardée comme une conséquence directe de la forte transparence du marché, laquelle ne doit pas être qualifiée d'artificielle ; enfin, le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes* ».

⁷⁹⁴ Cons. conc., déc. n° 04-D-27 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux pratiques de certaines chaînes de télévision à l'égard de producteurs d'œuvres audiovisuelles*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

⁷⁹⁵ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, *loc.cit.*

⁷⁹⁶ On peut par exemple envisager l'hypothèse d'une société de gestion collective dont la puissance lui permettrait de s'implanter à l'étranger sous forme de succursale – ce qui suppose également qu'elle trouve un intérêt à le faire, notamment en termes d'importance de l'utilisation de son répertoire dans le territoire étranger où elle choisirait de s'implanter.

société ayant conclu des partenariats de représentation réciproque de refuser l'accès direct à son répertoire aux utilisateurs étranger et ce, indépendamment de toute connaissance qu'elle ait eu, ou non, des agissements de ses homologues dans ce domaine. Dans ce sens, la Commission relevait que « *les sociétés de gestion n'ont aucun intérêt à utiliser une autre méthode que celle du mandat conféré à la société implantée sur le territoire concerné et qu'il ne paraît pas réaliste, dans ces conditions, de considérer que le refus des sociétés de gestion d'accorder un accès direct à leur répertoire aux utilisateurs étrangers correspond à une pratique concertée* »⁷⁹⁷. La Cour de justice a confirmé cette analyse : rappelant la solution dégagée dans l'arrêt *Imperial Chemical Industries*⁷⁹⁸, elle a considéré que la pratique collective du refus d'accès direct pouvait s'expliquer par d'autres raisons que l'existence d'une concertation. Elle a en effet vu une explication plausible au parallélisme dans le fait que « *les sociétés de gestion de droits d'auteur des autres États membres seraient obligées, en cas d'accès direct à leur répertoire, d'organiser leur propre système de gestion et de contrôle sur un autre territoire* »⁷⁹⁹. Le refus d'accès découle donc de la rationalité économique : il constitue en effet une réponse aux besoins d'une gestion efficace et non à la volonté d'éliminer la concurrence⁸⁰⁰.

La réponse ainsi apportée par la Cour dans l'arrêt *Tournier* nous semble ne devoir faire l'objet d'aucune critique, mais elle nous apparaît d'une portée largement limitée. Nous continuons en effet à nous interroger sur l'intérêt que présenterait une concertation entre sociétés de gestion en vue de refuser collectivement l'accès à leur répertoire aux utilisateurs étrangers, sachant, d'une part, qu'il relève de l'intérêt naturel individuel de chaque société d'opposer un tel refus, et sachant, d'autre part, que le caractère collectif du refus, analysé en un parallélisme comportemental, comporte des justifications intrinsèques tout à fait acceptables aux yeux des autorités de concurrence. Dans ces conditions, toute concertation ne reviendrait qu'à tendre le bâton pour se faire battre.

⁷⁹⁷ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 22.

⁷⁹⁸ CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c/ Commission*, aff. préc.

⁷⁹⁹ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 24.

⁸⁰⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

§ 2. – L'impossibilité structurelle d'exemption de l'accord de représentation réciproque

268. – Comme on le verra ultérieurement, la question de l'exemption d'accords de représentation réciproque ne s'est posée de manière effective que dans le domaine de l'utilisation en ligne avec l'affaire *Simulcast*⁸⁰¹. Toutefois, il convient de relever que, dans l'affaire *Tournier*, la Cour de justice renvoyait *in fine* à l'appréciation des juridictions nationales en ce qui concerne l'existence ou non d'un effet restrictif de concurrence⁸⁰². Ainsi, il n'était pas exclu qu'un juge national conclue au caractère anticoncurrentiel de l'accord. Dans cette perspective, il nous semble opportun de s'interroger sur les possibilités d'exemption de l'accord examiné.

Nous savons que l'exemption individuelle repose, en droit européen comme en droit français, sur quatre conditions cumulatives : l'accord doit contribuer au progrès économique par des gains d'efficacité significatifs ; il doit profiter, dans une certaine mesure, aux utilisateurs ; les restrictions de concurrence qu'il comporte doivent être indispensables à la réalisation des gains d'efficacité ; enfin, l'accord ne doit pas conduire à une élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Nous nous attacherons essentiellement à développer la première condition relative aux gains d'efficacité en ce qu'elle constitue la condition de fond essentielle de l'exemption (A). Nous verrons ensuite, sans qu'il soit nécessaire d'étudier les deuxième et troisième conditions, que l'exemption ne semble pouvoir être obtenue dans le cadre de l'accord de représentation réciproque notifié, dans la mesure où la quatrième condition relative à l'absence d'élimination de la concurrence fait défaut (B).

A. – NATURE DES GAINS D'EFFICACITÉ CONSTATÉS

269. – Définition du progrès économique. Selon la première condition, l'exemption d'une entente ne peut avoir lieu que lorsque celle-ci contribue à l'amélioration de la production ou la distribution des produits⁸⁰³, ou la promotion du progrès technique ou

⁸⁰¹ Cf. *infra*, n^{os} 292 et s.

⁸⁰² CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, point 26.

⁸⁰³ Dans ses lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 § 3 TCE, la Commission a rappelé que les services étaient naturellement également concernés par la disposition, bien que seul le terme de produit soit

économique⁸⁰⁴. Cette condition, désignée en droit européen sous l'expression de « gains d'efficacité », a été explicitée dans des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE. Celle-ci considère que « *les catégories de gains d'efficacité énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont assez larges pour couvrir tous les gains d'efficacité économiques objectifs* »⁸⁰⁵. Elle ajoute qu'« *en général, les gains d'efficacité sont le fruit d'une intégration d'activités économiques par laquelle des entreprises conjuguent leurs actifs afin de réaliser ce qu'elles ne pourraient réaliser aussi efficacement chacune de son côté ou par laquelle elles confient à une autre entreprise des tâches pour lesquelles celle-ci est plus performante* »⁸⁰⁶. Au vu de cette définition, il convient de s'interroger sur la possibilité de déceler des gains d'efficacité dans l'accord de représentation réciproque notifié.

Il est aujourd'hui admis que le progrès économique, de manière large, comprend des aspects extérieurs à la sphère purement économique. Dans cette perspective, nous nous interrogerons sur la possibilité d'une prise en compte d'objectifs culturels au titre des gains d'efficacité résultant de l'accord de représentation réciproque (1). Nous examinerons ensuite, plus classiquement, les hypothèses de gains d'efficacité tournés vers le progrès économique au sens strict du terme (2).

1) Des gains d'efficacité non strictement économiques : la question de la prise en compte d'objectifs culturels au titre du progrès économique

270. – L'efficacité de la gestion collective favorable à la création. Comme l'énonçait la Cour de justice, les contrats de représentation réciproque poursuivent un double but. D'une part, ils permettent aux sociétés nationales de gestion de « *s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre État, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités, sans être contrainte d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres contrôles sur place* »⁸⁰⁷. D'autre part, ils visent à fournir la meilleure protection qui soit aux auteurs en confiant la défense de

employé (Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOCE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 48).

⁸⁰⁴ Commission, Lignes directrices, *loc. cit.*

⁸⁰⁵ Lignes directrices de la Commission, *eod. loc.*, point 59.

⁸⁰⁶ Lignes directrices de la Commission, *eod. loc.*, point 60.

⁸⁰⁷ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 19.

leurs droits à une société de gestion territorialement compétente lorsque leur œuvre est utilisée à l'étranger⁸⁰⁸. De ce dernier point de vue, il est certain que la gestion directe des droits de l'auteur par la société nationale pour des utilisations de son œuvre à l'étranger serait moins efficace, tant du point du contrôle et du recouvrement des redevances, que de la délivrance des autorisations aux utilisateurs. Le mécanisme de la représentation réciproque profite donc aux auteurs en leur fournissant une protection efficace. Nul doute que cette organisation constitue un terrain favorable à la création artistique – l'absence ou l'insuffisance de protection constituant toujours, à l'inverse, un frein à la création.

271. – Prise en compte d'objectifs non strictement économiques par les autorités de concurrence. Si l'incitation à la création artistique apparaît comme un objectif tout à fait louable du point de vue de l'intérêt général, il n'est toutefois pas évident que celle-ci puisse être qualifiée de gains d'efficacité au sens du droit de la concurrence. En effet, la notion de gains d'efficacité renvoie principalement à des appréciations d'ordre purement économique, et principalement d'ordre concurrentiel. Ainsi, des auteurs considéraient qu'à quelques exceptions près, *« les autorités de la concurrence sont réticentes à s'engager dans la voie d'une prise en compte d'objectifs non strictement concurrentiels au titre du progrès économique par crainte d'une "perversion" des règles de concurrence par des objectifs plus généraux »*⁸⁰⁹. Il ne saurait être question de dresser ici une liste exhaustive de ces exceptions. Nous pouvons toutefois mentionner l'illustration particulièrement marquante de la prise en compte du maintien de l'emploi au titre de gains d'efficacité justifiant l'exemption d'un accord⁸¹⁰. La pratique a certes fait peu usage de ce critère d'exemption, mais l'introduction de

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 256 et s.

⁸¹⁰ En droit communautaire, v. CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff., 26/76, *Rec.* p. 1875, point 43. En droit interne, la rédaction de l'article L. 420-4 du Code de commerce issue de l'Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence introduit *« la création ou le maintien d'emplois »* comme indice de la contribution au progrès économique.

En droit interne, *« la création et le maintien de l'emploi »* sont textuellement reconnus comme des manifestations du progrès économique depuis la loi « NRE » du 15 mai 2001 (L. N° 2001-420 du 15 mai 2001). M. Barthe y voit une *« confirmation du caractère étendu de la notion de progrès économique au sens de l'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce et de la prise en compte de facteurs divers et non strictement économiques pour l'évaluation d'un tel progrès »* (D. BARTHE, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 320, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles, (C. com., art. L. 420-4) », 2009, n° 26).

Sur la prise en compte d'objectifs non strictement économiques, v. également n°s 239 et s.

cette dimension sociale dans la pratique de l'exemption témoigne en tout cas de l'ouverture qui s'est fait ponctuellement jour dans la notion de progrès économique.

272. – Prise en compte d'objectifs culturels. On peut alors légitimement se demander si des considérations d'ordre culturel peuvent, elles aussi, intervenir dans l'appréciation de la contribution au progrès économique. Si tel était le cas, l'incitation à la création littéraire et artistique, notamment par la mise en place d'une organisation efficace de la gestion collective au plan international tendant vers une protection accrue des titulaires de droits, pourrait être admise au titre des gains d'efficacité permettant l'exemption de l'entente anticoncurrentielle. Les illustrations d'exemptions pour des motifs culturels sont assez rares dans la jurisprudence. Il faut dire que les décisions d'exemption demeurent, en elles-mêmes, exceptionnelles et sont habituellement fondées sur des motifs strictement économiques. Néanmoins, en droit interne, un arrêt du 15 juin 1999 rendu par la Cour d'appel de Paris laisse entrevoir la possibilité d'une exemption fondée sur des considérations d'ordre culturel⁸¹¹. Dans cette affaire, la société Canal Plus contestait l'abus de position dominante qui lui était reproché par le Conseil de la concurrence. À titre de moyen de défense, elle invoquait notamment l'article 10 de l'ordonnance de 1986 qui constituait, à l'époque, le fondement textuel de l'exemption individuelle. Nous noterons ici la singularité du droit français dont les textes permettent – au moins en théorie – d'invoquer le bénéfice de l'exemption dans le cadre d'un abus de position dominante⁸¹². En dehors de cet aspect, l'arrêt présentait donc l'intérêt de traiter de la notion de

⁸¹¹ CA Paris, 1^{re} ch., 15 juin 1999, *arrêt relatif à un recours formé par la SA Canal Plus et la SNC Télévision par satellite (TPS) contre une décision n° 98-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 24 novembre 1998 relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle*, BOCCRF, 25 août 1999.

⁸¹² L'article L. 420-4 du Code de commerce, fondement de l'exemption individuelle en droit interne, s'applique, selon ses propres termes, aussi bien aux ententes (art. L. 420-1) qu'aux abus de position dominante (art. L. 420-2). Sur ce point, le droit interne se distingue donc du droit européen qui ne connaît que la seule exemption des ententes (article 101 § 3 du TFUE). Les juges communautaires ont eu l'occasion de le souligner à plusieurs reprises. Ils ont ainsi rappelé qu'« *il n'existe aucune exception au principe de l'interdiction des abus de position dominante en droit communautaire de la concurrence. En effet, contrairement à l'article 85 du traité [actuel article 101 du TFUE], l'article 86 du traité [actuel article 102 du TFUE] ne permet pas aux entreprises détenant une position dominante de solliciter l'octroi d'une exemption en faveur de leurs pratiques abusives* » (TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line AB et autres c/ Commission*, aff. jointes T-191/98, T-212-98 à T-214/98, *Rec. p. II-3275*. V. également, dans le même sens, CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, aff. 66/86, *Rec. p. 803* : « *l'abus d'une position dominante n'est susceptible d'aucune exemption, de quelque façon que ce soit ; un tel abus est simplement interdit par le traité [...]* ».

La différence ainsi constatée entre le droit interne et le droit européen résulterait d'une « *rédaction défectueuse* » de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010, n° 271. Toutefois, dans la pratique, cette différence doit être largement relativisée. À notre connaissance, aucune décision du droit interne ne laisse entrevoir ne serait-ce que la possibilité d'une exemption en matière d'abus de position dominante. Comme l'expliquent MM. André et

progrès économique dans un contexte lié à la création culturelle. La société Canal Plus soutenait que sa politique à l'égard du cinéma français contribuait au « *maintien d'une production française importante, diversifiée et indépendante* », grâce au « *préfinancement des films d'auteur, des premiers films et des films à petit budget* »⁸¹³ ; en cela, la restriction de concurrence qui lui était reprochée pouvait se trouver justifiée par le progrès économique que constituait sa contribution à la pérennité du cinéma français. Si la Cour d'appel a considéré que la restriction de concurrence n'était, en l'occurrence, pas indispensable à la réalisation du gain d'efficacité invoqué, elle a néanmoins admis que « *la pérennité du financement du cinéma d'expression française peut être regardée comme une contribution au progrès économique au sens du 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* »⁸¹⁴.

Plus récemment, et plus spécifiquement dans le domaine de la gestion collective, un accord de représentation réciproque entre sociétés de gestion de droits de producteurs de phonogrammes a été exempté sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE⁸¹⁵. Sans entrer dans le détail de la décision qui fera l'objet de plus amples développements ci-après⁸¹⁶, il nous semble que la décision d'exemption a pu se fonder, au moins partiellement, sur des motifs d'ordre culturel⁸¹⁷.

Au vu de ces considérations, il ne semble donc pas exclu que des gains d'efficacité d'ordre culturel puissent être reconnus à l'accord de représentation réciproque soumis à notification.

2) Des gains d'efficacité strictement économiques

273. – L'abaissement des coûts de fonctionnement de la gestion collective. En dehors même de ces considérations culturelles, il n'est pas exclu qu'on puisse admettre la contribution au progrès économique des conventions de représentation réciproque, au sens où

Georges Decocq, « *toute discussion sur une prétendue justification revient à contester l'existence d'un abus* » (*ibid.*).

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58.

⁸¹⁶ Cf. *infra*, n°s 276 et s.

⁸¹⁷ Cf. *infra*, n° 296.

ces dernières permettent un abaissement des coûts de fonctionnement de la gestion collective. En effet, « toute société de gestion des droits d'auteur souhaitant opérer dans un territoire national autre que le sien devrait mettre en place un système de gestion lui permettant de négocier des contrats avec des clients, de vérifier les facteurs constituant l'assiette des redevances, de surveiller l'utilisation de son répertoire et de prendre les mesures nécessaires en ce qui concerne les contrefaçons dont elle pourrait être victime »⁸¹⁸. Tout ceci représente naturellement des coûts élevés qui peuvent être évités par la mise en place d'un réseau de représentation réciproque : « confrontée à ces perspectives, chaque société peut assurer la gestion de son répertoire de manière moins onéreuse et plus efficace en le confiant à la société déjà établie dans cet autre territoire ». Or, l'abaissement des coûts est, à n'en pas douter, l'expression d'un gain d'efficacité⁸¹⁹.

274. – L'apparition d'un service nouveau au bénéfice des utilisateurs. L'avocat général Jacobs a par ailleurs pu relever un autre avantage lié au système de la représentation réciproque. Ce dernier permet à l'utilisateur d'avoir accès « à la totalité du répertoire mondial de musique » tout en ne s'adressant qu'à un seul interlocuteur : la société de gestion présente sur son territoire⁸²⁰. Ceci peut en effet représenter un avantage tout à fait significatif pour l'utilisateur qui se voit dispensé d'engager de multiples démarches auprès de différentes sociétés de gestion. On peut voir là une forme d'amélioration des services proposés – par apparition d'un service nouveau – qu'on pourrait qualifier de gain d'efficacité « qualitatif », selon la terminologie employée par la Commission européenne⁸²¹.

B. – L'ÉLIMINATION DE LA CONCURRENCE, OBSTACLE À L'EXEMPTION

275. – Cloisonnement du marché européen de la licence de droits sur des œuvres musicales. En dépit des gains d'efficacité précités, il apparaissait, aux yeux de l'avocat général, que l'accord ne pourrait manifestement pas être exempté faute de remplir la quatrième condition de l'exemption, à savoir l'absence d'élimination de la concurrence pour

⁸¹⁸ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 26 mai 1987, point 33.

⁸¹⁹ La rationalisation de l'exploitation ou la réduction des coûts de production ont pu être pris en considération dans l'appréciation de la contribution au progrès économique. V. par ex. Cons. conc., déc. n° 88-D-37 du 11 octobre 1988, *Groupement des cartes bancaires « CB »*, *Rapp.* 1988, p. 85.

⁸²⁰ Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 26 mai 1987, *eod. loc.*

⁸²¹ Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, points 69 à 72.

une partie substantielle des produits ou service en cause. Pour comprendre cette affirmation, il convient de rappeler la solution dégagée dans cette affaire *Tournier*. La Cour avait retenu que les contrats de représentation réciproque n'étaient pas en eux-mêmes restrictifs de concurrence, sauf à ce que, dans ce cadre juridique, les sociétés de gestion collective s'engagent les unes vis-à-vis des autres à refuser l'accès direct à leur répertoire national aux utilisateurs étrangers.

Si donc la question de l'exemption venait à être posée, c'est que l'accord présentait un caractère anticoncurrentiel qui ne pouvait s'expliquer que par le refus collectif concerté des sociétés de gestion. En ce sens, l'accord de représentation réciproque ne pouvait que conduire à une élimination de la concurrence. En effet, le contexte concurrentiel, déjà structurellement faible eu égard aux positions dominantes voire monopolistiques des sociétés de gestion collective⁸²², ne peut qu'être encore davantage affaibli par une pratique collective de refus d'accès direct. Celle-ci condamne les utilisateurs à ne pouvoir s'adresser qu'à la seule société de gestion de leur territoire, aussi bien pour ce qui concerne l'utilisation du répertoire propre de ladite société que pour ce qui concerne l'utilisation du répertoire des sociétés étrangères liées par un accord de représentation réciproque. Ce phénomène de captivité de la clientèle contribue ainsi à un cloisonnement du marché européen de la licence de droits sur des œuvres musicales.

SECTION 2 LES ACCORDS DE REPRÉSENTATION RÉCIPROQUE DANS UN ENVIRONNEMENT EN LIGNE

276. – La décision *Simulcast*. La question de l'appréciation du caractère anticoncurrentiel des accords de représentation réciproque dans le contexte d'une utilisation en ligne s'est initialement posée dans le cadre de la décision *Simulcast* de la Commission du 8 octobre 2002⁸²³. Cette décision faisait suite à une demande d'attestation négative ou, à défaut,

⁸²² Cf. *supra*, n° 244.

⁸²³ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58 ; *RTD eur.* 2005, p. 131, obs. J.-B. BLAISE et L. IDOT, n° 221 et s. ; *CCC*, août 2003, comm. n° 131, note S. POILLOT-PERUZZETO ; P. BOIRON et B. HONORAT, « La décision "Simulcast" : vers la mise en concurrence des sociétés de gestion collective », *CCE* janvier 2004, chron. n° 3, p. 19 ; E.-J. MESTMÄCKER, « Accords de représentation réciproque des sociétés de gestion au sein du marché intérieur – Le cas des droits voisins des producteurs de phonogrammes : un précédent ? », *RIDA*, janv. 2005, p. 62 ; V.-L. BENABOU, « La décision "Simulcasting" : gestion collective, internet et concurrence, trois ingrédients pour une nouvelle recette,

d'exemption, concernant un accord de représentation réciproque type, « *destiné à faciliter la concession de licences internationales aux radiodiffuseurs qui souhaitent diffuser en simulcast* »⁸²⁴. Cet accord, rédigé sous l'égide de la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI), devait servir de modèle aux conventions réciproques que pouvaient passer entre elles les sociétés de gestion collective des droits de producteurs de disques des différents États membres. Le domaine concerné était donc celui de la gestion collective de droits voisins (droit des producteurs de phonogrammes). La portée de la décision est cependant bien plus large et couvre, dans son ensemble, la gestion collective des droits d'auteur et droits voisins. En effet, bien que la teneur du droit des producteurs de phonogrammes diffère considérablement de celle du droit d'auteur⁸²⁵, le schéma de la gestion collective transfrontière est identique pour chacune de ces deux catégories de droits.

Il ne fait aucun doute que la politique européenne dans le domaine de la gestion collective des droits pour des utilisations en ligne tend vers une mise en concurrence des différentes sociétés et cherche, à terme, à faire émerger de véritables sociétés paneuropéennes délivrant des licences paneuropéennes sur un répertoire paneuropéen⁸²⁶. Il semble donc logique que la logique du guichet unique instaurée par l'accord de l'IFPI emporte l'adhésion de la Commission dans la mesure où elle permet aux utilisateurs d'obtenir une licence multirépertoire et multiterritoriale auprès d'une même société de gestion collective. Cela ne signifie pas pour autant que les accords de représentation réciproque ne présentent, en ce domaine, aucun risque pour la concurrence. La Commission, ayant ainsi identifié plusieurs restrictions de concurrence (§ 1), a en définitive reconnu à l'accord Simulcast des gains

Légipresse, avril 2003, n° 200, p. 35 ; O. RÉGNIER, « Licences et droit de la concurrence : l'expérience de l'industrie du disque avec les accords *Simulcasting* et *Webcasting* », *A&M* 2004, n° 5/6, p. 507.

⁸²⁴ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. préc., point 2.

Le « simulcast » peut être défini comme « *la transmission simultanée par les stations de radio et les chaînes de télévision, via l'Internet, d'enregistrements sonores inclus dans leurs signaux sonores et/ou télévisuels* » (*ibid.*)

⁸²⁵ Le droit du producteur de phonogramme protège non la création mais l'investissement financier de celui qui prend « *l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de son* » (art. L. 213-1 CPI). À ce titre, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que ce droit voisin se rapproche en réalité plus des droits de propriété industrielle que du droit d'auteur (P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 271).

⁸²⁶ Recommandation n° 2005/737/CE de la Commission du 18 octobre 2005 *relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique*, *JOUE* n° L 276 du 21 octobre 2005, p. 54 ; V.-L. BENABOU et A.-G. GEFFROY, « Étude sur la recommandation de la Commission européenne relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne du 18 octobre 2005 », <http://www.cspla.culture.gouv.fr/>.

d'efficacité permettant le bénéfice de l'exemption, mais non sans exiger quelques modifications préalables de l'accord (§ 2).

§ 1. – Un bilan concurrentiel contrasté

277. – Le bilan concurrentiel de l'accord de représentation réciproque pour la diffusion en *simulcast* est contrasté. D'un côté, le marché de la licence de droits apparaît moins cloisonné que ne pouvait l'être le marché traditionnel des licences de droits pour des utilisations hors-ligne (A). Mais de l'autre, il semble que l'accord induise certaines restrictions de concurrence en matière de prix (B).

A. – VERS UN DÉCLOISONNEMENT DES MARCHÉS NATIONAUX ?

278. – Si le principe de l'accord de diffusion en *simulcast* semblait tendre vers la mise en concurrence des sociétés de gestion collective que la Commission appelait de ses vœux (1), il convient toutefois de relever que certains autres accords de représentation réciproque dans le domaine de la diffusion en ligne n'ont pas été jugés comme présentant les mêmes avantages concurrentiels (2).

1) Les avantages concurrentiels de la représentation réciproque dans l'accord *Simulcast*

279. – **Le contexte de l'utilisation en ligne : une mise en concurrence inédite dans le domaine de la gestion collective.** Il faut tout d'abord relever que le contexte de cet accord réciproque ne semble plus pouvoir justifier le recours à l'argument de l'impossibilité de fait d'une concurrence entre sociétés de gestion pour la fourniture de services transfrontaliers. En effet, l'impossibilité souvent invoquée jusqu'alors valait pour un environnement « hors-ligne », où les sociétés de gestion assumaient une mission de contrôle de l'utilisation des œuvres, qui se traduisait par un contrôle concret sur les lieux d'exploitation des œuvres. Dans cette hypothèse, une offre de services transfrontaliers aurait supposé des implantations hors du territoire des sociétés nationales de gestion, de façon à assurer un contrôle efficace de l'utilisation des œuvres. Toutefois, une telle organisation était illusoire, en pratique, tant les coûts engendrés auraient été importants. Ceci conduisait donc naturellement à ce que les sociétés de gestion collective ne proposent leur service que sur le territoire national, et l'on

pouvait alors dire qu'il existait une absence de concurrence structurelle liée à la particularité du marché en cause.

Dans un environnement « en ligne », les choses se présentent de manière tout à fait différente puisque l'utilisation d'œuvres protégées ne requiert plus de surveillance physique de la part de sociétés de gestion. Ainsi, selon la Commission, « *pour être en mesure de surveiller l'utilisation des droits d'auteurs [...], les instruments indispensables sont un ordinateur et une connexion à l'Internet ; la surveillance peut donc s'exercer à distance* »⁸²⁷. Il reste à vérifier que les choses sont aussi simples dans la pratique... Néanmoins, il est certain qu'en matière d'utilisation d'œuvres protégées sur Internet, les outils informatiques ont vocation à suppléer les outils traditionnels en matière de surveillance de l'utilisation du répertoire. Il devrait alors s'ensuivre que chaque société de gestion, quel que soit le territoire sur lequel elle est implantée, serait en mesure de contrôler efficacement l'utilisation à l'étranger de son propre répertoire, ainsi que du répertoire des sociétés étrangères qu'elle représente en vertu du mandat de représentation réciproque. Ainsi, dans le contexte de la diffusion en ligne sur l'Internet d'œuvres protégées par le droit d'auteur, les sociétés nationales de gestion deviennent tout à fait aptes à entrer en concurrence les unes avec les autres⁸²⁸.

Les problèmes de concurrence que peuvent poser un tel accord ne sont donc plus relatifs à un cloisonnement des marchés⁸²⁹. La Commission relevait dans ce sens que, dans cet accord de représentation réciproque, un certain nombre de facteurs devaient permettre « *l'éclosion de*

⁸²⁷ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, point 61.

⁸²⁸ Cette aptitude est, selon nous, indépendante de l'existence de l'accord-type dont il est question dans la décision *Simulcast*. Celui-ci ne fait que prendre en compte cette réalité de façon à organiser au mieux les rapports des sociétés de gestion collective dans ce nouveau contexte. *Contra* : C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 233 : « *c'est l'accord-type examiné par la Commission qui a fait naître la possibilité d'une concurrence géographique entre les sociétés de gestion collective* ».

⁸²⁹ Notons toutefois que la version initiale de l'accord notifié prévoyait en son article 3, paragraphe 1, qu'une société de gestion collective n'était habilitée à concéder de licence internationale de *simulcast* qu'aux stations de radiodiffusion dont les signaux étaient produits sur son territoire ; les radiodiffuseurs étaient donc obligés de s'adresser à la société de gestion implantée sur leur propre territoire afin d'obtenir une licence multiterritoriale de *simulcast*. Une telle disposition aurait de toute évidence entraîné un phénomène de captivité de la clientèle caractéristique d'une entente par cloisonnement des marchés. Et dans ce cas précis, aucun argument tiré de l'absence structurelle de concurrence sur ce marché n'aurait pu la justifier.

Fort heureusement, cette disposition fut modifiée dans le bon sens, en permettant aux radiodiffuseurs établis depuis l'Espace économique européen de s'adresser à n'importe quelle société de gestion collective partie à l'accord réciproque pour obtenir une licence multiterritoriale et multirépertoire.

la concurrence entre les sociétés de gestion collective de l'EEE et [devaient dissiper] de ce fait les préoccupations relatives au partage éventuel de marché ou de la clientèle »⁸³⁰.

2) Les risques pour la concurrence identifiés dans les accords de représentation réciproque

280. – Le renoncement des sociétés de gestion collective à une clause de restriction territoriale. Dans la version initiale de l'accord *Simulcast*, une clause prévoyait que les diffuseurs en *simulcast* ne pouvaient obtenir de licence multirépertoire et multiterritoriale qu'auprès de la seule société implantée sur leur territoire. Une telle clause conduisait naturellement à un phénomène de captivité de la clientèle et de cloisonnement du marché européen que la Commission ne pouvait tolérer⁸³¹. Il a donc été introduit, en cours de procédure, une modification de l'accord notifié destinée à permettre aux diffuseurs en *simulcast* de s'adresser à n'importe quelle société de gestion ayant son siège sur le territoire européen en vue de l'obtention d'une licence de diffusion en *simulcast*⁸³².

Ce renoncement spontané était inévitable. On peut même s'étonner que la clause ait figuré à l'origine dans l'accord notifié, tant la restriction de concurrence induite par cette disposition semblait manifeste. Elle était par ailleurs d'autant moins acceptable que le principe d'une liberté de choix de la société de gestion collective par les utilisateurs de musique avait été établi par l'arrêt *Tournier* au travers de l'interdiction des accords ou pratiques concertées qui tendent à refuser l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs étrangers⁸³³.

281. – Les clauses de délimitation territoriale. Alors qu'au terme de l'affaire *Simulcast*, le schéma de la représentation réciproque semble tendre vers un décroisement des marchés nationaux, la Commission a récemment identifié, dans l'affaire *CISAC*, des pratiques concertées tendant à recréer ce cloisonnement⁸³⁴. La Confédération internationale des Sociétés

⁸³⁰ Commission, décision du 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 116.

⁸³¹ Dans le même sens, Commission, Communication n° 2005/C 200/05 publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires *BUMA* (COMP/C2/39152) et *SABAM* (COMP/C2/39151) (*Accord de Santiago* — COMP/C2/38126), *JOUE* n° C 200 du 17 août 2005, p. 11, dénonçant la clause de résidence économique.

⁸³² Commission, décision du 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., points 27 à 28.

⁸³³ Cf. *supra*, n°s 263 et s.

⁸³⁴ Commission, 16 juillet 2008, aff. n° COMP/C2/38.698, *CISAC*, disponible sur le site de la DG Concurrence (http://ec.europa.eu/competition/index_en.html) ; résumé publié au *JOUE* n° C 323 du 18 décembre 2008, p. 12 ; *RTD eur.* 2009, p. 775, chron. J.-B. BLAISE ; C. MARÉCHAL, « Un nouveau coup porté aux accords de

d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) proposait à ses membres (les sociétés d'auteurs nationales) un contrat type devant servir de modèle à leurs conventions de représentation réciproque pour la gestion des droits d'exécution publique (exploitation en ligne, diffusion par câble et par satellite). Dans ce contrat type, figurait une clause de limitation territoriale prévoyant que la cession du répertoire à l'homologue étranger (mandataire) était limitée au territoire stipulé dans le contrat. Or, la Commission a observé que tous les membres de la CISAC avaient défini, dans leurs conventions réciproques, le territoire national du mandataire en tant que territoire contractuel. Ainsi, chaque société de gestion collective s'interdisait d'agir comme mandataire sur un territoire autre que son propre territoire national⁸³⁵.

La Commission voit là un parallélisme de comportement qui ne se justifie par aucune explication économique plausible, et en particulier pas par la nécessité d'une proximité géographique entre le donneur de licence et l'utilisateur commercial. Si celle-ci peut bien être invoquée dans un contexte « hors ligne », eu égard aux besoins de surveillance locale et physique de l'utilisation des œuvres⁸³⁶, il ne peut en être de même en matière d'utilisation en ligne dans le cadre de diffusion par Internet, par câble et par satellite⁸³⁷. C'est, du moins, la position de la Commission⁸³⁸. En l'absence d'explication objective, le parallélisme de comportement s'apparente donc, pour la Commission, à une pratique concertée tendant à restreindre la concurrence. La restriction identifiée résulte de la mise en œuvre des accords de réciprocité qui confèrent, de fait, une exclusivité à chaque société sur son propre territoire national, et segmentent ainsi les marchés nationaux⁸³⁹. Ainsi, les accords de représentation réciproque, tels qu'envisagés par le contrat type de la CISAC, permettaient à chaque société de gestion de proposer aux utilisateurs des licences multirépertoires, mais monoterritoriales. C'est sur ce point qu'ils différaient profondément de l'accord examiné dans l'affaire *Simulcast*. On comprend, dès lors, que la Commission ait condamné l'accord type de la CISAC, lorsqu'on sait toute l'énergie qu'elle déploie à promouvoir les licences

réciprocité entre sociétés de gestion collective (à propos de la décision de la Commission européenne du 16 juillet 2008) », *CCE*, mars 2009, étude n° 6.

⁸³⁵ Commission, 16 juillet 2008, *CISAC*, aff. préc., points 153 et 154.

⁸³⁶ Cf. *supra*, n° 249.

⁸³⁷ Commission, 16 juillet 2008, *CISAC*, aff. préc., points 171 et s.

⁸³⁸ Certains auteurs, tout en convenant que l'affirmation peut valoir pour l'exploitation en ligne par Internet, doutent qu'on puisse y assimiler la diffusion par câble et par satellite. V. en ce sens, C. MARÉCHAL, *eod. loc.*, n° 5.

⁸³⁹ Commission, 16 juillet 2008, *CISAC*, aff. préc., points 203 et s.

multirépertoires et multiterritoriales⁸⁴⁰. De la même manière, la clause d'exclusivité présente dans le contrat type ne pouvait qu'être condamnée dès lors qu'elle devait empêcher une société de gestion collective « *de concéder des licences relatives à son propre répertoire sur d'autres territoires, ainsi que d'autoriser une société de gestion collective supplémentaire à représenter le même répertoire sur le territoire de la société de gestion collective nationale* »⁸⁴¹.

282. – La clause d'affiliation. Une dernière clause posait problème dans l'accord type de la CISAC. Il s'agissait d'une clause d'affiliation qui, de manière indirecte, empêchait les titulaires de droit de s'affilier à une autre société de gestion collective que celle présente sur leur territoire national⁸⁴². Une telle clause conduisait à garantir aux sociétés de gestion collective des monopoles nationaux sur le marché de la fourniture de services aux auteurs et devait ainsi être condamnée par la Commission⁸⁴³. Cette dernière relevait par ailleurs, au titre des restrictions identifiées, qu'il pouvait également découler d'une telle clause une restriction de concurrence sur le marché de la concession de licences aux utilisateurs commerciaux : en effet, « *les clauses en question sont susceptibles de limiter le répertoire de chaque société de gestion collective aux œuvres des ayant droits du même pays de l'EEE, ce qui rend les répertoires plus complémentaires qu'ils ne le seraient autrement* »⁸⁴⁴.

On notera, pour finir, que la CISAC a formé un recours contre la décision de la Commission devant le Tribunal de première instance, contestant l'existence de la pratique concertée, et invoquant, dans l'hypothèse où celle-ci serait néanmoins retenue, son caractère nécessaire et proportionné à la poursuite d'un objectif légitime⁸⁴⁵. En tout état de cause, la

⁸⁴⁰ Cf. Recommandation n° 2005/737/CE de la Commission du 18 octobre 2005 *relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique*, JOUE n° L 276 du 21 octobre 2005, p. 54 ; V.-L. BENABOU et A.-G. GEFFROY, « Étude sur la recommandation de la Commission européenne relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne du 18 octobre 2005 », <http://www.cspla.culture.gouv.fr/>.

⁸⁴¹ Commission, 16 juillet 2008, CISAC, aff. préc., résumé publié au JOUE n° C 323 du 18 décembre 2008, p. 12, n° 7.

⁸⁴² De telles clauses peuvent également être condamnées sur le fondement des abus de position dominante. Cf. *infra*, n° 383.

⁸⁴³ Commission, 16 juillet 2008, CISAC, aff. préc., point 123 et s.

⁸⁴⁴ Commission, 16 juillet 2008, CISAC, aff. préc., point 126.

⁸⁴⁵ Recours introduit le 3 octobre 2008, CISAC c/ Commission, aff. T-442/08, JOUE n° C 82 du 4 avril 2009, p. 25.

portée de la décision de la Commission demeure donc incertaine tant que l'affaire n'aura pas pris fin devant les juridictions européennes.

B. – L'AFFAIBLISSEMENT DE L'AUTONOMIE DANS LA FIXATION DU PRIX DE LICENCE

283. – L'accord Simulcast semblant tendre vers un découpage des marchés nationaux, les questions de concurrence qui se sont posées ont principalement porté sur le prix des licences consenties aux utilisateurs. Tout d'abord, le tarif global appliqué pour une licence multirépertoire et/ou multiterritoriale semblait très largement déterminé par l'agrégat de l'ensemble des tarifs nationaux en vigueur (1). Ensuite, ce tarif global faisait l'objet d'une présentation qui ne permettait pas de distinguer la part représentant les redevances de droit d'auteur, et celle représentant les frais d'administration de la société de gestion collective (2).

1) Le mécanisme d'agrégation des tarifs nationaux : une restriction caractérisée

284. – **Une tarification fondée sur le principe du pays de destination.** Selon l'avis des parties à l'accord – que ne remet d'ailleurs pas en cause la Commission –, la concession de licence pour la diffusion en *simulcast* sur l'Internet doit se fonder sur le principe du pays de destination⁸⁴⁶. Selon ce principe, l'acte consistant à communiquer au public une œuvre protégée par le droit d'auteur a lieu non seulement dans le pays d'origine (pays d'émission), mais aussi dans les pays où les signaux peuvent être reçus (pays de réception)⁸⁴⁷. Ceci implique, dans le cadre de l'accord de représentation réciproque qui nous occupe, que la procédure d'autorisation des droits s'effectue dans un pays mais que la rémunération est due dans tous les pays où l'acte de communication au public est accompli⁸⁴⁸. Il en résulte, selon l'article 5, paragraphe 2, de l'accord, que lorsqu'une société de gestion collective se voit sollicitée pour une autorisation de diffusion en *simulcast*, elle doit, pour déterminer le montant global de la redevance, tenir compte de l'ensemble des tarifs nationaux en vigueur dans les territoires à destination desquels l'utilisateur entend diffuser le répertoire. C'est dans ce sens qu'il est fait référence à un « *tarif agrégé, établi à partir des tarifs individuels appliqués par*

⁸⁴⁶ Commission, décision du 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 63.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, point 21.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

chaque société de gestion collective participante à la diffusion en simulcast sur son propre territoire »⁸⁴⁹.

285. – L’absence corrélative d’autonomie dans la fixation du prix. Le tarif global d’une licence multirépertoire et multiterritoriale s’apparente donc à « *un agrégat de tous les tarifs nationaux en vigueur* »⁸⁵⁰. La société de gestion collective sollicitée en vue d’une telle licence voit donc son autonomie de décision limitée en ce qu’elle ne peut fixer librement le montant de la redevance globale qui dépend largement de tarifs nationaux sur lesquels elle n’a absolument aucune influence. Ceci conduit la Commission à affirmer que « *la redevance globale appliquée à la société concédante pour une licence multirépertoire et/ou multiterritoriale est déterminée dans une large mesure ab initio, ce qui réduit sensiblement la concurrence par les prix entre sociétés de gestion collective ayant leur siège dans l’EEE* »⁸⁵¹.

Tout au plus la société de gestion reste-t-elle maître de son propre tarif national. Mais cela n’introduit en réalité aucune forme de concurrence, puisque si l’on s’adresse à une société de gestion d’un État membre voisin, ce tarif deviendra l’un des tarifs nationaux agrégés dans le montant de la redevance globale.

La seule marge de liberté dans la fixation du prix réside finalement dans la négociation des conditions commerciales de la licence (conditions de paiement, rabais, ristournes). On peut légitimement s’attendre à ce que celle-ci introduise une dose de concurrence salutaire. Néanmoins, il faut garder à l’esprit que les conditions commerciales font l’objet d’une négociation entre la société de gestion et l’utilisateur. Or, qui dit négociation, dit également rapport de force : chaque partie tentant d’obtenir le maximum d’avantages de la part de l’autre, la négociation profite logiquement aux parties les plus puissantes. S’agissant des utilisateurs, qui sont en l’occurrence les radiodiffuseurs, force est de constater que ceux-ci sont de taille et d’importance variable. Si les utilisateurs puissants parviendront certainement à obtenir des avantages commerciaux significatifs de la part des sociétés de gestion, on peut douter que des utilisateurs de moindre importance en bénéficieront également.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, point 24.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, point 65.

⁸⁵¹ *Ibid.*, point 67.

2) L'amalgame des redevances de droits d'auteur et des frais d'administration : une restriction discutée

286. – Outre le problème de la prédétermination du niveau de la redevance par l'agrégation des tarifs nationaux, la Commission a également critiqué l'absence de concurrence par les prix en ce qui concerne « *la partie de la redevance qui est destinée à couvrir les coûts administratifs de la société concédante* »⁸⁵². Elle imputait ce qu'elle considérait comme une restriction de concurrence au fait que le montant de la redevance globale présenté à l'utilisateur ne distinguait aucunement entre le montant de la redevance au sens strict et le montant des frais d'administration. Or, selon la Commission, la confusion entre les deux éléments de la redevance de licence empêchait les futurs utilisateurs « *d'apprécier l'efficacité des différentes sociétés participantes et de bénéficier des services de concession de licence de la société capable de les fournir au coût le plus faible* »⁸⁵³. Nous verrons que l'analyse de la Commission est discutable à certains égards (a) ; nous verrons également qu'il peut en découler certains inconvénients, tant du point de vue de la gestion collective que du point de vue de la concurrence (b).

a) Discussion sur la caractérisation de la restriction de concurrence

287. – **Une décomposition du prix discutable.** On peut s'interroger sur la légitimité même de la distinction suggérée par la Commission. Elle consiste en effet en une décomposition du montant global de la redevance quelque peu artificielle eu égard au principe de la gestion collective. Si l'on suit le raisonnement de la Commission, le prix de licence consisterait en l'addition de plusieurs composantes et sous-composantes : l'agrégat des tarifs nationaux en vigueur – auquel est incorporé le propre tarif national de la société concédante, qui inclut lui-même les frais liés à ses coûts administratifs – et les divers avantages commerciaux pouvant être consentis à l'utilisateur. En défendant l'idée selon laquelle les frais d'administration doivent faire l'objet d'un chiffrage spécifique, la Commission introduit une distinction qui apparaît contestable. Rappelons que le prix acquitté par l'utilisateur constitue la contrepartie du service fourni par la société de gestion collective – à savoir la concession d'une licence de droit d'auteur. Si donc il est question d'obliger les sociétés de gestion collective à mentionner distinctement la part que représentent les frais d'administration dans

⁸⁵² Commission, décision du 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 71.

⁸⁵³ *Ibid.*

le montant global de la redevance, cela signifie qu'on considère l'administration des droits d'auteur comme un service rendu aux utilisateurs. Or, le principe de la gestion collective s'oppose fondamentalement à cette conception : si les sociétés de gestion rendent bien un service aux utilisateurs, elles agissent en premier lieu pour le compte des titulaires de droit d'auteur. À ce titre, les sociétés de gestion de droit d'auteur sont rémunérées par les titulaires de droit eux-mêmes, comme le soutenaient les parties à l'accord notifié : « *les coûts administratifs sont supportés exclusivement par leurs membres titulaires de droit sous la forme d'une commission déduite des recettes perçues et non par les utilisateurs auxquels est concédée une licence de droit d'auteur* »⁸⁵⁴.

À cette réalité juridique de la rémunération des sociétés de gestion collective, la Commission oppose ce qu'elle considère être la réalité économique. Elle s'appuie pour ce faire sur l'arrêt *Tournier* qui établissait un rapport entre des frais de fonctionnement élevés et un taux de redevance élevé⁸⁵⁵. Elle en déduit que le montant global de la redevance varie bien en fonction de l'importance des coûts administratifs, et que par conséquent, ce sont en pratique les utilisateurs, qui voient leur facture augmenter plus ou moins selon ces coûts, qui supportent ceux-ci en pratique. Cette circonstance justifie alors, selon elle, que les frais d'administration soient distingués des redevances *stricto sensu*.

Il semble délicat de trancher en faveur d'une argumentation plutôt que de l'autre : chacune d'elle contient une part de vérité. Ceci étant, si l'on se situe sur le plan des principes, il semble important de préserver le modèle de la gestion collective et partant, le principe d'un montant de redevance perçu par les sociétés de gestion pour le compte des titulaires, amputé des frais d'administration dont la charge pèserait donc sur les titulaires. Peut-être s'agit-il là d'une fiction économique, mais c'est sans doute à ce prix que le système de la gestion collective pourra continuer de prétendre à une certaine légitimité.

⁸⁵⁴ Commission, décision du 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 101. V. également F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 1197 : « *Cette façon de voir est discutable car elle va à l'encontre de l'idée que les frais de fonctionnement sont entièrement supportés par les associés, puisqu'ils viennent en déduction des sommes que répartit la société* ».

⁸⁵⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, point 42 :

288. – Réalité du lien de causalité entre la restriction invoquée et l'accord notifié. La qualification d'entente anticoncurrentielle suppose l'existence d'un concours de volontés⁸⁵⁶ ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché en cause (articles 101 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce). Toute restriction condamnée par une autorité de concurrence doit ainsi pouvoir être rattachée à un accord de volontés par un lien de causalité⁸⁵⁷. En l'espèce, la restriction dénoncée consistait, selon la Commission, en un amalgame des redevances de droits d'auteur et des frais d'administration. D'un point de vue sémantique, l'utilisation du terme d'« amalgame » nous interpelle. Elle induit en effet l'idée que les sociétés de gestion collective ont mélangé de manière artificielle des éléments de nature hétérogène en vue de les présenter comme un tout homogène. Partant, on pourrait en déduire une volonté commune de dissimuler, en quelque sorte, la réalité économique de l'opération. Cependant, comme nous l'avons relevé, la présentation de la Commission consistant à disséquer le prix de la licence globale contredit le principe même de la gestion collective, au vertu duquel les sociétés de gestion représentent les titulaires de droits et perçoivent, en leur nom, les redevances liées à l'utilisation de leurs œuvres. Par conséquent, la présentation non dissociée des coûts ne procède pas d'un accord de volontés mais de la

⁸⁵⁶ Sur l'exigence d'un concours de volontés, v. Comm. conc., *Rapport au ministre de l'économie pour l'année 1980*, p. 223 : « Toutes les ententes supposent un concours de volontés, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement [...] ; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination ».

La condition d'un concours de volontés est désormais systématiquement rappelée dans les rapports de l'Autorité de la concurrence. V. par ex. Autorité conc., *Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011, not. p. 192 et s. et spéc. p. 201 : « L'entente serait [...] la libre expression d'une volonté commune de se comporter de manière déterminée sur le marché en sachant quel était l'objet ou l'effet de ce comportement. Les volontés libres et autonomes doivent se nouer dans une volonté commune pour constituer l'entente. Chaque volonté doit rencontrer la volonté des autres, ce qui veut dire qu'elle doit s'extérioriser d'une certaine façon ».

Sur la notion même de concours de volontés, v. not., dans la jurisprudence européenne, les affaires *Volkswagen* et *Bayer*, à l'occasion desquelles les juges reviennent à une définition plus stricte du concours de volontés. TPICE, 3 décembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff. T-208-01, *Rec.* p. II-5141 ; *JCP éd. E*, 2004, p. 1730, obs. G. PARLEANI ; *Petites affiches*, 15 mars 2004, p. 12, obs. P. AHREL ; CCC 2004, comm. n° 27, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *Europe*, mars 2004, comm. n° 84, obs. L. IDOT ; *JDI* 2004, p. 616, chron. C. PRIETO ; J.-M. COT, « La notion d'entente dans la jurisprudence communautaire récente », *RJDA* 2004, p.603. Arrêt confirmatif de la CJCE du 13 juillet 2006, aff. C-74/04 P, *Rec.* p. I-6585 – CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission des Communautés européennes c/ Bayer AG*, aff. jointes C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec.* p. I-23 ; *Europe*, mars 2004, comm. n° 84, obs. L. IDOT ; *RDC* 2004, p. 289, obs. L. IDOT ; *Petites affiches*, 12-13 avril 2004, obs. P. AHREL ; *JCP éd. E*, 2004, p. 752, obs. C. VILMART ; *JDI* 2004, p. 616, chron. C. PRIETO ; E. CLAUDEL, « Entente et concours de volontés. De la dénaturation à l'harmonie », *D.* 2004, p. 1970 ; J.-M. COT, « La notion d'entente dans la jurisprudence communautaire récente », *RJDA* 2004, p.603.

⁸⁵⁷ Cons. conc., « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente », Étude thématique, *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 77 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 88 ; C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010, n° 512.

logique même de la gestion collective. En ce sens, il nous semble que le lien de causalité entre l'accord de représentation réciproque notifié et la restriction de concurrence dénoncée est discutable.

Par ailleurs, d'après la description de l'accord notifié fournie par la Commission elle-même, l'article 5 pose bien le principe d'un tarif agrégé. Il ne semble en revanche pas donner d'indications précises quant à la présentation des coûts facturés à l'utilisateur⁸⁵⁸. Si cette constatation venait à se vérifier, il faudrait en déduire que les sociétés de gestion collective se verraient reprocher le fait de ne pas avoir prévu dans leur accord une séparation des coûts. Elles seraient alors condamnées non pas pour des dispositions qu'elles auraient fait figurer dans leur accord, mais au contraire pour des dispositions qu'elles auraient omis d'insérer. Cette démarche n'étonne plus en droit de la concurrence. De par leur pouvoir d'injonction, les autorités de concurrence disposent d'une véritable faculté de réécriture du contrat⁸⁵⁹. Néanmoins, si l'on comprend bien que les autorités de concurrence participent à la réécriture du contrat en vue de rétablir les conditions d'une concurrence non faussée, il peut sembler excessif de considérer qu'une restriction de concurrence puisse être directement causée par ce que l'accord ne dit pas.

289. – Réalité de l'effet restrictif causé par l'absence de distinction des coûts. La part du prix que constitue l'agrégat des tarifs nationaux étant invariable, on peut comprendre que la Commission ait entendu insister sur la nécessité d'une concurrence sur la partie variable du prix que représentent les frais d'administration. Elle a précisé que, pour que la concurrence puisse s'exercer dans ce domaine, il est nécessaire que les coûts de fonctionnement soient clairement identifiés.

⁸⁵⁸ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, points 21 à 26.

⁸⁵⁹ Sur cette question, v. L. IDOT, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », in « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Rev. des contrats*, 2004, p. 883, n° 23 et s. ; R. POESY, « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », *Petites affiches*, 20 octobre 2000, n° 210, p. 4.

Plus généralement sur les rapport entre droit de la concurrence et droits des contrats, v. not. M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004 ; M. CHAGNY, M. BEHAR-TOUCHAIS *et al.*, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Débats*, *Rev. des contrats*, 2004, p. 861 ; E. CLAUDEL, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice », *RTD com.* 1999, p. 291, et l'abondante bibliographie citée ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451, et les indications bibliographiques.

Il n'est cependant pas certain qu'il était nécessaire de commander de la sorte une distinction des coûts. À supposer même que la décomposition du prix opérée par la Commission soit justifiée, il nous semble que la présentation du montant global de la licence devrait suffire à elle seule à introduire la concurrence souhaitée. En effet, un radiodiffuseur qui souhaiterait faire jouer la concurrence pour obtenir les meilleurs tarifs engagerait des démarches auprès de différentes sociétés de gestion. Se voyant proposer par chacune d'entre elles un montant global pour la redevance, il lui suffirait de comparer ces différentes offres. Peu lui importe alors d'où lui vient la réduction consentie sur telle ou telle offre : seul compte pour lui le montant final des sommes à engager en vue d'obtenir la licence. D'ailleurs, dans l'optique d'une décomposition du prix telle que celle proposée par la Commission, l'utilisateur ne peut pas ignorer à quel niveau une réduction du prix lui est consentie. Elle l'est forcément sur la part variable du prix (la part invariable étant constituée par l'agrégat des tarifs nationaux), c'est-à-dire soit au niveau des avantages commerciaux – auquel cas on imagine mal que la société concédante lui cache l'importance des avantages dont elle le gratifie –, soit au niveau des frais administratifs. Il nous semble par conséquent qu'une présentation dissociée des coûts n'aurait que peu d'influence sur le choix de l'utilisateur.

b) Inconvénients d'une incitation à la concurrence sur les frais d'administration par une présentation dissociée des coûts

290. – Le risque d'affaiblissement des droits des titulaires. Le premier inconvénient que nous pouvons relever vient moins de la dissociation des coûts voulue par la Commission, que de l'incitation à la concurrence dans le domaine des frais d'administration. Si la concurrence doit s'exercer dans ce domaine, on peut en effet craindre qu'elle se fasse au détriment de la protection des titulaires de droits. Un auteur considérait ainsi comme « *évident que la concurrence entre sociétés d'auteurs inciterait celles-ci à être moins précises et à faire moins d'efforts (coûteux) dans l'exercice de certaines de leurs tâches telles que l'identification des tous les utilisateurs concernés, la fixation de tarifs appropriés prenant en compte les situations particulières au cas par cas et l'exercice des droit qui leur ont été confiés au mieux des intérêts des ayants droits* »⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ S. VON LEWINSKY, « Réflexions sur le rôle et le fonctionnement des sociétés d'auteurs », *Prop. intell.*, janv. 2006, n° 18, p. 22.

On pourrait certes objecter que toute incitation à une concurrence par les prix comporte un risque de dégradation de la qualité des produits ou services vendus. Le plus ou moins grand investissement dans la qualité du produit ou service constitue en effet un des leviers d'action sur le prix permettant d'influer sur la marge bénéficiaire de l'entreprise. Pour autant, ce risque ne doit pas remettre en cause le principe d'une concurrence par les prix. On pourrait ainsi tenir le même raisonnement dans le domaine de la gestion collective pour réfuter l'argument présenté ci-dessus. Il faut toutefois prendre en compte la spécificité du contexte. Les sociétés de gestion collective représentent les intérêts des nombreux titulaires. En ce sens, le risque de diminution de la qualité du service fourni aux titulaires de droits peut entraîner des répercussions en chaîne : moindre protection des titulaires, dégradation de la création ou de l'investissement culturel, préjudice culturel pour la collectivité. Par ailleurs, si la position dominante, et souvent quasi-monopolistique des sociétés de gestion, est admise comme une nécessité, elle impose également que les sociétés de gestion soient parfaitement efficaces. En effet, les titulaires de droits n'ayant en pratique pas de véritable liberté de choisir la société de gestion à laquelle ils confient leurs droits, il serait dangereux de prendre le risque d'une dégradation de la qualité des services car aucune alternative ne se proposerait à eux.

291. – L'exigence de transparence sur les coûts. Il a également pu être souligné que la présentation des coûts appelée de ses vœux par la Commission était inhabituelle en droit de la concurrence car elle imposait aux sociétés de gestion de définir et de révéler leurs coûts, ce que les autorités de concurrence n'exigent de la part d'aucune autre entreprise⁸⁶¹. Un auteur relevait même le caractère contradictoire de l'exigence d'une telle transparence sur les coûts alors même que le droit de la concurrence condamne tout échange d'informations sur les prix au titre des ententes horizontales⁸⁶².

Nous pouvons formuler deux observations à ce sujet. D'une part, il est vrai que l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine de la présentation du prix est inhabituelle. Il nous semble que lorsque les autorités de concurrence invitent à davantage de transparence, elles le font le plus souvent dans le but d'éviter des discriminations entre opérateurs, plutôt qu'à des fins de stimulation de la concurrence par les prix. On pourra donc

⁸⁶¹ E.-J. MESTMÄCKER, « Accords de représentation réciproque des sociétés de gestion au sein du marché intérieur – Le cas des droits voisins des producteurs de phonogrammes : un précédent ? », *RIDA*, janv. 2005, p. 62.

⁸⁶² C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 234.

être surpris par cette modalité d'intervention du droit de la concurrence. D'autre part, la critique relative au risque que présente un échange d'informations sur les prix entre concurrents doit être tempérée. Il n'est demandé aux sociétés de gestion d'être transparentes sur leurs coûts que vis-à-vis des seuls utilisateurs, et non vis-à-vis de leurs homologues étrangers. Ainsi, en l'absence de concertation en vue d'un échange d'information sur les prix, il ne se trouve aucune raison pour que les sociétés de gestion puissent être taxées d'agir au mépris des règles de concurrence.

§ 2. – Une possibilité d'exemption sous condition

292. – Comme le rappelle la Commission dans ses lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité CE (devenu art. 101 § 3 du TFUE), l'appréciation de restrictions de concurrence contenues dans un accord ne constitue qu'un des volets de l'analyse concurrentielle. L'autre volet réside dans « *l'appréciation des effets économiques positifs des accords restrictifs* » qui constitue l'objet même de la disposition de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Selon la Commission, un accord restrictif peut en effet avoir des « *effets proconcurrentiels sous forme de gains d'efficacité* ». Il convient alors de se demander si ces effets proconcurrentiels peuvent l'emporter sur les effets anticoncurrentiels. Si tel est le cas, on pourra considérer que l'accord est globalement favorable à la concurrence et compatible avec les dispositions du droit de l'Union européenne⁸⁶³.

Dans le contexte de la gestion collective de droits aux fins d'une utilisation en ligne, le mécanisme de l'exemption, dont l'application est relativement rare en droit de la concurrence, a pu être mis en œuvre. La Commission s'est ainsi penchée sur les différentes conditions de l'exemption contenues dans l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. Il a été considéré que l'accord de représentation réciproque soumis à son appréciation contribuait au progrès économique (A), en ce sens qu'il produisait des « gains d'efficacité » profitant, notamment, aux utilisateurs (B). Il a par ailleurs été relevé que certaines des restrictions de concurrence qu'il comportait étaient indispensables à la réalisation des gains d'efficacité (C). Et enfin, il a été reconnu que l'accord ne conduisait pas à l'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (D).

⁸⁶³ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, points 32 et 33.

A. – LA CONTRIBUTION AU PROGRÈS ÉCONOMIQUE DE L’ACCORD DE REPRÉSENTATION RÉCIPROQUE

293. – Variété des gains d’efficacité. Conformément à la lettre de l’article 81, paragraphe 3 du Traité CE, l’analyse de la Commission se subdivise en deux rubriques distinctes : la promotion du progrès technique et économique, d’une part, et l’amélioration de la distribution de biens, d’autre part⁸⁶⁴. Pour autant, il ne semble pas falloir attacher trop d’importance à cette distinction. Comme l’énonçait la Commission elle-même dans ses lignes directrices de 2004, « *étant donné qu’il existe un chevauchement considérable entre les différentes catégories mentionnées à l’article 81, paragraphe 3, et qu’un même accord peut générer plusieurs types de gains d’efficacité, il n’est pas indiqué d’établir des distinctions claires et nettes entre ces catégories* »⁸⁶⁵. En ce sens, elle préconisait davantage de distinguer entre « *les gains d’efficacité réalisés sur les coûts et les gains d’efficacité de nature qualitative, qui créent de la valeur sous forme de produits nouveaux ou meilleurs, d’une plus grande variété de produits, etc...* »⁸⁶⁶. En l’occurrence, dans l’affaire *Simulcast*, les gains d’efficacité relevés par la Commission étaient, comme nous allons le voir, de plusieurs ordres.

La Commission relevait tout d’abord que l’accord de représentation réciproque apparaissait comme le produit d’une adaptation des sociétés de gestion aux progrès technologiques qui conduisent à la technique de la diffusion en *simulcast*⁸⁶⁷. L’effort d’adaptation en lui-même n’est pas de nature à permettre l’exemption ; seuls les avantages objectifs résultant de l’accord peuvent être pris en compte⁸⁶⁸. En revanche, il faut constater qu’en l’espèce, cet effort d’adaptation n’était pas vain.

Tout d’abord, il se traduisait concrètement par l’émergence d’un « *nouveau produit* » répondant à une demande claire de la part des utilisateurs⁸⁶⁹. En effet, l’accord de représentation réciproque passé entre les sociétés de gestion collective devait permettre aux

⁸⁶⁴ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, points 84 à 88 et 89 à 92.

⁸⁶⁵ Communication préc., point 59.

⁸⁶⁶ *Ibid.*

⁸⁶⁷ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, point 84.

⁸⁶⁸ CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429.

⁸⁶⁹ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., points 87 et 88.

utilisateurs d'obtenir des licences multirépertoires et multiterritoriales. Il résultait de cette possibilité, totalement nouvelle dans le domaine de la gestion collective, une amélioration significative de la situation des utilisateurs qui voyaient leurs démarches simplifiées par la création d'une sorte de « guichet unique ». Ce développement d'un service nouveau relève assurément de gains d'efficacité qu'on peut qualifier de qualitatifs⁸⁷⁰. La Commission relève par ailleurs que cette simplification devait également conduire à une diminution des coûts. En effet, le mécanisme de la licence unique dispense les utilisateurs de procéder à de multiples et longues négociations individuelles avec les sociétés de gestion respectives des différents États membres, ce qui serait de nature à abaisser les frais de transaction⁸⁷¹.

Ensuite, il semble évident que l'accord de représentation réciproque destiné à instaurer un mécanisme de licence multirépertoire et multiterritoriale participe d'une promotion du progrès technique et économique. En effet, à défaut d'un tel accord, les sociétés de gestion collective continueraient de proposer aux utilisateurs des licences classiques, dont la portée territorialement limitée⁸⁷², est inadaptée aux besoins des utilisateurs qui entendent diffuser en *simulcast*, puisque la diffusion en *simulcast* a potentiellement lieu, par le biais de l'Internet, en plusieurs territoires. Ainsi, l'absence de possibilité d'une licence multirépertoire et multiterritoriale serait de nature à freiner le développement de la diffusion en *simulcast*. En faisant donc l'effort d'adapter leur offre de service à cette nouvelle technologie, les sociétés de gestion favorisent donc le développement du *simulcasting*, et contribuent ainsi au progrès technique et technologique.

Enfin, la Commission souligne également le bénéfice pouvant être attendu de l'accord en termes de sécurité juridique dans la mesure où l'accord de représentation réciproque conclu entre les sociétés de gestion collective détermine un cadre juridique pour la diffusion, cadre qui jusque-là n'existait pas encore⁸⁷³.

⁸⁷⁰ Communication préc., *eod. loc.* : « aux fins des présentes lignes directrices, une distinction est établie entre les gains d'efficacité réalisés sur les coûts et les gains d'efficacité de nature qualitative, qui créent de la valeur sous forme de produits nouveau ou meilleurs, d'une plus grande variété de produits, etc. »

⁸⁷¹ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 90.

⁸⁷² Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 15 : « Les limitations territoriales auxquelles était soumise la concession de licences ont contraint les différentes sociétés de gestion collective à n'exercer leur activité que sur leur propre territoire. Les licences que les sociétés concèdent traditionnellement aux utilisateurs pour l'exploitation d'enregistrements sonores sont par conséquent limitées à leur propre territoire national ».

⁸⁷³ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 85.

B. – L'ANALYSE DU PROFIT EN RÉSULTANT POUR LE CONSOMMATEUR

294. – Bénéfice à court terme et à long terme pour le consommateur. Rappelons tout d'abord que selon la deuxième condition de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, une partie équitable du profit résultant de l'accord restrictif doit être réservée aux consommateurs. Dans l'affaire *Simulcast*, la Commission a estimé que cette condition était remplie, soulignant le bénéfice attendu pour les consommateurs, tant à court terme qu'à long terme⁸⁷⁴. Elle relève notamment que les consommateurs « *auront plus aisément et plus largement accès à un éventail de musiques par le biais des transmissions en simulcast disponibles. En outre, via l'Internet, ils pourront avoir accès, de presque partout dans le monde, à leurs programmes radiophoniques et/ou télévisuels musicaux favoris, sans les contraintes techniques inhérentes à la radiodiffusion classique* »⁸⁷⁵. Elle ajoute par ailleurs que les accords de représentation réciproque envisagés instituent un cadre favorable à une rémunération équitable des titulaires de droit (en l'occurrence, des producteurs de disques), ce qui garantit la disponibilité d'un large choix musical pour l'avenir⁸⁷⁶. Il faut entendre par là qu'une bonne protection ainsi qu'une bonne rémunération des titulaires de droits est la condition indispensable d'une offre culturelle riche et pérenne.

295. – La désignation implicite du consommateur final. Nous pouvons observer que dans ces affirmations destinées à justifier la réalisation de la deuxième condition de l'exemption, le consommateur à qui profite l'accord est systématiquement le consommateur final, c'est-à-dire une personne physique agissant à des fins étrangères à son activité professionnelle ou commerciale. C'est en effet le consommateur final, utilisateur d'Internet, qui retire de la technique de diffusion en *simulcast* le bénéfice d'un accès à un éventail de musiques. Or, le consommateur habituellement visé par le droit de la concurrence est entendu dans un sens plus large : il désigne tout utilisateur, direct ou indirect, des produits ou services concernés par l'accord, ce qui comprend aussi bien des producteurs utilisant les produits pour transformation, que des grossistes, détaillants, ou consommateurs finals⁸⁷⁷. On peut donc

⁸⁷⁴ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 93.

⁸⁷⁵ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 94.

⁸⁷⁶ Commission, 8 octobre 2002, *Simulcast*, aff. préc., point 95.

⁸⁷⁷ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 84. – Comp., en droit interne, la notion d'utilisateur de l'article L. 420-4 du Code de commerce, dont le sens peut varier. V. D. BARTHE, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 320, « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles, (C. com., art. L. 420-4) », n° 29,

s'étonner que la Commission se soit focalisée sur ce seul aspect du bénéfice au profit du consommateur final, alors qu'il aurait sans doute été plus naturel et plus facile d'invoquer le bénéfice au profit des utilisateurs que sont les diffuseurs en *simulcast*. En effet, déjà au stade de l'examen des gains d'efficacité, la Commission avait fait référence à de multiples reprises au fait que l'accord de représentation réciproque permettait la création d'un produit nouveau répondant à une demande des utilisateurs⁸⁷⁸.

296. – Une dimension culturelle de l'exemption ? En se tournant exclusivement vers la question de l'intérêt du consommateur final, la Commission donne le sentiment de dépasser la simple prise en compte d'objectifs strictement économiques au titre des gains d'efficacité. Tout d'abord, l'intérêt du consommateur final réside soit dans le développement de produits ou services nouveaux répondant à une demande de sa part, soit dans les efforts consentis par producteur sur le coût et/ou la qualité du produit ou service. Or, il nous semble que parler de nouveau produit ou de meilleur produit dans le domaine culturel renvoie à l'idée d'un accroissement de la diversité et de la richesse de l'offre culturelle. Ensuite, au-delà de ce que l'on peut déduire de cette référence au seul consommateur final, la Commission – alors qu'elle pourrait se contenter de relever que les gains d'efficacité constatés lors de l'examen de la première condition profitent bien aux utilisateurs – revient, au travers de l'examen de la deuxième condition, sur la nature même des gains d'efficacité. Cet effort de redéfinition n'est pas neutre. La Commission fait cette fois-ci référence à « *l'accès à un éventail de musiques* » ou encore à la disponibilité pour l'avenir d'un « *large choix musical* »⁸⁷⁹. Les notions économiques de produit nouveau, d'amélioration de la distribution, ou de progrès technique sont donc mises de côté au profit de notions qui relèvent davantage d'une dimension culturelle. Ceci mérite d'être souligné dans la mesure où nous savons que l'exemption individuelle reste relativement rare et que, lorsqu'elle est mise en œuvre, elle l'est au regard de considérations principalement économiques. En effet, les autorités de concurrence semblent « *réticentes à s'engager sur la voie d'une prise en compte d'objectifs non*

évoquant, en dehors du consommateur final, « *tous les opérateurs économiques qui vont participer à la production ou à la commercialisation des produits et services destinés au consommateur final* ».

⁸⁷⁸ Cf. *supra*, n° 293.

⁸⁷⁹ Cf. *supra*, n° 294.

strictement concurrentiels au titre du progrès économique par crainte d'une « perversion » des règles de concurrence par des objectifs plus généraux »⁸⁸⁰.

C. – DES RESTRICTIONS POUR PARTIE INDISPENSABLES : LA MISE EN ŒUVRE DE L'EXEMPTION CONDITIONNELLE

297. – Un accord restrictif de concurrence ne peut bénéficier de l'exemption que si les restrictions contenues sont strictement indispensables à la réalisation des gains d'efficacité invoqués. Pour mener à bien cette analyse, l'autorité de concurrence doit envisager une à une les différentes restrictions que comporte l'accord. Il s'agit alors de savoir, pour chaque restriction, si son absence conduit à la suppression ou à la réduction substantielle des gains d'efficacité, ou rend leur réalisation beaucoup plus improbable⁸⁸¹. C'est ainsi que la Commission examine dans un premier temps la question de l'amalgame de la redevance de droit d'auteur et des frais d'administration (1), pour ensuite se pencher sur la question de la prédétermination des redevances nationales de droit d'auteur (2), soit les deux restrictions de concurrence qu'elle avait identifiées auparavant⁸⁸².

1) Amalgame de la redevance de droits d'auteur et des frais d'administration

298. – **L'amalgame de redevances de droit d'auteur et des frais d'administration : une restriction non indispensable.** Naturellement, la question du caractère indispensable peut apparaître déplacée dès lors qu'on a contesté l'existence même de la restriction de concurrence⁸⁸³. En effet, « l'amalgame » dénoncé par la Commission ne procède selon nous pas de l'accord de représentation réciproque notifié, mais résulte de la pratique, qui elle-même découle de la logique du fonctionnement des sociétés de gestion collective⁸⁸⁴. L'accord de représentation réciproque notifié n'est donc pour rien dans la pratique d'« amalgame » des redevances de droits d'auteur et des frais d'administration. La Commission le reconnaît d'ailleurs elle-même lorsqu'elle admet, de la part des parties notifiantes, que la séparation

⁸⁸⁰ M.-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n^{os} 256 et s. V. également *supra*, n^{os} 239 et s., et n^{os} 271 et s.

⁸⁸¹ Communication préc., n^o 79.

⁸⁸² Cf. *supra*, n^{os} 283 et s.

⁸⁸³ Cf. *supra*, n^{os} 287 et s.

⁸⁸⁴ Cf. *supra*, n^o 288.

envisagée soit différée dans la mesure où « elle constitue une modification importante des modalités de la gestion collective des droits, comme l'atteste le fait qu'aucun autre groupement de société de gestion collective n'a mis en place de mécanisme de ce type et que les pratiques en matière de gestion collective sont les mêmes depuis des décennies »⁸⁸⁵.

Cependant, la restriction ayant en définitive été caractérisée par la Commission, la logique imposait, dans le cadre de l'examen des conditions de l'exemption, de s'interroger sur son caractère indispensable. En l'espèce, la Commission a estimé que « l'accord en vertu duquel les sociétés amalgament les frais d'administration et la redevance de droits d'auteur, et déterminent ainsi conjointement une redevance de licence globale, va clairement au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes des parties en termes de protection juridique adéquate, de rémunération équitable des titulaires de droits et de systèmes de rémunération reflétant le niveau d'exploitation des œuvres protégées »⁸⁸⁶.

299. – L'engagement de modification des parties notifiantes. Dans la perspective de l'exemption, les sociétés de gestion de collective n'ont eu d'autre choix que d'aller dans le sens de la Commission en lui proposant une modification de l'accord de représentation réciproque consistant, d'une part, à imposer aux parties de séparer la redevance de droits d'auteur des frais d'administration et visant, d'autre part, à déterminer les frais d'administration par rapport aux coûts administratifs réels supportés par la société concédante⁸⁸⁷. Cette modification ne pouvait néanmoins intervenir immédiatement car les sociétés de gestion ne disposaient pas des structures administratives et comptables leur permettant de procéder à la séparation exigée par la Commission. Elles ont donc proposé un délai de mise en œuvre des modifications. La Commission a jugé que les modifications répondaient au problème de concurrence identifié, et que le délai de mise en œuvre proposé était par ailleurs indispensable⁸⁸⁸. En définitive, il a donc été décidé que la restriction consistant dans l'amalgame des redevances et des frais de gestion ne devait pas constituer un obstacle à l'exemption, pour autant que les parties notifiantes se conforment bien à leurs engagements de modification. Cette façon de procéder s'inscrit dans la pratique bien connue

⁸⁸⁵ Commission, 8 octobre 2002, *IPFI « Simulcast »*, aff. COMP/CE/38.014, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, point 106.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, point 100.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, n°s 103 et s.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, point 107.

des exemptions conditionnelles⁸⁸⁹ – pratique qu'on peut toutefois imaginer disparaître depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003⁸⁹⁰.

2) *Principe du pays de destination et prédétermination de la redevance.*

300. – La prédétermination de la redevance globale : une restriction indispensable. Puisqu'il convient, en matière d'exemption, de s'interroger sur le caractère indispensable de chacune des restrictions, l'examen s'est naturellement porté sur la seconde restriction identifiée par la Commission, à savoir la prédétermination du niveau de la redevance due à l'application du principe du pays de destination. En vertu de ce principe, l'acte de communication au public par voie de diffusion a lieu non seulement dans le pays d'émission, mais aussi dans tous les pays où les signaux peuvent être reçus. Ceci implique, en ce qui concerne la diffusion en *simulcast*, que la rémunération est due dans chacun des pays où le signal peut être reçu. Il en résulte que le montant global d'une licence de *simulcast* doit refléter les niveaux de prix respectifs pratiqués dans les différents États sur les territoires desquels a lieu la diffusion. C'est la raison pour laquelle la Commission considère que le montant de la redevance de *simulcast* est largement prédéterminé par les niveaux de redevances nationaux.

L'accord de représentation réciproque conduit donc à une absence de concurrence par les prix au préjudice du consommateur. Toutefois, la Commission a estimé que cette restriction de concurrence était indispensable à la réalisation des gains d'efficacité visés. Selon elle, « *la prédétermination des niveaux nationaux de redevances de droits d'auteur constitue apparemment dans les circonstances présentes la solution la moins restrictive pour créer et distribuer un nouveau produit* »⁸⁹¹. En effet, si la libre détermination du montant de la redevance par la société concédante semble constituer la solution la moins restrictive, il ne faut cependant pas négliger les risques que comportait cette option : les titulaires « *pourraient voir leurs droits ignorés ou affaiblis en cas de protection juridique insuffisante dans le*

⁸⁸⁹ M.-C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 262.

⁸⁹⁰ C'est en effet dans le cadre de la notification préalable qu'on pouvait envisager une décision d'exemption conditionnelle. Or, depuis l'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, la notification préalable (contrôle *ex ante*) a disparu au profit d'un système d'exception légale (contrôle *ex post*).

⁸⁹¹ Commission, 8 octobre 2002, déc. préc., point n° 113.

territoire d'origine de la transmission en simulcast »⁸⁹². Considérant ce risque, il y a alors fort à parier que beaucoup de sociétés de gestion collective s'abstiendraient de tout concours à l'accord de représentations réciproque. La prédétermination des redevances nationales permet donc que les sociétés de gestion collective participent sans crainte à l'accord, et favorise le développement des nouveaux produits que constituent la licence multirépertoire et multiterritoriale et le système du guichet unique.

D. – L'ABSENCE D'ÉLIMINATION DE LA CONCURRENCE

301. – Appréciation de l'évolution de la situation concurrentielle. Selon la quatrième condition de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, un accord ne peut être exempté lorsqu'il conduit à une élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits ou services en cause. La condition d'absence d'élimination de la concurrence rappelle que les règles de concurrence visent à introduire davantage de concurrence entre les entreprises pour le bien des consommateurs. Des restrictions à la concurrence peuvent, à titre exceptionnel, être admises lorsqu'elles produisent par ailleurs des gains d'efficacité économique. Toutefois, si elles doivent conduire à une élimination de la concurrence, on peut estimer qu'il ne pourra en résulter que des gains d'efficacité à court terme⁸⁹³. En ce sens, la quatrième condition insiste sur « *la protection de la rivalité et du processus concurrentiel à long terme sur les gains d'efficacité potentiellement proconcurrentiels qui pourraient résulter d'accords restrictifs* »⁸⁹⁴.

S'agissant des accords de représentation réciproque, la Commission relève, en s'appuyant sur ses lignes directrices relatives à l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération horizontale, le risque de cloisonnement des marchés, inhérent à tout accord réciproque⁸⁹⁵. Néanmoins, la Commission ne s'arrête pas à cet aspect de l'accord et constate qu'un certain nombre de facteurs permettent, en l'occurrence, l'éclosion de la concurrence.

⁸⁹² *Ibid.*, point 63.

⁸⁹³ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 105. Selon la Commission, « *les gains d'efficacité à court terme sont balayés par des pertes plus durables dues, entre autres, aux dépenses engagées par l'entreprise en place pour maintenir sa position (recherche d'avantages personnels), à une mauvaise affectation des ressources, à une diminution de l'innovation et à une augmentation des prix* ».

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ Commission, 8 octobre 2002, déc. préc., point n° 116. Selon les lignes directrices, « *l'un des risques que présentent les accords de distribution entre concurrents opérant sur des marchés géographiques différents est*

Notons tout d'abord que la méthodologie indiquée par la Commission dans ses lignes directrices relatives à l'exemption individuelle conduit à s'interroger sur l'évolution de la situation concurrentielle, et non sur une appréciation de la situation concurrentielle à un instant *t*. La question de l'élimination de la concurrence suppose en effet de s'interroger sur « *le degré de concurrence qui existait avant l'accord et de l'incidence de l'accord restrictif sur la concurrence* »⁸⁹⁶. Or, sur ce point, force est de constater que le domaine de la gestion collective présente des singularités notables. Il a souvent été relevé que les sociétés de gestion collective disposaient, sinon d'un monopole de fait, tout au moins d'une position dominante sur leur territoire d'implantation⁸⁹⁷. On serait donc tenté de dire que l'évolution de la concurrence est favorable, puisque partant d'une absence totale de concurrence, on arrive, grâce au mécanisme de guichet unique instauré par l'accord, à une mise en concurrence des différentes sociétés nationales de gestion : en effet, un utilisateur pourra tout aussi bien choisir de s'adresser la société de gestion implantée sur son territoire, qu'à l'une des autres sociétés de gestion étrangères parties à l'accord.

Cela n'empêche pas que la concurrence entre les sociétés ne soit pas aussi développée qu'on pourrait le souhaiter en raison d'éventuels mécanismes restrictifs, mais cela offre tout au moins une possibilité de concurrence qui n'existe pas dans le contexte habituel de la gestion collective. C'est là l'une des différences remarquables entre la gestion dite traditionnelle des droits tournée vers une utilisation « *hors-ligne* »⁸⁹⁸, et la gestion des droits pour des utilisations en ligne, telle qu'elle est envisagée par l'accord Simulcast. Par ailleurs, la Commission insiste sur le fait que, de l'accord envisagé, doit naître un service nouveau. En ce sens, l'accord contribue à la création et au développement d'un « *marché unique de la fourniture de services d'administration entre sociétés et un marché unique de la concession de licences en simulcast* ». Par hypothèse, puisque le marché est nouveau, il faut donc conclure que l'accord ne se substitue à aucune concurrence préexistante sur ce marché. Il peut

qu'ils peuvent aboutir ou contribuer à un cloisonnement des marchés » (Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale, JOCE n° C 3 du 6 janvier 2001, p. 2, point 147).

⁸⁹⁶ Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 107.

⁸⁹⁷ Cf. *supra*, n° 245.

⁸⁹⁸ Commission, 8 octobre 2002, IPFI « Simulcast », aff. COMP/CE/38.014, JOUE n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58, point 45.

en être déduit que l'accord de représentation réciproque n'élimine pas la concurrence pour une partie substantielle de produits en cause au sens de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE.

302. – Conclusion. La gestion collective des droits d'auteur est un sujet de préoccupation important du droit de la concurrence. Cela est naturellement vrai en matière d'abus de domination, eu égard au monopole de fait que détiennent les sociétés de gestion collective sur leur territoire national, mais cela l'est également en matière d'ententes anticoncurrentielles. Dans ce domaine, les restrictions les plus redoutées proviennent des accords de représentation réciproque conclus entre sociétés de gestion collective. Ces accords, destinés à faciliter la gestion collective transfrontière des droits d'auteurs, constituent une manifestation de la dimension européenne, voire mondiale, de l'industrie culturelle. Leurs répercussions sont donc observées avec la plus grande vigilance, car les enjeux économiques sont considérables.

L'analyse de ces accords au regard des règles de concurrence nécessite qu'on distingue deux cas de figure : la représentation réciproque organisée dans le cadre d'une utilisation hors-ligne des droits, et celle organisée dans le cadre d'une utilisation en ligne. Ces deux hypothèses se distinguent principalement par le fait que dans le cadre d'une utilisation hors-ligne traditionnelle, les sociétés de gestion collective ne sont pas à même de fournir un service transfrontalier en raison des coûts élevés qu'engendrerait la gestion du répertoire à l'étranger. Le principe même des conventions de représentations réciproque s'en trouve validé : malgré le cloisonnement territorial qui en résulte, celles-ci apparaissent justifiées aux yeux des autorités de concurrence en raison de la nécessité qu'il y a d'y avoir recours pour assurer une gestion collective efficace, garante d'une bonne protection des auteurs, et condition d'une incitation à la création. Seules sont ouvertement condamnées les pratiques de refus collectif d'accès au répertoire à l'égard des utilisateurs étrangers, car ces pratiques conduisent à un phénomène de captivité de la clientèle. L'interdiction nous semble toutefois sans portée véritable en raison de la difficulté qu'on pourrait éprouver à rapporter la preuve d'un concours de volontés en ce sens.

Dans le cadre des utilisation en ligne, rien ne s'oppose à ce que les sociétés de gestion collective proposent un service transfrontalier aux utilisateurs, aidées en cela par l'outil informatique, indispensable à la gestion « à distance » de leur répertoire à l'étranger. Il

découle de cette situation une mise en concurrence inédite des sociétés de gestion collective, à même de proposer, chacune, des licences multirépertoires et multiterritoriales. Ce souffle salutaire de concurrence est toutefois tempéré par l'existence de restrictions de concurrence importantes. Certaines d'entre elles, jugées indispensables à une gestion collective transfrontière efficace, conduisent cependant à produire des gains d'efficacité, ce qui leur vaut le bénéfice de l'exemption individuelle. Comme toujours, on ne manquera pas de chercher – et de trouver, en l'occurrence – les connotations culturelles qui teintent cette mise en œuvre de l'exemption. Elles sont de nature à rassurer sur la bonne compréhension qu'ont les autorités de concurrence des enjeux de la gestion collective.

Conclusion du Titre I

303. – La nécessité d'étudier distinctement les pratiques d'ententes dans le domaine de l'exercice individuel du droit d'auteur et dans le domaine de la gestion collective du droit d'auteur traduit l'impossibilité de dresser une typologie générale utile des ententes existant en matière de droit d'auteur. Cela n'empêche toutefois pas de constater des similitudes dans le traitement de ces questions respectives. En effet, dans un cas comme dans l'autre, certains accords qui présentaient des effets restrictifs de concurrence manifestes ont échappé à une condamnation sur le terrain des ententes selon une modalité particulièrement intéressante. Habituellement, lorsqu'une entente comporte des effets restrictifs, elle ne peut être « rachetée » que par le biais de l'exemption de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE ou de l'article L. 420-4 du Code de commerce. Or, en plusieurs hypothèses, on a pu se rendre compte que certaines ententes étaient en définitive jugées conformes aux règles de concurrence en vertu, non pas d'une exemption, mais d'un bilan économique mené en amont de l'analyse concurrentielle. Quel que soit le nom qu'on lui donne – « règle de raison » ou autre –, cette manière de raisonner semble présenter un intérêt particulier dans le domaine du droit d'auteur. Elle permet en effet de préserver certaines pratiques d'une application trop sévère du droit de la concurrence en tenant compte, notamment, de la nécessité d'une protection des droits ainsi que d'une gestion collective efficaces en vue de soutenir la création. Certaines ententes sont ainsi admises en dépit de leurs effets restrictifs, et alors même que les conditions strictes d'une exemption individuelle n'auraient pas nécessairement été remplies. En définitive, on peut donc estimer que les autorités de concurrence ont bien conscience de spécificités du droit d'auteur nécessitant d'être prises en compte dans l'application du droit de la concurrence.

TITRE II

ABUS DE DOMINATION ET DROIT D'AUTEUR

304. – Notion d'abus de domination et droit d'auteur. L'examen des pratiques anticoncurrentielles auquel nous nous livrons ici conduit principalement à discuter de pratiques d'abus de position dominante. Nous savons que ces pratiques, prohibées aussi bien par le droit de l'Union européenne que par le droit interne, sont à rattacher à une catégorie plus large qu'on désigne sous les termes d'« abus de domination ». Cette dernière comprend, outre les abus de position dominante au sens strict (art. L. 420-2, al. 1 C. com. et art. 102 du TFUE), les abus de dépendance économique – pratique dont la prohibition n'existe explicitement qu'en droit interne (art. L. 420-2, al. 2 C. com.).

Si l'objet de nos propos se focalisera essentiellement sur les abus de position dominante, la question de la dépendance économique reste au cœur des problématiques de concurrence que soulève le droit d'auteur, et ce, indépendamment du fait que les pratiques étudiées soient ou non passées au crible de l'alinéa 2 de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Ainsi, au cours d'une évocation de l'actualité du droit de la concurrence pour l'année 2005, Monsieur Decocq s'était penché sur les rapports existant entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle. Il relevait, pour l'année concernée, que dans l'ensemble des affaires touchant aux droits de propriété intellectuelle, les décisions faisaient état *« de façon plus ou moins explicite d'une dépendance économique de la part de la victime de l'abus, que ce soit les titulaires de droit eux-mêmes, ou les utilisateurs à l'égard des sociétés de gestion*

collective, les acheteurs de biens indispensables, ou même les concurrents, dépendant « d'une norme de fait » sur laquelle leur concurrent détient un droit d'auteur »⁸⁹⁹.

Comme en matière d'ententes, les pratiques d'abus de domination dans le domaine du droit d'auteur sont assez hétérogènes. À défaut de pouvoir établir une véritable typologie des pratiques abusives, on peut en scinder l'approche en distinguant selon les deux aspects principaux du droit d'auteur qui intéressent le droit de la concurrence, à savoir l'exercice individuel du droit d'auteur, et la gestion collective du droit d'auteur. Les pratiques abusives ayant cours dans le domaine de l'exercice individuel du droit d'auteur posent essentiellement la question de l'accès des concurrents actuels ou potentiels à une ressource protégée par un droit d'auteur, jugée indispensable à l'exercice d'une activité économique sur un marché aval (Chapitre 1). Les pratiques constatées dans le domaine de la gestion collective traduisent quant à elles l'existence de rapports de force inégaux entre les sociétés de gestion collective, d'une part, et les adhérents titulaires de droit et les utilisateurs, d'autre part (Chapitre 2).

⁸⁹⁹ G. DECOCQ, « Regard sur le droit des abus de position dominante : Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *L'année 2005 et le droit de la concurrence*, Colloque du 2 février 2006 organisé sous l'égide de la Cour de cassation et de l'Association Française d'Étude de la Concurrence (AFEC), http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf/.

Chapitre 1

Abus de position dominante et exercice individuel d'un droit d'auteur

305. – La mise en œuvre de la prohibition de l'abus de position dominante suppose que l'entreprise mise en cause soit en situation de position dominante. L'ensemble des affaires relatives à l'exercice abusif d'un droit d'auteur montre que l'analyse de la position dominante est étroitement liée au fait même de la titularité de ce droit d'auteur (Section préliminaire). Ainsi, le droit d'auteur est impliqué à tous les stades de la caractérisation de l'abus de position dominante : de par son existence, dans l'analyse de la position dominante, et de par son exercice, dans la qualification de l'exploitation abusive.

Les abus de position dominante liés à l'exercice d'un droit d'auteur peuvent être de nature variée. Tous ne nous intéressent cependant pas au même titre. Notre étude consiste en effet à mettre en évidence la spécificité de pratiques abusives liées à l'exercice d'un droit d'auteur. Nous ne nous attacherons donc pas à étudier toute pratique abusive sous prétexte d'un contexte mettant en cause des droits d'auteur. À titre d'exemple, il peut exister, dans des affaires mettant en cause des droits d'auteur comme dans d'autres, des pratiques abusives tenant à des conditions discriminatoires, notamment en termes de prix, pratiquées à l'égard de contractants. De telles hypothèses ne rentrent pas dans le champ de notre étude, car le fait de pouvoir imposer des conditions tarifaires inéquitables à ses partenaires ne constitue en rien une prérogative spécifique du titulaire de droit⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰ Cela ne signifie en rien que les questions de prix sont hors de propos dans le cadre de cette étude : la question de la fixation du montant de la redevance peut, par exemple, intéresser le droit des abus des position dominante. D'autres questions relatives au prix peuvent également se poser. On pense notamment au problème des remises évoqué par M. Decocq à l'occasion d'un arrêt de Cass. com., 28 juin 2005 (pourvoi n° 04-13.910). Toutefois, on conçoit difficilement que le cas de figure présenté puisse être transposable au droit d'auteur. Sur cette question, v. G. DECOCQ, « Regard sur le droit des abus de position dominante : Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », *eod. loc.*, n° 8.

Au titre des prérogatives spécifiques de l'auteur, on trouve, outre des droits moraux, des droits exclusifs de reproduction et de représentation. Ces derniers confèrent, par définition, à leurs titulaires le pouvoir d'exclure les tiers en leur interdisant toute utilisation de l'œuvre qui n'aurait pas été consentie. C'est dans ce droit d'interdire qu'on trouve les principaux risques d'atteintes à la concurrence, en ce qu'il peut conduire à empêcher un tiers de développer une activité pour laquelle l'accès à l'œuvre lui est nécessaire. Dans une telle situation, le droit de la concurrence peut intervenir pour permettre au tiers d'accéder à l'œuvre protégée sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles.

De manière plus générale, ce sont tous les comportements d'exclusion des concurrents au moyen de l'exercice du droit d'auteur qui peuvent susciter des problèmes de concurrence. Ainsi, l'hypothèse du refus de licence n'est pas la seule concernée. D'autres lui sont apparentées en ce qu'elles produisent un effet tout à fait similaire d'exclusion. Ainsi en serait-il de l'imposition au contractant d'un délai d'accès à l'œuvre extrêmement important, tendant à retarder son entrée sur le marché dérivé. De même, des tarifs excessifs peuvent dissimuler un refus de licence. Dans de tels cas, la théorie des infrastructures essentielles peut être amenée à jouer de la même façon que dans les hypothèses de refus de licence abusifs⁹⁰¹.

Nous nous intéresserons à l'apparition en jurisprudence du principe d'accès à l'œuvre protégée, tel qu'il résulte de l'application de la théorie des infrastructures essentielles (Section 1), pour examiner dans un second temps la mise en œuvre de ce principe d'accès (Section 2).

⁹⁰¹ La jurisprudence interne fournit, à ce sujet, quelques illustrations. Cass. com., 4 décembre 2001, *France Télécom c/ Lectiel et Groupadress*, JCP G 2002.IV.1122, *Prop. intell.*, avril 2002, n° 3, p. 62, obs. A. LUCAS : « si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource essentielle pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif » – CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim*, req. n° 200886, *Prop. intell.*, janvier 2003, n° 6, note LUCAS.

SECTION PRÉLIMINAIRE L'INFLUENCE DE LA TITULARITÉ DU DROIT D'AUTEUR DANS LA CARACTÉRISATION DE LA POSITION DOMINANTE

306. – Notion de position dominante en droit de la concurrence. Récemment rappelée par la Commission dans ses orientations sur l'application de l'article 82 du Traité CE⁹⁰² (devenu article 102 du TFUE), la définition de la position dominante résulte principalement, en droit européen, d'un arrêt *United Brands* du 14 février 1978 : il y était affirmé que la position dominante est « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »⁹⁰³. Bien d'autres décisions ont, à sa suite, confirmé cette définition⁹⁰⁴, également partagée par le droit interne⁹⁰⁵. Il découle de cette définition qu'une délimitation précise du marché en cause s'avère être un préalable indispensable à la caractérisation d'une position dominante.

La position dominante d'une entreprise peut résulter d'une combinaison de multiples facteurs qui, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants⁹⁰⁶. L'un d'entre eux demeure néanmoins le pivot de l'analyse de la position dominante : nous faisons ici référence aux parts de marché⁹⁰⁷ – celles de l'entreprise mise en cause, comme celles de ses concurrents. D'autres facteurs peuvent également être pris en compte : monopole légal ou de fait sur une activité, appartenance à un groupe de grande envergure, détention d'une avance

⁹⁰² Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'évictions abusives des entreprises en position dominante, *JOUE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, point 10.

⁹⁰³ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec. p.* 207, point 65.

⁹⁰⁴ V. notamment CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec. p.* 461, point 38, ou plus récemment, CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec. p.* I-2369, point 103.

⁹⁰⁵ Autorité conc., *Rapport annuel 2009*, La documentation française, 2010, p. 216 : « *La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents* ».

⁹⁰⁶ CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. préc., point 66 ; TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti AG c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec. p.* II-1439, point 90.

⁹⁰⁷ TPICE, 12 septembre 1991, *Hilti AG c/ Commission*, *loc. cit.*

technologique ou d'un savoir-faire spécifique, etc...⁹⁰⁸ L'évocation de ces quelques facteurs montre que la puissance économique détenue par une entreprise en position dominante peut être variable. Exprimée en parts de marché, elle peut aller d'une simple domination relative du marché à une véritable domination absolue. Cette dernière situation, qualifiée de monopole⁹⁰⁹, correspond à la situation de l'entreprise qui détient, sur le marché en cause, la totalité ou quasi-totalité des parts de marché. L'entreprise en position de monopole n'est, de fait, soumise à aucune concurrence, et réalise ainsi une « *concentration absolue de la puissance économique* »⁹¹⁰.

307. – Incidence du monopole d'exploitation sur la position dominante du titulaire.

La notion de monopole nous intéresse particulièrement dans la mesure où le droit d'auteur, comme tout autre droit de propriété intellectuelle, présente un caractère d'exclusivité qui conduit à affirmer que l'auteur dispose d'un véritable monopole sur son œuvre⁹¹¹. En effet, au titre de ses prérogatives, « *il se voit reconnaître le droit absolu d'autoriser ou d'interdire toute utilisation de son œuvre par des tiers* »⁹¹². Dès lors, on peut se demander si l'existence du monopole d'exploitation de l'auteur exerce une influence sur la caractérisation du monopole au sens du droit de la concurrence.

Rien ne semble permettre d'affirmer que le monopole d'exploitation du titulaire de droit d'auteur constitue *de facto* un monopole au sens du droit de la concurrence. En effet, la notion de monopole en droit de la concurrence ne signifie rien si elle n'est appréciée par référence à un marché de produits ou de services. On peut ainsi dire que le monopole d'exploitation de l'auteur est susceptible de coïncider avec une situation de monopole au sens du droit de la concurrence lorsque le marché pertinent est constitué du seul produit ou service couvert par le droit d'auteur.

⁹⁰⁸ Autorité conc., *eod. loc.*

⁹⁰⁹ La notion de monopole ne figure pas dans les textes du droit de la concurrence. L'article 102 du TFUE, comme l'article L. 420-2 du Code de commerce, ne font référence qu'à la seule position dominante.

⁹¹⁰ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des Affaires », 2008, n° 186.

⁹¹¹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, *Economica*, 2005, n° 688 : « *En droit français, le droit économique de l'auteur est un droit exclusif ou monopole d'exploitation de son œuvre* ».

⁹¹² *Ibid.*

Partant, la question de l'incidence du droit d'auteur sur la caractérisation de la position dominante du titulaire renvoie à celle de l'incidence du droit d'auteur sur la détermination du marché pertinent. On se demandera alors si l'existence d'un droit d'auteur est une circonstance favorisant une délimitation étroite du marché, réduite au produit ou au service couvert. Une réponse par l'affirmative supposerait que puisse être établi un lien entre l'existence du droit d'auteur, et le caractère substituable du produit. C'est un point auquel nous avons déjà consacré une partie de notre étude⁹¹³. Nous n'y reviendrons donc pas de manière détaillée. Nous retiendrons simplement que le caractère original de la création, condition de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, est lié à l'empreinte de la personnalité de l'auteur. En cela, chaque œuvre originale est unique. Mais il serait excessif d'en déduire une absence totale de substituabilité des œuvres de l'esprit.

Nous le voyons en particulier à la lecture de la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs. Prenons l'exemple de l'affaire *IMS*⁹¹⁴ sur laquelle nous aurons largement l'occasion de revenir⁹¹⁵. Le refus de licence portait sur une structure modulaire consistant en un découpage géographique du territoire allemand permettant la présentation de données de suivi régional de ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne. Apparemment, l'entreprise titulaire du droit d'auteur était seule à avoir développé une telle structure. Mais il aurait très bien pu se faire que des entreprises concurrentes proposent des structures différentes, originales, et donc elles aussi protégées au titre du droit d'auteur, qui auraient rempli une fonction tout à fait identique. On voit bien dans une telle hypothèse que l'existence d'un droit d'auteur, malgré le fait qu'il postule le caractère original de l'œuvre, n'est pas un obstacle à la substituabilité. Les juridictions européennes ne s'y trompent d'ailleurs pas lorsque, appliquant la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs, elles invitent à « *rechercher s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives* »⁹¹⁶.

⁹¹³ V. *supra*, n^{os} 101 et s.

⁹¹⁴ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, point 28 ; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. BONET, *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, juin 2004, comm. n^o 69, obs. C. CARON ; *Europe*, 2004, comm. n^o 214, obs. L. IDOT ; *Propr. intell.*, 2004, n^o 12, p. 821, obs. V.-L. BENABOU ; *D.* 2004, p. 2366, obs. F. SARDAIN ; A. GENDREAU et D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law », *European Law Review*, 2004, p.687 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health Decision: A Triple Victory », *World Competition*, 2004/3, p.397.

⁹¹⁵ Cf. *infra*, n^{os} 329 et s.

⁹¹⁶ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, aff. préc., point 28.

Nous pouvons donc affirmer que l'existence d'un droit d'auteur est sans incidence sur la caractérisation de la position dominante. C'est le sens de l'affirmation des juges de la Cour de justice qui rappellent que « *le simple fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne saurait conférer une [position dominante]* »⁹¹⁷. Ce qui confère une telle position, c'est en réalité le monopole de fait⁹¹⁸.

SECTION 1 LE PRINCIPE JURISPRUDENTIEL DE L'ACCÈS À L'ŒUVRE FAISANT L'OBJET D'UN REFUS DE LICENCE ABUSIF

308. – Le fondement jurisprudentiel du principe. Si la question du caractère anticoncurrentiel des refus de licence de droits de propriété intellectuelle s'est posée dès avant l'arrêt *Magill*⁹¹⁹, ce n'est qu'à partir de ce dernier que s'est réellement dégagé le principe d'un droit d'accès à l'œuvre protégée. Il est apparu très vite, au vu des conditions d'application posées par cet arrêt et des conséquences qui en découlaient en termes de sanctions, que le raisonnement qui permettait de dégager un tel principe d'accès à l'œuvre protégée reposait sur une théorie du droit de la concurrence alors peu connue en droit communautaire, mais en revanche très appliquée outre-Atlantique : la théorie des infrastructures essentielles⁹²⁰. Cette

⁹¹⁷ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec. p.* I-743, point 46 ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. A. FRANÇON ; *RTD eur.* 1995, p. 835, obs. G. BONET ; G. BONET, « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *D. Aff.* 1996, p. 827 ; M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante », *JCP* 1995. I. 3883 ; H. CALVET et T. DUSURMONT, « L'arrêt *Magill*, une décision d'espèce ? », *RIDA* janvier 1996, n°167, p. 3 ; C. CARREAU, « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, juillet 1995, chron. n° 8, p. 1 ; J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles". », *D. Aff.* 1996, p. 859 ; L. DE GAULLE, « Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire. À propos de l'affaire *Magill* », *RJDA*, août-septembre 1995, p. 735 ; T. SKINNER, « *Magill* : Consumer Interests Prevail », *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90.

⁹¹⁸ CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. préc., point 47.

⁹¹⁹ V. par exemple CJCE, 5 octobre 1988, *AB Volvo c/ Erik Veng (UK) Ltd.*, aff. 238/87, *Rec. p.* 6211.

⁹²⁰ Cette théorie est également dénommée « théorie des facilités essentielles », par référence à la doctrine américaine des *essential facilities* dont elle s'inspire. La traduction n'est cependant des plus heureuses (C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Thémis, 2002, p. 205).

Sur ce sujet, v. M. BAZEX, « Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles" », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 2001, n° 119, p. 37 ; L. RICHER, « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », *D.* 1999, p. 523 ; M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve des installations essentielles », *CCC*, mai 1999, chron. n° 6, p. 4 ; M. GLAIS, « Infrastructures essentielles et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, n° 85, 3^e trimestre 1998, p. 85.

théorie est susceptible d'être mise en œuvre dans le contexte particulier de la détention, par une entreprise en position dominante, d'une infrastructure (infrastructure matérielle, immatérielle, ou service), non aisément reproductible, dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur un marché apparenté⁹²¹. Nous verrons, notamment avec l'arrêt *Magill*, comment cette théorie a été mise en œuvre en droit européen dans le domaine des droits de propriété intellectuelle et du droit d'auteur.

L'arrêt *Magill* apparaît ainsi comme un arrêt majeur du droit européen de la concurrence à double titre. Il est tout d'abord, en matière de refus de licence abusifs, un arrêt fondateur. La jurisprudence a certes quelque peu évolué depuis, mais globalement, on peut dire que la totalité des conditions appliquées aujourd'hui dans la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs figurait déjà dans l'arrêt *Magill*. Par ailleurs, indépendamment de la question que pose l'implication de droits d'auteur, cet arrêt a contribué de manière significative à l'édification d'une théorie européenne des infrastructures essentielles. On voit par exemple que l'arrêt *Oscar Bronner*, qui est devenu une référence incontournable dans l'application en droit de l'Union européenne de la théorie des infrastructures essentielles, s'est essentiellement inspiré de l'arrêt *Magill* pour déterminer les conditions devant régir l'accès à une infrastructure essentielle.

C'est la raison pour laquelle nous nous attacherons, dans un premier temps, à présenter cet arrêt *Magill* et à en étudier les implications parfois critiquables (§ 1). Il nous a ensuite paru intéressant de placer cette décision en regard d'un arrêt rendu à peine deux ans plus tard, souvent considéré comme constituant un arrêt confirmatif de la jurisprudence *Magill* : l'arrêt *Tiercé Ladbroke* du Tribunal de première instance. Nous verrons que cet arrêt, en plus de n'apporter aucun élément nouveau, ne fait en réalité que troubler la portée de l'arrêt *Magill* (§ 2).

§ 1. – L'arrêt *Magill*, un arrêt fondateur critiqué

309. – L'affaire *Magill*. À l'époque des faits qui constituent le point de départ de l'affaire *Magill*, il n'existait en Irlande aucun guide hebdomadaire de télévision regroupant les programmes des différentes chaînes émettant sur le territoire. Chaque chaîne publiait donc son

⁹²¹ M. BAZEX, *eod. loc.*

propre guide dans lequel figuraient exclusivement ses programmes, et autorisait par ailleurs que certaines des informations y figurant soient reprises par la presse dans des conditions bien précises, strictement délimitées par une licence de reproduction à titre gratuit. L'entreprise Magill, qui avait entrepris de publier un guide hebdomadaire national de télévision, s'en était vue empêcher par lesdites chaînes qui avaient obtenu du juge irlandais une interdiction de publication du guide, au motif d'une violation de leurs droits d'auteur sur les grilles de programme. Magill s'était alors plainte devant la Commission européenne d'un abus de position dominante des chaînes résultant de leur refus de concéder une licence de droit d'auteur sur leurs programmes de télévision. La Commission avait fait droit à cette demande, enjoignant aux chaînes de « *mettre fin immédiatement à l'infraction [...] en fournissant aux tiers sur demande et sur une base non-discriminatoire leurs programmes d'émission hebdomadaires établis à l'avance, et en permettant la reproduction de ces programmes par ces parties* »⁹²². Le recours des chaînes ayant été rejeté devant le Tribunal de première instance⁹²³, l'affaire fut portée devant la Cour de justice. Celle-ci confirma, à son tour, la décision de la Commission, posant ainsi le principe d'un accès à l'œuvre dans des hypothèses de refus abusifs de licence (A). Cet arrêt, non exempt de critiques, fut unanimement dénoncé par les spécialistes de la propriété intellectuelle qui y voyaient la manifestation d'une remise en cause des droits exclusifs par le droit économique (B).

A. – LES GRANDS PRINCIPES DÉGAGÉS PAR L'ARRÊT MAGILL

310. – Plusieurs grands principes se dégagent de l'arrêt *Magill*. Il y est tout d'abord rappelé que le refus de licence constitue, par principe, un exercice légitime du droit d'auteur par son titulaire. Ce n'est cependant pas l'affirmation la plus marquante de l'arrêt qui tend, globalement, vers une remise en cause de ce principe en introduisant l'exception des « circonstances exceptionnelles » (1). On retient par ailleurs de cette décision la nature de la sanction prononcée : consistant, en l'occurrence, en une injonction de faire, elle prend concrètement la forme d'une licence obligatoire d'origine judiciaire (2).

⁹²² Commission, 21 décembre 1988, déc. n° 89/205/CEE, aff. IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, JOCE n° L 78 du 21 mars 1989, p. 43.

⁹²³ TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefís Éireann c/ Commission*, aff. T-69/89, *Rec.* p. II-485 ; TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, *Rec.* p. II-535 ; TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, *Rec.* p. II-575 ; CCC 1991, comm. n° 241, obs. L. VOGEL ; *RTD com.* 1992, p. 372, obs. A. FRANÇON ; *RIDA*, janv. 1992, obs. T. DESURMONT ; *RTD eur.* 1993, p. 525, obs. G. BONET.

1) L'encadrement du périmètre de la légitimité du refus de licence

311. – Le principe de légitimité du refus de licence au regard du droit exclusif de reproduction. Dans la continuité d'une jurisprudence déjà établie en matière de dessins et modèles⁹²⁴, la Cour de justice énonçait dans l'affaire *Magill* que le refus de licence de droit d'auteur, même lorsqu'il est le fait d'une entreprise en position dominante, ne constitue pas, en lui-même, un abus de position dominante. En effet, le refus de licence est l'une des expressions possibles du droit exclusif de reproduction dont dispose l'auteur⁹²⁵. Il ne peut donc être condamné *a priori* sous peine de vider le droit exclusif de reproduction de sa substance, et ainsi porter atteinte à l'existence même du droit d'auteur⁹²⁶. Cette position fut réitérée dans l'affaire *IMS Health* du 29 avril 2004 : « *Le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait en lui-même constituer un abus de celle-ci* »⁹²⁷.

312. – L'encadrement du principe : les circonstances exceptionnelles du refus abusif. Si le refus de licence de droit d'auteur par une entreprise en position dominante ne peut en lui-même être assimilé à un abus de position dominante, il n'est en revanche pas exclu qu'il le soit dans certaines circonstances. L'arrêt *Volvo*, rendu en matière de dessins et modèles, ne donnait qu'une liste indicative de comportements concrets pouvant être considérés comme abusifs⁹²⁸. L'arrêt *Magill* cherche à formuler une règle de portée plus générale. Les juges, confirmant le raisonnement déjà développé par le Tribunal de première instance, ont ainsi

⁹²⁴ CJCE, 5 octobre 1988, *Volvo*, aff. préc. : « *La faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle constitue la substance même de son droit exclusif. Il en résulte qu'une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver ce titulaire de la substance de son droit exclusif, et que le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante* ».

⁹²⁵ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, point 49.

⁹²⁶ Cf. *supra*, n^{os} 163 et s.

⁹²⁷ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, point 34.

⁹²⁸ CJCE, 5 octobre 1988, *Volvo*, aff. préc. : « *refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants* », « *fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable* », « *décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore* ».

dégagé des « *circonstances exceptionnelles* » permettant de qualifier l'abus de position dominante commis à l'occasion d'un refus de licence de droit d'auteur.

Tout d'abord, la Cour a relevé qu'il n'existait « *aucun substitut réel ou potentiel [au] guide hebdomadaire de télévision* » que souhaitait publier la société *Magill*. Or, puisque les chaînes de télévision étaient les « *seules sources de l'information brute sur la programmation, matière première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision* », le refus de licence qu'elles opposaient à la société *Magill* faisait « *obstacle à l'apparition d'un produit nouveau [...] pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs* »⁹²⁹. L'expression de « *matière première* » employée ici par la Cour est tout à fait révélatrice de l'état d'esprit des juges. Ils ont considéré l'information détenue par les chaînes comme une simple matière première, au même titre que peut l'être n'importe quelle matière première nécessaire à l'élaboration d'un processus industriel. On ne peut d'ailleurs pas véritablement les en blâmer car un contenu purement informatif ne saurait en principe, comme cela a souvent été relevé en doctrine, prétendre au statut d'œuvre de l'esprit et à la protection du droit d'auteur. Mais le fait est que la législation nationale irlandaise permettait une telle protection⁹³⁰. À ce titre, les juges communautaires, qui ne peuvent remettre en cause l'existence d'un droit d'auteur, auraient dû considérer les grilles de programmes de télévision pour ce qu'elles étaient, à savoir des objets protégés par un droit de *copyright*. La Cour a ensuite relevé que le refus « *n'était justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle ni par celle d'édition de magazine de télévision* »⁹³¹, et que les chaînes de télévision, par leur refus de licence, s'étaient réservé un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché.

La rédaction de l'arrêt *Magill* laisse ainsi à penser que trois conditions sont nécessaires pour qualifier d'abusif un refus de licence de droit d'auteur. La première d'entre elle exige que puisse être constaté un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe

⁹²⁹ CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. préc., points 52 à 54.

⁹³⁰ TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd contre Commission*, aff. T-76/89, Rec. p. II-575, point 7 : « *L'affaire a été partiellement examinée au fond par la High Court, qui s'est prononcée, dans un jugement rendu le 26 juillet 1989 par le juge M. Lardner, sur la portée, en droit irlandais, du droit d'auteur en ce qui concerne les grilles de programmes. A cet égard, le jugement est ainsi libellé : "Les éléments de preuve produits m'ont convaincu que les grilles de programmes hebdomadaires, telles qu'elles sont publiées par TV Times, constituent une œuvre littéraire originale et une 'compilation' au sens des articles 2 et 8 du Copyright Act de 1963, sur laquelle ITP était et est en droit de se prévaloir du droit d'auteur"* (ILRM 1990, p. 534, 557) ».

⁹³¹ CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. préc., point 55.

une demande potentielle de la part des consommateurs⁹³². Cette condition, plus développée que les autres, est aussi plus confuse. En effet, aux fins de déterminer si celle-ci est remplie, les juges se sont appuyés sur une constatation du Tribunal de première instance constatant « l'absence de substitut réel ou potentiel ». Or, dans la jurisprudence postérieure, l'absence de substitut réel ou potentiel sert à apprécier le caractère indispensable du produit couvert par le droit de propriété intellectuelle⁹³³. Ici, dans l'arrêt *Magill*, la notion d' « absence de substitut » semble avoir un tout autre sens puisqu'elle est employée au sujet de l'absence de substitut à un guide de programmes hebdomadaire. C'est donc l'absence de substitut au produit dérivé qui est visée, et non l'absence de substitut au produit couvert par le droit d'auteur qu'exige désormais la jurisprudence⁹³⁴. On relèvera encore que l'analyse des juges relatives à l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau s'appuie également sur le caractère indispensable de « l'information brute sur la programmation ». Ici, l'argumentation est donc proche de celle qu'on retrouvera dans la jurisprudence postérieure avec la condition de caractère indispensable du produit couvert. Elle ne fait cependant qu'introduire davantage de confusion dans la compréhension de la condition de produit nouveau, qui mêle à la fois des considérations relatives au produit protégé et au produit dérivé. Fort heureusement, la jurisprudence ultérieure clarifiera les choses, en distinguant clairement les conditions de l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau et du caractère indispensable du produit protégé⁹³⁵.

La deuxième condition porte sur l'absence de considérations objectives permettant de justifier le refus de licence. Il peut s'agir ici, comme le suggérait le professeur Bonet, de condamner tout refus qui ne serait pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise⁹³⁶. On peut sans doute également rapprocher cette condition de l'approche économique de l'abus de position dominante que retient désormais la Commission. En effet,

⁹³² CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. préc., point 54.

⁹³³ Cf. *infra*, n° 332 et s.

⁹³⁴ L'emploi même du terme de « substitut » aux fins d'apprécier la condition relative au produit nouveau est ambigu. Il évoque spontanément l'idée d'un remplacement d'une chose par une autre. Partant, l'absence de substitut renverrait plus logiquement à l'impossibilité, pour une chose déjà existante, d'être remplacée par une autre. Dans cette perspective, la notion d'absence de substitut pourrait bien davantage renvoyer au caractère indispensable du produit couvert qu'à l'impossibilité de voir émerger un produit nouveau.

⁹³⁵ Cf. *infra*, n° 333.

⁹³⁶ G. BONET, *eod. loc.*.

dans ses orientations relatives à l'application de l'article 82⁹³⁷, la Commission envisage qu'une entreprise dominante puisse présenter ses arguments en vue de justifier son comportement. Dans ce cas, on examine si le comportement est objectivement nécessaire et proportionné. Toutefois, une telle appréciation doit être menée en se fondant « *sur des facteurs extérieurs à l'entreprise dominante* »⁹³⁸.

Enfin, la troisième condition est relative à l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé : l'abus ne sera constitué que si le refus de licence opposé par le titulaire du droit d'auteur permet à ce dernier de se réserver un monopole sur le marché dérivé. Le droit d'auteur confère à son titulaire des droits exclusifs qui le placent dans une position de monopole légal sur le marché du produit ou service couvert par le droit de propriété intellectuelle. Mais le monopole ainsi conféré n'a aucune vocation à s'étendre artificiellement au-delà des limites résultant de l'application de la loi, notamment en créant un monopole sur un marché dérivé⁹³⁹.

Les circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill* constituent ainsi autant de conditions à la qualification d'un refus de licence de droit d'auteur en abus de position dominante. S'agissant ici de présenter sommairement les apports de la décision de principe que constitue l'arrêt *Magill*, nous ne développerons pas davantage ces conditions pour le moment. Nous y reviendrons plus largement lorsque nous nous intéresserons à la manière dont elles ont été reprises et développées dans la pratique décisionnelle et la jurisprudence postérieure⁹⁴⁰.

2) La sanction du refus abusif

313. – Injonction de cesser et sanctions annexes. Estimant les conditions des circonstances exceptionnelles réunies, la Cour de justice a bien qualifié d'abusif le refus de licence de la société *Magill* au regard des dispositions de l'article 86 du Traité CEE. Elle a donc logiquement rejeté le pourvoi des chaînes de télévision. Il s'ensuivait que les sanctions prononcées par la Commission dans sa décision de 1988 devaient s'appliquer. Les chaînes de

⁹³⁷ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, points 28 et s.

⁹³⁸ Communication préc., point 29.

⁹³⁹ *Ibid.*

⁹⁴⁰ Cf. *infra*, n° 329 et s.

télévision s'étaient ainsi vues enjoindre de cesser l'infraction « *en se fournissant mutuellement et en fournissant aux tiers sur demande et sur une base non-discriminatoire leurs programmes d'émissions hebdomadaires établis à l'avance et en permettant la reproduction de ces programmes par ces parties* »⁹⁴¹. Il était ajouté que si la fourniture et l'autorisation de reproduction des grilles étaient concédées sous forme de licence, les redevances demandées devaient être « *d'un montant raisonnable* ». Enfin, la Commission imposait que les conditions auxquelles les tiers devaient être autorisés à publier les programmes devaient être soumises à son approbation.

Les sanctions de la Commission apparaissent ici très invasives au regard de principe de liberté contractuelle des parties. Tout d'abord, la Commission condamne l'abus de position dominante par une injonction faites aux chaînes de télévision de cesser leur comportement abusif. L'abus étant constitué par une attitude négative (le refus de licence), cette injonction de cesser équivaut en réalité à une injonction de faire : celle de conclure le contrat de licence de droit d'auteur. En effet, il est demandé aux chaînes de ne plus refuser de licence sous couvert de leur droit d'auteur, et donc d'autoriser la reproduction de leur grille si la demande leur en était faite (notamment par *Magill*, mais également par toute autre société qui souhaiterait se lancer sur le marché des guides hebdomadaires de télévision). C'est la raison pour laquelle une majorité de spécialistes du droit d'auteur s'accordaient à reconnaître, par cette sanction, l'instauration d'un mécanisme de licence obligatoire « *judiciaire* »⁹⁴². Par ailleurs, la Commission s'arroge le droit d'approuver ou non les conditions de la licence, poussant son contrôle jusqu'au prix en imposant que celui-ci soit raisonnable. Ces incursions dans le domaine de la liberté contractuelle ne sont cependant pas nouvelles, et sont désormais communément acceptées au titre de la nécessaire régulation des marchés⁹⁴³.

⁹⁴¹ Commission, 21 décembre 1988, déc. n° 89/205/CEE, aff. IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, JOCE n° L 78 du 21 mars 1989, p. 43.

⁹⁴² G. BONET, chron. de propr. intel., *RTD eur.* 2004.691, spéc. p. 697.

⁹⁴³ Sur le remodelage du contrat par le juge, v. L. IDOT, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », in « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Rev. des contrats*, 2004, p. 883, n° 23 et s. ; R. POESY, « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », *Petites affiches*, 20 octobre 2000, n° 210, p. 4. Plus spécifiquement, en matière de droit d'auteur, v. S. JACQUIER, « Le contrat forcé en droit d'auteur », *CCE*, novembre 2011, p. 13.

De manière plus générale, on se reportera également aux nombreuses études consacrées aux rapports entre droit des obligations et droit de la concurrence. V. notamment E. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse Paris X, 1994, disponible sur <http://www.glose.org/> ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004 ; O.-M. BOUDOU, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, thèse Paris II, 2001 ; M. CHAGNY, M. BEHAR-TOUCHAIS *et al.*, « Droit de la concurrence et droit

B. – LES CRITIQUES ADRESSÉES À L'ENCONTRE DE L'ARRÊT *MAGILL*

314. – L'arrêt *Magill* a été vivement critiqué en doctrine par les spécialistes de la propriété intellectuelle⁹⁴⁴. Ont été dénoncés, de manière unanime, l'affaiblissement du droit d'auteur qui résulterait de l'instauration d'une telle licence obligatoire (1), ainsi que la remise en cause de la distinction existence-exercice établie de longue date par les autorités communautaires (2).

1) *Le problème de la légitimité d'une licence obligatoire d'origine judiciaire*

315. – **L'absence de fondement textuel à une licence obligatoire.** Cet argument tenant à l'absence de base juridique a principalement été avancé par le professeur Gautier : « *le système d'injonction revient à créer des licences obligatoires sans texte, ce qui mériterait tout de même discussion, car celles-ci sont normalement exceptionnelles et d'interprétation stricte en droit d'auteur et, de ce fait, expressément visées dans des normes* »⁹⁴⁵. En effet, bien que des directives européennes tendent vers une forme d'harmonisation, la norme reste, en matière de droit d'auteur, d'essence nationale. En conséquence, les exceptions aux droits exclusifs telles que les mécanismes de licence non volontaire figurent dans les textes nationaux. Ces exceptions sont d'interprétation stricte – notamment en raison de l'approche personnaliste de notre législation interne de droit d'auteur⁹⁴⁶. Il faut selon nous principalement en déduire que le juge national, lorsqu'il est invité à appliquer le droit d'auteur national, doit se défendre de créer des exceptions non prévues par les textes.

des contrats », Débats, *Rev. des contrats*, 2004, p. 861 ; E. CLAUDEL, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice », *RTD com.* 1999.291 ; B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369 ; B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RTD com.* 1998, p. 71 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, chron. p. 51 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451.

⁹⁴⁴ G. BONET, chron. de propr. intel., *RTD eur.* 1995.835, également publié sous le titre « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *Dalloz Aff.*, 1996, p. 827 ; G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de la concurrence », *RJDA* n° 3/1993, p. 173 ; G. BONET, « Abus de position dominante et droit sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 87.

⁹⁴⁵ P.-Y. GAUTIER, « "Le cédant malgré lui" : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *D. Aff.*, 1995, p. 123. Dans le même sens, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n° 692.

⁹⁴⁶ A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 321.

La question se pose néanmoins en des termes différents lorsque l'ordre juridique européen entre en jeu. Dans ce cas, en vertu du principe de primauté, on ne peut exclure que des limitations soient apportées aux droits exclusifs de l'auteur. Naturellement, le principe de primauté ne peut conduire les autorités communautaires à empiéter sur le domaine législatif réservé des États. Mais nous savons qu'en matière de droit d'auteur, l'intervention des autorités européennes est possible jusqu'à tant qu'elle respecte la subtile distinction entre l'existence du droit, totalement soustraite à un quelconque contrôle européen, et l'exercice du droit qui peut être appréhendé au travers des règles de libre circulation ou de libre concurrence. C'est donc, selon nous, davantage à l'aune de cette distinction que doit être appréciée la légitimité de l'intervention communautaire, notamment dans l'affaire *Magill*.

2) Le positionnement de l'arrêt *Magill* face à la distinction existence-exercice

316. – En permettant que le refus de licence, manifestation du droit exclusif du titulaire, soit jugé contraire aux règles du traité, l'arrêt *Magill* introduit une exception au principe de l'intangibilité de l'existence du droit d'auteur (a). Afin d'expliquer cette remise en cause de la traditionnelle distinction existence-exercice, nous nous pencherons sur l'arrêt du Tribunal rendu dans la même affaire ; ses développements sur ce point, plus conséquents que ceux de l'arrêt de la Cour, apportent en effet un éclairage utile à la compréhension de la jurisprudence (b). Nous en apprécierons enfin la portée, afin de déterminer si l'arrêt de la Cour se situe, ou non, dans la continuité des principes dégagés par le Tribunal (c).

*a) L'arrêt *Magill* : une exception apportée au principe d'intangibilité de l'existence*

317. – **Une remise en cause de la distinction existence-exercice.** Selon la Cour de justice, le refus de licence demeure, par principe, légitime en vertu des droits exclusifs conférés par le droit d'auteur. Mais ce refus peut, dans des circonstances exceptionnelles, s'avérer incompatible avec les exigences du droit des abus de position dominante. De telles affirmations suscitent beaucoup d'interrogations, notamment au regard de la distinction existence-exercice qui délimite le domaine d'intervention du droit communautaire de la concurrence en matière de droit d'auteur⁹⁴⁷.

⁹⁴⁷ Cf. *supra*, n^{os} 163 et s.

La possibilité d'un refus de licence de droit d'auteur reste, par principe, acquise au titulaire du droit car le refus, au même titre que l'autorisation, est l'une des modalités d'expression de son droit exclusif. Condamner *a priori* le refus de licence sur le fondement du droit de la concurrence constituerait *de facto* une remise en cause de l'exclusivité du titulaire. Or, ainsi que la Cour l'a elle-même relevé par le passé, le droit exclusif de reproduction (comme le droit exclusif de représentation) relève de l'objet spécifique du droit d'auteur. Ainsi, au titre de l'intangibilité de l'existence du droit d'auteur, le refus de licence se voit préservé de toute remise en cause par le droit communautaire de la concurrence⁹⁴⁸.

Mais dès lors que la Cour formule des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le refus peut finalement être condamné sur le fondement de la position dominante, que doit-on conclure au sujet de la place du refus de licence face à la distinction existence-exercice ? On pourrait conclure que la Cour exclut le refus de licence du champ de l'existence du droit d'auteur pour l'inclure dans celui de l'exercice, puisque seul ce dernier peut fait l'objet d'un contrôle par les autorités européennes au regard des principes de libre circulation et de libre concurrence. Mais cette interprétation traduirait une contradiction dont la distinction existence-exercice ne pourrait sortir indemne : un même comportement relèverait, selon les circonstances, tantôt de l'existence, tantôt de l'exercice. Cela ne semble pas conforme à l'approche initialement retenue par les autorités communautaires, selon laquelle, soit une prérogative est essentielle – elle intègre alors l'objet spécifique, « noyau dur » du droit d'auteur et relève de l'existence du droit –, soit elle ne l'est pas⁹⁴⁹. Mais elle ne peut pas être essentielle dans certaines circonstances, et non essentielle dans d'autres. Si le refus est l'expression du caractère exclusif du droit de reproduction (ce dont on ne doute pas), il relève nécessairement de l'objet spécifique et ne peut être sanctionné sur le fondement du droit de la concurrence en vertu de la distinction existence-exercice. Les circonstances, quelles qu'elles soient, et quel que soit leur caractère exceptionnel, ne doivent rien y changer. Dès lors, on peut voir dans la solution apportée par l'arrêt *Magill* une remise en cause de la distinction existence-exercice ou, plus précisément, une exception au principe d'intangibilité de l'existence du droit, liée à l'impossibilité de considérer que la manifestation d'une prérogative essentielle de l'auteur puisse relever alternativement de l'existence et de l'exercice du droit.

⁹⁴⁸ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, *Rec.* p. 2605, point 13 : « les deux prérogatives essentielles de l'auteur, le droit exclusif de représentation et le droit exclusif de reproduction, ne sont pas mises en causes par les règles du traité ».

⁹⁴⁹ Cf, *supra*, n^{os} 176 et s.

318. – Les risques encourus du fait de l’exception au principe d’intangibilité de l’existence. À supposer qu’on s’accommode de cette exception, une difficulté survient. Nous avons déjà souligné les risques que présentait selon nous le fait que le juge européen puisse interférer trop librement dans les notions d’existence et d’exercice du droit d’auteur⁹⁵⁰. Pour les mêmes raisons, il nous semble qu’une exception apportée au principe d’intangibilité de l’existence du droit pourrait s’avérer potentiellement dangereuse. En vertu de la distinction existence-exercice, les autorités européennes s’interdisent toute ingérence dans le domaine de l’existence du droit qui relève de la seule règle nationale. Nous sommes donc là en présence d’une forme de règle de compétence. Cette règle établit une ligne de partage entre le domaine de la compétence nationale et le celui de la compétence européenne. Afin que l’un n’empiète pas arbitrairement sur l’autre, il est nécessaire que la ligne de partage ainsi établie présente une certaine stabilité. Nous entendons par là que la ligne de partage ne peut être mouvante, au gré de circonstances de fait souverainement appréciées par les autorités européennes ; elle doit présenter une totale indépendance face aux faits. Or, cette garantie n’est certainement pas présente dans l’arrêt *Magill* puisque celui-ci remet en cause la règle fondée sur la distinction existence-exercice, en y apportant des exceptions fondées sur des circonstances de fait totalement extérieures au contenu des prérogatives de l’auteur résultant de son droit de propriété intellectuelle.

b) Une tentative de justification de l’exception par le Tribunal de première instance : le principe sous-jacent de détournement de la fonction essentielle du droit

319. – Le principe sous-jacent à l’exception : le détournement de la fonction essentielle du droit. Nous avons déjà relevé la série de circonstances exceptionnelles qui justifiaient aux yeux des juges de la Cour que le refus de licence puisse être considéré comme abusif. Mais il nous semble également important de relater quel a été le raisonnement des juges devant le Tribunal de première instance. Commençons par noter que nous y retrouvons, à peu de choses près, les différentes circonstances exceptionnelles mentionnées plus tard par la Cour : obstacle à la production et à la commercialisation d’un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs, exclusion de toute

⁹⁵⁰ V. *supra*, n° 200.

concurrence sur le marché dérivé, et caractère arbitraire du refus⁹⁵¹. Seule la première condition du caractère indispensable du produit ou service pour l'activité en cause n'apparaît pas de manière explicite dans l'arrêt du Tribunal. Mais dans l'ensemble, il est incontestable que les juges de la Cour de justice se sont appuyés sur le raisonnement déjà tenu devant le Tribunal. Cependant, le raisonnement présenté par la Cour est plus elliptique que celui du Tribunal. D'où l'intérêt de rappeler la position du Tribunal. En effet, sans que cela puisse être affirmé catégoriquement, il n'est pas impossible de considérer que là où il y a ellipse – c'est-à-dire là où la Cour s'abstient de retranscrire l'intégralité de l'argumentation du Tribunal –, il y a, d'une certaine manière, approbation tacite des propos du Tribunal par la Cour.

Or, ce qui nous intéresse particulièrement dans l'argumentation du Tribunal est le fait que celui-ci fait précéder la série des circonstances exceptionnelles d'un argument d'ordre plus général, une sorte de principe supérieur qui légitime l'exception tirée de circonstances de fait particulières : *« s'il est certain que l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86 »*. Le Tribunal poursuit : *« en effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 »*⁹⁵².

320. – Un principe contredisant la distinction existence-exercice. Tout d'abord, on peut relever une certaine hypocrisie de la part des juges lorsqu'à l'attendu précédent, ils rappellent, en se fondant sur l'arrêt *Warner*⁹⁵³, que la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère à son titulaire le droit de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée⁹⁵⁴. En toute logique, on devrait en déduire que le refus de licence relève de l'objet spécifique du droit d'auteur, et donc du domaine de l'existence du droit d'auteur. Mais

⁹⁵¹ TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd contre Commission*, aff. T-76/89, Rec. p. II-575, point 58.

⁹⁵² TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc., point 56.

⁹⁵³ CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers*, aff. préc.

⁹⁵⁴ TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc., point 55.

tout le reste du raisonnement qui consiste à apprécier le caractère abusif ou non du refus de licence fait référence à l'exercice du droit, comme nous pouvons en juger dans le passage cité ci-dessus. Les juges font donc basculer le refus de licence du champ de l'existence vers celui de l'exercice, et ce sans aucune justification. Cette présentation participe certainement d'un souci de sauver les apparences : afin qu'il ne soit pas dit des autorités communautaires qu'elles s'immiscent dans l'existence du droit d'auteur, elles incluent dans le champ de l'exercice toute pratique dont elles entendent apprécier la licéité au regard de la norme communautaire, quitte à ce que cela soit fait de manière artificielle, et quitte à ce que cela contredise les critères dégagés antérieurement par la jurisprudence relative à la distinction existence-exercice.

Ensuite, cet énoncé révèle que les juges ont introduit une exception à l'intangibilité de l'existence en vertu d'un principe tout à fait inédit qui permet aux autorités communautaires d'exercer un contrôle extrêmement large sur l'utilisation qui peut être faite de droits d'auteur. C'est principalement en cela que l'argumentation des juges prête le flanc à la critique. Le système ainsi instauré a en effet pu être qualifié de « *système de licence obligatoire [...] à la discrétion des autorités communautaires* »⁹⁵⁵. Il est vrai que le mécanisme de l'exception semble guidé par un principe empreint d'une forte subjectivité, puisqu'il s'agit pour le juge d'apprécier la conformité de l'« exercice » du droit d'auteur aux objectifs du traité. En effet, l'arrêt du Tribunal précise bien que l'exercice du droit exclusif de reproduction – et notamment, selon lui, le refus de licence – ne peut poursuivre un but manifestement contraire à l'article 86 du Traité de Rome. Il en résulte que le refus de licence, bien qu'étant une modalité d'expression du droit exclusif de reproduction qui relève de l'existence du droit, peut être jugé illicite par les autorités communautaires lorsque les circonstances traduisent que son utilisation contrarie les objectifs des traités. Ceci revient donc, *in fine*, à un contrôle communautaire du droit d'auteur portant jusque sur l'existence du droit, et dont le caractère téléologique est indéniable.

Dans l'arrêt du Tribunal, les juges se sont donc arrogé le droit de vérifier que le droit d'auteur – peu important qu'il s'agisse de son exercice ou de son existence – ne contrariait en rien les objectifs des Traités. Pour ce faire, ils ont eu recours au critère de la fonction

⁹⁵⁵ G. BONET, « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *Daloz Aff.*, 1996, p. 827.

essentielle du droit d'auteur⁹⁵⁶, considérée par les juges comme étant d'assurer la « *protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* »⁹⁵⁷. Que le droit moral soit reconnu comme essentiel au droit d'auteur est une bonne chose. On aurait pu s'attendre à trouver, face à lui, son pendant patrimonial, que constituent les droits exclusifs de reproduction et de représentation. Au lieu de cela, les juges se cantonnent au seul aspect de la rémunération de l'auteur. Celle-ci relève certes du domaine des droits patrimoniaux, mais, fort heureusement, les prérogatives résultant des droits patrimoniaux ne se résument pas à cela. Et en premier lieu, les droits de reproduction et de représentation sont des droits exclusifs qui – comme leur nom l'indique – permettent à l'auteur d'exclure les tiers de sa création.

L'affirmation jurisprudentielle est donc éminemment réductrice en ce qu'elle fait de la rémunération l'essentiel de ce qui constitue les aspects patrimoniaux du droit d'auteur. Le droit d'auteur se voit ainsi réduit à la simple fonction de droit à rémunération⁹⁵⁸. On voit ici à quel point les prises de position des autorités communautaires peuvent se révéler dangereuses. Elles redéfinissent purement et simplement les contours des prérogatives de l'auteur qu'ont définis les législateurs nationaux. Le pouvoir d'exclusion, propre du droit exclusif, n'est en effet, dans l'arrêt du Tribunal, pas reconnu au titre des prérogatives essentielles de l'auteur que le juge communautaire s'interdit de remettre en cause. L'auteur peut ainsi se voir dépossédé de prérogatives initialement conférées par des dispositions de droit national, en vertu du droit communautaire, et ce indépendamment du partage de compétence opéré par la distinction existence-exercice.

On peut voir là, de la part des autorités communautaires, une véritable volonté de modélisation du droit d'auteur, qui apparaît d'ailleurs comme particulièrement poussée lorsque le Tribunal énonce que l'exercice d'un droit d'auteur est contraire au traité dès lors que le droit est détourné de sa fonction essentielle. En effet, non seulement le Tribunal définit lui-même la fonction essentielle, mais il la définit au travers d'un certain nombre d'éléments,

⁹⁵⁶ Cf. *supra*, n^{os} 176 et s.

⁹⁵⁷ TPICE, 10 juillet 1991, aff. préc., point 56. Sur la maladresse de la formule concernant la protection morale de l'œuvre, cf. *supra*, n^o 184.

⁹⁵⁸ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173 : « *Le droit de propriété intellectuelle ne conférerait plus un monopole au sens précis du mot, c'est-à-dire une exclusivité, mais seulement un droit d'exploitation assorti du droit d'obtenir une redevance pour l'exploitation que tout tiers intéressé serait libre d'en faire. À cela se limite la fonction de récompense du droit sur une création* ». L'expression de « droit à rémunération » est depuis très largement partagée par la doctrine.

sous réserve que ceux-ci soient conformes à la lettre et à l'esprit de l'article 86 du Traité de Rome : « *la fonction essentielle [du droit], au sens de l'article 36 du traité, [...] est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86* ». Cette construction juridique est tout à fait contestable : outre le fait qu'elle traduit des incohérences par rapport à la jurisprudence antérieure et à la distinction existence-exercice établie de longue date, elle dénote un caractère très autocratique dans la mesure où une telle jurisprudence offre au juge le pouvoir de déterminer lui-même l'emprise du droit communautaire sur le droit d'auteur. Or, il apparaît finalement qu'aux termes de cette jurisprudence, les entorses portées au droit d'auteur pourraient être légitimées chaque fois que le juge serait en mesure de constater une contrariété aux objectifs du traité. En effet, comme le relevait le professeur Bonet, « *il manque une précision indispensable pour écarter le risque d'arbitraire : à quoi correspond de façon très exacte la poursuite d'un "but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86" ?* »⁹⁵⁹. À ce compte, autant simplifier le propos du Tribunal : il ne peut être porté atteinte au droit d'auteur lorsque son utilisation est conforme aux objectifs du traité ; en revanche, si son utilisation n'est pas conforme, le juge peut intervenir en vue de faire cesser l'infraction dénoncée. Une telle jurisprudence conduit donc en définitive à nier toute spécificité quant à l'application des règles de concurrence dans le domaine du droit d'auteur⁹⁶⁰.

c) *Portée du principe sous-jacent à l'exception*

321. – De l'arrêt du Tribunal à l'arrêt de la Cour : une continuité jurisprudentielle.

Les arrêts du Tribunal de première instance ont donc ouvert une brèche dans la construction juridique qu'avaient jusqu'alors entreprise les juridictions communautaires en apportant une exception au principe de l'intangibilité de l'existence du droit d'auteur. Il convient cependant d'en apprécier la portée, car l'affaire ne s'en est pas tenue là : elle a donné lieu à l'arrêt de la Cour de justice du 6 avril 1995⁹⁶¹. Or, précisément, dans l'arrêt de la Cour, nous ne

⁹⁵⁹ G. BONET, « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, 3/1993, p. 173.

⁹⁶⁰ Dans le même sens, H. CALVET et T. DESURMONT, « L'arrêt *Magill* : une décision d'espèce ? », *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 3 : « [le Tribunal] subordonnait le rôle [de la fonction essentielle du droit] "au respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86", ce qui revenait à priver ce concept de toute utilité puisque sa raison d'être est justement de fixer des limites à l'emprise du Traité sur les droits de propriété intellectuelle ».

⁹⁶¹ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743.

retrouvons pas l'affirmation du principe sous-jacent à l'exception. En effet, la Cour ne justifie l'appréciation du caractère abusif du refus de licence que par les seules circonstances exceptionnelles, sans que celles-ci découlent d'un principe de portée plus générale comme celui dégagé par le Tribunal.

Le rejet du pourvoi des demandeurs ne nous dit rien de l'approbation ou non par la Cour du principe soulevé par le Tribunal. La Cour n'a pas dit explicitement qu'elle l'approuvait, mais elle n'a pas dit non plus explicitement qu'elle le condamnait ; elle ne s'est tout simplement pas prononcée sur ce point. La motivation de l'arrêt le confirme : « *le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le comportement des requérantes d'abus de position dominante [...] ; il s'ensuit que, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la motivation des arrêts entrepris dans la mesure où elle est fondée sur l'article 36 du traité, le moyen [...] doit être rejeté* »⁹⁶². Un auteur en tirait la conclusion, à propos de l'abus, qu'« à aucun moment la Cour n'inclut dans son raisonnement une analyse de l'objet spécifique ou de la fonction essentielle du droit d'auteur »⁹⁶³. En cela, il rejoignait l'opinion du professeur Michel Vivant qui affirmait que l'arrêt *Magill* ne procédait pas d'une logique de droit d'auteur⁹⁶⁴.

Il est certain que la Cour n'a pas expressément visé des principes relatifs au droit d'auteur. Sans doute l'a-t-elle fait délibérément, afin de ne pas prêter trop facilement le flanc aux vives critiques dont avait fait l'objet l'argumentation du Tribunal. Mais cet évitement nous semble de pure forme. Sur le fond, la position de la Cour n'est selon nous pas si éloignée de celle du Tribunal.

D'une part, il apparaît clairement que les motifs de la Cour ont été inspirés par l'arrêt du Tribunal de première instance. Certes, des circonstances exceptionnelles à même de caractériser un refus de licence comme abusif étaient déjà évoquées dans l'arrêt de *Volvo* de 1988. Mais comme on l'a déjà relevé, l'arrêt *Volvo* ne faisait qu'énoncer, à titre illustratif (d'autant que l'appréciation de la Cour ne conduisait pas à retenir le caractère abusif) un

⁹⁶² CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., points 57 et 58 ; c'est nous qui soulignons.

⁹⁶³ J.-B. BLAISE, « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles" », *Dalloz Aff.*, 1996, p. 859

⁹⁶⁴ J.-B. BLAISE, *loc. cit.*, renvoyant à M. VIVANT, « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (À propos de l'arrêt *Magill* de la Cour de justice) », *JCP* 1995. I. 3883, n° 5.2.

certain nombre de circonstances de fait, sans chercher à établir des catégories transposables à d'autres espèces⁹⁶⁵. On ne peut donc pas considérer la motivation de l'arrêt *Magill* comme un prolongement de celle de l'arrêt *Volvo*. En revanche, la série de circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill* semble très proche de celle dégagée par le Tribunal. Il n'est donc pas impossible – et il est peut-être même probable – que la Cour, qui a validé la partie du raisonnement relative à la description des circonstances exceptionnelles, ne soit pas en désaccord total avec le principe qui la sous-tend.

D'autre part, l'affirmation selon laquelle la motivation de l'arrêt *Magill* ne procéderait pas d'une logique de droit d'auteur⁹⁶⁶, doit être nuancée. On comprend bien que la Cour a cherché à contourner le terrain glissant de l'objet spécifique et de la fonction essentielle. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle n'a pas tenu compte du droit d'auteur dans son raisonnement. L'opinion de nombreux auteurs, qui ont vu dans l'arrêt *Magill* une décision d'espèce⁹⁶⁷, semble le confirmer. Il a en effet été fréquemment relevé par la doctrine que l'arrêt *Magill* avait été inspiré par des considérations d'espèce, principalement en raison du fait que l'affaire mettait en cause un droit de *copyright* dont l'attribution pouvait sembler litigieuse, eu égard à la nature du contenu protégé, à savoir des grilles de programme de télévision. Considérant que le contenu protégé s'apparentait en réalité à de l'« *information brute* »⁹⁶⁸, la Cour a permis l'accès à cette information, au même titre qu'elle aurait permis l'accès à n'importe quelle « *matière première* »⁹⁶⁹, sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles⁹⁷⁰.

Dans cette perspective, le professeur Georges Bonet considérait que les arrêts du Tribunal de première instance étaient des décisions d'espèce, inspirées « *par la conviction que les grilles de programmes de télévision ne méritent pas la protection du droit d'auteur et que l'équité commande en conséquence de corriger l'excessive mansuétude du juge irlandais par le recours à l'article 86 du Traité* ». Il ajoutait que « *le juge communautaire sanctionnerait, de cette manière, une sorte d'abus de position dominante dans l'application du droit national* ».

⁹⁶⁵ Cf. *supra*, n° 312.

⁹⁶⁶ Cf. ci-dessus.

⁹⁶⁷ V. not. H. CALVET et T. DESURMONT, « L'arrêt *Magill* : une décision d'espèce ? », *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 3, ou encore G. BONET, *chron. de propr. intel., RTD eur.* 1995.835, également publié sous le titre « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *Dalloz Aff.*, 1996, p. 827.

⁹⁶⁸ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., points 53 et 56.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ V. la référence à l'arrêt *Commercial Solvents*, point n° 56.

que commettrait, si l'on peut dire, le juge national chargé d'apprécier l'existence du droit de propriété intellectuelle, qui serait ainsi sanctionné »⁹⁷¹. L'analyse nous semble tout à fait exacte, et corroborée par l'affirmation du Tribunal selon laquelle le refus de licence était abusif dans la mesure où il dépassait le cadre de la fonction essentielle du droit d'auteur⁹⁷². L'avocat général avait également bien identifié le problème lorsqu'il laissait entendre qu'« on peut raisonnablement faire valoir que l'effort lié à l'élaboration des grilles de programmes ne mérite guère d'être protégé au point qu'il soit justifié d'admettre que l'auteur peut empêcher la publication de guides TV généraux hebdomadaires »⁹⁷³. Néanmoins, par souci du respect de l'article 36 du Traité de Rome et des principes communautaires dégagés sous ce visa, il réfutait en revanche l'idée que les juridictions communautaires puissent d'elles-mêmes apporter un correctif à l'étendue d'une protection nationale jugée excessive.

Nous voyons ainsi que le constat d'un *copyright* peu justifié a fait l'objet d'un large consensus, tant pour les juridictions que pour la doctrine. Les solutions proposées, en revanche, ont différé puisque la Cour, guidée par la volonté de remettre en cause une protection qu'elle estimait indue, a permis, sur avis contraire de l'avocat général, que l'exercice du droit exclusif de reproduction soit contraint.

Certes, comme dans tout problème de concurrence, la Cour était, à titre principal, préoccupée par l'application des règles de concurrence. Elle n'a pour autant pas exclu toute logique de droit d'auteur dans son raisonnement. Elle a au contraire apporté une pierre à l'édifice du bon usage du droit d'auteur dans le cadre communautaire en laissant entendre que l'auteur ne peut se retrancher systématiquement derrière l'existence de son droit exclusif pour contrer l'application du droit de la concurrence, en particulier lorsque le contenu protégé s'apparente à des « *informations brutes* »⁹⁷⁴. Dans ce sens, il nous semble que l'arrêt de la Cour, sans reprendre textuellement l'argumentation du Tribunal, ne remet pas directement en cause celle-ci.

⁹⁷¹ G. BONET, *eod. loc.*

⁹⁷² Cf. *supra* n° 319.

⁹⁷³ CJCE, 6 avril 1995, aff. préc., concl. de l'av. gén. Gulmann présentées le 1^{er} juin 1994, point 123.

⁹⁷⁴ G. BONET, *eod. loc.* : « L'arrêt de la Cour donne à penser qu'à l'avenir les juges communautaires n'hésiteront pas à ignorer l'existence d'un droit d'auteur dans un État membre chaque fois que le juge national appliquant la loi nationale aura admis une protection qu'ils jugeront sans fondement selon des critères relevant pour le moment de leur intime conviction ».

§ 2. – L’arrêt *Tiercé Ladbroke*, un arrêt prétendument confirmatif

322. – L’arrêt *Tiercé Ladbroke*⁹⁷⁵. Le problème soumis au juge communautaire concernait la retransmission de courses hippiques. Les sociétés organisatrices de courses de chevaux bénéficient d’un droit d’auteur sur les images et commentaires sonores des courses hippiques. Sur le marché français, les droits télévisuels sont gérés par le Pari mutuel urbain (PMU) – un groupement d’intérêt économique regroupant les diverses sociétés de course françaises – pour la diffusion en France, et par le Pari mutuel international (PMI), filiale du PMU, pour la diffusion à l’étranger. La société Ladbroke, société de droit belge, qui organise des paris sur les courses de chevaux se déroulant à l’étranger, avait sollicité le droit de retransmettre les images et les sons des courses françaises, aussi bien auprès du PMU que du PMI et des sociétés de courses françaises elles-mêmes. La société belge s’était vu opposer un refus de toutes parts. Elle a alors déposé plainte devant la Commission sur le fondement des articles 85 et 86 du Traité CE. Elle visait notamment à faire constater le caractère abusif du refus de licence, notamment au regard des critères dégagés par la jurisprudence *Magill*. La Commission ayant rejeté sa plainte, la société Ladbroke a introduit un recours devant le Tribunal de première instance. Si ce dernier donne raison à la société Ladbroke sur le terrain des ententes, il rejette en revanche le recours en ce qui concerne l’abus de position dominante, estimant que les conditions de l’arrêt *Magill* ne sont pas réunies.

Outre le fait qu’il apporte une précision intéressante sur la question de la connexité des marchés principal et dérivé (A), l’arrêt *Tiercé Ladbroke* du Tribunal fournit un argumentaire censé reprendre les conditions de l’arrêt *Magill*. Plutôt confus, celui-ci permet de douter du caractère réellement confirmatif de l’arrêt, pourtant souvent souligné en doctrine⁹⁷⁶ (B).

A. – L’APPRÉCIATION DE LA CONNEXITÉ DES MARCHÉS

323. – **Notion de connexité de marchés.** Il est admis qu’une entreprise puisse commettre un abus de position dominante sur un marché différent de celui où elle occupe une position dominante, dans la mesure où les deux marchés ainsi désignés présentent un lien de connexité

⁹⁷⁵ TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec.* p. II-923.

⁹⁷⁶ V. notamment G. BONET, « Le principe communautaire des facilités essentielles comme limite du droit de l’auteur : confirmation de la jurisprudence *Magill* », *D.* 1999, p. 303.

suffisant⁹⁷⁷. Il est naturellement très difficile de se prononcer de manière abstraite sur le caractère suffisant ou non du lien de connexité entre les marchés. Mais en tout état de cause, on perçoit bien que de telles hypothèses d'abus de position dominante doivent demeurer exceptionnelles, car s'il est admis que la position dominante d'une entreprise lui confère une responsabilité particulière sur le marché dominé⁹⁷⁸, on ne peut envisager que cette responsabilité soit étendue sans réserves à des marchés sur lesquelles elle n'est pas en situation de domination. C'est la raison pour laquelle un abus « *ne peut être mis en évidence sur un marché autre que le marché dominé que s'il y a des circonstances spéciales qui autorisent une telle translation de la responsabilité particulière de l'entreprise dominante* »⁹⁷⁹.

Examinons la question de la connexité des marchés dans l'affaire *Ladbroke*. Le marché principal, dont la délimitation par la Commission a été approuvée par le Tribunal, peut être défini comme le marché de la retransmission des sons et des images des courses hippiques⁹⁸⁰, étant précisé qu'un tel marché ne peut être que de dimension nationale⁹⁸¹. La Commission admet par ailleurs que la transmission télévisée des courses hippiques constitue un service complémentaire à celui de la prise de paris. En ce sens, on peut considérer qu'il existe un lien de connexité entre le marché de la retransmission télévisée des courses hippiques, qui pourrait

⁹⁷⁷ V. par exemple Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir* : « *considérant que la jurisprudence, tant française que communautaire, vérifie que les pratiques constatées sur un marché donné et dénoncées comme abusives sont dans un rapport de causalité avec la domination exercée sur un marché ; que, lorsque le marché où se sont déroulées les pratiques litigieuses et le marché dominé sont distincts, cette vérification conduit, généralement, à s'assurer que ces deux marchés ont un lien de connexité objectif* » – L'Autorité de la concurrence affirme par ailleurs désormais de manière systématique dans ses rapports qu'« *une pratique abusive commise sur un marché non dominé peut être qualifiée d'abus de position dominante, dès lors qu'il existe un marché dominé et un lien de connexité entre le marché non dominé et le marché dominé. En effet, en présence de deux marchés distincts, il est nécessaire de tenir compte du lien de connexité pouvant exister entre eux* » (v. p. ex. Autorité conc., *Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011, p. 242).

En droit communautaire, v. p. ex. CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec. p. I-5951*.

⁹⁷⁸ CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, *Rec. p. 3461*, point 57 : « *la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun* ».

⁹⁷⁹ C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF Thémis, 2002, p. 906.

⁹⁸⁰ TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec. p. II-923*, points 64 et s., et point 88.

⁹⁸¹ TPICE, 12 juin 1997, aff. préc., points 97 et s., et point 108.

être qualifié de marché principal ou de marché amont, et celui de la prise de paris sur ces courses, qui pourrait être qualifié de marché dérivé ou de marché aval. Parler de connexité ne préjuge en revanche en rien du caractère suffisant ou non du lien de connexité, qui s'apprécie, comme nous l'avons dit, au regard de circonstances spéciales. C'est notamment l'objet des conditions posées par la jurisprudence *Magill*, nous y reviendrons.

324. – Incidence de la dimension du marché sur la connexité des marchés. Pour que la société Ladbroke puisse se prétendre victime d'un refus abusif selon les critères de la jurisprudence *Magill*, elle devait donc être empêchée d'accéder à un marché aval : celui de l'organisation de paris sur les courses hippiques. Or, comme le précise le Tribunal, la société Ladbroke est non seulement déjà présente, mais elle occupe au surplus « *la plus grande part* » de ce marché⁹⁸². Par ailleurs, on peut ajouter que si le marché aval est le marché belge des paris sur les courses hippiques, la logique imposerait que le marché amont de la retransmission des images et des sons de courses soit également un marché limité au territoire belge. Or, aux termes de l'analyse du marché en cause par la Commission, les marchés de la transmission des images et des sons de courses sont de dimension nationale. Cela signifie que le marché des images et des sons de courses françaises est un marché limité au territoire français. Par conséquent, même si les sociétés de courses françaises sont en position dominante sur le marché français, elles ne peuvent l'être sur le marché belge. Or, c'est bien ce dernier qui constituerait le marché amont si l'on appliquait la jurisprudence *Magill*. C'est dans ce sens que le Tribunal a exclu d'appliquer la jurisprudence *Magill* « *en l'absence d'une exploitation directe ou indirecte par les sociétés de courses de leurs droits de propriété intellectuelle sur le marché belge* »⁹⁸³.

⁹⁸² TPICE, 12 juin 1997, aff. préc., point 130.

⁹⁸³ *Ibid.*

B. – UNE CONFIRMATION DISCUTABLE DE LA JURISPRUDENCE *MAGILL*

325. – Si l'arrêt *Tiercé Ladbroke* ne transpose pas fidèlement les circonstances exceptionnelles de l'arrêt *Magill* (1), il n'en apporte pas moins un éclairage nouveau sur la portée de ce dernier (2).

1) *Une transcription infidèle des circonstances exceptionnelles de l'arrêt Magill*

326. – **Le caractère alternatif de deux conditions : l'absence de substitut réel ou potentiel et l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau.** Nous avons relevé que la première des conditions de l'arrêt *Magill* pouvait en réalité être décomposée en deux conditions distinctes : l'absence de substitut réel ou potentiel au produit couvert par le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. Nous avons également relevé que ces deux conditions présentaient, avec les deux autres restantes, un caractère cumulatif⁹⁸⁴. Or, la formulation des motifs de l'arrêt *Tiercé Ladbroke* du Tribunal prend une toute autre direction : « *le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 86 que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs* »⁹⁸⁵. Les deux premières conditions présentent ainsi un caractère alternatif. Il en résulte, globalement, que les conditions permettant de qualifier d'abusif un refus de licence de droit d'auteur sont beaucoup moins restrictives qu'elles ne l'étaient dans l'arrêt *Magill*.

Ceci n'est naturellement pas une bonne nouvelle pour le droit d'auteur, car bien qu'insatisfaisante à de multiples égards, la jurisprudence *Magill* constituait un garde-fou contre une application trop invasive du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur ; or, le caractère alternatif des conditions rabaisse considérablement la hauteur de ce garde-fou. On ne peut comprendre les motifs qui ont poussé les juges du Tribunal à élargir à ce point les conditions d'admission de l'abus de position dominante en matière de refus de licence de droit d'auteur. Cet écart étonne d'autant plus que la motivation se réclame

⁹⁸⁴ Cf. *supra* n° 312.

⁹⁸⁵ TPICE, 12 juin 1997, aff. préc., point 131 ; c'est nous qui soulignons.

ouvertement de la jurisprudence *Magill*. Par ailleurs, d'un point de vue logique, les deux pendants de l'alternative sont, comme on l'a vu, situés sur des terrains respectifs bien différents : l'un concerne la levée d'une barrière à l'entrée sur un marché, l'autre concerne l'intérêt du consommateur. On ne voit donc pas en quoi le fait que l'une des deux conditions soit remplie justifie que l'autre puisse être écartée.

Quoiqu'il en soit, aucune des conditions ne semblait réunie en l'espèce. Le Tribunal a en effet relevé que « *la transmission télévisée des courses hippiques [...] n'est pas en soi indispensable à l'activité principale des bookmakers, c'est-à-dire la prise de paris* »⁹⁸⁶. S'agissant de la condition de l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, le Tribunal ne dit rien, ce qui semble assez logique compte tenu du caractère alternatif attribué aux deux conditions. On peut cependant noter que la Commission s'était prononcée sur la question et considérait que « *le refus des sociétés de courses d'octroyer à Ladbroke une licence pour la diffusion des sons et images français n'aurait pas pour effet de priver les parieurs d'un service, c'est-à-dire des sons et images, lequel serait fondamentalement différent du service existant, c'est-à-dire la prise de paris* »⁹⁸⁷. C'est principalement au vu de ces circonstances que le Tribunal a pu conclure que le refus de licence ne présentait pas de caractère abusif en l'espèce.

327. – Le rappel ambigu des deux autres conditions : l'absence de justification objective au refus et l'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé. Les deux autres conditions de la jurisprudence *Magill* transparaissent bien dans la décision du Tribunal, mais en demi-teinte, pourrait-on dire. La requérante avait invoqué la jurisprudence *Magill*. C'est donc de manière fort logique que le Tribunal débute sa réponse en reprenant explicitement, comme nous venons de le voir, les deux premières conditions de l'arrêt de *Magill*. S'agissant des deux conditions suivantes, on ne peut dire qu'elles sont absentes du raisonnement, mais force est de constater que lorsque le Tribunal les évoque, il cesse de s'appuyer explicitement sur le fondement de l'arrêt *Magill* pour citer d'autres arrêts de la Cour illustrant l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Il évoque ainsi l'arrêt *CBEM* aux termes duquel « *constitue un abus au sens de l'article 86 fait, pour une entreprise en position dominante, de se réserver [...], sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par*

⁹⁸⁶ TPICE, 12 juin 1997, aff. préc., point 133.

⁹⁸⁷ TPICE, 12 juin 1997, aff. préc., point 117.

une tierce entreprise sur un marché voisin mais distinct »⁹⁸⁸. On y retrouve, peu ou prou, les deux dernières conditions de la jurisprudence *Magill* que sont l'absence de justification objective et la réservation d'un marché dérivé. Il eût donc été aussi simple, pour le Tribunal, de poursuivre sur sa lancée en énonçant textuellement les troisième et quatrième conditions de l'arrêt *Magill*, à la suite des première et deuxième déjà citées. Le choix de la référence jurisprudentielle à l'arrêt *CBEM* plutôt qu'à l'arrêt *Magill* nous semble difficilement explicable, et ne clarifie à tout le moins pas la position du Tribunal face à cette jurisprudence. On peut en tout cas douter de sa volonté d'apporter une confirmation franche à la jurisprudence *Magill*, compte tenu de l'écart que constitue, sur le fond, l'affirmation du caractère alternatif de certaines conditions, et du choix d'en référer à d'autres arrêts que l'arrêt *Magill* s'agissant d'autres conditions.

2) **Un éclairage nouveau sur la portée de l'arrêt *Magill***

328. – Les espoirs déçus de voir en l'arrêt *Magill* une décision d'espèce. Si l'on peut hésiter à parler de véritable confirmation de la jurisprudence *Magill* à la lecture de l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, il ne fait en revanche aucun doute que si les quatre conditions de l'arrêt *Magill* avaient été réunies, la qualification d'abus de position dominante aurait été retenue et aurait conduit l'entreprise titulaire des droits d'auteur à concéder des licences sur injonction du juge. En effet, le fait que les deux premières conditions soient alternatives dans l'arrêt du Tribunal ne constitue en rien un obstacle à l'application de la jurisprudence *Magill* : au contraire, cela démultiplie les possibilités d'appliquer la jurisprudence *Magill* dans des hypothèses où la première ou la deuxième condition feraient défaut. *A fortiori*, si les deux premières conditions sont réunies, tout concourt à ce que la jurisprudence *Magill* soit appliquée. Quant aux deux conditions suivantes, même s'il n'est pas explicitement fait référence à l'arrêt *Magill* à leur endroit, elles ne diffèrent en rien sur le fond. Tout porte donc à croire, avec cet arrêt *Tiercé Ladbroke*, que l'arrêt *Magill* ne restera pas un arrêt d'espèce.

Les espoirs de voir en l'arrêt *Magill* une décision isolée ne peuvent donc qu'être déçus. En outre, arrêt d'espèce ou non, l'arrêt *Magill* avait été perçu comme la conséquence d'une protection inappropriée d'un contenu purement informatif par le droit d'auteur. Dans cette perspective, bon nombre d'auteurs relativisaient leur critique à l'encontre de la décision. La

⁹⁸⁸ CJCE, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, aff. 311/84, *Rec.* p. 3261.

jurisprudence *Magill* semble en effet acceptable – au nom du pragmatisme économique, et quoiqu'elle bouscule de façon regrettable certains principes européens relatifs au droit d'auteur – dans la mesure où elle se cantonne à des hypothèses où l'originalité de l'œuvre est à ce point incertaine qu'elle rend la protection par le droit d'auteur extrêmement discutable. Ainsi en est-il du contenu de grilles de programmes de télévision dont le caractère purement informatif rend suspect le monopole conféré par le droit d'auteur.

De ce point de vue, il nous semble que l'arrêt *Tiercé Ladbroke* du Tribunal apporte un éclairage différent qui n'est pas de nature à dissiper les craintes inspirées par l'arrêt *Magill*. Dans l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, il est en effet question d'un droit d'auteur portant sur des images et des sons de courses hippiques⁹⁸⁹. Nous sommes ici assez loin du contenu purement informatif. Il s'agit en effet d'une œuvre audiovisuelle dont l'originalité – qui ne semble pas remise en cause – semble se manifester tant du point de vue sonore, avec des commentaires relatifs aux courses, que du point de vue visuel, avec des plans et montages propres à chaque course. Peut-on réellement déceler, dans ces circonstances, une quelconque empreinte de la personnalité, voire le simple apport intellectuel de l'auteur ? Rien n'est moins certain. On se gardera de se prononcer en lieu et place du juge belge, compétent en l'espèce. Quoiqu'il en soit, le contenu audiovisuel se rapproche bien davantage de l'idée qu'on peut se faire d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, que la simple mise en forme d'informations brutes.

Les circonstances exceptionnelles se voient donc globalement confirmées, mais dans un cadre sensiblement différent de celui de l'arrêt *Magill*. Si le Tribunal refuse en définitive de qualifier l'abus de position dominante sur le fondement de la jurisprudence *Magill*, estimant que les circonstances ne sont pas réunies, il ne semble en revanche pas préoccupé par le fait que l'application de cette jurisprudence porte cette fois-ci sur une hypothèse où l'œuvre protégée par le droit d'auteur n'est pas assimilable à un contenu purement informationnel et présente surtout une forme d'originalité. Le domaine d'application de la jurisprudence *Magill* semble donc bien plus étendu que ce que pouvaient espérer certains commentateurs au lendemain de l'arrêt, dans la mesure où il ne distingue absolument pas entre les différents types de contenus protégés par le droit d'auteur.

⁹⁸⁹ Le bien-fondé de la protection par le droit d'auteur peut toutefois être discuté. S'agissant de manifestations à caractère sportif, les courses de chevaux pourraient être à plus juste titre protégées par des droits d'exploitation *ad hoc* tels que ceux prévus par la loi française en matière de retransmission de manifestations et de compétitions sportives (articles L. 333-1 et s. du Code du sport).

Pouvait-il d'ailleurs en être autrement ? Il n'est pas du tout certain que les conditions posées par l'arrêt *Magill* permettaient au juge de disposer d'une marge d'appréciation quant à l'opportunité d'appliquer la solution de l'arrêt *Magill* selon le type de contenu protégé. Certes, on se rappelle, dans l'affaire *Magill*, de l'arrêt du Tribunal de première instance dans lequel les juges avaient dénoncé le refus de licence, en ce que celui-ci procédait d'un détournement de la fonction essentielle du droit d'auteur. Quoique critiquable pour les raisons qu'on a déjà citées⁹⁹⁰, un tel raisonnement semblait permettre au juge communautaire de disposer d'une grande latitude dans l'appréciation de l'opportunité de l'obligation de licence faite au titulaire du droit d'auteur. Ainsi, le professeur Georges Bonet écrivait que « *l'arrêt de la Cour donne à penser qu'à l'avenir les juges communautaires n'hésiteront pas à ignorer l'existence d'une droit d'auteur dans un État membre chaque fois que le juge national appliquant la loi nationale aura admis une protection qu'ils jugeront sans fondement selon des critères relevant [...] de leur intime conviction* »⁹⁹¹.

De la même manière, on aurait pu imaginer que le Tribunal recoure, dans l'affaire *Ladbroke*, à la notion de « fonction essentielle » pour juger par exemple que le droit d'auteur invoqué en l'espèce n'était pas détourné de sa finalité. Ceci étant, l'affirmation ou la dénégation du détournement de la fonction essentielle n'aurait pas suffi à dire si la jurisprudence *Magill* devait s'appliquer ou non. Car si, dans l'affaire *Magill*, l'arrêt du Tribunal demeure important à nos yeux en ce qu'il éclaire certains aspects du raisonnement de la Cour, il ne faut pas oublier que c'est en définitive l'arrêt de la Cour qui pose de manière formelle les conditions d'application de la jurisprudence au travers des fameuses « *circonstances exceptionnelles* ». Si l'on suit la logique du Tribunal dans l'affaire *Magill*, c'est d'ailleurs le cumul des circonstances qui démontre que le droit a été détourné de sa fonction essentielle. Or, nous ne voyons pas en quoi la nature du contenu protégé pourrait influencer sur l'appréciation des circonstances exceptionnelles. La protection aura beau porter sur une œuvre originale, rien n'empêchera que soient réunies les conditions d'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau indispensable, d'absence de substitut réel ou potentiel, d'absence de justification objective, et d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé.

⁹⁹⁰ Cf. *supra*, n° 320.

⁹⁹¹ G. BONET, chron. de propr. intel., *RTD eur.* 1995.835, également publié sous le titre « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *Dalloz Aff.*, 1996, p. 827.

En définitive, l'arrêt *Ladbroke* ne constitue pas une confirmation parfaite de l'arrêt *Magill*. Néanmoins, en démontrant que le caractère purement informatif du contenu protégé par le droit d'auteur n'est pas une condition d'application – même implicite – de la jurisprudence *Magill*, il ne limite en rien la portée de cette dernière. De fait, le principe de l'accès à l'œuvre en cas de refus de licence abusifs a pu, comme nous allons le voir, être mis en œuvre à plusieurs reprises dans la jurisprudence postérieure.

SECTION 2 LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE D'ACCÈS

329. – Les conditions de la mise en œuvre du principe d'accès à l'infrastructure protégée par le droit d'auteur ont pu être présentées sommairement à l'occasion de l'analyse de l'arrêt *Magill*. Elles ont néanmoins été considérablement développées par le jurisprudence ultérieure, au point que l'on peut parler, pour certaines d'entre elles, de véritable évolution. Nous reviendrons donc sur chacune de ces conditions de manière détaillée, afin d'en offrir une analyse critique (§ 1). Nous nous intéresserons dans un second temps aux conséquences qui découlent de la mise en œuvre de ce principe en examinant la question de la sanction du refus de licence abusif (§ 2).

§ 1. – Les conditions de la mise en œuvre du principe

330. – On doit à l'arrêt *IMS*⁹⁹² d'avoir récapitulé de manière claire l'ensemble des conditions d'application de la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs, en opérant une synthèse de l'arrêt *Magill* et de l'arrêt *Bronner*⁹⁹³ – bien que ce dernier constitue une

⁹⁹² CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, point 37 ; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. BONET, *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, juin 2004, comm. n° 69, obs. C. CARON ; *Europe*, 2004, comm. n° 214, obs. L. IDOT ; *Propr. intell.*, 2004, n° 12, p. 821, obs. V.-L. BENABOU ; *D.* 2004, p. 2366, obs. F. SARDAIN ; A. GENDREAU et D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law », *European Law Review*, 2004, p.687 ; E. DERCLAYE, « The IMS Health Decision: A Triple Victory », *World Competition*, 2004/3, p.397.

⁹⁹³ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-7791 ; *Europe*, janvier 1999, comm. n° 30, p.18, obs. L. IDOT ; *CCC*, mars 1999, comm. n° 43, p.16, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO ; *RTD com.* 1999, p. 798, obs. G. JAZOTTES, M. LUBY et S. POILLOT-PERUZZETTO.

application de la théorie des infrastructures essentielles dans un domaine étranger aux droits de propriété intellectuelle.

On doit également à l'arrêt *IMS* d'avoir tranché la question du caractère cumulatif des conditions. Celle-ci s'était posée après que l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, s'inspirant ouvertement de la jurisprudence *Magill*, en avait retranscrit les conditions de manière assez libre, pour ne pas dire singulière⁹⁹⁴. Il n'y a aucun doute, désormais, sur le fait que ces conditions d'application de la jurisprudence présentent un caractère cumulatif⁹⁹⁵.

Nous retrouvons dans l'arrêt *IMS* les trois conditions de l'arrêt *Magill* que sont l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau faisant l'objet d'une demande potentielle des consommateurs (B), l'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé (C), ainsi que l'absence de justification objective au refus de licence (D). Mais nous voyons également apparaître, de manière plus formelle qu'auparavant, une condition relative au caractère indispensable du produit ou service auquel l'accès est sollicité. Cette condition transparaissant dans l'arrêt *Magill*, sans avoir pour autant été nettement distinguée des autres. C'est désormais chose faite dans l'arrêt *IMS* qui développe la condition du caractère indispensable en tant que condition préalable à l'application de la jurisprudence⁹⁹⁶. Mais en définitive, la présentation n'a que peu d'importance : préalable ou non, la condition du caractère indispensable se cumule bien aux trois autres. Nous examinerons donc au total quatre conditions, en commençant par la condition tenant au caractère indispensable (A).

A. – LE CARACTÈRE INDISPENSABLE DU PRODUIT OU SERVICE, CONDITION PRÉALABLE À L'APPLICATION DE LA THÉORIE DES INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES

331. – Nous verrons tout d'abord comment l'introduction formelle de la condition apparaît comme une confirmation de la réception de la théorie des infrastructures essentielles

⁹⁹⁴ V. *supra*, n° 326.

⁹⁹⁵ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, aff. préc., point 38 : « pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé ».

⁹⁹⁶ V. *infra*, n°s 331 et s.

dans le domaine du droit d'auteur (1), avant de nous interroger sur la manière dont le juge peut apprécier ce caractère indispensable du produit ou du service (2).

1) L'introduction formelle de la condition du caractère indispensable comme confirmation de la réception de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine du droit d'auteur

332. – L'introduction formelle de la condition du caractère indispensable. Cette condition n'apparaissait pas, en tant que telle, de manière explicite dans l'arrêt *Magill*. Tout au plus était-il évoqué le fait, à l'occasion de l'étude de la condition du produit nouveau, que les informations brutes de programmes étaient une « *matière première indispensable* » à la réalisation d'un guide de télévision⁹⁹⁷. Elle a été formalisée pour la première fois dans l'arrêt *Bronner*⁹⁹⁸ qui en fait une condition à part entière. L'arrêt *IMS*, s'appuyant sur ce dernier, l'a reprise à son tour. En l'examinant de manière liminaire, il en a fait une « *prémisse* » à l'examen des trois autres conditions⁹⁹⁹. Notons que cette présentation, faisant du caractère indispensable du produit une condition préalable, semble également avoir les faveurs du droit interne. En effet, dans une décision *Digitechnic* de 2004, le Conseil de la concurrence avait jugé que, puisque la licence sollicitée par la plaignante n'était pas indispensable à l'exercice de son activité, la pratique ne pouvait être qualifiée d'abus de position dominante et ce, sans qu'il soit besoin d'examiner aucune des autres conditions relative à l'accès à une infrastructure essentielle protégée par un droit d'auteur¹⁰⁰⁰.

Indépendamment du caractère préalable de la condition, son introduction dans la jurisprudence relative aux refus abusifs de licence confirme la réception de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine du droit d'auteur. Naturellement, nous savons que l'arrêt *Magill* constituait déjà une illustration de l'application de cette théorie dans le domaine

⁹⁹⁷ V. *supra*, n° 312.

⁹⁹⁸ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 41 : « [...] encore faudrait-il, pour que l'arrêt *Magill*, puisse être utilement invoqué pour conclure à l'existence d'un abus au sens de l'article 86 du traité [...], non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁹⁹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 22.

¹⁰⁰⁰ Cons. conc., déc. n° 04-D-76 du 22 décembre 2004, *Digitechnic*, points 23 à 27 – Dans le même sens, Cons. conc., déc. n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Apple Computer, Inc.* dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques.

des propriétés intellectuelles. Mais le fait que la condition formellement exprimée dans l'arrêt *IMS* soit ouvertement reprise de l'arrêt *Bronner*¹⁰⁰¹ – qui constitue l'un des arrêts de référence concernant l'application de la théorie des infrastructures essentielles – manifeste explicitement l'intention délibérée des juges d'appliquer cette théorie en matière de refus de licence abusif.

333. – L'ambiguïté de la référence à l'absence de substitut réel ou potentiel. Si la condition du caractère indispensable du produit apparaît pour la première fois de façon aussi explicite au sujet d'un refus de licence de droit d'auteur, elle n'est pas totalement nouvelle pour autant. Ainsi que nous l'avons vu précédemment, elle transparaissait de l'analyse des juges, dans l'arrêt *Magill*, lorsque ces derniers évoquaient l'information brute en tant que « *matière première indispensable* » à la réalisation d'un guide hebdomadaire de télévision¹⁰⁰². Toutefois, rappelons que nous avons également observé une certaine ambiguïté dans le maniement des notions utilisées par la Cour, notamment lorsqu'elle invoquait l'absence de « *substitut réel ou potentiel* » dans un tout autre sens que celui retenu par la jurisprudence actuelle¹⁰⁰³. En tout état de cause, la référence au caractère indispensable du produit ou service protégé n'est, au mieux, dans l'arrêt *Magill*, qu'implicite¹⁰⁰⁴.

Les ambiguïtés ainsi mentionnées furent levées par la suite, notamment à l'occasion d'un arrêt *Oscar Bronner* de 1998¹⁰⁰⁵. Dans cet arrêt, les juges eurent à nouveau recours à la notion d'absence de substitut réel ou potentiel, mais dans un sens, cette fois-ci, tout à fait conforme à celui auquel on pourrait s'attendre. L'affaire portait sur un service de portage de journaux à domicile dont on se demandait s'il constituait, ou non, une ressource essentielle au sens de la théorie des infrastructures essentielles. Pour répondre à cette question, la Cour de justice avait fait référence à l'arrêt *Magill* et à ses circonstances exceptionnelles. Mais elle avait par ailleurs ajouté que, pour que l'arrêt *Magill* puisse être utilement invoqué, il faudrait que « *le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité [du demandeur], en ce sens*

¹⁰⁰¹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, aff. préc., point 28.

¹⁰⁰² Cf. *supra*, n° 312.

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ Mme Maréchal y voit pour sa part un « *postulat du raisonnement* » (C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 469). C'est bien la même idée, si ce n'est que la notion de postulat renvoie à une proposition qui, si elle n'est pas démontrée, n'en est pas moins formulée par son auteur. Or, la formulation ne nous semble ici pas évidente.

¹⁰⁰⁵ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc..

qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile »¹⁰⁰⁶. Cet arrêt posait donc de façon explicite le caractère indispensable du produit ou service constituant le marché amont comme condition d'application de la jurisprudence *Magill* au cas d'espèce¹⁰⁰⁷, et établissait clairement le lien entre la notion d'absence de substitut réel ou potentiel à cette condition du caractère indispensable.

Ce lien ne sera pas démenti par la suite puisque la jurisprudence récente continue de s'appuyer sur l'arrêt *Bronner* en matière de refus de licence abusifs. Ainsi en est-il par exemple de l'arrêt *Microsoft* du Tribunal de première instance de 2007¹⁰⁰⁸. La doctrine, quant à elle, associe elle aussi la notion d'absence de substitut à la condition du caractère indispensable¹⁰⁰⁹.

2) L'appréciation du caractère indispensable

334. – L'apport de l'arrêt *IMS* à la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs n'est pas tant de poser le caractère indispensable comme condition d'application de la jurisprudence que de fournir des éléments permettant d'apprécier ce caractère indispensable. Mais en réalité, ces éléments ne sont pas nouveaux puisqu'ils sont directement repris de

¹⁰⁰⁶ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 41.

¹⁰⁰⁷ Notons qu'à ce stade de l'histoire jurisprudentielle, il était difficile de savoir dans quelle mesure cet arrêt influencerait sur la jurisprudence de la Cour en matière de refus abusifs de licence de droits de propriété intellectuelle. En effet, quoique faisant référence à l'arrêt *Magill*, l'arrêt *Bronner* était rendu dans un domaine tout à fait étranger à la propriété intellectuelle.

Rétrospectivement, la jurisprudence ultérieure permet de considérer cet arrêt *Bronner* comme un arrêt charnière. Il constitue en effet un exposé clair des modalités d'application en droit communautaire de la doctrine des infrastructures essentielles, et, pour ce faire, s'appuie sur l'arrêt *Magill*. S'est ainsi créée une passerelle entre la question des refus de licences abusifs et la théorie des infrastructures essentielles. Cela se traduit de deux manières. D'une part, la reprise des conditions de l'arrêt *Magill* par l'arrêt *Bronner* pour étayer un raisonnement en matière d'infrastructure essentielle, démontre d'une certaine manière que la logique économique des infrastructures essentielles était bien présente dans l'arrêt *Magill*. D'autre part, la référence permanente à l'arrêt *Bronner* dans l'arrêt *IMS* (points 28, 37, 40 et 41) témoigne de l'intention claire des juges d'appliquer la théorie des infrastructures essentielles, y compris dans des domaines où des droits de propriété intellectuelle sont en cause.

Ainsi, la doctrine des infrastructures essentielles n'est ouvertement appliquée en matière de droit d'auteur que depuis l'arrêt *IMS*, mais les références contenues dans l'arrêt *Bronner* laissent penser qu'elle est déjà à l'œuvre dès l'arrêt *Magill*. C'est en cela que l'arrêt *Bronner* peut être qualifié d'arrêt charnière.

¹⁰⁰⁸ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, point 328 ; v. références *infra*, sous note 1075. Il faut cependant noter que si la référence à l'arrêt *Bronner* est bien présente dans cette décision, la condition du caractère indispensable y semble quelque peu malmenée. En ce sens, v. F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *RTD com.* 2007, p. 751.

¹⁰⁰⁹ V. par ex. G. BONET, *chron. de propr. intel., RTD eur.* 2004.691, spéc. p. 703 ou G. DECOCQ et A. LAQUIÈZE, *Chron. de droit de la concurrence interne et communautaire, JCP éd. E* 2008, n° 10, p. 1314.

l'arrêt *Bronner*. En revanche, c'est la première fois que ceux-ci sont invoqués dans une affaire mettant en cause un droit d'auteur.

Deux précisions ont été apportées par les juges quant aux éléments qui doivent être pris en compte pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé. Tout d'abord, il faut rechercher s'il existe ou non des « *solutions alternatives* » au produit ou service¹⁰¹⁰ (a). Ensuite, le produit ou service n'est considéré comme indispensable que si le demandeur ne peut lui-même créer – seul ou avec la collaboration d'autres entreprises – un produit ou service alternatif¹⁰¹¹ (b).

a) *L'absence de solutions alternatives*

335. – Notion de solution alternative. On peut considérer que la notion de solution alternative équivaut en tous points à celle de substitut réel ou potentiel employée par l'arrêt *Bronner*. Le cumul des qualificatifs de « réel » et « potentiel », destiné à donner un cadre très large à la notion du substitut, n'est pas repris dans l'arrêt *IMS*. Néanmoins, la mention sèche de « *solutions alternatives* » n'est pas plus restrictive ; au contraire, pourrait-on dire, car l'absence de qualificatif permet d'envisager toutes sortes de solutions alternatives.

Une précision est apportée par les juges quant aux solutions alternatives s'offrant au demandeur : le fait que le produit ou service alternatif soit moins avantageux que le produit ou service convoité n'empêche pas de retenir l'existence d'une solution alternative. Ainsi, dans l'affaire *Bronner*, la distribution des journaux par voie postale ou leur vente dans les magasins et les kiosques constituaient bien des alternatives au système de portage à domicile¹⁰¹². Le fait que ces alternatives soient moins avantageuses pour le requérant que le système de portage à domicile ne devait avoir aucune incidence sur leur qualification de substitut possible au service.

¹⁰¹⁰ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 28.

¹⁰¹¹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 28.

¹⁰¹² CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 43.

b) *L'existence d'obstacles au développement de produits ou services alternatifs*

336. – Les obstacles : de l'impossibilité à la non viabilité économique. L'absence de solutions alternatives immédiatement disponibles n'est pas suffisante pour conclure au caractère indispensable du produit ou service. Il faut encore s'assurer qu'« *il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs* »¹⁰¹³. L'énoncé de cette condition appelle quelques précisions dans la mesure où l'on conçoit difficilement qu'une quelconque entreprise ne soit capable de proposer un substitut à un produit ou service développé originellement par une autre entreprise. On peut en effet se dire que tout n'est finalement qu'affaire de moyens mis en œuvre par l'entreprise qui souhaite pénétrer sur le marché dérivé.

Dans l'affaire *IMS*, se posait la question de savoir si la structure modulaire développée par IMS, sur laquelle reposait la présentation de données de suivi régional des ventes de produits pharmaceutiques en Allemagne, était un produit indispensable ou non. Selon la Cour, il fallait, pour répondre à cette question, s'interroger sur la possibilité qu'aurait la société NDC, qui sollicitait l'accès à la structure modulaire d'IMS, de proposer aux laboratoires pharmaceutiques un substitut valable à la structure modulaire d'IMS. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si NDC était susceptible de satisfaire la demande des laboratoires en fournissant des données de suivi régional selon une présentation différente de celle que permettait la structure modulaire développée par IMS.

La structure modulaire d'IMS consistait en un découpage du territoire allemand en secteurs géographiques ; celle-ci permettait de fournir une présentation pertinente des données de suivi des ventes régionales de produits pharmaceutiques. De façon tout à fait théorique, on peut imaginer que l'entreprise NDC pouvait très bien développer sa propre structure modulaire en vue de la fourniture des données intéressant les laboratoires pharmaceutiques. Peu importe alors que les coûts de développement soient élevés. L'entreprise IMS a en effet, en son temps, réalisé un investissement afin d'accéder au marché de la fourniture des données de ventes de médicaments intéressant les laboratoires ; il n'est donc pas anormal qu'un

¹⁰¹³ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, loc. cit.

concurrent souhaitant développer sa position sur ce même marché engage lui aussi, à son tour, des investissements en vue de proposer un produit alternatif.

Cependant, nous remarquons au détour de ce cas de figure qu'il existe, dans certaines circonstances, des obstacles dirimants à l'entrée du postulant sur le marché dérivé. En l'occurrence, dans l'affaire *IMS*, nous comprenons que la structure modulaire développée par *IMS* l'a été grâce à une collaboration active et intéressée des laboratoires pharmaceutiques. Cette collaboration a permis à *IMS* de développer un produit en parfaite adéquation avec les besoins des laboratoires. Dès lors, ces derniers n'avaient absolument aucune raison de se tourner vers un autre produit concurrent qui, même s'il était lui aussi de qualité, ne répondrait sans doute pas aussi bien aux attentes des laboratoires que le produit au développement duquel ils avaient eux-mêmes contribué, et nécessiterait, quoi qu'il en soit, un temps d'adaptation au nouveau produit, dont les laboratoires pouvaient facilement se dispenser en faisant le choix de la fidélité au produit original. L'obstacle au développement d'un produit alternatif est donc ici de taille. Il n'y a pas, à proprement parler, d'impossibilité à ce qu'un produit de qualité qui remplisse le même office que le produit original soit créé, mais plutôt une impossibilité – indépendante de la volonté de la société *NDC* – à ce que le produit ainsi développé puisse apparaître, aux yeux des laboratoires, comme une alternative au produit original digne d'intérêt. À l'impossibilité absolue, les juges assimilent donc la non viabilité économique du développement d'un substitut au produit couvert par le droit d'auteur en vue d'accéder au marché dérivé : « *pour déterminer si un produit ou un service est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher [...] s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques, de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer ledit marché de créer [...] des produits ou services alternatifs* »¹⁰¹⁴.

Nous expliciterons chacun des types d'obstacle selon leur nature (i), avant de nous interroger sur la pertinence de cette distinction (ii).

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

i) Distinction des obstacles selon leur nature

337. – Notion d’obstacle réglementaire. L’obstacle réglementaire est sans doute celui qui pose le moins de problèmes en termes de définition puisque, en désignant un tel type d’obstacle, il ne s’agit que de préciser sa source juridique – en l’occurrence le pouvoir réglementaire ou législatif. À titre d’illustration, on peut envisager les infrastructures détenues par des entreprises se voyant conférer un monopole légal dans l’exercice de leur activité économique : réseaux d’électricités, de gaz, réseaux ferroviaires, etc. Dans le même ordre d’idée, on peut également citer, en droit français, l’affaire *Héli-Inter* dans laquelle une entreprise détenait le monopole d’exploitation d’une hélistation, celle-ci ayant par ailleurs été considérée par les juges comme une infrastructure essentielle¹⁰¹⁵. Les illustrations sont en revanche moins évidentes dans le domaine des ressources immatérielles, et donc, dans le domaine du droit d’auteur. On pourrait penser, toujours en droit interne, à l’affaire *France Télécom c/ Lectiel*, dans laquelle France Télécom détenait, en vertu de son monopole d’alors, des fichiers d’abonnés vraisemblablement protégés, en tant que bases de données, par le droit d’auteur¹⁰¹⁶. Cependant, il n’y avait, dans cette affaire, pas réellement d’obstacle réglementaire à la fourniture des bases de données, puisqu’il incombait précisément à France Télécom, dans le cadre de sa mission de service public, de les mettre à disposition des tiers¹⁰¹⁷. Au titre des obstacles réglementaires, on peut enfin citer les réglementations, normes ou certifications spécifiques à l’activité ou au produit en cause¹⁰¹⁸.

338. – Notion d’obstacle technique. La notion d’obstacle technique est moins parlante. On peut imaginer qu’elle désigne l’impossibilité, pour le candidat à l’entrée sur le marché dérivé, d’accéder aux moyens techniques lui permettant de concevoir et de développer une infrastructure concurrente de celle dont il sollicite l’accès. Il n’est d’ailleurs pas exclu qu’il puisse exister des recoupements avec la notion d’obstacle réglementaire qui, comme nous l’avons indiqué, désigne davantage la source de l’obstacle plutôt que sa nature. Ainsi, par exemple, l’existence de normes techniques exigeant d’un produit mis sur le marché certaines caractéristiques particulières peut constituer un obstacle technique d’origine réglementaire.

¹⁰¹⁵ CA Paris, 30 juin 1998, *S.A.R.L. Héli-Inter Assistance*, BOCCRF, 16 juillet 1998, p. 396. V. *infra*, n° 373.

¹⁰¹⁶ Cass. com., 4 décembre 2001, *France Télécom c/ Lectiel et Groupadress*, JCP G 2002.IV.1122, *Propr. intell.*, avril 2002, n° 3, p. 62, obs. A. LUCAS.

¹⁰¹⁷ Le problème juridique portait d’ailleurs moins sur l’accès en lui-même que sur la tarification de l’accès jugée abusive.

¹⁰¹⁸ Cons. conc., *Rapport annuel 2004*, La documentation française, 2005, p. 227-228.

La jurisprudence récente fournit par ailleurs des illustrations de ce qu'on pourrait bien qualifier d'obstacles techniques. L'affaire *Microsoft*¹⁰¹⁹ nous semble, à ce sujet, en constituer un bon exemple. Dans cette affaire, l'entreprise Microsoft, qui était en position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation, refusait de fournir à l'entreprise Sun Microsystems des données relatives à l'« *interopérabilité* »¹⁰²⁰ permettant d'opérer sur le marché dérivé des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail. Ces données, consistant en des « *spécifications [de] protocole de communication serveur-à-serveur* », étaient, selon Microsoft, protégées par un droit d'auteur¹⁰²¹.

Les données factuelles de l'espèce sont extrêmement complexes, notamment en raison d'une terminologie informatique très spécialisée et, pour ainsi dire, hermétique au plus grand nombre. Pour simplifier, disons que l'entreprise Sun, pour pouvoir opérer de manière viable sur le marché des systèmes d'exploitation de serveurs de groupes de travail, devait être en mesure de proposer des systèmes d'exploitation capables de communiquer avec les systèmes d'exploitation Windows qui apparaissent incontournables dans tout environnement informatique en raison de la très forte position qu'occupe l'entreprise Microsoft dans ce domaine. Le Tribunal, s'appuyant sur les constatations antérieures de la Commission¹⁰²², relevait à cet égard que « *la position dominante que Microsoft occupe sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients présente [...] des « caractéristiques extraordinaires* »

¹⁰¹⁹ Sous l'expression « affaire *Microsoft* », sont désignées aussi bien la décision de la Commission du 24 mars 2004 (v. *infra*, note n° 1022) et l'arrêt du TPICE du 17 septembre 2007 (v. *infra*, note suivante).

¹⁰²⁰ La notion d'interopérabilité peut être définie comme « *la capacité, pour deux produits logiciels, d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement ces informations, afin de permettre à chacun de ces produits logiciels de fonctionner de toutes les manières prévues* ». Ce sont là les termes du Tribunal de première instance (TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, n°s 225 et s. ; v. références *infra*, sous note 1075) qui, partant, approuve le travail de définition réalisé antérieurement par la Commission, et le juge en tous points conforme à l'interprétation devant être faite de la directive de 1991 relative aux programmes d'ordinateurs (Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE* n° L 122 du 17 octobre 1991, p. 42).

¹⁰²¹ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. préc., points 271 et s.

¹⁰²² Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, points 429 et s., disponible en texte intégral sur le site de la DG Concurrence de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition/>), *JOUE* n° L 32 du 6 février 2007, p. 23 (résumé de la décision) – C. PRIETO, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft* », *Concurrences*, décembre 2004, n° 1, p. 57 ; C. DE WATRIGANT, « 497 millions d'euros d'amende, qui dit mieux ? », *CCE*, janvier 2005, étude n° 1 ; L. IDOT, « Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste... », *Concurrences* p. 31 ; G. CANIVET, « L'affaire *Microsoft*, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain », in *France – États-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Collège de France, 10-11 avril 2006, disponible sur <http://www.college-de-france.fr/> ; M. MALAURIE-VIGNAL, « L'affaire *Microsoft*, beaucoup de bruit pour rien ? », *CCC*, mai 2004, repère n° 5 ; R. PARDOLESI et A. RENDA, « The European Commission's case against *Microsoft* : Kill Bill ? », *World Competition*, Winter 2004, Vol. 27, Issue 4, p. 513

en ce sens, notamment, que les parts de marché qu'elle détient sur ce marché sont supérieures à 90 % et que Windows représente la « norme de fait » pour ces systèmes d'exploitation »¹⁰²³. Il poursuivait : « Le système d'exploitation Windows étant ainsi présent sur la quasi-totalité des PC clients installés au sein des organisations, les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents ne sauraient continuer à être commercialisés de manière viable s'ils ne sont pas en mesure d'atteindre un degré élevé d'interopérabilité avec lui »¹⁰²⁴.

On peut ainsi dire, dans un tel cas de figure, que les possibilités de création d'une solution alternative aux informations auxquelles l'accès est sollicité sont inexistantes. En effet, pour faire communiquer ses propres logiciels avec ceux de Microsoft, il n'y a pas d'autre choix que de connaître ce que dit Microsoft des possibilités de son produit d'interagir avec d'autres. Ces informations sont donc irremplaçables pour quiconque souhaite faire communiquer ses logiciels avec ceux de Microsoft.

De la même manière, dans l'arrêt *Magill*, aucun produit n'était susceptible de constituer une alternative aux informations contenues dans les grilles de programme des chaînes de télévision. La société Magill qui souhaitait éditer un guide hebdomadaire des programmes ne pouvait réaliser un tel travail qu'en ayant connaissance des programmes de chacune des chaînes, lesquels ne pouvaient évidemment être communiqués que par les chaînes concernées¹⁰²⁵.

Dans ces deux exemples (*Microsoft* et *Magill*) où nous voyons illustrée la notion d'obstacle technique à la création d'une solution alternative par une entreprise souhaitant accéder au marché dérivé, nous remarquons que la ressource à laquelle il est demandé l'accès correspond à un contenu dont la protection est alléguée au titre du droit d'auteur¹⁰²⁶. Ceci

¹⁰²³ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. préc., point 387.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, point 388.

¹⁰²⁵ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, point 47 : « les informations brutes constituées par l'indication de la chaîne, du jour, de l'heure et du titre des émissions sont la conséquence nécessaire de l'activité de programmation des stations de télévision qui sont donc l'unique source de ces informations pour une entreprise telle que Magill qui souhaiterait les publier en les assortissant de commentaires ou d'images ».

¹⁰²⁶ S'agissant de l'affaire *Magill*, la protection, quoique discutable en son principe, ne pouvait être remise en cause puisqu'elle avait été admise par l'autorité judiciaire irlandaise.

S'agissant de l'affaire *Microsoft*, de nombreux commentateurs s'accordent à dire que, comme dans l'affaire *Magill*, la protection invoquée au titre du droit d'auteur ne protège que des informations brutes. La légitimité de la protection par le droit d'auteur se révèle donc tout aussi fragile qu'elle l'était dans l'affaire *Magill*. Par

nous invite à nous poser une question : la protection au titre d'un droit d'auteur, et plus généralement, au titre d'un droit de propriété intellectuelle, constitue-t-elle un obstacle, et plus particulièrement un obstacle technique, au développement et à la création d'une solution alternative en vue d'accéder au marché dérivé ? La réponse doit être négative. L'obstacle technique résulte en réalité de la particularité du produit auquel l'accès est sollicité en vue de pouvoir opérer sur le marché dérivé. Dans les deux hypothèses citées, le produit est en effet un contenu à caractère informatif. Or, l'information à laquelle l'accès est requis n'est pas une information quelconque parmi d'autres ; c'est une information très précisément identifiée qui ne peut être remplacée par aucune autre. Et, dès lors que l'information reste tenue secrète, il n'est aucun moyen d'accéder au marché dérivé.

À l'inverse, l'affaire *IMS* montre que, lorsque la ressource sollicitée n'a pas de caractère informatif, l'entreprise souhaitant opérer sur le marché aval ne se heurte à aucun obstacle technique du type de celui décrit précédemment. Dans l'affaire *IMS*, le produit sollicité était une structure modulaire consistant en découpage géographique du territoire allemand en vue d'analyser des données de suivi régional de ventes de produits pharmaceutiques. Quand bien même la société *IMS* aurait tenu le secret sur ses structures modulaires, rien, techniquement, n'empêchait les entreprises souhaitant accéder au marché dérivé de la fourniture de données de suivi régional des ventes de réfléchir à des structures modulaires alternatives selon un découpage territorial qui leur serait propre. En effet, les structures modulaires protégées par le droit d'auteur s'apparentaient bien davantage à une méthode, c'est-à-dire une démarche en vue de parvenir à un résultat, qu'à une information. Or, les moyens d'arriver à un même résultat peuvent être très divers. C'est certainement ce qui expliquait qu'on ne rencontre pas, dans l'affaire *IMS*, d'obstacles techniques similaires à ceux des affaires *Magill* ou *Microsoft*.

339. – Notion d'obstacle économique. Si trois catégories d'obstacles ont été visées par les juges dans l'arrêt *IMS*, seul l'obstacle économique est en cause. Aux fins d'apprécier l'existence d'un tel obstacle, les juges renvoient aux développements de l'arrêt *Bronner* aux termes desquels il apparaissait que l'obstacle de nature économique est caractérisé par le fait que la création du produit ou service alternatif n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service

ailleurs, aucune autorité judiciaire n'est venue ici soutenir l'allégation de Microsoft par la reconnaissance d'un droit d'auteur sur les protocoles de communication. L'affaire n'avait en effet pas été portée devant les juridictions nationales, et il ne revenait pas aux autorités communautaires de se prononcer sur ce point.

original¹⁰²⁷. On peut ici relever la prise en compte d'un rapport d'échelle. Déjà, et même plus encore dans l'arrêt *Bronner*, les juges insistaient sur le fait que l'entreprise souhaitant accéder au marché dérivé ne pouvait se contenter d'établir que le développement du produit alternatif n'était pas économiquement rentable au regard de l'importance de l'activité économique qu'elle entendait développer sur le marché dérivé. Ainsi dans l'arrêt *Bronner*, l'obstacle économique ne pouvait être déduit du fait que la reproduction de l'infrastructure (un système de portage de journaux à domicile) n'était pas rentable en raison du faible tirage de journaux de l'entreprise sollicitant l'accès à l'infrastructure. En effet, l'activité économique du demandeur devait être rapportée, en termes quantitatifs, à celle du détenteur de l'infrastructure¹⁰²⁸.

Nous pouvons par ailleurs relever que la notion même d'obstacle économique peut recouvrir des réalités sensiblement différentes. Les affaires *Bronner* et *IMS*, qui ont toutes deux recours à cette notion, en témoignent. Il résultait ainsi de l'arrêt *Bronner* que la non rentabilité économique de l'investissement dans un produit ou service alternatif (en l'occurrence, un système de portage de journaux à domicile) pouvait constituer un obstacle économique, sous réserve que la question de la rentabilité soit appréciée au regard d'une activité économique réalisée à une échelle comparable à celle de l'entreprise détenant l'infrastructure sollicitée¹⁰²⁹. Dans ce cas de figure, la question de l'existence d'un obstacle économique se pose de manière purement arithmétique : le coût de développement et de fonctionnement d'un produit ou service alternatif par une entreprise la condamne-t-il durablement à ne plus pouvoir tirer profit de son activité économique ? Dans l'arrêt *IMS*, le problème est plus subtil. Certes, c'est également en termes de rentabilité économique qu'on raisonnera. Mais cet aspect n'est selon nous que secondaire. La question de l'existence d'un obstacle économique découle davantage du fait que les laboratoires pharmaceutiques n'ont aucune raison d'être mieux servis par un produit alternatif que par le produit original d'*IMS*, dont ils sont pour partie les concepteurs, et dont ils sont familiers de longue date. De ce fait, tout investissement de l'entreprise *NDC* dans un produit alternatif semble peine perdue¹⁰³⁰. On dépasse ici très largement le cadre de la non rentabilité économique. Il n'est en effet

¹⁰²⁷ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, aff. C-7/97, Rec. p. I-7791, point 46.

¹⁰²⁸ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 45.

¹⁰²⁹ Cf. note précédente.

¹⁰³⁰ Cf. *supra*, n° 336.

nullement besoin, dans une telle hypothèse, de poser le problème en termes arithmétique : investir dans un produit alternatif dans ces conditions se révélerait tout simplement être un contresens économique.

Nous voyons ainsi deux illustrations d'obstacles économiques qui diffèrent, sinon par leur nature (il est toujours question, en définitive, de savoir si l'activité liée au développement d'un produit ou service alternatif ne condamne pas en soi l'activité projetée sur le marché dérivé), au moins par leur degré : dans un cas, la rentabilité économique se calcule ; dans l'autre, elle semble pouvoir être exclue *a priori* eu égard aux circonstances de l'espèce. C'est la raison pour laquelle la Cour confirmait, dans l'arrêt *IMS*, les propos de l'avocat général en énonçant qu' « *il y a lieu de prendre en considération le fait qu'un haut degré de participation des laboratoires pharmaceutiques à la mise au point de la structure à 1860 modules protégée par le droit d'auteur, à le supposer établi, a pu créer une dépendance technique des utilisateurs à l'égard de cette structure, notamment sur le plan technique* ». Elle poursuivait : « *Dans de telles conditions, il est probable que ces laboratoires devraient faire des efforts techniques et économiques extrêmement élevés pour pouvoir acquérir des études sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques présentées sur la base d'une structure autre que celle protégée par le droit de propriété intellectuelle* »¹⁰³¹.

ii) Interrogation sur l'utilité d'une distinction des obstacles selon leur nature

340. – L'intérêt limité de la distinction. La distinction de nature de trois types d'obstacles résulte de l'arrêt *Bronner*¹⁰³². Néanmoins, dans cette affaire, comme dans l'affaire *IMS*, les juges n'avaient défini que l'obstacle économique, seul concerné en l'espèce. La question de la définition des obstacles techniques et réglementaires restait donc ouverte. On peut regretter que la Cour se soit abstenue de tout développement au sujet des obstacles autres que ceux de nature économique. D'autant qu'on peut légitimement supposer qu'elle avait une idée assez précise de ce que désignaient ces notions, sans quoi elle n'aurait pas pris la peine de les mentionner.

Lorsque nous parlons d'obstacles à la création d'un produit ou d'un service alternatif, nous parlons en réalité de barrières à l'entrée sur un marché : le marché amont, délimité par le

¹⁰³¹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 29.

¹⁰³² CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 44.

produit ou service couvert par le droit de propriété intellectuelle que détient l'entreprise en situation de monopole. Si la notion de barrières à l'entrée joue indéniablement un rôle important en droit de la concurrence, aucun consensus ne se dégage pour autant au sujet de sa définition¹⁰³³. Une synthèse de l'OCDE sur ce sujet mettait en évidence que de nombreux commentateurs ne percevait pas d'utilité particulière à une définition précise de la notion de barrières à l'entrée : « *ce qui importe, dans les cas concrets, ce n'est pas de savoir si un obstacle répond à telle définition de la barrière d'entrée plutôt qu'à telle autre, mais de s'interroger de manière plus pragmatique sur la possibilité, l'opportunité et la mesure dans laquelle une entrée peut intervenir compte tenu des faits propres à chaque affaire* »¹⁰³⁴. Dans le même sens, on peut s'interroger sur l'utilité de la distinction de nature qu'opèrent les juges, dans les affaires *Bronner* ou *IMS*, entre les différents types d'obstacles que sont les obstacles économiques, techniques ou réglementaires. Nous l'avons vu, le travail de définition n'est pas aisé. La jurisprudence n'y aide en tout cas pas, en ne prenant le soin que de définir le seul obstacle économique au détriment des deux autres. Par ailleurs, une fois cité le critère de la rentabilité économique, il ne reste plus grand-chose à dire de la notion d'obstacle économique. L'approche relève donc plutôt du cas par cas. Dans telle hypothèse, on apprend par exemple que le haut degré de participation des utilisateurs au développement d'un produit ou service se situant en amont d'un marché dérivé peut constituer un obstacle au fait de pouvoir opérer sur ce marché, et ainsi conférer à ce produit ou service un caractère indispensable. Si cette information, livrée en l'occurrence par l'arrêt *IMS*, est extrêmement importante pour le lecteur, elle n'aide en rien à la distinction de différents types d'obstacles, car elle ne permet pas de définir, dans son ensemble, la catégorie d'« *obstacle économique* ».

¹⁰³³ OCDE, « Barriers to entry », Policy Roundtables 2005, DAF/COMP(2005)42, mars 2006, spéc. p. 55 et s., disponible sur <http://www.oecd.org/> ; P. WILHELM, « Table ronde de l'OCDE sur les barrières à l'entrée », CCC, juillet 2006, n° 6, alerte n° 34, p. 2 ; B. BRUN et A. TOULEMONT-DAKOURE, « Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », CCC, novembre 2003, chron. n° 11, p. 7 ; F. JENNY, « Les barrières à l'entrée, un concept qui se lézarde ? », RLC 2005, n° 5, p. 3 ; E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 1^{re} éd., 2005, n°s 14, 18 et 174.

En droit interne, le Conseil de la concurrence en a donné la définition suivante : « *On peut distinguer plusieurs catégories de barrières à l'entrée. Certaines sont liées à l'importance des économies d'échelle dans le secteur concerné. Plus les économies d'échelle sont importantes, plus la part de marché que doit conquérir un nouvel entrant afin d'atteindre le seuil de rentabilité est importante, rendant peu probables de nouvelles entrées. D'autres barrières s'expliquent par les avantages de coûts accumulés par les entreprises déjà présentes sur le marché, par rapport à un nouvel entrant, comme par exemple un savoir-faire, des brevets ou des marques. Les barrières réglementaires comprennent les réglementations, normes ou certifications spécifiques à l'activité ou au produit. Les barrières comportementales, telles que l'attachement à la marque ou à une technologie, les habitudes nationales ou régionales, ou encore le comportement d'achat des distributeurs, sont également susceptibles de rendre peu crédible l'hypothèse de nouvelles entrées* » (Cons. conc., *Rapport annuel 2001*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>).

¹⁰³⁴ OCDE, « Concurrence et barrières à l'entrée », Synthèse de février 2007, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

Elle n'en constitue en effet qu'une illustration particulière (courante, sans aucun doute, mais néanmoins particulière).

B. – LE RISQUE D'EXCLUSION DE TOUTE CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DÉRIVÉ

341. – Nous présenterons tout d'abord la condition relative au risque d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé telle qu'elle apparaît, notamment, dans l'arrêt *IMS* (1). L'exigence de marchés distincts nous conduira ensuite à préciser les critères permettant d'identifier le marché amont (2).

1) L'interprétation de la condition d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé

342. – **L'exigence d'identification de deux marchés distincts.** La question du risque d'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé fut un des points débattus de l'affaire *IMS*. La condition, posée dès l'arrêt *Magill*, soulevait en effet un problème d'interprétation. Les parties s'affrontaient sur le fait de savoir si cette condition supposait que puissent être identifiés deux marchés distincts.

Manifestement, la société NDC doutait qu'il soit possible d'identifier deux marchés distincts dans le cas d'espèce soumis aux juges. Le marché de la fourniture d'études sur les ventes régionales de produits pharmaceutique était certes facilement identifiable en tant que marché dérivé de la structure, ou marché aval. Mais il ne semblait sans doute pas aussi évident que la structure modulaire d'*IMS* puisse constituer en soi un marché qualifié de marché amont. En effet, si la société *IMS* détenait bien un monopole sur sa structure modulaire, elle ne la commercialisait pas pour autant, et évoluait, de fait, non pas sur le marché des structures modulaires, mais sur le marché de la fourniture d'études de ventes régionales de produits pharmaceutiques. C'est la raison pour laquelle, selon nous, la société NDC avait choisi d'arguer que les conditions posées par l'arrêt *Magill* n'imposaient pas l'identification de marchés distincts. Si cette interprétation avait dû être retenue par les juges, elle aurait en effet permis de contourner la difficulté liée à l'identification du marché amont¹⁰³⁵.

¹⁰³⁵ Selon la retranscription des arguments de NDC par l'avocat général Tizzano, « *il suffirait, pour l'application de l'article 82 CE, que l'entreprise dominante sur un marché donné détienne un monopole sur des sources*

L'argument n'est cependant pas entendu par les juges de la Cour, pour qui « *il est déterminant que puissent être identifiés deux stades de production différents, liés en ce que le produit en amont est un élément indispensable pour la fourniture du produit en aval* »¹⁰³⁶. La formulation n'est pas des plus explicites, notamment en raison de l'emploi de l'expression « *stades de production différents* », dont on ne sait pas si elle implique l'identification de marchés distincts. Elle se rapproche d'ailleurs sensiblement de l'argument présenté par la Commission selon lequel l'infrastructure doit se situer « *à un stade de production en amont* ». À ceci près que, si la Commission évoque le stade de production amont, elle dénie explicitement qu'il soit nécessaire que « *l'infrastructure en cause se trouve sur un marché séparé* »¹⁰³⁷. Or, la position de la Cour semble toute autre. Certes, il n'est pas mentionné en toutes lettres l'exigence de « marchés distincts ». Toutefois, l'évocation de « *stades de production différents* », corrélée avec d'autres éléments de l'argumentation de la Cour, invitait sans aucun doute à distinguer le marché amont et le marché aval.

Tout d'abord, le raisonnement des juges prend appui sur la jurisprudence antérieure, et en particulier sur l'arrêt *Bronner*. Il est ainsi rappelé la pertinence de la distinction qui y avait été opérée entre un « *marché en amont* » et un « *marché (dérivé) en aval* »¹⁰³⁸. Il est également rappelé que le fait que le service sollicité n'est pas commercialisé de manière autonome ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'un marché spécifique de la fourniture de ce service¹⁰³⁹. Partant, les juges reprennent volontiers à leur compte les propos de l'avocat général Tizzano¹⁰⁴⁰ qui estimait suffisant, pour l'application de la jurisprudence antérieure, « *que l'on puisse identifier un marché des « inputs » en amont* »¹⁰⁴¹. Le marché peut en effet n'être que potentiel, « *en ce sens que l'entreprise en situation de monopole qui y opère décide de ne pas commercialiser de manière autonome les « inputs » en question (alors qu'il existe*

d'informations qui sont nécessaires pour pouvoir lui faire concurrence. Le fait que de telles informations de soient pas offertes sur le marché par l'entreprise dominante n'aurait aucune importance » (CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 41).

¹⁰³⁶ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 45.

¹⁰³⁷ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 33.

¹⁰³⁸ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 42.

¹⁰³⁹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 43.

¹⁰⁴⁰ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 44.

¹⁰⁴¹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 57. C'est l'auteur qui souligne.

effectivement une demande pour ceux-ci), mais de les exploiter de manière exclusive sur un marché dérivé, restreignant ou éliminant ainsi totalement la concurrence sur ce second marché »¹⁰⁴². On peut donc déduire de l'ensemble de l'argumentation de la Cour que l'application de la jurisprudence *Magill* suppose l'exigence de marchés distincts.

343. – Le risque de fausse interprétation de l'exigence de marchés distincts ou le glissement vers la condition de produit nouveau. Une précision s'impose quant à l'exigence de marchés distincts, car cette condition a, semble-t-il, pu être mal interprétée. Ainsi, par exemple, la Commission, alors qu'elle se prononçait sur cette exigence, postulait qu'il ne serait pas nécessaire que l'entreprise en position dominante se situe sur un marché autre que celui sur lequel les concurrents entendent opérer¹⁰⁴³. Ce faisant, elle entendait répondre à la question de savoir si la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs s'appliquait lorsque l'entreprise détentrice de l'infrastructure essentielle opérait elle-même sur le marché dérivé. Elle cherchait ainsi à désamorcer une question qui semble tout à fait légitime : est-il juste d'imposer à une entreprise de fournir à d'autres les moyens de se faire concurrencer sur son propre marché ? Néanmoins, cet aspect du problème nous apparaît comme étant sans rapport avec l'exigence de marchés distincts. Une entreprise peut très bien détenir une position dominante sur un marché amont grâce, notamment, à un droit de propriété intellectuelle, et chercher à être compétitive, voire occuper une position dominante, sur le marché dérivé. Dans une telle hypothèse, on pourrait tout à fait identifier deux marchés distincts. Pour autant, l'entreprise en position dominante sur le marché amont serait également concurrente de l'entreprise en sollicitant l'accès à l'infrastructure essentielle sur le marché dérivé.

Nous voyons que la confusion est également de mise dans l'argumentation d'IMS. L'entreprise réfute en effet toute possibilité d'appliquer la jurisprudence *Magill* en ce que la troisième condition relative à la réservation par l'entreprise dominante d'un marché dérivé ne serait pas remplie. Elle explique à cet effet que la société NDC ne faisait qu'entendre « *se prévaloir de la structure mise au point par IMS pour fournir sur le même marché un produit*

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 42.

quasiment identique à celui de cette société »¹⁰⁴⁴. Là encore est posée la légitime question de savoir si la théorie des infrastructures essentielles permet « *d'exiger de l'entreprise dominante qu'elle partage avec d'autres opérateurs un de ses droits de propriété intellectuelle à seule fin de permettre à ces derniers de lui faire plus efficacement concurrence sur le même marché que celui où elle exploite son droit* »¹⁰⁴⁵.

Mais cette question, qui mérite nécessairement d'être posée à un moment ou à un autre de la discussion, ne relève en aucun cas de l'exigence de marchés distincts. Elle serait en revanche davantage à rattacher à la condition de produit nouveau¹⁰⁴⁶.

2) Les critères de l'identification du marché amont

344. – Une demande effective pour des « *inputs* » indispensables¹⁰⁴⁷. Comme nous l'avons déjà relevé, il n'est pas nécessaire que l'infrastructure à laquelle l'accès est sollicité soit commercialisée de manière autonome pour qu'elle puisse être considérée comme relevant d'un marché amont distinct du marché aval. La simple possibilité d'identifier un marché amont, même hypothétique, suffit à satisfaire l'exigence de marchés distincts¹⁰⁴⁸. Aux fins d'identifier un marché amont qui n'est que potentiel, l'avocat général Tizzano suggérait deux critères : il fallait tout d'abord que les « *inputs* » en cause soient indispensables (c'est-à-dire non substituables et non reproductibles) pour agir sur un marché donnée ; et il fallait ensuite qu'il existe, pour ces « *inputs* », une demande effective de la part d'entreprises qui entendent opérer sur le marché pour lequel ces « *inputs* » sont indispensables¹⁰⁴⁹. La Cour a adopté ces deux critères sans réserves, invitant la juridiction de renvoi à rechercher si la structure

¹⁰⁴⁴ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 36. C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁴⁵ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 35.

¹⁰⁴⁶ V. *infra*, n^{os} 348 et s.

¹⁰⁴⁷ Le terme d'« *input* » désigne le produit ou service indispensable à l'entrée sur le marché aval. Il équivaut aux notions d'infrastructures essentielles, de ressources essentielles ou de facilités essentielles (cette dernière étant elle-même dérivée de l'anglais « *essential facilities* »).

¹⁰⁴⁸ V. *supra*, n^o 342.

¹⁰⁴⁹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 59.

modulaire constituait, en amont, un élément indispensable à la fourniture, en aval, de données de vente régionales de produits pharmaceutiques¹⁰⁵⁰.

La réunion de ces deux critères permet donc de conclure à l'existence d'un marché amont distinct du marché aval. Dès lors, toute demande d'un tiers portant sur l'utilisation d'un produit jugé indispensable à son activité économique (effective ou projetée) permet d'identifier deux marchés distincts, et du même coup, tout refus d'accéder à sa demande par l'entreprise détentrice de l'infrastructure protégée sera nécessairement considéré comme excluant la concurrence sur le marché dérivé.

345. – Critique. Nous voyons ainsi que la condition d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé renvoie à l'appréciation de deux points importants : le caractère indispensable du produit couvert par le droit d'auteur, et l'existence d'une demande effective de la part d'entreprises désireuses d'opérer sur le marché dérivé. S'agissant de la demande effective, on observera qu'elle ne désigne pas une demande abstraite de consommateurs relative à un produit ou service. Il s'agit, au contraire, de la demande des entreprises souhaitant accéder au marché dérivé. Dès lors, il nous semble suffisant qu'une seule entreprise manifeste ses intentions en sollicitant l'accès aux « *inputs* » pour caractériser la demande effective. En l'espèce, l'action judiciaire engagée en vue de faire condamner un refus de licence témoigne bien de cette intention. L'appréciation de la condition d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé porte donc principalement, *in fine*, sur le critère du caractère indispensable.

Or, comme nous l'avons vu, la question du caractère indispensable fait en soi l'objet, dans l'arrêt *Magill*, d'une appréciation approfondie, en tant que condition autonome – et même préalable¹⁰⁵¹ – de la jurisprudence relative aux refus abusifs de licence. On peut alors s'interroger sur le caractère redondant de la condition d'exclusion de la concurrence : le caractère indispensable est un présupposé nécessaire pour envisager une application de la jurisprudence *Magill*. Dès lors, qu'apporte de plus l'examen de la condition d'exclusion de la concurrence sur la marché dérivé, sachant qu'il s'agit de savoir si « *le produit ou service couvert par le droit de propriété intellectuelle dont l'utilisation est refusée à un tiers [est]*

¹⁰⁵⁰ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., point 46.

¹⁰⁵¹ Cf. *supra*, n° 332.

indispensable à l'activité de ce tiers qui en fait la demande »¹⁰⁵² ? Rien, selon nous. On peut effectivement estimer que les deux conditions se superposent. Peut-être est-ce pour cette raison que la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs est souvent présentée comme comportant seulement trois conditions – la condition préalable du caractère indispensable n'étant alors souvent pas évoquée.

Ce problème de présentation nous renvoie à nouveau à la question de la hiérarchie des conditions d'application de la jurisprudence. L'étude du caractère indispensable du produit protégé doit-elle absolument être préalable ou peut-elle n'intervenir qu'à l'occasion de la question de l'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé ? La réponse est sans doute sans grande importance. Ce qui est certain, c'est que de ces deux conditions, une est de trop. Par ailleurs, il nous semble que si le caractère indispensable ne devait plus faire l'objet d'une étude préalable, il devrait à tout le moins figurer comme première des trois conditions. En effet, la relation entre le refus de licence et l'impossibilité d'accéder au marché dérivé, caractérisée par le caractère indispensable du produit couvert, est nécessairement le point de départ de l'analyse. En deuxième place pourrait alors figurer la condition tenant à l'apparition du produit nouveau¹⁰⁵³, qui apparaît comme un correctif limitant le champ d'application de la jurisprudence à des hypothèses où l'intérêt du consommateur est réellement en jeu. Enfin, il nous semble logique que la condition relative à l'absence de justification du refus de licence soit étudiée en dernier lieu¹⁰⁵⁴, car l'existence de considérations objectives permettant de justifier le refus pourrait être de nature à « racheter » un comportement qui serait jugé, en dehors de ces circonstances, totalement anticoncurrentiel. Le rachat, comme pour l'exemption en matière d'entente, ne se pose naturellement qu'au sujet de comportements reconnus comme étant anticoncurrentiels ; en toute logique, c'est donc aux termes de l'analyse concurrentielle que cette étape du raisonnement peut être examinée¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵² G. BONET, « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-art. 86) CE en matière de propriétés intellectuelles. Après l'arrêt IMS de la Cour de justice du 29 avril 2004 », *RTD eur.* 2004, p. 691.

¹⁰⁵³ V. *infra*, n^{os} 346 et s.

¹⁰⁵⁴ Sur cette condition, v. *infra*, n^{os} 359 et s.

¹⁰⁵⁵ Dans le même sens, T. SKINNER, « Magill : consumer interests prevail », *European Business Law Review*, 1995, p. 90, cité par F. SARDAIN, « L'arrêt *IMS Health* : une (r)évolution ? », *D.* 2004. 2366, note 35.

**C. – L’EXISTENCE D’OBSTACLES À L’APPARITION D’UN PRODUIT NOUVEAU :
UNE CONDITION MODÉRATRICE DE L’APPLICATION DE LA THÉORIE DES
INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES EN MATIÈRE DE DROIT D’AUTEUR**

346. – La condition tenant à l’apparition d’un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs n’en était, dans l’arrêt *Magill*, qu’au stade de l’énoncé¹⁰⁵⁶. L’arrêt *IMS* a permis d’en préciser les contours de manière substantielle. Aux termes de cette décision, la condition de produit nouveau n’est remplie que si « *l’entreprise qui entend demander la licence n’entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l’intention d’offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n’offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs* »¹⁰⁵⁷. Nous décelons dans cette affirmation l’attribution d’un rôle doublement protecteur à cette condition de produit nouveau : protecteur à l’égard du titulaire de droit, et protecteur à l’égard du consommateur (1). Nous verrons quel peut être le critère de l’obstacle à l’apparition d’un produit nouveau (2). Nous nous attacherons également à expliquer pourquoi la condition de produit nouveau apparaît comme un vecteur de modération de l’application de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, ce qui nous conduira à nous interroger sur les justifications d’une spécialisation de la théorie dans ce domaine (3).

1) L’orientation doublement protectrice de la condition du produit nouveau

347. – La condition d’obstacle à l’apparition de produit nouveau est à la fois protectrice des intérêts du titulaire de droit d’auteur (a) et de l’intérêt du consommateur (b). Il peut sembler *a priori* que ces deux catégories d’intérêts sont antagonistes. En effet, plus la protection des intérêts du titulaire est forte, plus les possibilités d’accès des tiers à son œuvre sont réduites. On peut alors imaginer que la potentialité d’émergence de produits nouveaux dérivés s’en trouvera d’autant diminuée, ce qui ne semble pas favoriser l’intérêt du

¹⁰⁵⁶ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, point 54 : « le refus [...] a donc fait obstacle à l’apparition d’un produit nouveau [...] que les requérantes n’offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l’article 86, deuxième alinéa, sous b), du traité ».

¹⁰⁵⁷ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 49.

consommateur. En réalité, assurer une protection décente au titulaire de droit, c'est également favoriser la création et l'innovation ; et en cela, l'intérêt du consommateur trouve son compte.

a) *L'orientation protectrice des intérêts du titulaire du droit d'auteur*

348. – La nouveauté par référence au produit déjà offert par le titulaire. Est considéré comme nouveau le produit qui se distingue suffisamment du produit déjà offert par le titulaire sur le marché dérivé¹⁰⁵⁸. L'utilité de cette référence au produit déjà offert par le titulaire peut être discutée. On aurait très bien pu imaginer que seule la nouveauté soit exigée, sans référence à l'activité du titulaire. Sur le fond, cela n'aurait pas changé grand-chose : un produit nouveau, dans l'absolu, est *a fortiori* nouveau par rapport aux produits déjà offerts par le titulaire. On pourrait cependant rétorquer que l'inverse n'est pas nécessairement vrai, et que le fait d'imposer la nouveauté, dans l'absolu, constituerait une exigence plus sévère que de demander la seule nouveauté par rapport à l'activité de l'auteur. Mais en réalité, si le produit proposé diffère de celui déjà offert par le titulaire, sans différer pour autant d'autres produits déjà proposés par d'autres concurrents, on peut considérer qu'il ne répond pas à l'exigence selon laquelle le produit doit répondre à une demande potentielle de la part des consommateurs¹⁰⁵⁹. En effet, à notre sens, la condition d'une demande potentielle des consommateurs suppose qu'à l'heure où est sollicité l'accès à l'infrastructure essentielle, la demande potentielle ne soit pas encore satisfaite par des produits équivalents déjà présents sur le marché.

Il y a donc en définitive une contradiction entre le fait d'exiger que le produit ne soit nouveau que par rapport au produit déjà offert par le titulaire, et d'exiger par ailleurs que le produit fasse l'objet d'une demande potentielle des consommateurs. Cette contradiction aurait pu être évitée si la référence à l'activité du titulaire avait été écartée. Mais elle ne l'a pas été ;

¹⁰⁵⁸ Dans l'affaire Tiercé Ladbroke, déjà, la Commission estimait, au sujet de la nouveauté, que « *le refus des sociétés de courses d'octroyer à Ladbroke une licence pour la diffusion des sons et images français n'aurait pas pour effet de priver les parieurs d'un service, c'est-à-dire des sons et images, lequel serait fondamentalement différent du service existant, c'est-à-dire la prise de paris* » (TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, Rec. p. II-923, point 117).

¹⁰⁵⁹ Par ailleurs, on pourrait déduire d'un tel cas de figure que le titulaire n'est pas seul sur le marché dérivé, ce qui pourrait s'expliquer de deux manières : soit le marché dérivé est accessible autrement que par le biais de licence, auquel cas l'infrastructure ne peut être qualifiée d'essentielle et la jurisprudence relative aux refus de licence abusif ne peut être appliquée ; soit le titulaire a consenti une licence à un ou plusieurs concurrents, auquel cas se poserait assez naturellement la question de l'existence de pratiques discriminatoires pouvant être sanctionnées à de multiples égards (pratiques restrictives de concurrence en droit interne, ententes et abus de position dominante en droit interne et communautaire).

probablement est-ce à dessein. Il semble en effet s'agir moins d'une maladresse, que de l'expression de la volonté des juges d'atténuer la rigueur de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle. Car cette référence traduit le souci d'une protection du titulaire de droit déjà présent sur le marché.

Il est logique que cette orientation n'ait pas été explicitement formulée dès l'arrêt *Magill* car dans cette affaire, les chaînes de télévision, titulaires de droits d'auteur sur leurs grilles de programme de télévision, étaient en position dominante sur le marché des informations servant à confectionner les grilles de programmes de télévision¹⁰⁶⁰, mais n'avaient en revanche aucune velléité d'opérer sur le marché dérivé des guides de programmes hebdomadaires de télévision. Ainsi, l'injonction de licence ne remettait aucunement en cause leur pouvoir de marché dans les secteurs d'activité économique sur lesquels elles opéraient.

Le contexte était tout autre dans l'affaire *IMS*. La société IMS, en position dominante sur le marché des structures modulaires d'analyse de données régionales de ventes de produits pharmaceutiques, titulaire d'un droit d'auteur sur ces structures, était également présente, à titre principal, sur le marché dérivé de la fourniture d'études de données régionales de ventes de produits pharmaceutique. Dans un tel cas de figure, l'injonction de licence est susceptible d'entraîner des conséquences bien plus dommageables pour l'activité économique du titulaire de droit d'auteur, en ce qu'elle permet à un tiers de venir le concurrencer sur son propre marché¹⁰⁶¹. Cela signifie, de manière plus prosaïque, que l'injonction de licence consiste à exiger du titulaire qu'il fournisse lui-même les moyens de se faire concurrencer par d'autres entreprises.

349. – La prise en considération d'un mérite particulier reconnu aux titulaires de droits de propriété intellectuelle. La condition de produit nouveau permet d'atténuer ce problème en refusant l'accès aux tiers qui n'auraient d'autres ambitions que de proposer un produit déjà offert par le titulaire. Cette disposition protectrice des intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle est certainement inspirée par l'idée que la position

¹⁰⁶⁰ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, point 47.

¹⁰⁶¹ Cette conséquence semble choquante aux yeux de certains auteurs. Mme Zolynski énonçait ainsi qu'« *on ne peut imposer à une entreprise de partager son exclusivité avec ses concurrents directs* » (C. ZOLYNSKI, obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *Rev. aff. eur.*, 2003-2004, n° 3, p. 463). L'affirmation est certainement trop catégorique, en ce qu'elle tend, de par sa généralité, à remettre en cause tout l'édifice jurisprudentiel de la théorie des infrastructures essentielles.

particulière du titulaire de droits sur le marché amont a été acquise au prix de ses investissements, et donc grâce à ses mérites, dont les droits de propriété intellectuelle sont la « reconnaissance légale »¹⁰⁶². Il s'agit donc de ne pas porter atteinte trop sévèrement à sa position sur le marché, acquise au prix d'efforts importants.

En ce sens, cette condition de produit nouveau traduit certainement l'idée d'une « concurrence par les mérites »¹⁰⁶³. Bien que cette notion ne semble plus désormais constituer un critère opérant du caractère abusif ou non de l'exploitation d'une position dominante¹⁰⁶⁴, le principe d'une concurrence par les mérites demeure, ainsi qu'en témoigne la récente communication de la Commission relative à l'application de l'article 102 du TFUE (ex-article 82 du Traité CE)¹⁰⁶⁵ ou de récentes positions de l'Autorité de la concurrence¹⁰⁶⁶. Comme le

¹⁰⁶² B. VESTERDORF, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" », Conférence du 24 février 2005 donnée dans le cadre du cycle « Droit et économie de la concurrence » de la Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr/>.

¹⁰⁶³ V. notamment, en droit communautaire, l'arrêt *Hoffmann-La Roche* du 13 février 1979, qui illustre cette idée d'une « concurrence par les mérites » en évoquant, au sujet d'un abus de position dominante, « le recours à des moyens de ceux qui gouvernent une compétition normale » (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, *Rec.* p. 461, n° 91). V. également l'arrêt *AKZO*, premier à citer explicitement la notion de « concurrence par les mérites » (CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/96, *Rec.* p. I-3359, point 70).

Pour des références à la notion en droit interne, Cons. conc., déc. n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public, *BOCCRF*, 30 décembre 2000, ou encore CA Paris, 1^{re} ch., 19 mai 1998, *BOCCRF*, 18 juin 1998.

¹⁰⁶⁴ M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM, et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 190, estimant que la notion fait aujourd'hui l'objet d'une « vive remise en cause » ; C. PRIETO, « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (ententes et abus de position dominante) », in « Actualités 2006 en droit de la concurrence », Conférence de l'AFEC du 8 février 2007, <http://www.afec.asso.fr/>, n° 7. Voir également, pour des études plus approfondies, OCDE, « Competition on the merits », Policy roundtables 2005, DAF/COMP(2005)27, mars 2006, disponible sur <http://www.oecd.org/> ; OCDE, « Qu'est-ce que la concurrence par les mérites », Synthèse d'octobre 2006, disponible sur <http://www.oecd.org/> ; F. JENNY, « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 du traité européen », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de François Brunet et Guy Canivet, LGDJ, coll. « Droit des Affaires », 2008, n° 650 et s. ; B. E. HAWK, « À propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du *Sherman Act*, *Concurrence*, 2005, n° 3, p. 35.

¹⁰⁶⁵ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, point 1 : « Conformément à la jurisprudence, il n'est pas illégal en soi pour une entreprise d'occuper une position dominante et cette entreprise peut participer au jeu de la concurrence par ses mérites ».

De la même manière, Monsieur Jenny, qui remet en cause le recours au critère de la « concurrence par les mérites » en tant qu'il permettrait de tracer la frontière de l'abus, rappelle que « le droit de la concurrence n'interdit pas la détention d'une position dominante, tout du moins lorsque celle-ci a été acquise grâce à l'initiative et l'efficacité supérieure d'une entreprise par rapport à ses concurrents » (F. JENNY, « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 du traité européen », *op. cit.*, n° 650).

¹⁰⁶⁶ Cons. conc., décision n° 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la

soulignait Monsieur Vesterdorf, la référence à la « concurrence par les mérites » ne résout pas le problème de savoir si un comportement est constitutif ou non d'un abus de position dominante, mais « *elle permet de mettre en exergue les principes qui sous-tendent l'application de l'article 82 [du traité CE]* »¹⁰⁶⁷. Au titre de ces principes, figure le fait que chaque entreprise doit pouvoir combattre sur le marché, et même gagner, « *afin de garantir à la société et aux consommateurs, les meilleurs produits et services au plus bas prix* »¹⁰⁶⁸. Et ce principe s'applique tout autant aux entreprises en situation position dominante qu'à celles qui ne le sont pas. Il en découle, selon l'auteur, qu'« *une entreprise détentrice de droits de propriété intellectuelle doit pouvoir, en principe, exercer pleinement les prérogatives qui lui sont reconnues en tant que titulaire du droit, car elles sont la contrepartie d'un effort créateur et, en ce sens, la reconnaissance légale des mérites de l'entreprise* »¹⁰⁶⁹. Dans ce sens, il semblerait particulièrement injuste que l'effort créateur fourni par une entreprise en vue de se faire une place sur le marché dérivé se voit réduit à néant par une obligation faite au titulaire de concéder une licence sur son droit, dans le seul dessein de permettre à un tiers, n'ayant, lui, fourni aucun effort créateur, de se faire lui aussi une place sur le marché dérivé. Il n'est en effet pas dans l'objet de l'article 102 du TFUE de « *protéger les entreprises moins performantes que l'entreprise dominante* »¹⁰⁷⁰.

La condition de produit nouveau semble donc favorable aux titulaires de droits de propriété intellectuelle. Mais on peut finalement se demander si elle ne devrait pas également être introduite s'agissant d'infrastructures physiques, non protégées par des droits intellectuels. En effet, en termes d'accès à une infrastructure essentielle, la problématique économique est la même. Seule change la nature de l'investissement – matériel dans un cas, immatériel dans l'autre. Mais cette différence de nature est-elle vraiment sensible d'un point de vue économique ? C'est l'objet d'une autre question sur laquelle nous nous proposons de

Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse – Autorité conc., avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 *sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne*. Textes disponibles en ligne sur <http://www.autoritedelaconurrence.fr/>.

¹⁰⁶⁷ B. VESTERDORF, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" », Conférence du 24 février 2005 donnée dans le cadre du cycle « Droit et économie de la concurrence » de la Cour de cassation, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/>.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

revenir ultérieurement, lorsque nous nous pencherons sur la justification de l'existence de la condition de nouveauté¹⁰⁷¹.

b) *L'orientation protectrice de l'intérêt du consommateur*

350. – L'appréciation de la nouveauté par référence à la demande du consommateur. La jurisprudence est constante sur ce point, le produit nouveau doit faire l'objet d'une demande potentielle de la part des consommateurs. Cette exigence présente tout d'abord le mérite de remédier aux difficultés d'appréciation qui découlent de la mise en œuvre du seul critère de nouveauté. En effet, l'appréciation du degré de nouveauté suffisant d'un produit par rapport à un autre apparaît comme un élément très subjectif. Il peut alors être utile de recourir au critère de la demande du consommateur. Ce critère, qui peut être évalué de façon objective grâce aux divers moyens d'enquête dont disposent des autorités de concurrence, permet de dire si le consommateur distingue suffisamment le produit proposé des autres produits existants, de sorte qu'il exprime une demande spécifique pour ce produit. Ainsi, s'il existe une demande potentielle, on peut estimer que le produit proposé se distingue suffisamment des produits existants pour être qualifié de nouveau.

L'exigence d'une demande potentielle du consommateur rappelle également que les bienfaits escomptés de la concurrence bénéficient toujours, *in fine*, au consommateur. C'est la vocation même du droit de la concurrence que de permettre la meilleure allocation des ressources possible. Nous déduisons donc de cette référence au consommateur la possibilité d'une interprétation téléologique de la condition de produit nouveau, au regard de la finalité de l'intérêt du consommateur.

351. – Précision sur la notion de consommateur. Une précision s'impose cependant au sujet de la notion de consommateur. Eu égard au développement spectaculaire du mouvement consumériste au cours des dernières décennies, la notion au consommateur semble être devenue l'apanage du seul droit de la consommation. Ainsi toute référence au consommateur dans des sphères extérieures au droit de la consommation appelle des précisions quant à l'acceptation de la notion : faut-il entendre « consommateur » au sens du droit de la consommation, ou existe-t-il un sens spécifique au contexte examiné ? En droit de la

¹⁰⁷¹ Cf. *infra*, n° 357 et s.

concurrence, il a été relevé que la notion de consommateur présentait une acception relativement large, puisqu'elle désigne, outre le consommateur final habituellement visé par le droit de la consommation, tout utilisateur d'un produit ou service, indépendamment de sa qualité – ou non – de professionnel, et plus généralement, indépendamment de l'échelon auquel il intervient dans les circuits de production et de distribution¹⁰⁷². Dans cette perspective, la condition de produit nouveau faisant l'objet d'une demande potentielle de la part des consommateurs semble pouvoir être remplie aussi bien dans des hypothèses telles que celle de l'affaire *Magill*, où le produit dérivé s'adressait directement aux consommateurs finaux, que dans des hypothèses telles que celle de l'affaire *IMS*, où le produit dérivé s'adressait à des entreprises et ne concernait donc aucunement les consommateurs finaux.

2) *Le critère de la nouveauté*

352. – La notion de nouveauté, une notion propre au droit de la concurrence. Tout d'abord, toute tentative d'interprétation de la notion de nouveauté au regard du droit de la propriété intellectuelle semble vaine. Certes, la notion de nouveauté est connue en droits des brevets. Mais, tout d'abord, elle ne concerne que les brevets, et non les droits d'auteur. Ensuite, qu'il s'agisse de nouveauté pour les brevets ou d'originalité pour les droits d'auteur, ces deux notions ne peuvent s'appliquer en tout état de cause qu'à des créations immatérielles, et ce, en vue de leur protection par un droit exclusif. Or, il n'y a aucune raison pour que la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs ne s'applique que lorsque les produits dérivés de l'infrastructure essentielle sont des créations immatérielles. Nous ne voyons donc rien qui justifie que la notion de nouveauté dont il est question dans la jurisprudence soit interprétée à la lumière des considérations relatives au droit de la propriété intellectuelle.

Si la notion de nouveauté ne peut s'interpréter sous l'angle du droit de la propriété intellectuelle, c'est donc qu'elle revêt une signification propre du point de vue du droit de la concurrence. À cet égard, il est intéressant de se pencher sur la définition de la nouveauté selon l'avocat général Tizzano, dont les conclusions sur ce point semblent avoir inspiré la rédaction de l'arrêt *IMS*. Il estimait que « *le refus de licence ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter en substance à reproduire les biens ou les services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par*

¹⁰⁷² Cf. *supra*, n° 82.

le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention de produire des biens ou services aux caractéristiques différentes, qui, même s'ils viennent en concurrence avec les biens ou services du titulaire du droit de propriété intellectuelle – répondent à des besoins spécifiques des consommateurs qui ne sont pas satisfaits par les biens et services existants »¹⁰⁷³. De cette affirmation, nous retenons que la nouveauté n'est pas assimilable à l'absence de substituabilité au sens du droit de la concurrence. En effet, si le produit nouveau devait être un produit non substituable au produit déjà offert, il n'y aurait aucun risque de concurrence entre le titulaire de droit et le demandeur. Or, l'avocat général précise bien que la concurrence entre les produits du titulaire et du demandeur – autrement dit, le fait que ces produits soient substituables entre eux – n'est pas un obstacle à la caractérisation de la nouveauté.

En définitive, la caractérisation de la nouveauté d'un produit ou service dépendrait donc de la question de savoir si ce produit ou service possède ou non des « caractéristiques différentes » qui le rendent susceptible de répondre à une demande spécifique des consommateurs¹⁰⁷⁴. Il n'est donc pas question d'apprécier un degré de différence par rapport aux produits ou services existants. La condition de nouveauté pourrait être aussi bien remplie dans l'hypothèse de différences extrêmement minimales comme, par exemple, l'apparence du produit, que par des différences beaucoup plus significatives telles que de différences de fonctionnalités du produit. L'important est que puisse être identifiée une demande potentielle de la part des consommateurs portant sur ces spécificités, si minimales soient-elles.

353. – L'apport de l'arrêt *Microsoft* quant au critère de l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau. L'arrêt *Microsoft*¹⁰⁷⁵ poursuit dans un sens identique en insistant sur

¹⁰⁷³ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. préc., concl. av. gén. présentées le 2 octobre 2003, point 62.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, point 332 ; *JCP éd. E*, 2008, p. 1314, chron. G. DECOCQ et A. LAQUIÈZE, n^{os} 6 à 13 ; *RTD com.* 2007, p. 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *Europe*, octobre 2007, alertes, n^o 58, obs. L. IDOT ; *Propr. intell.* 2008, n^o 26, p. 122 ; *Concurrences*, 2007, n^o 4, p. 78, obs. C. PRIETO ; J. GSTALTER, « L'arrêt *Microsoft* et la mise en œuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ? », *RTD eur.* 2007, p. 720 ; P. AHREL, « L'affaire *Microsoft* (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007, *Petites affiches*, 21 novembre 2007, n^o 233, p. 3 ; L. IDOT, « L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, étude n^o 22 ; C. PRIETO, « La condamnation de *Microsoft* ou l'alternative européenne à l'*antitrust* américain », *D.* 2007, p. 2884 ; M. DEBROUX, « Arrêt *Microsoft*, articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », *JCP éd. E*, 2007, p. 2305 ; R. GARCÍA-VALDECASAS, « L'affaire *Microsoft* : le temps jugera... », *RLC*, octobre/décembre 2008, n^o 17, p. 130 ; J.-Y. DE CARA, « L'affaire *Microsoft* : une mise à l'épreuve du droit antitrust ? », *RLC*,

le fait que le dommage au consommateur est primordial pour caractériser l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau¹⁰⁷⁶. En effet, selon les juges, la condition de produit nouveau doit être appréciée à l'aune de l'article 82, alinéa 2, b) du Traité CE aux termes duquel sont abusives les pratiques qui consistent à « *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice du consommateur* ».

Mais l'apport de l'arrêt *Microsoft* concernant la condition d'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau provient surtout de l'affirmation suivante : « *la circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau, telle qu'elle est ainsi envisagée dans les arrêts Magill et IMS Health [...], ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE* »¹⁰⁷⁷. La condition de préjudice au consommateur de l'article 82 semble ainsi prendre le pas sur la condition spécifique de produit nouveau exigée jusqu'alors dans la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs. L'affirmation laisse en effet entendre que la condition de produit nouveau n'est qu'une déclinaison parmi d'autres de la condition de préjudice aux consommateurs, et qu'il faut par conséquent rester ouvert à la prise en compte d'autres éléments permettant, eux aussi, de caractériser ce préjudice au sens de l'article 82. À ce titre,

octobre/décembre 2008, n° 17, p. p. 132 ; J. S. MARTIN, « La « culture de litige », la recherche de la vérité et le dossier Microsoft », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 137 ; M. CARDON, « Microsoft, la Commission et le juge communautaire : *quid* de la compétence internationale de la Communauté ? Passez votre chemin la discussion est close ! », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 142 ; C. MONTET, « Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 152 ; F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 158 ; E. TREPPOZ, « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 163 ; A. WINCKLER, « L'affaire Microsoft du point de vue du plaignant », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 168 ; J.-Y. ART, « Comment Microsoft a changé », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 173 ; C. NOURISSAT, « Microsoft : sur quelques aspects processuels de l'affaire », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 176 ; V. SÉLINSKY : « Microsoft : réaction des autorités et rétablissement des conditions de la concurrence », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 179 ; J. RIFFAULT-SILK, « L'affaire Microsoft et le droit des contrats », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 185 ; J.-C. RODA, « Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 187 ; D. GÉRARD, « L'arrêt Microsoft : quelle portée pour l'application de l'article 82 CE ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 191 ; J.-P. GUNTHER et D. TAYAR, « L'arrêt Microsoft marque-t-il la fin de l'externalisation du contrôle des engagements en matière de concentration ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17 ; p. 195 ; C. PRIETO, « Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft », *Revue des contrats*, 2008, p.811 ; D. HOWARTH et K. McMAHON, « "Windows has Performed an Illegal Operation": the Court of First Instance's Judgment in *Microsoft v Commission* », *European Competition Law Review*, 2008, Vol. 2, p. 117 ; I. EAGLES et L. LONGDIN, « Microsoft's Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance », *European Intellectual Property Review*, 2008, Vol. 5, p. 205.

¹⁰⁷⁶ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-601/04, *Rec.* p. II-3601, point 643.

¹⁰⁷⁷ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, aff. préc., point 647.

les juges citent la limitation du développement technique, d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 82. On pourrait imaginer qu'à l'avenir, toutes sortes d'autres éléments d'appréciation soient pris en compte, pourvu qu'ils témoignent d'un préjudice causé aux consommateurs, sans qu'il soit par ailleurs réellement démontré l'existence d'un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau¹⁰⁷⁸.

Ainsi, sous couvert d'un examen formel classique des circonstances exceptionnelles des arrêts *Magill* et *IMS*, l'arrêt *Microsoft* déclassifie la condition de produit nouveau de son rang de condition *sine qua non* de l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux refus de licence de droits d'auteur, pour autant que puisse être rapportée la preuve d'une atteinte aux intérêts des consommateurs, sous quelque forme que ce soit. La jurisprudence antérieure semble donc mise à mal¹⁰⁷⁹, car il se pourrait que les circonstances de l'arrêt *Magill*, jusque là qualifiées d'exceptionnelles, le soit, à l'avenir, de moins en moins¹⁰⁸⁰.

Par ailleurs, il nous semble que l'accent mis sur le préjudice causé au consommateur s'inscrit dans l'approche renouvelée de l'application de l'article 102 du TFUE, telle qu'exprimée par la Commission au travers de sa récente communication¹⁰⁸¹. En effet, au sujet des refus de fourniture en général, la Commission estime que de telles pratiques doivent être examinées en priorité lorsque trois conditions sont réunies : le refus doit porter sur un produit ou service objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur le marché aval ; il doit être susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval ; il doit enfin être susceptible de léser le consommateur¹⁰⁸². Il semble ainsi que la Commission souhaite faire du préjudice subi par le consommateur une condition à part entière de l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Nous remarquons que les propos de la Commission portent sur les refus de fourniture en général. On ne peut donc pas exclure que des spécificités telles que la condition de produit nouveau subsistent en

¹⁰⁷⁸ F. SARDAIN, obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201-04, *JCP éd. E* 2009, p. 1108. L'auteur relève qu'« en l'espèce, l'abus n'avait pas pour effet d'empêcher l'émergence d'un produit nouveau (i.e. : les logiciels de serveurs compatibles avec Windows existaient déjà), mais de limiter la part des concurrents ».

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* : « juridiquement, l'apport essentiel de la décision est de faire voler en éclat les « circonstances exceptionnelles » dégagées par l'arrêt *Magill* [...], puis rendues cumulatives par l'arrêt *IMS Health* ».

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7.

¹⁰⁸² Commission, communication préc., points 81 et 86 et s.

jurisprudence dans le domaine de la propriété intellectuelle. Cependant, le fait que le Tribunal de première instance se rapproche, dans son arrêt *Microsoft*, de cette présentation des conditions, en insistant sur le préjudice subi par le consommateur au détriment d'un examen strict de la condition de produit nouveau, pourrait témoigner d'un mouvement de banalisation des infrastructures protégées par des droits de propriété intellectuelle. Celles-ci se verraient alors appliquer une théorie des infrastructures essentielles dépourvue de tout aménagement spécifique. Cette tendance répondrait à la remise en cause, par l'analyse économique, d'une spécificité des infrastructures protégées par des droits de propriété intellectuelle vis-à-vis d'infrastructures physiques plus classiques¹⁰⁸³. En l'état actuel de la jurisprudence, rien ne permet de confirmer ou d'infirmer cette orientation. On peut donc considérer que la condition de produit nouveau demeure le témoin d'une spécialisation de l'application de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine des droits de propriété intellectuelle.

3) *La condition de produit nouveau, témoin d'une spécialisation de l'application de la théorie des infrastructures essentielle dans le domaine des droits de propriété intellectuelle*

354. – Nous reviendrons sur l'introduction de la condition tenant au produit nouveau dans le domaine des droits de propriété intellectuelle (a) pour nous interroger, dans un second temps, sur la justification de cette condition dans le domaine spécifique du droit d'auteur (b).

a) L'introduction de la condition de nouveauté dans le domaine des droits de propriété intellectuelle

355. – **L'introduction de la condition dans la jurisprudence.** La condition relative à l'apparition d'un produit est certainement l'une des rares manifestations de la prise en compte d'une spécificité du droit d'auteur, et plus généralement des droits de propriété intellectuelle, dans la jurisprudence faisant application de la théorie des infrastructures essentielles. Cette spécificité s'est dégagée progressivement au fil des décisions. La condition fut tout d'abord énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Magill*¹⁰⁸⁴. Mais cet arrêt est en même temps si emblématique de la réception, en droit communautaire, de la théorie des infrastructures essentielles, qu'il est difficile de dire, à ce stade, si la condition de produit nouveau est, ou non, une spécificité liée à l'existence d'une protection de l'infrastructure par des droits de

¹⁰⁸³ V. *infra*, n^{os} 357 et s.

propriété intellectuelle¹⁰⁸⁵. La jurisprudence ultérieure semble néanmoins confirmer cette intuition.

Dans l'arrêt *Tiercé Ladbroke*, où était en cause l'exercice d'un droit d'auteur, la condition de produit nouveau était toujours présente – quoique de façon fort peu satisfaisante, eu égard au caractère alternatif dont elle avait été affublée¹⁰⁸⁶.

L'arrêt *Bronner*, tout autant que l'arrêt *Magill*, tient une place très significative dans le courant jurisprudentiel fondé sur la théorie des installations essentielles. L'infrastructure détenue par l'entreprise en position dominante portait sur un service de portage de journaux à domicile. Aucun droit de propriété intellectuelle n'était en cause. Si la théorie des infrastructures essentielles devait s'appliquer à ce cas d'espèce, on pouvait donc s'attendre à ce qu'elle le soit de manière orthodoxe. L'occasion était ainsi donnée de mettre en évidence d'éventuelles différences entre une application de la théorie à une infrastructure dite classique, et une application à une infrastructure protégée par un droit de propriété intellectuelle. Dans cet arrêt, les juges avaient repris à leur compte toutes les conditions issues de la jurisprudence *Magill*, à l'exception d'une seule : celle relative à l'apparition du produit nouveau¹⁰⁸⁷. On observe d'ailleurs avec quelle prudence les juges envisageaient la transposition des conditions de l'arrêt *Magill* au cas d'espèce, soulignant ainsi que l'implication d'un droit de propriété intellectuelle peut susciter des réserves quant à la possibilité d'une transposition fidèle des

¹⁰⁸⁴ CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743, point 54.

¹⁰⁸⁵ Certes, on peut se référer à des décisions de jurisprudence antérieures, simplement inspirées de la théorie des infrastructures essentielles (CJCE, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, aff. 311/84, *Rec.* p. 3261), ou même s'y référant explicitement (Commission, 21 décembre 1993, déc. n° 94/19/CE, n° IV/34.689, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, *JOCE* n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8) pour constater que la condition de produit nouveau n'y apparaissait pas. Néanmoins, l'application de la théorie n'en étant alors qu'à ses balbutiements, les conditions n'étaient pas encore formalisées comme elles l'ont été par la suite, notamment dans l'arrêt *Magill* ; la comparaison reste donc, en toute hypothèse, délicate.

Sur l'introduction de la théorie des infrastructures essentielles en droit communautaire et en droit français, v. M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve des installations essentielles », *CCC*, mai 1999, chron. n° 6, p. 4.

¹⁰⁸⁶ Cf. *supra*, n° 326.

¹⁰⁸⁷ La condition est certes évoquée dans l'arrêt *Bronner* (CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-7791, point 40), mais elle ne l'est qu'au titre d'un rappel sommaire de l'ensemble des conditions de l'arrêt *Magill*. Son rappel peut d'ailleurs être considéré comme un moyen de mettre en exergue son absence de reprise dans la transposition des conditions de l'arrêt *Magill* au cas d'espèce (point 40).

conditions de la jurisprudence *Magill* à des situations où aucun droit de propriété intellectuelle n'est en cause¹⁰⁸⁸. L'expression d'une spécificité de l'application de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine de la propriété intellectuelle transparaît donc déjà à ce stade de la jurisprudence.

L'arrêt *IMS* est venu le confirmer par l'exigence renouvelée de l'apparition d'un produit nouveau¹⁰⁸⁹.

Mais c'est surtout à l'arrêt *Microsoft* du Tribunal de Première instance de 2007 que l'on doit, paradoxalement¹⁰⁹⁰, d'avoir définitivement érigé la condition de produit nouveau au rang de spécificité d'application de la théorie des infrastructures essentielles liée à l'existence d'un droit de propriété intellectuelle. On lit ainsi, sous la plume des juges, qu'« *il convient d'observer que la circonstance que le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ne figure que dans la jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle* »¹⁰⁹¹.

356. – Opportunité économique de l'introduction de la condition compte tenu de potentiels effets indésirables. Faut-il se féliciter de la prise en compte de la spécificité des droits de propriété intellectuelle pour l'application des règles de concurrence ? La réponse n'est pas si simple. Un économiste dénonçait ainsi les travers que comportait l'introduction de la condition du produit nouveau¹⁰⁹². Tout d'abord, la condition du produit nouveau était introduite dès lors que l'actif était protégé par un droit de propriété intellectuelle. Il y a là un certain systématisme non exempt de critiques. Il dispense en effet l'autorité de concurrence et les juges européens de se prononcer sur « *le bien-fondé et la portée des droits de propriété intellectuelle impliqués dans les affaires européennes de concurrence* »¹⁰⁹³. Ceci est naturellement conforme aux principes de répartition de compétences entre l'Union et les États

¹⁰⁸⁸ CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. préc., point 41 : « à supposer même que cette jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle soit applicable à l'exercice d'un droit de propriété quel qu'il soit, [...] ».

¹⁰⁸⁹ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. 5039, point 49.

¹⁰⁹⁰ Cf. *supra*, n° 353.

¹⁰⁹¹ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-601/04, *Rec.* p. II-3601, point 334.

¹⁰⁹² F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

membres, mais il est vrai que cela peut parfois conduire à faire application de la condition de produit nouveau dans des cas où la validité et l'étendue des droits de propriété intellectuelle est contestable¹⁰⁹⁴. En somme, l'accusé bénéficierait de la jurisprudence la plus favorable du seul fait qu'il est en mesure de justifier d'un droit de propriété intellectuelle sur l'infrastructure sollicitée, peu important que l'existence de droit n'ait pas été vérifiée et que la revendication du droit exclusif soit potentiellement usurpée. Par ailleurs, on peut associer à ce mécanisme un effet pervers en ce qu'il incite les entreprises à considérer la recherche de protection de leurs infrastructures – y compris physiques – par des droits exclusifs comme une fin en soi. Or, les droits de propriété intellectuelle étant aujourd'hui omniprésents¹⁰⁹⁵, cette recherche sera bien souvent couronnée de succès. De ce fait, la théorie des infrastructures essentielles, dans sa version « non édulcorée » – sans condition de produit nouveau – pourrait en venir à n'être appliquée que de façon résiduelle, voire de façon très rare. On peut alors légitimement se demander si la condition de produit nouveau n'est pas amenée à intégrer de manière permanente la théorie des infrastructures essentielles¹⁰⁹⁶.

b) *La justification de la condition de nouveauté dans le domaine spécifique des droits d'auteur*

357. – Justification traditionnelle de la condition de nouveauté. L'introduction de la condition de produit nouveau dans les affaires où est en cause un refus de licence, par opposition à un simple refus de vente, constitue une exigence supplémentaire qui tend vers une modération de l'application de la théorie des facilités essentielles dans le domaine de la propriété intellectuelle. Elle répond, selon la Cour de justice, « à la considération selon laquelle, dans la mise en balance de l'intérêt relatif à la protection du droit de propriété intellectuelle et à la liberté d'initiative économique du titulaire de celui-ci, d'une part, avec

¹⁰⁹⁴ V. par exemple les nombreuses critiques qui ont pu être formulées au sujet de la protection de grilles de programmes de télévision par un *copyright* dans l'affaire *Magill* (cf. *supra*, n° 312).

¹⁰⁹⁵ F. LÉVÊQUE, *eod. loc.* : « Les droits de propriété intellectuelle sont aujourd'hui partout répandus. Il est par exemple vraisemblable que l'accès à une infrastructure physique telle qu'un réseau électrique ou de téléphone mette en jeu des droits de propriété intellectuelle. Les réseaux sont en effet pilotés par des systèmes informatiques complexes utilisant des logiciels qui peuvent être protégés. Les entreprises dominantes soupçonnées de refus de fourniture ne seront-elles pas tentées de faire valoir des brevets ou des droits d'auteur afin du bénéficier du test qui leur est le plus favorable ? ». Par « test le plus favorable », l'auteur entend l'application de la théorie des infrastructures essentielles telle qu'aménagée dans le domaine de la propriété intellectuelle grâce à la condition d'apparition d'un produit nouveau.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* : « on peut se demander si le test le moins exigeant est d'une quelconque utilité ». Par test le moins exigeant, l'auteur entend le test ne comportant pas la condition de produit nouveau, c'est-à-dire le test le moins favorable aux détenteurs d'infrastructure.

l'intérêt relatif à la protection de la libre concurrence, d'autre part, ce dernier ne saurait l'emporter que dans le cas où le refus d'octroyer une licence fait obstacle au développement du marché dérivé au préjudice du consommateur »¹⁰⁹⁷. Cette affirmation est intéressante en ce qu'elle témoigne de la volonté des juges de ne pas considérer comme ordinaire une infrastructure protégée par un droit de propriété intellectuelle. Ceci étant, elle n'explique pas en quoi l'objet protégé mérite une prise en compte spécifique, et pourquoi il convient de rechercher un équilibre entre le respect du droit de propriété intellectuelle et l'application du droit de la concurrence, différent de l'équilibre que permet l'application classique de la théorie des infrastructures essentielles. En somme, il n'est rien dit de la spécificité des droits de propriété intellectuelle. Or, il nous semble essentiel de bien pouvoir démontrer cette spécificité pour justifier du traitement favorable réservé aux droits de propriété intellectuelle en matière d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Pour ce faire, il convient de s'interroger sur ce qui différencie fondamentalement l'infrastructure immatérielle, protégée par un droit de propriété intellectuelle, de l'infrastructure classique, non protégée. La réponse à cette question passe nécessairement par des considérations d'ordre économique.

Il est souvent avancé que la spécificité des droits de propriété intellectuelle réside dans leur fonction de récompense de l'effort créateur. Cette affirmation doit sans doute être nuancée, car il existe une grande disparité de nature entre les différents droits de propriété intellectuelle, mais elle est tout du moins exacte s'agissant des droits d'auteur et des droits de brevet. Cette récompense est l'expression d'une considération particulière pour les œuvres de l'esprit et les inventions qui apparaissent, en soi, comme des besoins fondamentaux de notre société. On peut ainsi considérer que la reconnaissance de droits exclusifs aux auteurs ou aux inventeurs traduit une volonté du législateur d'inciter à la création littéraire ou artistique ou encore à l'innovation. Dans ce sens, il pourrait sembler dangereux d'imposer trop facilement aux entreprises qu'elles fournissent à des tiers un accès à des infrastructures protégées par des droits d'auteur ou de brevet, car il pourrait en résulter un frein à la création ou à l'innovation.

358. – Critique économique. Selon certains auteurs, l'inquiétude concernant un éventuel frein à la création ou à l'innovation doit être relativisée. D'un point de vue économique, il semble contestable que les créations ou les inventions auxquelles l'accès est sollicité puisse être regardées comme des investissements de nature radicalement différente de

¹⁰⁹⁷ CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, aff. préc., point 48.

l'investissement que constitue une infrastructure physique¹⁰⁹⁸. Monsieur Lévêque expliquait ainsi qu'« *il n'y a pas de raison de penser que l'acquisition d'une propriété intellectuelle soit plus méritante que d'autres. Disposer d'un brevet d'une grande valeur peut aussi être le fruit du hasard (par exemple, innovation fortuite). Il n'existe pas d'éléments empiriques solides permettant d'avancer que la propriété intellectuelle est plus souvent acquise par le mérite que d'autres titres de propriété et qu'il convient d'être moins enclin à en forcer l'accès* »¹⁰⁹⁹.

L'auteur relevait par ailleurs au sujet des inventions que le droit de brevet n'est qu'un des incitants des efforts de l'innovation parmi d'autres, que sont par exemple la primauté de l'innovation – indépendamment de toute protection – ou encore le secret. Ainsi, la propriété intellectuelle ne serait pas « *une condition sine qua non de l'investissement dans des actifs immatériels. La menace de licence obligatoire fait sans aucun doute peser un risque de diminution des investissements en R & D, mais rien ne permet d'affirmer que cet effet est plus grand ou dommageable que pour les investissements matériels* »¹¹⁰⁰.

Ceci étant, nous observons que la remarque ainsi formulée concerne l'incitation à l'innovation, c'est-à-dire les droits de brevet. Or, il ne nous semble pas certain que l'on puisse en dire autant des droits d'auteur. Nous savons que les droits d'auteur ont – ou plutôt avaient, initialement – une vocation à protéger les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques, afin que ceux-ci puissent vivre de leur art. Cette vocation perdue, même si une bonne partie des œuvres protégées aujourd'hui au titre du droit d'auteur n'ont plus aucun rapport avec quelque forme d'art que cela soit¹¹⁰¹. Il y a donc en jeu, à la clé du droit d'auteur, l'incitation à la création artistique – du moins pour partie. Or, à la différence du droit de brevet, au sujet

¹⁰⁹⁸ F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22. L'auteur ne fait aucune différence entre des dépenses de recherche et de développement et des sommes consacrées à la construction d'une usine. Elles constituent chacune un moyen d'investir.

V. plus généralement, pour une analyse économique de la propriété intellectuelle F. LÉVÊQUE et Y. MENIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Éditions La Découverte, coll. « Repères », 2003 ; A. ABELLO et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2005.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ Nous faisons ici référence aux bases de données, à certains types de programmes d'ordinateurs ou encore aux multiples exemples de créations purement utilitaires telles qu'un panier à salade (Cass. crim., 30 octobre 1963, *D.* 1964, p. 678, note A. FRANÇON), un décapsuleur (Cass. crim., 9 octobre 1974, *D.* 1974, IR, p. 228 ; *RIDA*, juillet 1975, p. 176 ; *JCP* 1976. II. 18311), ou encore des notices techniques (T. corr. Seine, 2 févr. 1912, *Ann. propr. ind.*, 1912, p. 290).

duquel Monsieur Lévêque disait qu'il n'était pas la seule source de l'innovation¹¹⁰², il nous semble que le droit d'auteur constitue, aujourd'hui, une condition *sine qua non* de la création. On peut en effet imaginer qu'en privant les auteurs des moyens de vivre de leur création, ceux-ci seraient dans l'obligation de se détourner de leur activité créative. Nous ne voyons pas, comme en matière d'innovation, de motifs économiques qui pourraient les pousser à continuer de créer malgré l'absence de rémunération. Nous expliquons cette différence par le fait que le secteur de la création artistique conserve une dimension très personaliste, alors que celui de l'innovation est davantage l'affaire d'entreprises qui, se retrouvant nécessairement au sein d'un environnement concurrentiel, déploient tous les moyens nécessaires à leur disposition pour rester compétitives. L'auteur, créateur d'une œuvre littéraire ou artistique, est plutôt, par nature, en dehors de tout processus concurrentiel.

Il pourrait donc exister, *in fine*, une raison valable de considérer le droit d'auteur comme un droit de propriété intellectuelle à part, et partant, de lui réserver un traitement plus favorable dans l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Cependant, le droit d'auteur auquel nous venons de faire allusion est bien éloigné du droit d'auteur auquel nous sommes confrontés dans l'ensemble des problématiques de refus de licence anticoncurrentiels. Dans des espèces telles que celles de l'affaire *Magill*, *IMS* ou *Microsoft*, le rôle du droit d'auteur se cantonne à la protection d'un investissement économique ; il n'est naturellement pas question, dans ces cas de figure, de parler d'œuvres littéraires ou artistiques. Par conséquent, nous ne voyons, dans la pratique, aucune objection aux propos de l'économiste lorsqu'il ne différencie pas ces infrastructures protégées au titre du droit d'auteur de simples infrastructures matérielles, et lorsqu'il en déduit que l'ajout de la condition de produit nouveau dans l'application de théorie des infrastructures essentielles est dépourvue de fondement économique¹¹⁰³.

Dans cette perspective, on pourrait s'interroger sur la nécessité de distinguer, au sein du droit d'auteur, selon des catégories d'œuvres protégées, pour l'application des règles de concurrence. L'idée n'est, en réalité, certainement pas souhaitable. Elle soulèverait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Tout d'abord, elle poserait la question d'un critère permettant de délimiter clairement les catégories d'œuvres. Outre le problème de la

¹¹⁰² F. LÉVÊQUE, *eod. loc.*

¹¹⁰³ *Ibid.*

compétence des autorités de concurrence pour trancher cette question, une telle approche semble illusoire : entre le noir et le blanc des hypothèses d'œuvres à caractère purement artistique ou à finalité exclusive d'investissement économique, existe toute une catégorie de nuances de gris où les genres sont mêlés. Ensuite, une telle distinction viendrait sans aucun doute contrarier le principe de l'indifférence au mérite de l'œuvre, bien ancré dans notre tradition de droit d'auteur¹¹⁰⁴. En définitive, le problème est sans doute plus simple. Il nous semble en effet que l'intervention des autorités de concurrence dans le cadre d'un refus de licence abusif est, en quelque sorte, un révélateur de la nature de l'œuvre protégée : dès lors que les autorités sont amenées à appliquer le théorie des infrastructures essentielles, il faut en déduire que le caractère « économique » prime sur le caractère « artistique » de l'œuvre. De fait, on se rend compte que, jusqu'à présent, les hypothèses d'application de la théorie des infrastructures essentielles à des objets protégés par le droit d'auteur n'ont jamais porté sur des objets à caractère un tant soit peu artistique. Nous n'imaginons pas que cela puisse être davantage le cas à l'avenir.

En définitive, la vraie solution, qui dépasse la question de l'application du droit de la concurrence au droit d'auteur, consisterait à s'attaquer au mal par la racine, en redéfinissant de manière cohérente les contours des différentes branches de la propriété intellectuelle. S'agissant notamment du droit d'auteur, nous ne pouvons que constater que la matière constitue un vaste réceptacle où se côtoient des objets très disparates, protégés aussi bien au titre d'un effort de création artistique qu'au titre d'un simple investissement. On pourrait sans doute envisager un rapprochement de cette dernière catégorie avec les droits de propriété industrielle, au sein d'une large catégorie de « droits de propriété économique » ou de « droits de l'investissement ». Subsisterait alors une catégorie de droits de propriété littéraire et artistique bien plus homogène.

**D. – L'ABSENCE DE JUSTIFICATION OBJECTIVE AU REFUS :
UNE CONDITION INSUFFISAMMENT DÉFINIE
EN MATIÈRE DE REFUS DE LICENCE**

359. – La condition d'une absence de justification au refus de licence par des considérations objectives est constamment rappelée en jurisprudence depuis l'arrêt *Magill*. Pourtant, aucun développement jurisprudentiel n'a jamais été consacré à l'étude de cette

¹¹⁰⁴ Sur ce sujet, v. C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1981.

condition, qui reste, de fait, l'une des plus obscures de cette jurisprudence. Un auteur soulignait à ce sujet le caractère laconique des développements consacrés à cette condition dans l'arrêt *IMS*¹¹⁰⁵.

Le peu d'indications que nous avons nous conduit à rechercher si le sens habituellement retenu pour la condition de produit nouveau dans la théorie des infrastructures essentielles peut convenir dans des hypothèses d'infrastructures immatérielles protégées par un droit d'auteur (1). Il convient également de s'interroger sur l'existence de justifications objectives spécifiques au domaine du droit d'auteur (2).

1) La condition d'absence de justification objective dans la théorie des infrastructures essentielles.

360. – Typologie des justifications objectives dans le domaine des infrastructures matérielles classiques. Des éléments sur la condition de produit nouveau avaient été apportés dans certaines décisions de jurisprudence mettant en œuvre la théorie des infrastructures essentielles, mais uniquement au sujet d'infrastructures physiques. Il avait par exemple été décidé que des mesures étatiques octroyant un monopole d'exploitation d'un aéroport ne constituaient pas une justification objective, dans la mesure où il n'avait pu être démontré que l'accès à l'infrastructure par un tiers rendait impossible la gestion des services d'intérêt économique général¹¹⁰⁶. De même, l'entreprise exploitant l'aéroport ne pouvait invoquer des contraintes d'espace et un manque de place pour faire obstacle à l'admission de concurrents sur l'aire de trafic. Cet argument semblait pourtant prometteur, mais il ne pouvait en réalité constituer une justification objective dans la mesure où il existe des solutions permettant de surmonter un éventuel manque d'espace¹¹⁰⁷. Toujours dans le domaine des infrastructures physiques, des auteurs citaient également, au titre de raisons objectives pouvant justifier le

¹¹⁰⁵ F. SARDAIN, « L'arrêt *IMS Health* : une (r)évolution ? », D. 2004. 2366, citant l'arrêt : « *Quant à cette condition, dont l'interprétation n'a pas fait l'objet d'observations spécifiques, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner, le cas échéant, au vu des éléments qui lui sont soumis, si le refus opposé à la demande de licence d'utilisation est justifié ou non par des considérations objectives* » (CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039, point 51).

¹¹⁰⁶ Commission, 14 janvier 1998, déc. n° 98/190/CE, aff. IV/34.801, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, *JOCE* n° L 72 du 11 mars 1998, p. 30.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, point 86.

refus, des contraintes liées au fonctionnement effectif de l'installation, le fait que la configuration de l'installation en améliore l'efficacité générale¹¹⁰⁸.

Madame Malaurie-Vignal, cherchant à présenter ces justifications objectives de façon ordonnée, distinguait ainsi trois grandes séries d'hypothèses¹¹⁰⁹. La première tient au demandeur, et plus particulièrement au caractère déraisonnable de sa demande (surface financière insuffisante, manque de compétences techniques...). La seconde tient à la situation du détenteur de l'infrastructure (impossibilité d'accomplir sa mission si un tiers accède à l'installation, par exemple). La troisième concerne enfin l'infrastructure elle-même (risque de saturation, d'insécurité...). Mais, comme nous le voyons, toutes ces considérations sont particulièrement liées à la nature physique de l'infrastructure, et donc peu transposables à des cas de figure mettant en cause un droit de propriété intellectuelle.

D'autres circonstances pourraient davantage concerner des infrastructures immatérielles protégées par un droit de propriété intellectuelle : l'existence d'une difficulté insurmontable qui empêcherait le détenteur de l'installation de fournir un accès à un tiers, ou le besoin qu'aurait le détenteur de l'installation de bénéficier des conditions et d'un délai suffisants pour mettre en service des installations ou de lancer un nouveau produit ou service, qui ont nécessité un investissement important¹¹¹⁰.

L'existence de droits de propriété intellectuelle appelle par ailleurs certaines observations spécifiques quant aux possibilités de justifier le refus par des raisons objectives.

2) Des justifications objectives spécifiques liées à la protection de l'infrastructure par un droit d'auteur

361. – L'existence d'un contrat de licence. Mesdames Thill-Tayara et Couadou mentionnaient, en matière de propriété intellectuelle, la possibilité de justifier un refus d'accès en raison de l'existence d'une « *concession de licence* »¹¹¹¹. Cette question mérite

¹¹⁰⁸ M. THILL-TAYARA et C. COUADOU, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », *CCC*, mai 1999, chron. n° 6, p. 4.

¹¹⁰⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, obs. sous CA Paris, 30 juin 1998, *SARL Héli-Inter Assistance*, *CCC*, décembre 1998, comm. n° 162, p. 11.

¹¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹¹ *Ibid.*

évidemment notre attention. L'existence d'une licence exclusive au profit d'un licencié semble effectivement pouvoir constituer, à première vue, une raison objective de refus d'accès à un tiers. Il faut néanmoins être prudent, car une même question, posée sur le terrain des abus de position dominante, peut vite se déplacer sur celui des ententes. Il est vrai que, la raison du refus se fondant sur l'existence d'un contrat de licence, on peut s'interroger sur l'éventuel caractère anticoncurrentiel de ce contrat, en tant qu'accord entre entreprise susceptible de constituer une entente. Sans qu'il soit besoin d'entrer dans le détail de la jurisprudence relative aux ententes¹¹¹², on peut dire que le refus ne pourrait être objectivement justifié que dans la mesure où le contrat de licence est inattaquable sur le fondement de l'article 101 du TFUE.

362. – La mise en œuvre d'un délai raisonnable. Les rares auteurs qui se sont interrogés sur d'éventuelles justifications objectives spécifiquement liées à l'existence de droits de propriété intellectuelle ont mis en évidence l'intérêt de prendre en compte le « facteur temps »¹¹¹³. Messieurs Gendreau et Rendon estimaient ainsi que l'accès à des infrastructures protégées par des droits d'auteur ne devait pas pouvoir intervenir immédiatement après la naissance desdits droits¹¹¹⁴. Il serait en effet très contestable d'imposer une licence alors même que les titulaires de droits n'ont même pas eu le loisir d'exploiter économiquement le fruit de leur travail. Les auteurs fondaient leurs arguments sur le fait que « *tout mécanisme de licence obligatoire (ou de perte de droits) lié à une absence d'exercice des droits pour lequel un monopole est octroyé est subordonné à la constatation que, pendant une certaine durée, aucune exploitation ou aucun commencement sérieux d'exploitation n'est intervenu* »¹¹¹⁵. Naturellement, l'argument est tiré du droit des brevets qui connaît des cas de licence obligatoire (art. L. 613-11 CPI). S'agissant du droit d'auteur, aucune disposition légale ne prévoit de licence obligatoire pour défaut d'exploitation. Néanmoins, l'application du droit de la concurrence peut conduire à des résultats équivalents ; il ne semble donc pas intéressant de s'inspirer des mécanismes légaux de protection des titulaires de brevet en la matière. Se posera la question du « *délai raisonnable* » au-delà

¹¹¹² Sur ce point, v. *supra*, n° 206 et s.

¹¹¹³ A. GENDREAU et D. REDON, « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151, n° 14.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ *Ibid.*

duquel le titulaire ne pourrait plus se retrancher derrière l'argument du caractère précoce de la demande pour justifier son refus¹¹¹⁶.

363. – Les gains d'efficacité potentiels. Dans sa récente communication relative à l'application de l'article 82 du Traité CE en matière de pratiques d'éviction, la Commission s'était attachée à détailler trois critères du refus abusif de fourniture¹¹¹⁷. Ces critères s'apparentaient aux conditions d'application de la jurisprudence relative aux refus de licence abusifs, à ceci près que la condition de produit nouveau n'était pas mentionnée. Rien, cependant, d'illogique à cela, étant donné que les développements de la Commission concernaient les refus de fourniture en général, et non les refus de licence de droits de propriété intellectuelle. Il figurait en revanche une condition relative au préjudice causé au consommateur, condition dont on ne s'étonnerait pas – ainsi qu'on a pu le souligner – qu'elle prenne à l'avenir le pas sur la condition de produit nouveau, y compris en matière de refus de licence de droits de propriété intellectuelle¹¹¹⁸.

Faisant suite à la présentation des trois critères évoqués ci-dessus, un quatrième point est développé, concernant cette fois-ci d'éventuels « *gains d'efficacité* »¹¹¹⁹. Il ne s'agit plus là d'un critère de l'abus puisque la Commission affirme s'intéresser aux arguments de l'entreprise dominante qui justifieraient, selon cette dernière, le refus de fourniture. Il s'agit donc bien des raisons objectives pouvant justifier un refus de fourniture. La Commission indique plus précisément qu'elle examinera les arguments selon lesquels « *le refus de fourniture est nécessaire à l'obtention d'un rendement adéquat des capitaux investis afin de développer l'activité de fourniture des intrants et a donc pour effet d'inciter à poursuivre les investissements, en tenant compte du risque d'échec des projets* »¹¹²⁰. Elle précise encore qu'elle prendra en considération les arguments selon lesquels la propre activité d'innovation de l'entreprise dominante serait « *compromise par l'obligation de fourniture ou par les*

¹¹¹⁶ Si l'on s'en réfère aux dispositions de droit national concernant les brevets, les licences obligatoires ne peuvent être obtenues que trois ans après la délivrance du titre, ou quatre ans à compter du dépôt de la demande (art. L. 613-11 CPI).

¹¹¹⁷ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, points 81 et s.

¹¹¹⁸ V. *supra*, n° 353.

¹¹¹⁹ Commission, communication préc., point 89.

¹¹²⁰ *Ibid.*

changements structurels des conditions du marché qu'une telle obligation entraînera, comme le développement de l'innovation subséquente chez ses concurrents »¹¹²¹.

Nous voyons donc que les effets économiques à long terme d'une licence obligatoire peuvent constituer un argument valable du point de vue des justifications objectives au refus de licence. Ainsi, les conséquences négatives qui pourraient résulter d'une injonction de licence, en termes de frein à l'innovation, à la création, au progrès technique, et plus généralement au progrès économique, peuvent être invoquées par l'entreprise dominante au titre des raisons objectives de son refus.

C'était d'ailleurs l'un des arguments développés par Microsoft devant la Commission. Bien qu'ayant rendu sa décision en 2004, c'est-à-dire bien avant que ne soit adoptée cette communication relative à l'article 82 et aux pratiques d'éviction, la Commission semble ne pas avoir été hostile à considérer comme recevable un tel argument. Toutefois, en dépit de sa recevabilité, l'argument n'avait en définitive pas été entendu par la Commission, qui estimait « *que l'incidence négative éventuelle que l'imposition d'une obligation de fournir les informations en cause sur les incitations de Microsoft à innover est compensée par ses effets positifs sur le niveau d'innovation dans l'ensemble du secteur (y compris Microsoft). Ainsi la nécessité de préserver les incitations de Microsoft à innover ne sauraient constituer une justification objective qui contrebalancerait les circonstances exceptionnelles identifiées ci-dessus* »¹¹²². La portée de cette affirmation s'est trouvée considérablement réduite par l'arrêt du Tribunal de première instance¹¹²³, qui a écarté « *l'idée qu'il s'agit d'un nouveau test que la Commission aurait mis en œuvre afin de démontrer que le refus de licence pouvait objectivement se justifier* »¹¹²⁴. L'économiste François Lévêque en déduit par conséquent que le TPICE se contente d'une prise en compte *a minima* des incitations à innover, qui laisse la porte ouverte à la poursuite des réflexions économiques et juridiques sur le sujet¹¹²⁵.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, points 429 et s., disponible en texte intégral sur le site de la DG Concurrence de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition/>), *JOUE* n° L 32 du 6 février 2007, p. 23 (résumé de la décision), point 783.

¹¹²³ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, *Rec.* p. II-3601, points 704 à 711.

¹¹²⁴ F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22

¹¹²⁵ *Ibid.*

Les dispositions de la communication de la Commission ci-dessus mentionnées nous semblent aller dans le sens d'une prise en compte renforcée de l'incitation à l'innovation. En ce sens, on peut sans doute s'attendre à ce que les entreprises dominantes invoquent à l'avenir plus régulièrement ce type d'argument en tant que justification objective à leur refus de licence. Il semble toutefois quelque peu illusoire de croire que la mise en œuvre de la condition d'absence de justification objective au refus s'en trouvera grandement facilitée. En effet, il reviendra aux entreprises dominantes d'apporter la preuve de l'incidence négative que l'obligation de licence est susceptible d'avoir sur leur propre niveau d'innovation¹¹²⁶.

364. – Conclusion sur les conditions de mise en œuvre du principe d'accès à l'oeuvre. Au vu du nombre des affaires commentées, nous voyons que le contentieux des refus de licence abusifs n'est pas démesuré. Force est de constater, cependant, que les quelques décisions qui s'y rattachent sont des décisions majeures du droit de la concurrence. L'affaire *Microsoft* a eu en particulier un retentissement considérable eu égard au gigantisme de l'entreprise concernée et des répercussions directes de ses pratiques sur le quotidien des consommateurs, et ce, au niveau mondial. Notons d'ailleurs que cette entreprise s'est également retrouvée au centre de procédures tout aussi importantes en droit *antitrust* américain. À ce titre, des rapprochements intéressants ont pu être établis entre l'affaire *Microsoft*, telle qu'elle a été traitée au niveau européen, et les affaires *Microsoft*, telles qu'elles ont été traitées aux États-Unis. Toutefois, la comparaison n'apparaît pas utile en ce qui concerne la problématique d'un refus de licence abusif s'abritant derrière l'exercice de droits d'auteur. En effet, ainsi que cela a pu être relevé par certains auteurs, les faits reprochés à l'entreprise Microsoft dans ces différentes affaires n'étaient pas identiques¹¹²⁷. On retrouvait, dans la majorité d'entre elles, la pratique des ventes liées, permettant à Microsoft d'étendre son monopole sur les systèmes d'exploitation au marché de logiciels tels que les navigateurs Internet ou les lecteurs multimédias¹¹²⁸. En revanche, la pratique du refus d'accès aux données relatives à l'interopérabilité et l'application corrélatrice de la théorie des infrastructures essentielles n'était en cause que sur le seul versant européen de ces affaires.

¹¹²⁶ Commission, communication préc., point 90.

¹¹²⁷ G. CANIVET, « L'affaire *Microsoft*, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain », in *France – Etats-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Collège de France, 10-11 avril 2006, disponible sur <http://www.college-de-france.fr/> ; C. PRIETO, « Comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft* », *Concurrences*, décembre 2004, n° 1, p. 57 ; C. PRIETO, « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », *D.* 2007, p. 2884.

¹¹²⁸ Cette problématique ne se rattache pas au champ de notre étude dans la mesure où elle ne fait pas intervenir de considérations propres à l'exercice d'un droit d'auteur.

Les décisions américaines ne nous renseignent donc pas sur le traitement qui aurait pu être fait, en droit *antitrust*, de la question du refus d'accès liée à la détention d'un droit d'auteur, pas plus que sur la nature des sanctions qui en découlent.

§ 2. – La sanction du refus abusif de licence

365. – Dès lors que les autorités de concurrence concluent à l'existence d'un abus de position dominante résultant d'un refus de licence de droit d'auteur, se pose naturellement la question de la sanction qu'il convient de mettre en œuvre. Nous ne reprendrons pas ici tout l'arsenal des sanctions dont disposent les autorités de concurrence. Naturellement, on aurait tort de ne pas rappeler le montant spectaculaire de l'amende ayant été infligée par la Commission européenne en 2004, soit 497 millions d'euros¹¹²⁹. La fonction punitive et les modalités de calcul de l'amende en droit de la concurrence sont bien connues. Nous tenons en revanche à nous concentrer avant tout sur les voies qui permettent de remédier de manière efficace et immédiate au problème posé et de rétablir la concurrence sur le marché affecté. La procédure de l'injonction est certainement le symbole de l'efficacité du droit de la concurrence. Nous verrons comment elle peut être mise en œuvre dans des hypothèses de refus de licence, mais nous verrons également que l'approche négociée peut constituer, dans ce domaine, une voie alternative à la sanction tout à fait intéressante (A). On devine aisément que la seule façon de mettre fin à la pratique abusive que pourrait constituer un refus de licence est de faire en sorte que le tiers puisse accéder à l'infrastructure essentielle protégée par le droit d'auteur. Que cet accès soit le fruit d'une injonction ou d'une solution négociée, il en résultera toujours la délicate question de la tarification de cet accès (B).

A. – L'OBLIGATION DE LICENCE : DE LA CONTRAINTE À L'APPROCHE NÉGOCIÉE

La seule issue permettant de mettre fin au problème de concurrence posé par le refus abusif de licence d'un titulaire de droit consiste en une mise à disposition, au profit du tiers, de l'accès au produit couvert par le droit d'auteur. Cette mise à disposition peut prendre la forme autoritaire de l'injonction de cesser ; prononcée par l'autorité de la concurrence (1).

¹¹²⁹ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-601/04, *Rec.* p. II-3601 ; C. DE WATRIGANT, « 497 millions d'euros d'amende, qui dit mieux ? », *CCE*, janvier 2005, étude n° 1 ; V. SÉLINSKY : « Microsoft : réaction des autorités et rétablissement des conditions de la concurrence », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 179.

Elle peut également emprunter la voie plus souple que semble permettre la pratique des engagements (2).

1) L'injonction de licence

366. – La licence obligatoire, traduction de l'injonction de cesser le comportement anticoncurrentiel. La constatation d'une pratique anticoncurrentielle peut donner lieu à de multiples sanctions. L'injonction de cesser l'infraction prononcée par les autorités de concurrence constitue l'une d'entre elles¹¹³⁰. Elle constitue, par excellence, l'outil permettant d'assurer l'efficacité du droit de la concurrence¹¹³¹. Or, dans le domaine des refus de licence abusifs, cette injonction a une portée particulière. Puisque l'infraction consiste à refuser au tiers une licence sur un droit de propriété intellectuelle, la seule façon d'y mettre fin consiste, pour les autorités de concurrence, à imposer que la licence soit conclue en vue de permettre l'accès au marché dérivé. Cette sanction ne concerne d'ailleurs pas que les seuls refus de licence de droits de propriété intellectuelle ; elle concerne de manière plus large toutes sortes de refus abusifs de fourniture ou de service¹¹³².

Elle constitue une manifestation tout à fait spectaculaire de l'emprise qu'exerce le droit de la concurrence sur le droit des contrats. Le principe de liberté contractuelle est en effet particulièrement malmené en ce que le consentement du titulaire du droit est absolument contraint par l'injonction des autorités de concurrence¹¹³³. À ce titre, l'injonction de nouer des

¹¹³⁰ Cons. conc., « Les sanctions pécuniaires et les injonctions », Étude thématique, *Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 102 et s. ; E. CLAUDEL, « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque de l'Université Paris I du 29 avril 2004, *Petites affiches*, 20 janvier 2005, p. 23. ; C. JEANTET, « Réflexions sur les injonctions et exemptions en droit de la concurrence », *JCP* 1988. I. 3348.

¹¹³¹ P. NASSE, « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, préf. M.-A. FRISON-ROCHE, LGDJ, 2006, p. 341 ; DGCCRF, « L'efficacité des décisions en droit de la concurrence », Colloque du 7 juin 2000, *Petites affiches*, 28 décembre 2000 (numéro spécial) ; Actes du colloque « L'efficacité de la politique de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 29-30 janvier 2003.

¹¹³² V. p. ex. CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, « Bananes Chiquita », aff. 27/76, *Rec.*, p. 207, points 182 et 1863 : « une entreprise disposant d'une position dominante pour la distribution d'un produit – bénéficiant du prestige d'une marque connue et appréciée des consommateurs – ne saurait cesser ses livraisons à un client ancien et respectant les usages commerciaux, lorsque les commandes de ce client présentent aucun caractère anormal ; un tel comportement serait contraire aux objectifs [...] du traité, puisque le refus de vendre limiterait les débouchés au préjudice des consommateurs et établirait une discrimination pouvant aller jusqu'à l'élimination d'un partenaire commercial du marché en cause ».

¹¹³³ Sur l'emprise qu'exerce le droit de la concurrence sur la liberté contractuelle, on se reportera aux études citées *supra*, note 943, et particulièrement à B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et*

relations contractuelles doit rester, autant que faire se peut, d'usage exceptionnel. Dans ce sens, la Commission préconise la plus grande prudence dans l'application de l'article 102 du TFUE aux refus de fourniture¹¹³⁴.

367. – Contrat forcé et liberté contractuelle de l'auteur. La mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles en matière de droit d'auteur conduit à priver le titulaire de droit de sa liberté de ne pas contracter. Ce mécanisme de contrat forcé est certes attentatoire à la liberté contractuelle, mais pas plus qu'il ne l'est dans d'autres domaines. Il n'y a donc pas davantage de raisons de s'en offusquer : le principe de la liberté contractuelle est, en toute hypothèse, respectable, sans qu'il y ait de motif de distinguer selon l'objet du contrat¹¹³⁵.

368. – Contrat forcé et respect du droit moral de l'auteur. Indépendamment de la question de l'atteinte à la liberté contractuelle, il est cependant permis de s'interroger sur l'opportunité de la sanction du contrat forcé dans le domaine du droit d'auteur. Une question découle, en particulier, de la nature spécifique du droit d'auteur : l'injonction de licence ne porte-t-elle pas atteinte au droit de l'auteur en tant qu'il est un véritable droit de la personnalité¹¹³⁶ ? C'est ici la question du respect du droit moral de l'auteur qui est posée¹¹³⁷. Dans le cadre d'une application de la théorie des infrastructures essentielles, elle invite tout

droit commun des obligations, préf. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004 ; O.-M. BOUDOU, *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, thèse Paris II, 2001 ; M. CHAGNY, M. BEHAR-TOUCHAIS *et al.*, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Débats, Rev. des contrats*, 2004, p. 861 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369 ; B. FAGES et J. MESTRE, « L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RTD com.* 1998, p. 71 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, chron. p. 51.

¹¹³⁴ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOCE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7, point 75 : « Pour fixer ses priorités en matière d'application, la Commission part du principe que, d'une manière générale, une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens. La Commission considère par conséquent qu'une intervention fondée sur le droit de la concurrence doit être soigneusement pesée lorsque l'application de l'article 82 risque de déboucher sur l'imposition d'une obligation de fourniture à l'entreprise dominante ».

¹¹³⁵ Le professeur Gautier émet une opinion quelque peu différente en estimant que l'« autonomie de la volonté doit a fortiori valoir dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, où les liens de l'auteur avec son œuvre sont très forts et culminent dans la consécration de son droit moral » (P.-Y. GAUTIER, « "Le cédant malgré lui" : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *D. Aff.*, 1995, p. 123).

¹¹³⁶ V. *supra*, n° 17.

¹¹³⁷ Sur ce point, on pourra également se reporter à S. JACQUIER, « Le contrat forcé en droit d'auteur », *CCE*, novembre 2011, p. 13.

d'abord à se demander si l'œuvre dont l'accès est sollicité a bien été divulguée, au sens du droit de la propriété littéraire et artistique (art. L. 121-2 du CPI), et si la licence forcée ne constitue pas une atteinte au droit de divulgation. La question n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. Le fait que le tiers ait connaissance de l'existence, voire du contenu, de l'infrastructure protégée, ne suffit pas à établir que l'œuvre a été effectivement divulguée. La divulgation s'entend en effet de la volonté de l'auteur de communiquer son œuvre au public¹¹³⁸. Une structure modulaire destinée à la présentation d'études de données telle que la structure d'IMS, ou des informations relatives à l'interopérabilité telles que celles de Microsoft sont-elles des œuvres réellement communiquées au public ? On ne peut l'assurer. Si ce n'était pas le cas, le droit de divulgation se trouverait singulièrement remis en cause par le fait de ce mécanisme de licence forcée. Au demeurant, la solution n'est peut-être pas si choquante si l'on veut bien considérer qu'il existe, à titre exceptionnel, des hypothèses d'exécution forcée du droit de divulgation en cas d'abus de ce droit (au sens civil du terme)¹¹³⁹.

Dans le même ordre d'idée, on peut s'interroger sur l'incidence du mécanisme de licence forcée sur le droit de retrait ou de repentir, prévu en droit français à l'article L. 121-4 du CPI. Celui-ci autorise l'auteur à modifier, voire retirer son œuvre de la circulation, alors même qu'il aurait, par le passé, consenti à son exploitation par un tiers dans le cadre d'une cession de droits. Ainsi que le décrit le professeur Caron, le droit de retrait ou de repentir permet à l'auteur de « *revenir légalement sur sa parole, au nom de la défense de sa personnalité* »¹¹⁴⁰. On peut évidemment douter que cette faculté soit encore ouverte au titulaire se voyant imposer une licence sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles. Toutefois, l'atteinte au droit de retrait ou de repentir est largement théorique dans la mesure où l'exercice de ce droit est encadré par des conditions strictes, et notamment par une condition relative à l'indemnisation du cessionnaire. Dès lors, l'exercice du droit semble purement hypothétique : il contraindrait le titulaire à indemniser le tiers du manque à gagner engendré par le défaut d'activité sur le marché dérivé.

¹¹³⁸ O. LALIGANT, *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983 ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n^{os} 611 et s. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^{os} 260 et s.

¹¹³⁹ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, 1998.

¹¹⁴⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009, n^o 264.

Se pose également la question du droit au respect de l'œuvre, évoqué en droit français à l'article L. 121-1 du CPI. En vertu de celui-ci, l'auteur a le « *droit absolu de s'opposer à toute altération, modification, correction ou addition, si minime qu'elle soit, susceptible d'en altérer le caractère et de dénaturer sa pensée* »¹¹⁴¹. Il semble que le droit au respect n'ait pas à souffrir du mécanisme de licence forcée. Ce dernier ne suppose pas, en soi, de modification de l'œuvre, et ne prive en rien l'auteur d'exercer ce droit postérieurement à la cession réalisée.

Enfin, on rappellera que le droit moral a pour finalité de protéger la personnalité de l'auteur, telle qu'elle s'exprime à travers sa création. Or, on imagine mal, dans les hypothèses d'application jurisprudentielles rencontrées jusqu'ici, comment la personnalité de l'auteur pourrait être atteinte. En effet, lorsque les autorités de concurrence ont ordonné l'accès à des œuvres en faisant application de la théorie des infrastructures essentielles, il s'est toujours agi d'œuvres à caractère informationnel, ou du moins, d'œuvres pour lesquelles on serait bien en peine de déceler le quelconque reflet d'une personnalité : grilles de programmes de télévision, structure modulaire, données relatives à l'interopérabilité de programmes d'ordinateur... Nous voyons là une manifestation supplémentaire d'un droit d'auteur qui accueille des catégories d'œuvres bien trop hétérogènes, et qui s'est singulièrement éloigné de sa conception originelle, au point que certaines de ses dispositions deviennent vides de sens pour certains types d'œuvres. Par ailleurs, dans la continuité de cette observation, il faut relever que les entreprises à qui il a été enjoint de céder leurs droits n'étaient jamais, en tant que personnes morales, des auteurs au sens de la législation sur le droit d'auteur. Ainsi, n'étant que simples titulaires, en vertu de mécanismes de cession, elles auraient été infondées à se prévaloir d'un droit moral sur les œuvres protégées.

2) La pratique des engagements

369. – Intérêt d'une alternative à l'injonction de licence. Nous avons relevé le problème que pose l'instauration, en droit de l'Union européenne, de licences obligatoires d'origine judiciaire. Les exceptions aux droits exclusifs telles que les mécanismes de licence non volontaire présentent en effet deux caractères : elles sont traditionnellement d'essence nationale, et elles sont d'interprétation stricte¹¹⁴².

¹¹⁴¹ CA Paris, 20 novembre 1935, S. 1936. 2. 170, note F. GÉNY.

¹¹⁴² Cf. *supra*, n° 315.

Qui plus est, en droit d'auteur, ces mécanismes de licence non volontaire sont encore moins répandus qu'en matière de propriété industrielle. Il n'existe par exemple pas de cas de licence obligatoire pour défaut d'exploitation. Les quelques cas existants de cessions de droits non volontaires sont relativement marginaux et sont généralement prévus par le législateur dans l'intérêt d'une gestion efficace des droits d'auteurs, et donc dans l'intérêt, *in fine*, des titulaires de droit¹¹⁴³. Les injonctions de licence formulées par le juge européen apparaissent donc comme particulièrement intrusives dans le domaine du droit d'auteur.

En ce sens, on peut se féliciter de l'existence d'autres voies permettant, tout autant que la sanction de l'injonction, de remédier aux problèmes de concurrence. Nous faisons ici particulièrement référence à la pratique des engagements qui s'est largement développée au cours de ces dernières années, aussi bien devant la Commission européenne que devant l'Autorité de la concurrence.

370. – Le recours à la pratique des engagements dans le domaine des refus abusifs de licence de droit d'auteur. Si le développement des solutions négociées ne constitue pas un phénomène nouveau¹¹⁴⁴, la procédure des engagements n'a été formellement introduite en droit communautaire qu'en 2003 par l'article 9 du règlement CE n° 1/2003, et en droit interne en 2004 par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004¹¹⁴⁵. Cette procédure est très clairement présentée par le règlement CE n°1/2003 comme une alternative à l'injonction de cessation d'une pratique anticoncurrentielle : « *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*

¹¹⁴³ Ainsi en est-il du système de licence légale en matière de copie privée sonore et audiovisuelle : les auteurs (ainsi que les interprètes et producteurs) ne peuvent empêcher la reproduction de leur œuvre dans le cadre privé, mais obtiennent, en contrepartie un droit à rémunération (art. L. 311-1 et s. CPI).

Dans le domaine de reprographie, un dispositif destiné à remédier aux problèmes engendrés par le « photocopillage » contraint l'auteur à céder son droit de reproduction par reprographie à une société de gestion collective agréée dénommée « Centre français de la copie privée » (art. L. 122-10 et s. CPI).

Enfin, en dehors de ces hypothèses de licence non volontaire, on peut également relever que le recours à la gestion collective a été rendu légalement obligatoire dans le domaine de la retransmission simultanée par câble d'une télédiffusion de la prestation d'une artiste-interprète, d'un phonogramme ou d'un vidéogramme (art. L. 217-2 CPI). Dans ce cas précis, le titulaire n'est pas dépossédé de son droit d'autoriser ou d'interdire, mais l'exercice de ce droit est obligatoirement confié à une société de gestion collective.

¹¹⁴⁴ D. WAELBROECK, « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », GCLC Working Paper 01/08, <http://www.coleurope.eu/>.

¹¹⁴⁵ Cons. conc., « Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions », Étude thématique, *Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 134 et s.

informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises »¹¹⁴⁶.

Dans le domaine du droit d'auteur, la pratique des engagements semble constituer une alternative intéressante dans la mesure où l'entreprise en position dominante propose elle-même les mesures qu'elle estime nécessaires en vue de résoudre les problèmes de concurrence identifiés par les autorités compétentes. En matière de refus de licence abusifs, il semble qu'on ne puisse compter, à ce jour, qu'une seule illustration, fournie par la jurisprudence française. En l'espèce, les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) réclamaient depuis longtemps un accès au logiciel « Presse 2000 », détenu par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP), qu'elles considéraient comme une infrastructure essentielle. Dans un arrêt du 12 juillet 2005, la Cour de cassation avait rappelé que la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles nécessitait que le caractère indispensable de l'infrastructure soit bien établi, ce qui ne pouvait être le cas lorsqu'il existait des solutions alternatives économiquement raisonnables à l'infrastructure à laquelle l'accès était sollicité¹¹⁴⁷. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel de Paris¹¹⁴⁸, cour de renvoi, avait pu annuler la décision du Conseil de la concurrence de 2003¹¹⁴⁹ qui enjoignait aux NMPP de fournir aux MLP l'accès au logiciel « Presse 2000 ». Pour autant, l'affaire n'était pas close, car en 2007, des « préoccupations de concurrence » avaient été transmises par le Conseil de la concurrence aux NMPP, toujours au sujet de l'accès au logiciel « Presse 2000 ». C'est à la suite de la formulation de ces préoccupations de concurrence que les NMPP ont pu proposer des engagements, minutieusement détaillés, en particulier en ce qui concerne la question des droits de propriété intellectuelle¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Article 9 du Règlement (CE) 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, *JOCE* n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

¹¹⁴⁷ Cass. com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.388 ; *CCE*, octobre 2005, comm. n° 149, obs. C. CARON ; *CCE*, octobre 2005, comm. n° 160, obs. G. DECOCQ ; *Propri. intell.*, octobre 2005, n° 17, chron. p. 481, obs. S. LEMARCHAND ; A. WACHSMANN, « Infrastructures essentielles : Le logiciel Presse 2000 n'est pas une infrastructure essentielle (NMPP) », *Concurrences*, n° 4-2005, n° 578, p. 77 ; N. MALLET-POUJOL, « La théorie des « facilités essentielles » et les créations informationnelles », *RLDI*, février 2006, n° 368, p. 6.

¹¹⁴⁸ CA Paris, 31 janvier 2006 ; V. SÉLINSKY, « La prévention des atteintes à la concurrence pouvant prendre appui sur des droits de propriété intellectuelle », *RLC*, avril-juin 2006, n° 7, p. 16.

¹¹⁴⁹ Cons. conc., déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le société les Messageries Lyonnaises de Presse.

¹¹⁵⁰ Cons. conc., déc. n° 08-D-04 du 25 février 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP), point 76.

Il convient toutefois de noter qu'au stade des préoccupations de concurrence exprimées par le Conseil, il n'était plus réellement question d'accès à une infrastructure essentielle. Le problème de l'accès des MLP au logiciel « Presse 2000 » a en effet été exposé sous un autre angle d'attaque ; cette ligne de conduite était sans aucun doute préférable étant donné les censures successives de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de renvoi quant au caractère indispensable du produit en cause¹¹⁵¹. La décision d'acceptation des engagements des NMPP ne constitue donc pas, *stricto sensu*, une illustration de l'application de la procédure des engagements dans le domaine des refus de licence abusifs. Pour autant, l'affaire est intéressante car l'objet des engagements porte, *in fine*, sur l'accès à un produit protégé par un droit d'auteur.

371. – Intérêt du recours à la procédure des engagements. On pourrait soutenir que la procédure des engagements ne présente pas d'intérêt particulier par rapport à la sanction de l'injonction de licence. Il est vrai que, dans un cas comme dans l'autre, le résultat ne diffèrera guère. L'entreprise en position dominante ne peut s'écarter, sous prétexte de rédiger elle-même ses engagements, des attentes principales supposées de l'autorité de concurrence. Or, dans le cas d'un refus abusif d'accès abusif à une infrastructure protégée par un droit de propriété intellectuelle, l'attente principale réside dans l'octroi de la licence. Si celle-ci n'est pas formulée, il est absolument certain que l'autorité de concurrence refusera les engagements. En revanche, dès lors que l'attente principale est bien exprimée au sein des engagements, l'entreprise dominante dispose d'une grande latitude pour détailler l'ensemble de ses conditions. Elle est ainsi à même de développer les modalités qu'elle souhaite en termes d'accès à son infrastructure. Naturellement, tout ceci n'engage qu'elle, tant que l'autorité de la concurrence n'a pas accepté formellement les engagements. Or, comme nous le voyons dans la décision de l'affaire *NMPP*, les engagements primaires souscrits par l'entreprise dominante peuvent, en vertu du principe de proportionnalité, ne pas être acceptés en l'état et nécessiter des modifications imposées par l'autorité de concurrence, notamment à la faveur d'observations formulées par les tiers. Les engagements rendus obligatoires ne correspondent donc pas nécessairement à ceux initialement proposés par l'entreprise

¹¹⁵¹ C'est d'ailleurs sans compter les autres conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles, totalement occultées dans toute cette affaire. Or, il n'est pas exclu que les conditions d'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau et d'exclusion sur le marché dérivé aient également posé problème si elles avaient été examinées.

dominante¹¹⁵². Ils correspondent à la recherche d'un équilibre entre les intérêts des différentes forces en présence – équilibre duquel l'entreprise dominante s'efforce de se rapprocher lorsqu'elle formule ses engagements, mais parfois de façon insuffisamment convaincante, étant naturellement plus préoccupée par ses propres intérêts que ceux de ses concurrents¹¹⁵³.

Toutefois, la procédure des engagements garde à notre sens un immense avantage pour l'entreprise soupçonnée de pratique anticoncurrentielle : elle lui évite en effet de se retrouver dans la situation de l'accusée en tant qu'auteur d'une infraction ; elle la dispense ainsi de consacrer tous ses efforts à se défendre des griefs qui lui sont reprochés, en lui donnant au contraire la parole en tant que force de proposition à part entière dans la recherche d'une solution au problème de concurrence posé. La méthode des engagements nous semble donc permettre que l'entreprise en position dominante soit mieux entendue qu'elle ne le serait dans une phase judiciaire.

Naturellement, cette observation est d'ordre général ; elle ne concerne donc pas seulement les hypothèses de refus de licence. Néanmoins, la pratique des engagements nous apparaît comme particulièrement bienvenue dans des problématiques d'accès à des infrastructures protégées par un droit de propriété ou de propriété intellectuelle. Il nous semble bon en effet que, dans ce domaine, les intérêts du détenteur d'infrastructure ne soient pas trop délaissés au

¹¹⁵² La pratique des engagements acceptés « en séance » ne fait par ailleurs qu'accentuer ce phénomène. V. Autorité de la concurrence, Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/> : « *En séance, l'Autorité peut subordonner l'acceptation des engagements proposés à certaines modifications ou les rejeter lorsqu'elle estime que ceux-ci ne répondent pas aux préoccupations de concurrence. Elle apprécie aussi leur impact en tenant compte des observations du saisissant, de l'entreprise concernée, du commissaire du Gouvernement et des tiers intéressés. En pratique, une suspension de séance peut intervenir lorsque l'entreprise concernée accepte de modifier les engagements sur-le-champ. La séance reprend son cours dès que les engagements sont finalisés* » (points 35 et 36).

¹¹⁵³ Notons qu'aux termes d'un récent arrêt du droit européen, la Commission n'est pas tenue, en vertu du principe de proportionnalité, de comparer les engagements proposés par une entreprise avec les mesures qu'elle aurait elle-même imposées et de considérer comme non proportionné tout engagement qui va au-delà de ces mesures : « *Les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement n° 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* » (CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Alrosa Company Ltd.*, aff. C-441/07 P, *Rec.* p. I-5949, not. point 48 ; *Petites affiches*, 12 avril 2010, n° 72, p. 6, obs. P. ARHEL ; L. IDOT, « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », *Europe*, octobre 2010, comm. n° 322 ; G. DECOCQ, « Procédure d'engagements : porte ouverte à un droit de la concurrence négocié ! », *JCP éd. E*, 2010, n° 42, p. 1908, également publié sous *CCC*, octobre 2010, comm. n° 234 ; P. KIPANI, « Arrêt "Alrosa": le premier arrêt de la Cour de justice en matière d'engagements en droit européen de la concurrence », *JTDE* 2010, n° 172, p.253 ; G. MUGUET-POULLENEC et E. BARBIER DE LA SERRE, « La procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises », *RLC* 2010, n° 25, p. 36 ; L. IDOT, « Importantes précisions de la Cour de justice de l'Union européenne sur le contrôle des engagements », *RDC* 2010, p. 1276).

profit d'un accroissement de la concurrence à court terme, sous peine de voir diminuer les investissements, et de voir apparaître, à plus long terme, un recul du progrès économique. La pratique des engagements permet, à ce titre, que le détenteur de l'infrastructure voit ses intérêts mieux pris en considération, ce qui pourrait contrebalancer dans un sens positif l'atteinte à ses droits subjectifs résultant de son obligation de fournir l'accès à son infrastructure.

B. – LES MODALITÉS DE LA LICENCE OBLIGATOIRE : LA DÉLICATE DÉTERMINATION DU PRIX

372. – Que la licence procède d'une injonction d'origine administrative ou d'un engagement dans le cadre de la recherche d'une solution négociée, se posera inmanquablement la question du prix de l'accès à l'infrastructure, c'est-à-dire du montant de la redevance de droit d'auteur. La question de la tarification de l'accès s'est naturellement déjà beaucoup posée dans le domaine d'infrastructures matérielles classiques. On s'aperçoit vite, néanmoins, que la méthode qui consiste à déterminer le prix optimal de l'accès, ne convient guère à la détermination du montant d'une redevance de droit d'auteur, et plus généralement de droit de propriété intellectuelle (1). Les autorités de concurrence ont, de ce fait, eu recours à la notion de « prix raisonnable » (2).

1) *L'inadéquation des méthodes habituelles de détermination du prix en matière d'accès à une infrastructure essentielle*

373. – **Inadéquation du critère du prix orienté vers les coûts en matière de licence de droit de propriété intellectuelle.** La pratique décisionnelle en matière d'accès aux infrastructures classiques – non protégées par un droit de propriété intellectuelle – nous enseigne que la tarification de l'accès doit être transparente, non discriminatoire et orientée vers les coûts¹¹⁵⁴. Dans une affaire *Héli-Inter Assistance*, la Cour d'appel de Paris approuvait ainsi le Conseil de la concurrence d'avoir enjoint à une entreprise exploitant une station d'atterrissage d'hélicoptères de proposer un tarif d'accès proportionné à la nature et à

¹¹⁵⁴ CA Paris, 30 juin 1998, *S.A.R.L. Héli-Inter Assistance*, BOCCRF, 16 juillet 1998, p. 396.

l'importance des services demandés¹¹⁵⁵. Le prix de l'accès doit donc refléter les coûts d'utilisation de l'infrastructure.

Malheureusement, ces enseignements ne nous sont d'aucun secours en ce qui concerne les infrastructures immatérielles protégées par un droit de propriété intellectuelle. En effet, dans ce domaine, le principe d'un accès vers les coûts apparaît comme inadéquat d'un point de vue économique. L'économiste François Lévêque le démontrait au moyen de deux exemples, l'un relatif à une infrastructure physique, l'autre relatif à une infrastructure de type informationnel¹¹⁵⁶. L'utilisation d'une infrastructure matérielle telle qu'un aéroport engendre un coût technique pour l'exploitant (usure du tarmac due aux décollages et aux atterrissages, activité de la tour de contrôle, etc.). À l'inverse, l'utilisation d'une infrastructure informationnelle a un coût marginal social absolument nul : « *elle ne s'use pas si l'on s'en sert et elle n'est soumise à aucune contrainte de capacité* »¹¹⁵⁷. Or, naturellement, la rémunération de l'accès à une telle infrastructure ne peut être nulle ; la logique économique n'y trouverait pas son compte. Il faut donc écarter toute idée d'un accès orienté vers les coûts lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la redevance, en tant que prix de l'accès à une infrastructure informationnelle. C'est la raison pour laquelle on emploie, dans ce domaine, la notion de « prix raisonnable ».

2) *Le recours à la notion de « prix raisonnable »*

374. – Les références jurisprudentielles à la notion « prix raisonnable ». On trouve la première référence à la notion de prix raisonnable dans le domaine des licences obligatoires de droit d'auteur dans l'affaire *Magill*. Cette référence apparaît non pas dans les arrêts du Tribunal ou de la Cour, mais dans la décision de la Commission, puisque c'est à cette dernière que revient le pouvoir d'injonction. On pouvait ainsi lire, à l'article 2 du dispositif de la décision : « *ITP, la BBC et la RTE sont tenus de mettre fin immédiatement à l'infraction mentionnée à l'article premier en se fournissant mutuellement et en fournissant aux tiers sur demande et sur une base non-discriminatoire leurs programmes d'émissions hebdomadaires*

¹¹⁵⁵ Cons. conc., déc. n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, *S.A.R.L. Héli-Inter Assistance*. Selon le Conseil de la concurrence, le prix doit être proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, orienté vers les coûts de ces services, transparent.

¹¹⁵⁶ F. LÉVÊQUE, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ? », *Concurrences*, décembre 2004, p. 103.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

établis à l'avance et en permettant la reproduction de ces programmes par ces parties. [...] S'ils choisissent de fournir et de permettre la reproduction de ces programmes au moyen de licences, les éventuelles redevances demandées par ITP, la BBC et la RTE doivent être d'un montant raisonnable »¹¹⁵⁸. De même, dans l'affaire *Microsoft*, la Commission avait enjoint à Microsoft d'autoriser l'utilisation des informations relatives à l'interopérabilité « *à des conditions raisonnables et non discriminatoires* »¹¹⁵⁹. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, aucune précision n'a été apportée sur ce que pouvait signifier la notion de prix raisonnable¹¹⁶⁰.

375. – Sens de la notion. La référence à la notion de prix raisonnable semble poser plus de questions qu'elle n'apporte de réponses. Des analyses économiques portant sur l'évaluation du prix de la licence forcée¹¹⁶¹, on retiendra que la notion de prix raisonnable suggère « *un ensemble de valeurs acceptables plutôt qu'un nombre unique* »¹¹⁶². L'intervalle des valeurs admises se situerait entre « *le montant minimum que le vendeur est prêt à accepter* » et « *le montant maximum que l'acheteur est prêt à offrir* »¹¹⁶³. Par ailleurs – et c'est sans doute là le plus important –, le choix d'une valeur quelconque dans cet intervalle n'est pas sans incidence économique. En effet, le versement de la redevance n'a pas pour but de dédommager le titulaire du droit, mais de le récompenser de la valeur sociale de sa

¹¹⁵⁸ Commission, 21 décembre 1988, déc. n° 89/205/CEE, aff. IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, JOCE n° L 78 du 21 mars 1989, p. 43.

¹¹⁵⁹ Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, points 429 et s., disponible en texte intégral sur le site de la DG Concurrence de la Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition/>), JOUE n° L 32 du 6 février 2007, p. 23 (résumé de la décision).

¹¹⁶⁰ Cf. P.-Y. GAUTIER, « "Le cédant malgré lui" : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *D. Aff.*, 1996, p. 123, soulignant le flou de la notion

¹¹⁶¹ La littérature relative à l'analyse économique du droit d'auteur, quasi-exclusivement d'origine anglo-saxonne, traite souvent de la question de l'évaluation du *copyright*, mais essentiellement s'agissant de produits culturels tels que le livre, la musique ou le cinéma. V. par exemple W. LANDES et R. POSNER, « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 2, June 1989, p. 325 ; ou encore M. BEZANT et K. BROWN, « The Valuation of Copyright », *Copyright World*, Issue 70, May 1997, p. 17.

La question de l'évaluation des licences portant sur des contenus plus informationnels, telles que celles rencontrées dans les problématiques de concurrence est en revanche moins abordée. Sur ce sujet, on renverra principalement à W. GORDON et R. WATT (dir.), *The Economics of Copyrights. Developpements in Research and Analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2003, et particulièrement au chapitre 7 : G. RAMELLO, « *Copyright and Antitrust Issues* », p. 118, spéc. p. 124 et s.

On lira également avec le plus grand intérêt les quelques rares études économiques en langue française consacrées à ce sujet, à savoir F. LÉVÊQUE, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ? », *Concurrences*, décembre 2004, p. 103, ainsi que F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22.

¹¹⁶² F. LÉVÊQUE, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ? », *eod. loc.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

création. Ainsi, du montant de la redevance dépend directement l'incitation à créer et à innover pour l'avenir.

Dans la pratique, on imagine que le titulaire du droit cherchera à obtenir le montant de redevance le plus élevé. En face de lui, le tiers qui réclame l'accès à l'infrastructure sera sans doute dépourvu de tout pouvoir de négociation ; nous le déduisons du caractère indispensable de l'infrastructure, qui le place dans un état de dépendance économique à l'égard du titulaire. Le montant de la redevance devrait donc systématiquement tendre vers la limite haute de l'intervalle de valeurs acceptables. Il reviendra par conséquent aux autorités de concurrence ayant prononcé l'injonction de licence à des conditions raisonnables de s'assurer que le montant de la redevance proposé n'excède pas cette limite haute, appréciation qui pourrait s'avérer particulièrement délicate à mener. Le rabaissement du montant de la redevance peut en effet avoir un effet bénéfique sur la concurrence à court terme, mais désastreux sur le long terme, s'il est tel qu'il compromet toute incitation à créer ou innover.

376. – Appréciation du caractère raisonnable par référence à la teneur des informations protégées. Il convient tout d'abord d'observer que le montant de la redevance dépend de la validité des droits de propriété intellectuelle¹¹⁶⁴. En effet, une redevance élevée pourrait se concevoir au regard de l'effort d'investissement réalisé et de la nécessité de récompenser ce dernier afin de ne pas décourager la création ou l'innovation – ce qui constitue précisément l'objet de la protection par le droit de propriété intellectuelle. À l'inverse, en l'absence de droit de propriété intellectuelle, l'autorité de concurrence pourrait imposer un prix d'accès certainement inférieur dans la mesure où le risque de faire baisser l'incitation à la création ou à l'innovation serait absent. Néanmoins, cette appréciation pose problème dans la mesure où les autorités de concurrence – qu'il s'agisse de la Commission ou des autorités nationales – ne disposent d'aucune compétence juridictionnelle en matière de propriété intellectuelle.

La Commission semble pourtant, dans l'affaire *Microsoft*, ne pas s'être embarrassée avec ce détail. Au-delà d'une appréciation de la validité des droits de propriété intellectuelle, elle est allée jusqu'à porter une appréciation sur la portée de ces droits. La Commission s'est en effet immiscée dans l'appréciation du caractère innovant des données relatives à

¹¹⁶⁴ F. LÉVÊQUE, « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22.

l'interopérabilité par Microsoft¹¹⁶⁵, en déduisant de leur faible degré d'innovation le caractère excessif du montant de la redevance fixé par Microsoft¹¹⁶⁶. Elle a ainsi obtenu de l'entreprise, alors que celle-ci réclamait, pour une licence de brevet mondiale, une redevance dont le montant s'élevait à 5,95 % des revenus générés par les produits, qu'elle rabaisse ce taux à 0,4 %, soit une réduction de 93 % par rapport au montant initialement réclamé¹¹⁶⁷.

D'un point de vue économique, la méthode est intéressante : en associant une rémunération élevée à un degré d'innovation élevé, l'autorité de concurrence respecte la vocation première des droits de propriété intellectuelle – en l'occurrence, des droits de brevet – qui est de créer les conditions favorables au développement de l'innovation, considérée comme un bien profitable au consommateur. D'un point de vue juridique, on sera plus circonspect. Les autorités de concurrence ne sont pas nécessairement bien placées pour apprécier le degré d'innovation. En effet, puisque le caractère innovant est également, dans les législations de propriété intellectuelle, le critère principal de la validité du brevet d'invention, on peut craindre des interférences, voire des contradictions, entre les positions des autorités européennes et celles des juges nationaux chargés de trancher des litiges de propriété intellectuelle relevant strictement du droit national.

Par ailleurs, toutes ces considérations tournées vers l'appréciation du degré d'innovation concernent des informations protégées par des droits de brevet. Or, on ne voit pas comment les transposer à une problématique centrée sur le droit d'auteur. Il semblerait tout à fait inapproprié de lier le caractère excessif d'une redevance de droit d'auteur au faible degré d'originalité de l'œuvre à laquelle l'accès est sollicité, non seulement dans la mesure où cela contrarierait profondément le principe de l'indifférence au mérite de l'œuvre qui imprègne le droit d'auteur, mais aussi et surtout, parce que le degré d'originalité est un critère beaucoup trop subjectif pour qu'on laisse s'en emparer quelque autorité que ce soit. Vers quel critère se tourner alors pour juger du caractère excessif ou non du prix d'une licence de droit d'auteur consentie dans le cadre d'une application de la théorie des infrastructures essentielles ? La

¹¹⁶⁵ J. GSTALTER, « L'arrêt *Microsoft* et la mise en œuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ? », *RTD eur.* 2007, p. 720.

¹¹⁶⁶ Communiqué de la Commission du 1^{er} mars 2007, IP/07/269, « La Commission menace Microsoft de nouvelles sanctions pour pratique de prix excessifs en l'absence d'innovations significatives dans les informations sur l'interopérabilité ».

¹¹⁶⁷ Communiqué de la Commission du 22 octobre 2007, IP/07/1567, « La Commission veille au respect de la décision adoptée en 2004 à l'encontre de Microsoft ».

seule voie praticable que nous envisageons serait celle d'une approche basée sur le marché. Celle-ci connaît deux avatars : l'approche basée sur la comparaison de la valeur de marché (*comparable value market*) et celle basée sur la comparaison des redevances (*comparable royalty rate*)¹¹⁶⁸. La première s'appuie sur la constatation des tarifs habituels de licence de droits d'auteurs pour des œuvres de nature comparable ; la seconde s'appuie sur la constatation du montant des redevances habituellement perçues au titre de l'exploitation d'un droit d'auteur de nature comparable. Quelle que soit l'approche retenue, il s'agit là d'une approche qui se fonde sur des précédents. Or, il n'est pas évident que ce genre de données soit systématiquement disponible dans les affaires mettant en cause l'exercice abusif d'un droit d'auteur. Ainsi, si une telle approche avait été retenue dans l'affaire Microsoft, les points de comparaison auraient à l'évidence manqué¹¹⁶⁹.

En définitive, on constate que l'appréciation du caractère raisonnable du prix d'une licence de droits portant sur des contenus à caractère informationnel serait plus simple si lesdits contenus étaient protégés à un autre titre que celui du droit d'auteur. On voit en effet que l'originalité, en tant qu'empreinte de la personnalité de l'auteur, n'a absolument rien à voir avec le problème posé, notamment dans l'affaire *Microsoft*. On perçoit également qu'une protection par un droit de propriété intellectuelle à finalité plus économique, sans doute plus proche d'un droit de brevet que d'un droit d'auteur, serait plus adaptée et permettrait de mieux se prononcer sur le caractère raisonnable de la licence en recourant, notamment, à un critère de nouveauté comparable à celui utilisé en matière de brevets.

377. – Rémunération du titulaire et prise en compte de la nécessité de corriger les pratiques anticoncurrentielles. On terminera cette analyse du prix de licence par une référence à l'accord ADPIC (Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce)¹¹⁷⁰ conclus sous l'égide de l'OMC¹¹⁷¹. Cet accord prévoit, au sujet des droits de

¹¹⁶⁸ M. BEZANT et K. BROWN, « The Valuation of Copyright », *Copyright World*, Issue 70, May 1997, p. 17.

¹¹⁶⁹ En ce sens, F. LÉVÊQUE, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ? », *Concurrences*, décembre 2004, p. 103 : « Avant d'refuser de fournir les informations de ses protocoles d'interface, Microsoft les offrait gratuitement aux développeurs de système d'exploitation. Les anciens accords peuvent donc difficilement être utilisés comme base de référence. L'accord amiable qui a mis fin à une série de disputes entre Microsoft et Sun Microsystems ne peut pas non plus servir de référence. Il porte sur plusieurs litiges – y compris une infraction de Microsoft à la propriété intellectuelle de Sun Microsystems – et comporte plusieurs engagements ».

¹¹⁷⁰ Ces accords sont également désignés par l'acronyme anglais *TRIPS*, pour « trade-related aspects of intellectual property rights ».

¹¹⁷¹ Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Texte de l'accord disponible sur le site de l'OMC : <http://www.wto.org/>.

brevets, une « *rémunération adéquate* » du titulaire de droit dans les hypothèses de licences obligatoires où une utilisation de son invention serait permise sans son autorisation en vertu de la législation nationale¹¹⁷². Nous ne nous attarderons pas sur le qualificatif d'« adéquat » qui ne fait pas davantage l'objet de précisions que le caractère « raisonnable » du droit européen. En revanche, l'accord prévoit une possibilité de modération de la rémunération qu'il est intéressant de souligner. Dans ses développements relatifs aux licences obligatoires, l'accord n'omet pas de considérer les cas de licences ordonnées par l'autorité judiciaire ou administrative au nom du principe de libre concurrence. Dans de telles hypothèses, il prévoit que le montant de la rémunération peut prendre en compte « *la nécessité de corriger les pratiques anticoncurrentielles* »¹¹⁷³. Sans qu'il existe de jurisprudence sur ce point, un auteur a estimé qu'il n'était pas déraisonnable de penser que cela traduisait plus qu'une simple diminution de la rémunération, et permettait d'envisager qu'une autorité de concurrence enjoigne à l'entreprise en infraction d'« *octroyer une licence sans contrepartie financière* »¹¹⁷⁴. L'imposition d'une licence obligatoire gratuite ferait alors office de sanction de la pratique anticoncurrentielle. La situation n'est certes envisagée qu'au sujet des droits de brevets, mais il n'y a pas de raisons qu'elle ne puisse être étendue à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, nous observerons que cette proposition de l'accord ADPIC semble ne pas du tout correspondre aux politiques des autorités de concurrence européenne et française qui préfèrent sanctionner les pratiques anticoncurrentielles par de lourdes amendes, en raison de leur caractère exemplaire et dissuasif. L'exemple de l'affaire Microsoft et l'amende de 497 millions d'euros prononcée en 2004 par la Commission est, à ce sujet, particulièrement illustratif¹¹⁷⁵.

378. – Conclusion. La titularité de droits d'auteur est sans incidence sur la caractérisation de la position dominante d'une entreprise. Tout au plus est-elle un indice de l'existence d'un monopole de fait sur le marché de la fourniture du produit couvert par le droit d'auteur. Lorsque que la position dominante est caractérisée, le refus de licence à un tiers, bien que légitime par principe, peut s'avérer abusif au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du

¹¹⁷² ADPIC, article 31, h).

¹¹⁷³ ADPIC, article 31, k).

¹¹⁷⁴ P. ARHEL, « L'ADPIC, un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence », *Petites affiches*, 17 novembre 2010, n° 229, p. 3.

¹¹⁷⁵ Cf. *supra*, n° 365.

Code de commerce dans certaines circonstances qualifiées d'exceptionnelles par la jurisprudence : le produit ou service couvert par le droit d'auteur doit être indispensable à l'exercice d'une activité économique sur le marché aval ; le refus de licence doit constituer un obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ; enfin, il ne doit exister aucune justification objective au refus de licence.

Ces circonstances exceptionnelles sont en réalité une déclinaison des conditions de mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles, adaptées au cadre de la propriété intellectuelle par l'adjonction de la condition de produit nouveau. L'existence de cette condition, relativement favorable aux intérêts des titulaires de droits, témoigne ainsi de la prise en compte d'une spécificité des droits de propriété intellectuelle dans l'application du droit de la concurrence. Elle écarte en effet les prétentions des tiers qui n'auraient d'autre intention que de proposer un produit déjà offert par le titulaire. Le droit de la concurrence se montre ainsi sensible au mérite des titulaires de droits qui ont acquis une position privilégiée sur le marché aux prix d'investissements importants. On peut toutefois se demander si cette condition, également favorable aux consommateurs, n'aurait pas vocation à s'étendre à toutes les hypothèses d'application de la théorie des infrastructures essentielles. En effet, la nature incorporelle de l'investissement ne le rend pas nécessairement plus noble qu'un investissement dans une infrastructure matérielle, d'autant qu'ici, quoiqu'il soit question de droit d'auteur, aucune considération culturelle n'est en jeu. Notons enfin que la portée de cette condition de produit nouveau se fait plus incertaine dans la jurisprudence récente ; elle se voit en effet rattachée à une condition plus générale de préjudice au consommateur qui laisse augurer d'une certaine déspecialisation de théorie des infrastructures essentielles dans le domaine des droits de propriété intellectuelle.

L'appréciation de la condition tenant à l'absence de justification objective présente également un intérêt particulier dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. On peut en effet imaginer que les entreprises titulaires de droits invoquent les incitations à la création et à l'innovation comme justification objective de leur refus de licence. Cette démonstration s'avérera toutefois délicate du point de vue de la preuve.

La sanction des refus de licence abusifs a pu sembler invasive du point de vue de la liberté contractuelle des titulaires de droits : par le biais de leur pouvoir d'injonction, les autorités de

concurrence instaurent un mécanisme de licence obligatoire d'origine judiciaire particulièrement mal perçu par les spécialistes du droit d'auteur français. La pratique des engagements pourrait être de nature à adoucir, au moins dans la forme, le caractère quelque peu abrupt de cette intervention. Le mécanisme de licence obligatoire est naturellement assorti d'un contrôle du caractère raisonnable du montant de la redevance. Cet exercice relève d'une analyse économique particulièrement délicate, dont on peut se demander si elle est réellement à la portée des autorités de concurrence.

Chapitre 2

Abus de position dominante et gestion collective de droits d'auteur

379. – Monopoles des sociétés de gestion collective. Les sociétés de gestion collective de droits d'auteur présentent, du point de vue du droit de la concurrence, la particularité de détenir, la plupart du temps, un monopole ou un quasi-monopole de fait¹¹⁷⁶ – sinon un monopole de droit, comme c'est le cas en Suisse et dans certains États de l'Union européenne¹¹⁷⁷. En effet, il n'y a en général, sur un territoire national, qu'une seule société de gestion collective par type d'œuvre. La coexistence de plusieurs sociétés pour un même type d'œuvre n'est pas exclue (dans la mesure où il n'existe pas de monopole légal), mais l'expérience a montré qu'une telle situation ne pouvait perdurer¹¹⁷⁸. De par leur situation de monopole, les sociétés de gestion collective sont bien souvent incontournables pour les titulaires de droit, surtout dans des domaines tels que celui de la musique, où la gestion collective, sans être obligatoire, apparaît absolument indispensable¹¹⁷⁹. Elles le sont également pour les utilisateurs (discothèques, chaînes de télévision, etc...) qui, au lieu d'avoir pour interlocuteurs les différents titulaires de droits des œuvres qu'ils souhaitent utiliser, ont face à eux une seule et unique société de gestion collective, à même de leur donner des autorisations pour l'utilisation de toutes les œuvres composant son catalogue, et d'en percevoir les redevances afférentes. Naturellement, cette position dominante des sociétés de gestion collective fait l'objet de toutes les attentions de la part des autorités de concurrence, car elle

¹¹⁷⁶ G. DECOCQ, « Regard sur le droit des abus de position dominante. Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in L'année 2005 et le droit de la concurrence, Colloque du 2 février 2006 organisé par l'AFEC, disponible sur <http://www.afec.asso.fr/> ; F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

¹¹⁷⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *eod. loc*

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ Cf. *supra*, n° 91.

peut donner lieu à des pratiques abusives, aussi bien à l'égard des titulaires de droit (Section 1) que des utilisateurs d'œuvres (Section 2).

SECTION 1 L'ABUS DANS LES RELATIONS ENTRE SOCIÉTÉS DE GESTION ET TITULAIRES DE DROITS

380. – Clauses statutaires constitutives de pratiques abusives. Alors même que les sociétés de gestion collective sont des groupements dont les associés sont les titulaires de droit eux-mêmes, et alors même qu'elles ont pour vocation de défendre les droits et intérêts de ces titulaires, on constate que de nombreuses pratiques des sociétés de gestion collective à l'égard de leurs membres ont pu être jugées abusives aux regards des règles de concurrence. Bien souvent, ces abus pouvaient s'expliquer par « *la volonté, légitime mais excessive dans ses méthodes, de renforcer l'efficacité du système, et sans doute parfois par un certain oubli de l'idée que la gestion collective a pour but et pour justification des défendre les intérêts des auteurs et autres titulaires de droits intellectuels et non l'intérêt propre de la société* »¹¹⁸⁰. Les abus constatés se traduisaient principalement par des clauses statutaires qui, soit mettaient à la charge des adhérents des engagements excessifs au regard des nécessités de la gestion collective, soit réservaient des traitements inégaux à des catégories de titulaires de droit, souvent à raison de leur nationalité. Le droit de la concurrence a permis d'identifier, dans les statuts des sociétés de gestion, ces conditions inéquitables (§ 1) et discriminatoires (§ 2), en fondant son intervention sur la recherche d'un équilibre entre la sauvegarde des droits et intérêts des auteurs et le souci d'une nécessaire efficacité de la gestion collective.

§ 1. – Des conditions statutaires inéquitables

381. – Le principe de l'équilibre posé par l'arrêt *BRT c/ SABAM*. De nombreuses décisions de jurisprudence ont permis d'identifier, dans les statuts de sociétés de gestion collective de droits d'auteur, des clauses pouvant être regardées comme contrevenant à la prohibition des abus de position dominante eu égard à leur caractère inéquitable. L'une d'entre elles nous intéresse à titre préalable dans la mesure où elle a fourni un guide général d'analyse de ces clauses en vue de la détermination de leur éventuel caractère

¹¹⁸⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *eod. loc.*

anticoncurrentiel. Il s'agit de l'arrêt de la Cour de justice *BRT c/ SABAM* du 27 mars 1974¹¹⁸¹. Aux termes de cet arrêt, il est précisé que l'appréciation du caractère inéquitable des conditions contractuelles imposées aux adhérents ou aux tiers nécessite que soient pris en compte la diversité des intérêts en présence. Ceci suppose la recherche d'un « *équilibre à assurer entre le maximum de liberté pour les auteurs, compositeurs et éditeurs de disposer de leur œuvre, et la gestion efficace de leurs droits par une entreprise à laquelle ils ne peuvent pratiquement éviter d'adhérer* »¹¹⁸². Pour ce faire, il convient de garder à l'esprit qu'une société de gestion collective a pour but de sauvegarder les droits et intérêts de ses associés individuels vis-à-vis, notamment, « *des importants utilisateurs et distributeurs de musique, tels que les organismes de radiodiffusion et les producteurs de disque* »¹¹⁸³. Autrement dit, une gestion efficace des droits des auteurs passe par le maintien nécessaire d'une puissance de négociation des sociétés de gestion collective¹¹⁸⁴. Mais cette préoccupation légitime n'autorise toutefois pas les sociétés d'auteurs à entraver la liberté de ses adhérents de manière excessive, en mettant à leur charge des engagements non indispensables à la réalisation de l'objet social desdites sociétés¹¹⁸⁵.

Les juges ont donc entendu faire de l'équilibre ainsi visé le critère d'une pratique conforme aux exigences du droit de la concurrence. Ils ont été confrontés à plusieurs types de pratiques pour lesquels il sera, en tout état de cause, difficile d'établir une classification idoine. Une importante partie du contentieux s'est néanmoins focalisée sur la portée de la cession des droits des titulaires aux sociétés de gestion (A). Un certain nombre d'autres pratiques étaient relatives à des clauses tendant à dissuader le retrait des membres des sociétés (B).

¹¹⁸¹ CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127-73, « *BRT c/ SABAM* », Rec. p. 313.

¹¹⁸² CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 8.

¹¹⁸³ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 9.

¹¹⁸⁴ B. EDELMAN, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1820, 2007, n° 41.

¹¹⁸⁵ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 15.

A. – L’INIQUITÉ DU CARACTÈRE GLOBAL DE LA CESSION DES DROITS DE L’AUTEUR

382. – Portée du principe de validité des cessions de droits des auteurs aux sociétés de gestion. Le principe même de la cession des droits des auteurs à des sociétés de gestion collective n’est pas remis en cause par la jurisprudence. Les juges admettent même que la portée de la cession soit relativement étendue, eu égard à l’impératif d’efficacité requis dans la gestion collective des droits : « *la sauvegarde efficace de ses droits et intérêts suppose que l’association jouisse d’une position basée sur une cession en sa faveur, par les auteurs associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l’ampleur et l’importance requise* »¹¹⁸⁶. Néanmoins la portée de la cession des droits exigée des auteurs ne peut être démesurément étendue. Elle revêtirait assurément un caractère excessif si elle apparaissait disproportionnée au regard de l’objectif de sauvegarde des droits et intérêts des associés.

La jurisprudence a fourni de nombreuses illustrations de conditions statutaires qui apparaissaient inéquitables eu égard à l’asservissement qu’elles faisaient peser sur les auteurs grâce à un mécanisme de cession globale des droits. Ces illustrations ont principalement été données à l’occasion d’une décision *GEMA I* de la Commission de 1971¹¹⁸⁷. Plus récemment, en 2005, une décision *SACD* du Conseil de la concurrence¹¹⁸⁸ est revenue sur la question de la cession globale. Les solutions retenues diffèrent très nettement dans un cas et dans l’autre, sans pour autant se contredire. Nous verrons que cela s’explique par des différences de contexte liées aux secteurs économiques concernés par ces affaires : la première concernait le secteur de la gestion des droits musicaux (1), tandis que la seconde concernait celui de la gestion des droits relatifs aux œuvres dramatiques et audiovisuelles (2). Les différences étaient trop importantes pour que les solutions valant pour l’une s’appliquent également à l’autre. Ceci montre que les analyses concurrentielles dans le domaine de la gestion collective doivent être menées au cas par cas, avec une considération extrêmement fine pour le secteur d’activité concerné.

¹¹⁸⁶ CJCE, 27 mars 1974, *BRT c/ SABAM*, aff. préc., point 10 ; c’est nous qui soulignons.

¹¹⁸⁷ Commission, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, aff. IV/26.270, *GEMA*, dite « *GEMA I* », *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

¹¹⁸⁸ Cons. conc., décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, *RTD com.* 2005, p. 731, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCC*, juin 2005, comm. n° 107, obs. G. DECOCQ.

1) *La cession globale dans le domaine de la gestion collective de droits relatifs aux œuvres musicales*

383. – Étendue excessive de l'objet de la cession. La Commission a pu, concrètement, se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel d'un certain nombre de clauses contenues dans les statuts de société de gestion collective. Elle a ainsi passé au crible les statuts de la GEMA, une société de gestion collective de droits d'auteur allemande, ainsi que ses pratiques contractuelles en matière de cession de droits d'auteur¹¹⁸⁹. Il ressortait des contrats de cession habituellement conclus avec les auteurs que ceux-ci devaient céder tous leurs droits actuels et futurs pour une durée minimale de six ans, indépendamment de la durée d'affiliation. Une clause prévoyait par ailleurs que la cession des droits valait pour toutes les catégories d'œuvres et pour le monde entier.

Notons tout d'abord que l'apport d'œuvres futures à une société de gestion collective n'est pas, en soi, illicite. S'il est vrai qu'il existe, en droit interne, un principe d'interdiction des cessions globales d'œuvres futures (art. L. 131-1 CPI), celui-ci connaît toutefois une exception dans le domaine de la gestion collective. La doctrine a en effet déduit de l'article L. 132-18 du CPI – qui constitue, dans le domaine du contrat de représentation, une exception légale à la prohibition de l'article L. 131-1 – « *la licéité de la cession globale des œuvres futures par l'auteur à la société de gestion collective* »¹¹⁹⁰.

Indépendamment de la question que pose la cession de droits sur des œuvres futures, les conditions d'adhésion exigeant l'apport des droits des auteurs pour toutes les catégories d'œuvre et pour le monde entier étaient apparues inéquitables à la Commission. L'abus de la société de gestion résidait dans l'exigence d'une cession à caractère global, non objectivement justifiée au regard de la mission de sauvegarde des intérêts des auteurs dont était investie la

¹¹⁸⁹ Commission, décision du 2 juin 1971, *GEMA I*, aff. préc.

¹¹⁹⁰ P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007, n° 203. Cette interprétation doctrinale de l'article L. 132-18 du CPI a notamment été défendue par le professeur André Françon qui précisait que « *l'article L. 132-18 du CPI déroge doublement à la prohibition des œuvres futures, puisqu'il autorise une telle cession et dans les rapports entre l'auteur et la société d'auteurs et dans les rapports entre la société d'auteurs et les entrepreneurs de spectacles* » (A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. Les Cours de droit, 1999, p. 268).

GEMA, et qui n'avait en définitive pour seul objet que d'empêcher les auteurs de recourir aux services d'autres sociétés de gestion collective de droits d'auteur.

Les auteurs étaient en effet privés de leur liberté de céder à une autre société que la GEMA tout ou partie de leurs droits pour des pays dans lesquels cette dernière n'exerçait pas d'activité directe. Contraints, par ailleurs, d'apporter la totalité de leurs droits pour les pays dans lesquels la GEMA exerçait une activité directe, ils étaient de fait privés de la possibilité de choisir de les répartir par catégorie¹¹⁹¹ entre plusieurs sociétés de droits d'auteur. Enfin, aux termes des dispositions statutaires et contractuelles imposées aux auteurs, aucune possibilité ne leur était laissée de retirer à la GEMA l'administration de certaines catégories de droits après dénonciation régulière à la fin d'une année.

Ces obligations imposées par la GEMA, sanctionnées par la déchéance de la qualité de membre ou la perte du bénéfice des prestations, étaient manifestement disproportionnées au regard de l'objectif de protection des droits et de sauvegarde des intérêts des membres de la société de gestion collective, et ont donc été considérées comme abusives au sens de l'article 86 du Traité CEE. La Commission avait donc enjoint à la GEMA de modifier ses statuts de façon à ce qu'il ne soit plus porté atteinte à la liberté des auteurs par des restrictions non absolument nécessaires à la sauvegarde de l'efficacité de la gestion collective ; les auteurs devaient en conséquence retrouver la possibilité de céder leurs droits pour les pays étrangers à d'autres sociétés de gestion lorsque la GEMA n'exerçait pas d'activité directe dans ces pays, de répartir leurs droits par catégories entre différentes sociétés de gestion, et corrélativement de retirer à la GEMA certaines catégories de droits.

384. – Approbation de la pratique décisionnelle par la Cour de justice. Sans entrer dans une analyse aussi détaillée des statuts et des conditions de cession, les juges de la Cour de justice ont confirmé de manière globale la position de la Commission, estimant dans l'arrêt *BRT c/ SABAM* qu' « *une cession obligatoire de l'ensemble de tous les droits d'auteur, actuels et futurs, sans distinguer parmi eux les différentes formes d'utilisation généralement*

¹¹⁹¹ Les catégories sont explicitement visées par la décision *GEMA I*. Elles sont au nombre de sept : le droit général d'exécution ; le droit de radiodiffusion, y compris le droit de transmission ; le droit de représentation cinématographique ; le droit de reproduction et de diffusion mécaniques, y compris le droit de transmission ; le droit de production cinématographique ; le droit de produire, reproduire, diffuser et transmettre sur des supports pour magnétoscopes ; les droits d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir (Commission, 2 juin 1971, *GEMA I*, aff. préc.).

reconnues, [pouvait] apparaître comme une transaction non équitable, surtout si cette cession [était] exigée pour une période prolongée, après la démission de l'associé »¹¹⁹².

2) La cession globale dans le domaine de la gestion collective de droits relatifs à des œuvres dramatiques ou audiovisuelles

385. – L'affaire SACD. Plus récemment, les statuts de société de gestion collective ont à nouveau fait l'objet d'analyses concurrentielles de la part, cette fois, de l'autorité française. Étaient en cause, au cas particulier, les statuts de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), société civile de perception et de répartition des droits d'auteur dont l'objet est la gestion collective des droits d'auteurs d'œuvres dramatiques et audiovisuelles¹¹⁹³. L'article 1^{er} des statuts prévoyait que tout auteur souhaitant adhérer à la SACD devait lui faire apport « *en tous pays et pour la durée de la société de la gérance de son droit d'adaptation et de représentation dramatique, ainsi que du droit d'auteur d'autoriser ou d'interdire la communication au public par un procédé quelconque, autre que la représentation dramatique, ainsi que la reproduction par tous procédés, l'utilisation à des fins publicitaires ou commerciales de ses œuvres* ». La SACD imposait donc un système de cession globale des droits, sans fractionnement possible.

Pour traiter ce problème, le Conseil de la concurrence s'est référé à la jurisprudence communautaire. Il en a tout d'abord rappelé les grands principes dégagés dans l'arrêt *BRT c/ SABAM* de 1974, à savoir, essentiellement, la recherche d'un équilibre entre la liberté des auteurs et l'efficacité de la gestion collective. Cette recherche devait conduire le juge national à condamner, au titre des abus de position dominante, toute condition d'adhésion qui, entravant la liberté des auteurs, ne s'avérerait pas indispensable à la réalisation de l'objet social de la société de gestion collective¹¹⁹⁴.

Il a également rappelé l'apport de la décision *GEMA I* de 1971, au terme de laquelle l'exigence d'une cession globale des droits d'auteurs pour toutes les catégories et pour le

¹¹⁹² CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127-73, « *BRT c/ SABAM* », *Rec.* p. 313, point 12.

¹¹⁹³ Cons. conc., décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, *RTD com.* 2005, p. 731, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCC*, juin 2005, comm. n° 107, obs. G. DECOCQ.

¹¹⁹⁴ Cf. *supra*, n° 381.

monde entier constituait, en l'absence de justification objective, une condition de transaction inéquitable. Le Conseil précisait toutefois qu'en tout état de cause, l'analyse concurrentielle des statuts des sociétés de gestion collective devait faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. La solution de la décision *GEMA I* ne devait en effet pas conduire à condamner de manière abstraite toutes les clauses de cession globale des sociétés de gestion collective, sans qu'est été menée au préalable une analyse approfondie de leur effet sur la concurrence et de leur justification possible au regard des missions assignées à la société gestion. En ce sens, nous pouvons dire que cette décision *SACD* constitue une bonne illustration de l'approche économique, fondée sur une analyse concrète des effets, à laquelle s'adonnent désormais volontiers les autorités de concurrence¹¹⁹⁵.

S'agissant d'analyser le caractère inéquitable d'une clause de cession globale de droits, l'affaire *SACD* semble très proche de l'affaire *GEMA I*. Elle en diffère pourtant sur deux points significatifs qui font tout l'intérêt de la décision.

386. – L'iniquité résultant de l'impossibilité de fractionner les apports par catégorie d'œuvres. Dans l'affaire *SACD*, le caractère global de la cession tenait non seulement au fait de l'impossibilité d'apports fractionnés par catégories de droits¹¹⁹⁶, mais également au fait de l'impossibilité d'apports fractionnés par catégories d'œuvres. Cette dernière question ne s'était jusque-là pas encore posée en jurisprudence dans la mesure où seules des sociétés de gestion de droits d'auteur d'œuvres musicales ou des sociétés de gestion de droits d'artistes-interprètes avaient été concernées par l'application du droit de la concurrence. Or, dans ces deux domaines, les sociétés de gestion ne gèrent qu'un seul type d'œuvre qui est, dans un cas, une œuvre musicale, et dans l'autre, une prestation d'artiste interprète. Dans le cas d'espèce présenté, la *SACD* gère aussi bien des droits d'auteur sur des œuvres dramatiques que des droits d'auteur des œuvres audiovisuelles. S'appuyant sur cette double compétence, la *SACD* imposait statutairement à ses adhérents de lui apporter, sans distinction, l'ensemble de leurs droits sur leurs œuvres dramatiques et audiovisuelles.

¹¹⁹⁵ L'approche fondée sur les effets remet en cause l'existence d'infractions *per se*. Sur ce sujet, v. not. C. PRIETO, « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (Ententes et abus de position dominante) », *Petites affiches*, 29 novembre 2007, n° 239, p. 8.

¹¹⁹⁶ Cf. *supra*, n° 385.

Dans son analyse, le Conseil a identifié deux marchés distincts : le marché de la gestion des droits des œuvres théâtrales et celui des droits des œuvres audiovisuelles. Cette distinction se fondait sur une absence de substituabilité du côté de l'offre¹¹⁹⁷. Le Conseil observait que les auteurs d'œuvres audiovisuelles n'avaient pas réellement d'autres choix que d'adhérer à la SACD s'ils voulaient percevoir les redevances afférant à l'utilisation de leurs œuvres. Cette circonstance plaçait *de facto* la SACD en position de monopole de fait sur le marché de la gestion collective des droits des œuvres audiovisuelles. À l'inverse, la gestion des droits d'auteurs d'œuvres théâtrales « *pourrait, pour certains auteurs, faire l'objet d'une gestion individuelle dans des conditions économiques raisonnables* »¹¹⁹⁸.

Par conséquent, l'obligation statutaire d'un apport global des droits d'auteurs sans distinction du type d'œuvre condamnait les auteurs d'œuvres audiovisuelles à apporter également leurs droits de représentation théâtrale, alors qu'il aurait été tout à fait imaginable que la gestion de ces droits soit confiée à une autre société de gestion collective, ou à un intermédiaire tel qu'un agent artistique. Il était donc apporté une restriction non indispensable à la réalisation de l'objet social de la SACD, qui entravait de façon excessive et inéquitable, sans contrepartie réelle, la liberté des auteurs d'œuvres audiovisuelles. L'imposition de cette condition statutaire pouvait par conséquent être regardée comme abusive au sens des articles L. 420-2 du C. com. et 82 du Traité CE. Comme le relevait M. Decocq, « *cette disposition [permettait] à la SACD d'utiliser sa position de monopole sur le marché de la gestion des droits audiovisuels pour consolider et maintenir sa position de monopole sur le marché connexe et potentiel de la gestion des droits de représentation publique des œuvres dramatiques* », ce qui avait pour effet de « *constituer une barrière à l'entrée sur le marché de la gestion des droits du spectacle vivant* »¹¹⁹⁹. En réponse à ce problème de concurrence, la SACD a proposé, au travers d'engagements acceptés par le Conseil, de laisser aux auteurs la possibilité de fractionner leurs apports en distinguant trois catégories d'œuvres : les œuvres dramatiques, les œuvres audiovisuelles et les images.

M. Pollaud-Dulian pose néanmoins, et à très juste titre, nous semble-t-il, la question suivante : « *jusqu'où peut-on admettre la possibilité de fractionnement sans mettre en péril*

¹¹⁹⁷ Cons. conc., décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, points 24 et s.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, point 29.

¹¹⁹⁹ G. DECOCQ, obs. sous Cons. conc., déc. n° 05-D-16 du 26 avril 2005, CCC, juin 2005, comm. n° 107.

l'équilibre financier et la viabilité des sociétés de perception ? »¹²⁰⁰. Les autorités de concurrence seront, à n'en pas douter, attentives à cette question. On peut toutefois observer qu'elles n'y seront attentives que dans la mesure où la société de gestion aura démontré le risque de mise en péril. En l'espèce, l'argument n'ayant pas été soulevé devant le Conseil de la concurrence, on imagine qu'il n'y avait guère d'inquiétudes à avoir quant à l'équilibre financier de la SACD, quand bien même cette dernière devait se voir refuser ou retirer la gestion de droits d'œuvres théâtrales en vertu de la possibilité de fractionnement souhaitée par le Conseil de la concurrence.

Notons enfin qu'en ouvrant aux auteurs la possibilité de fractionner leurs apports selon la catégorie d'œuvre, la SACD a également ouvert la porte aux retraits de catégories entières d'œuvres antérieurement déposées auprès d'elles. Afin de se prémunir d'un risque de déstabilisation de la société qui pourrait notamment résulter du retrait massif d'œuvres dramatiques particulièrement rentables, la SACD a encadré assez strictement les possibilités de retrait et de réintégration de la société de gestion collective. Le Conseil a estimé que ces restrictions relatives aux entrées et sorties étaient parfaitement légitimes : « *La SACD ne peut se transformer en un guichet personnalisé, avec des conditions modulables en fonction des demandes de chaque auteur selon son succès commercial et encourager ainsi des comportements qui pourraient mettre en péril son équilibre. Le système de solidarité, caractéristique propre à la gestion collective et qui la distingue de la gestion individuelle, ne pourrait pas survivre à des allers-retours permanents motivés par la seule maximisation du profit personnel de chaque auteur. Il n'est donc pas illégitime d'obliger, à un certain moment, les auteurs qui refusent les contraintes de la gestion collective à faire clairement le choix de la gestion individuelle* ». Naturellement, cette affirmation a de quoi réjouir les spécialistes du droit d'auteur qui saluent la position du Conseil de la concurrence en ce qu'elle témoigne d'une véritable compréhension des enjeux de la gestion collective et de la protection des droits d'auteur¹²⁰¹.

387. – La possibilité d'un apport global non fractionné par catégorie de droits. La décision SACD devait encore se démarquer de l'affaire GEMA d'un second point de vue. La

¹²⁰⁰ F. POLLAUD-DULIAN, obs. sous Cons. conc., déc. n° 05-D-16 du 26 avril 2005, *RTD com.* 2005, p. 731.

¹²⁰¹ F. POLLAUD-DULIAN, *eod. loc.* : « *ce n'est pas le moindre mérite de cette décision, que de mettre en exergue la spécificité de la gestion collective, qui n'est pas une forme de gestion comme les autres, mais un système fondé sur un esprit mutualiste dans lequel les "forts" aident les "faibles"* ».

clause de cession globale prévoyait l'apport de la totalité des droits de l'auteur, sans possibilité de fractionnement par catégorie de droits (droits d'exécution, de reproduction, de radiodiffusion, etc.). Nous savons que dans ce domaine, la décision *GEMA I* condamnait l'impossibilité d'un apport fractionné par catégories de droits, et avait conduit la société de gestion collective allemande à modifier ses statuts en conséquence. Il était donc extrêmement tentant pour le plaignant de réclamer l'application de la jurisprudence *GEMA* afin qu'en soient déduites les mêmes conclusions. Le Conseil a cependant dû écarter le raisonnement par analogie compte tenu des différences trop importantes qui existaient entre le secteur de la musique (affaire *GEMA I*) et celui de l'audiovisuel (affaire *SACD*). En effet, dans le domaine de l'audiovisuel, la *SACD* a pour interlocuteur, dans ses négociations en vue de l'attribution de droits de diffusion, « *des groupes intégrés et très puissants, présents tout au long de la chaîne de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles* »¹²⁰². Les sociétés de droits musicaux ne connaissent en revanche pas de rapport de force aussi défavorable. Il apparaît ainsi indispensable que la *SACD* puisse conserver un poids suffisant dans les négociations de façon à équilibrer au mieux le rapport de force. Or, permettre le fractionnement des apports par catégorie de droits serait au contraire de nature à fragiliser la position de la *SACD* face à ces grands groupes. C'est la raison pour laquelle le Conseil a considéré que la clause statutaire d'apport groupé n'était pas abusive. Elle restreignait certes quelque peu la liberté des auteurs, mais dans l'unique dessein d'établir des « *conditions favorables à la défense collective des auteurs, conformément à l'objet social de la SACD* »¹²⁰³. Le principe d'équilibre entre la liberté des auteurs et le souci d'une gestion efficace, défendu par l'arrêt *BRT c/ SABAM*, était donc bien sauf.

B. – L'INIQUITÉ DE CLAUSES TENDANT À DISSUADER LE RETRAIT DES MEMBRES

388. – Les sociétés de gestion collective ont trouvé de multiples moyens de retenir leurs adhérents. Elles ont imposé des conditions de durée et de portée des licences consenties (1), ainsi que des durées d'affiliation minimales des auteurs (2). Elles ont également cherché à jouer sur la privation du bénéfice de leur caisse sociale dans certaines circonstances (3), ainsi

¹²⁰² Cons. conc., décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, point 47.

¹²⁰³ *Ibid.*, point 60.

qu'à subordonner les possibilités de retrait de catégories de droits à la mise en gestion collective de ces droits auprès d'autres sociétés (4).

1) Durée et portée des cessions consenties

389. – Durée excessive de la cession. Les statuts de la GEMA prévoyaient que le contrat de cession devait être conclu pour une durée de six ans, reconductible tacitement en l'absence de dénonciation un an avant son expiration. La Commission a estimé que la stipulation d'une telle durée n'était pas indispensable à la sauvegarde des droits des auteurs¹²⁰⁴.

390. – Absence d'incidence de la démission de l'auteur sur la portée de la cession. Les statuts prévoyaient par ailleurs que la validité du contrat de cession n'était pas affectée par la démission de l'auteur, de même que la cession des droits sur les œuvres futures n'était pas affectée par la résiliation de l'affiliation de l'auteur. De telles conditions ont, sinon pour objet, du moins pour effet de dissuader les membres de changer de sociétés de gestion collective de droits. S'agissant d'autant de restrictions non justifiées à la liberté des auteurs, ces conditions ont été considérées par la Commission comme abusives au sens de l'article 86 du Traité CEE. La GEMA a donc dû, sur injonction de la Commission, modifier ses statuts, la démission de l'auteur devant entraîner de façon logique la rupture du contrat de cession. Dans le même sens, la démission de l'auteur devait également mettre un terme à son engagement initial de cession de ses droits sur ses œuvres futures. En effet, « *une telle clause n'a aucun rapport avec l'exécution régulière des contrats de licence existants mais empêche seulement le membre de changer de société de droits d'auteur, puisqu'il lui est impossible d'apporter toute œuvre nouvelle à une autre société pendant plusieurs années* »¹²⁰⁵.

2) Durée minimale d'affiliation des membres

391. – L'allongement de la durée de cotisation subordonnée à une plus grande liberté des auteurs. Dans la décision *GEMA I*, la Commission avait enjoint à la société de gestion collective de laisser aux membres la possibilité de se retirer à l'expiration d'un délai d'une année, avec reprise de la totalité ou d'une partie seulement de leurs droits d'auteur.

¹²⁰⁴ Commission, 6 juillet 1972, déc. n° 72/268/CEE, aff. IV/26.760, *GEMA*, dite « *GEMA II* », *JOCE* n° L 166 du 24 juillet 1972, p. 22.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

Estimant que ce délai était trop court d'un point de vue économique, la GEMA avait demandé à ce que le dispositif de la décision *GEMA I* de 1971 soit complété, de façon à ce qu'une solution alternative puisse être proposée. Cette demande, examinée par la Commission, fit l'objet d'une décision *GEMA II* en 1972¹²⁰⁶. La Commission y estimait que « *l'appréciation de la durée de l'engagement d'un membre et la fixation d'un délai au-delà duquel un engagement plus prolongé serait abusif, dépendent de l'ampleur de cet engagement* ». La Commission précisait ainsi qu'il n'était pas exclu que la GEMA porte la durée minimum de l'affiliation à trois ans, pour autant que l'équilibre entre la durée et l'ampleur de l'engagement fût maintenu. Ainsi l'exigence d'une durée d'engagement plus importante devait s'accompagner d'une plus grande liberté conférée aux auteurs¹²⁰⁷.

3) *Affiliation et bénéfice de la caisse sociale*

392. – Le bénéfice de la caisse sociale subordonné à une durée d'affiliation minimum et à l'absence de cessation de la qualité de membre. Dans cette même affaire *GEMA*, une « caisse sociale » alimentée par les contributions de l'ensemble des membres de la société de gestion collective avait été instituée au profit des adhérents ou de leurs ayants droit, en vue de les faire bénéficier, sous conditions, de certaines prestations financières en cas de maladie, d'accident, de décès, ou de dépassement d'une certaine limite d'âge. Deux de ces conditions, issues des statuts de la caisse sociale, ont été identifiées par la Commission comme particulièrement inéquitables : d'une part, le versement des prestations était subordonné au fait d'avoir été affilié à la GEMA en qualité de membre ordinaire pendant plus de vingt ans, et d'autre part, toute cessation de la qualité de membre de la GEMA entraînait la cessation de tout versement. En effet, de telles dispositions liaient de manière abusive les membres de la GEMA : « *le long délai d'attente de vingt ans et la disposition selon laquelle toute allocation prend fin à la cessation de l'affiliation, ne tiennent pas compte du fait que les fonds de la*

¹²⁰⁶ Commission, 2 juin 1971, *GEMA I*, aff. préc.

¹²⁰⁷ En l'occurrence, la plus grande liberté dont pouvaient bénéficier les auteurs consistait à leur permettre de disjoindre les apports de droits, non plus seulement par catégorie de droits au sens où l'entendait la décision *GEMA I* (cf. *supra*, n° 383), mais par formes d'utilisation. Aux termes de la décision *GEMA II*, il fallait entendre par forme d'utilisation toutes les formes d'exercice des droits d'auteur qui, du point de vue économique, pouvaient être disjointes compte tenu des différences entre les législations nationales relatives au droit d'auteur. A titre d'exemple, la décision *GEMA II* citait ainsi une liste non exhaustive d'une douzaine de formes d'utilisation différente. On comprend alors que le fait d'autoriser à disjoindre les apports selon les formes d'utilisation soit, pour les auteurs, beaucoup moins restrictif de liberté que la simple autorisation à fractionner leurs apports selon les sept catégories de droits prédéfinies dans la décision *GEMA I*.

caisse sociale sont alimentés par les contributions de tous les membres de la GEMA »¹²⁰⁸. La Commission a donc enjoint la GEMA de modifier ses statuts, de sorte que la durée d'affiliation requise pour prétendre au bénéfice des prestations de la caisse sociale ne devait dépasser cinq années, et de sorte que disparaisse toute clause éteignant les droits à prestation de la caisse sociale en cas de cessation de l'affiliation.

4) Retrait de catégories de droits sous condition de mise en gestion collective auprès d'une autre société

393. – Validité historique de la clause. Une clause des statuts de la SACEM prévoyait que lorsqu'un auteur retirait des catégories de droits à la gestion de la SACEM, il devait apporter la preuve qu'il en avait confié la gestion à une autre société de droit d'auteur. Selon la SACEM, les statuts contenant cette clause avaient été reconnus licites par la Commission en 1974. Il s'agissait pourtant bien d'une restriction à la liberté des auteurs dans la mesure où cette disposition visait à interdire le recours à la gestion individuelle pour les catégories de droits retirés. Or, aux termes de la jurisprudence *BRT c/ SABAM*, il ne peut être apporté de restriction à la liberté des auteurs que si celle-ci est indispensable à la réalisation de l'objet social de la société de gestion collective qui consiste en la sauvegarde des droits et intérêts des auteurs. C'est dans cette perspective que la SACEM justifiait sa clause. Elle invoquait tout d'abord un souci de protection des auteurs : elle interdisait le recours à la gestion individuelle, car elle estimait que les auteurs seraient, dans une telle situation, « *incapables d'obtenir des conditions acceptables des sociétés de disque compte tenu de leur faible pouvoir de négociation* »¹²⁰⁹. Elle combattait ensuite le recours à la gestion individuelle en tant qu'il conduisait à la pratique dite de l'« *écrémage* » qui consiste pour les auteurs « *à ne confier à la société de droits d'auteur que la gestion des droits qui sont difficiles et coûteux à collecter* » ; elle estimait qu'une telle pratique était contraire au principe de solidarité de la gestion collective et avait pour conséquence un accroissement des coûts¹²¹⁰. Ces justifications avaient donc été entendues par la Commission qui avait validé le principe d'une obligation, pour les auteurs retirant à la SACEM la gestion de catégories de droits, de confier à une autre société la gestion de ces droits.

¹²⁰⁸ Commission, 2 juin 1971, *GEMA I*, aff. préc.

¹²⁰⁹ Commission, 12 août 2002, *Banghalter et de Homem Christo c/ SACEM*, aff. COMP/C2/37.219.

¹²¹⁰ *Ibid.*

394. – Condamnation récente de la clause : le revirement de l'affaire *Daft Punk*¹²¹¹.

L'affaire *Daft Punk* a révélé, quelques trente ans plus tard, une profonde évolution de la position de la Commission sur le sujet. Cette dernière reconnaissait que s'il avait pu être estimé à bon droit, en 1974, que la clause respectait le principe de proportionnalité, il ne pouvait plus en être de même aujourd'hui compte tenu des évolutions qu'avaient connu la technique, l'industrie du disque, et plus généralement le paysage du droit d'auteur et de la gestion collective. La Commission relevait tout d'abord qu'une grande partie des sociétés d'auteurs avaient renoncé à insérer une telle restriction à la liberté des auteurs dans leurs statuts, ce qui démontrait par ailleurs que l'argument de l'« écrémage » ne semblait plus déterminant aujourd'hui. Elle énonçait ensuite que le progrès technique, et notamment dans le domaine numérique, permettait aujourd'hui de surmonter les difficultés réelles de la gestion individuelle. Elle expliquait enfin que la volonté de recourir à la gestion individuelle ne procédait pas uniquement d'un intérêt économique, mais se justifiait par « *le souci de certains auteurs de ne pas voir utiliser leurs œuvres sur certains supports, comme le multimédia et les CD-Rom afin de ne pas en dénaturer la nature [sic] ou encore parce qu'ils entendent eux-mêmes en contrôler l'usage* ». Elle ajoutait : « *La gestion individuelle renforce le volet moral du droit d'auteur dans la mesure où elle permet aux auteurs de contrôler avec précision les différents usages envisagés par les utilisateurs, assurant ainsi aux ayants droits une utilisation de leurs œuvres qui soit compatible avec le but artistique et la dignité des œuvres originelles* »¹²¹².

Pour toutes ces raisons, la Commission a vu dans cette clause une pratique abusive au sens de l'article 82 du Traité CE (devenu article 102 du TFUE) en ce qu'elle imposait aux auteurs des conditions inéquitables, non indispensables à la sauvegarde des droits et des intérêts des auteurs¹²¹³.

Outre les conditions statutaires inéquitables, des conditions statutaires à caractère discriminatoires étaient, elles aussi, susceptibles de porter atteinte à la concurrence.

¹²¹¹ Commission, 12 août 2002, *Banghalter et de Homem Christo c/ SACEM*, aff. COMP/C2/37.219, décision dite « *Daft Punk* », disponible sur http://ec.europa.eu/competition/index_en.html/.

¹²¹² *Ibid.*

¹²¹³ La plainte des auteurs membres du groupe *Daft Punk* a cependant été rejetée car la SACEM avait pris les devants en modifiant ses statuts dans le sens souhaité par la Commission.

§ 2. – Des conditions statutaires discriminatoires

395. – Aux termes de l'article 102, alinéa 2, c) du TFUE, l'exploitation abusive d'une position dominante peut notamment consister à 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». Les conditions discriminatoires sont donc prosrites dès lors qu'elles ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Plusieurs types de conditions discriminatoires ont pu être relevés dans les statuts de sociétés de gestion collective. Fondées sur des critères de rattachement géographiques tels que la nationalité ou le domicile, ces discriminations consistaient soit à refuser l'accès au bénéfice de la gestion collective à certains titulaires de droit (A), soit à leur limiter les possibilités de participation à la vie sociale de la société (B).

A. – LES CONDITIONS D'ACCÈS AU BÉNÉFICE DE LA GESTION COLLECTIVE

396. – **L'affaire GVL.** Il est apparu, dans les statuts de certaines sociétés de gestion, que des clauses visaient à exclure certaines catégories de titulaires de droit du bénéfice de la gestion collective. L'affaire *GVL*¹²¹⁴ a notamment mis en lumière une pratique consistant, pour une société allemande, à refuser ses services à des titulaires de droits étrangers non domiciliés en Allemagne.

La société *GVL* est une société allemande de gestion collective de droits dits droits voisins des artistes-interprètes exécutants. Jusqu'en 1980, cette société refusait, en vertu de ses statuts, de conclure des contrats de gestion avec des artistes exécutants n'ayant ni la nationalité allemande, ni de domicile en Allemagne. Elle a cependant mis fin à cette pratique en permettant que tout artiste exécutant établi sur le territoire de l'un des États membres de la Communauté européenne apporte ses droits en vue de leur gestion et de la perception des redevances liée à leur exercice. Malgré cette modification, la Commission a eu à se prononcer sur l'existence d'un abus de position dominante concernant les pratiques antérieures à 1980. Elle avait considéré que toute discrimination fondée sur la nationalité pratiquée par une entreprise en position dominante constitue une violation de l'article 86 du Traité CEE¹²¹⁵, et

¹²¹⁴ Commission, 4 décembre 1981, déc. n° 81/1030/CEE, aff. IV/29.839, *GVL*, *JOCE* n° L 370 du 28 décembre 1981, p. 49.

¹²¹⁵ Commission, 4 décembre 1981, *GVL*, aff. préc., point 46.

que le fait, pour la GVL, en tant que détentrice d'un monopole de fait, de refuser de conclure des contrats de gestion avec des artistes étrangers n'ayant pas de domicile en Allemagne constitue une discrimination sur la nationalité contraire au principe d'interdiction des abus de position dominante¹²¹⁶. Nous détaillerons les conditions permettant de retenir le caractère abusif de la pratique discriminatoire (1) et préciserons en quoi celle-ci ne pouvait se voir justifiées par des considérations objectives (2).

1) Les conditions du caractère abusif de la pratique discriminatoire au regard de l'article 86, alinéa 2, c), du Traité CEE.

397. – La décision de la Commission est intéressante en ce qu'elle s'est attachée à qualifier la pratique discriminatoire abusive en se fondant très précisément sur la lettre du texte. Elle passe ainsi au crible de son analyse les différents éléments contenus dans la rédaction du c) de l'article 86, alinéa 2 du Traité CEE : une pratique exercée à l'égard de partenaires commerciaux (a), l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes (b), et le désavantage dans la concurrence en résultant pour les partenaires discriminés (c).

a) Les artistes : des partenaires commerciaux des sociétés de gestion

398. – Prestation contre rétribution. La Commission a tout d'abord considéré que les artistes exécutants étaient bien des partenaires commerciaux. Elle constate à cet effet qu'il existe des échanges économiques entre la GVL et les artistes : d'un côté, la GVL fournit une prestation de protection des droits et de répartition des redevances ; de l'autre, les artistes rétribuent la GVL au moyen d'un prélèvement d'une fraction du montant de leur redevance au titre des frais d'administration¹²¹⁷. Si la qualification de partenaires commerciaux peut sembler quelque peu abrupte et réductrice, s'agissant d'artistes dont l'activité relève du secteur culturel, il convient toutefois d'observer qu'elle est juridiquement exacte et, en outre, profitable aux artistes eux-mêmes, puisqu'elle permet de reconnaître ces derniers comme victimes de pratiques discriminatoires.

¹²¹⁶ Commission, 4 décembre 1981, *GVL*, aff. préc., point 47.

¹²¹⁷ Commission, 4 décembre 1981, *GVL*, aff. préc., point 49.

b) *Le bénéfice de la gestion sous condition de domicile, manifestation de conditions inégales à prestations équivalentes*

399. – Bénéfice de la gestion sous condition de domicile. La Commission a ensuite relevé que certains de ces partenaires commerciaux – en l’occurrence les artistes étrangers –, faisaient l’objet d’un traitement discriminatoire, non pas parce qu’il leur était refusé le service de la gestion collective, mais parce que leur accès à ce service était subordonné à une condition supplémentaire qui ne s’appliquait pas aux ressortissants nationaux, à savoir, la condition du domicile en Allemagne. Elle a par ailleurs rappelé que l’article 86, alinéa 2, c) exigeait que les conditions inégales soient appliquées à des prestations de partenaires équivalentes. En effet, une apparente discrimination entre partenaires peut en réalité se trouver justifiée par le fait que les partenaires n’offrent pas de prestations équivalentes à l’entreprise soupçonnée d’abus de position dominante¹²¹⁸. La Commission s’est donc demandé si, en l’espèce, les prestations des artistes exécutants étaient bien identiques. Elle a répondu par l’affirmative, considérant que leur prestation, consistant en un apport de droits à la GVL, était fournie aussi bien par les artistes étrangers que par les artistes nationaux¹²¹⁹.

c) *Le désavantage dans la concurrence des artistes étrangers*

400. – Des artistes en situation de concurrence. La Commission a enfin examiné la question du désavantage dans la concurrence infligé aux partenaires commerciaux. Ce dernier point est intéressant car l’existence d’un désavantage dans la concurrence entre les partenaires suppose que les différents partenaires soient effectivement en situation de concurrence.

Cela ne va pas nécessairement de soi s’agissant d’artistes-interprètes qui fournissent des prestations à caractère artistique. En effet, admettre que des artistes sont en situation de concurrence suppose de reconnaître un degré de substituabilité suffisant entre les prestations qu’ils proposent. Or, comme nous l’avons déjà vu, la question de la substituabilité est toujours problématique en matière artistique¹²²⁰. Le caractère artistique d’une interprétation réside dans l’expression de la personnalité d’un artiste, et postule, de ce fait, une certaine individualité de

¹²¹⁸ V. par exemple CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* p. I-3359, où la Cour a confirmé l’absence de discriminations, dans la mesure où les « deux catégories de clients ne sont pas comparables » (point 122). V. également *infra*, n^{os} 425 et s., s’agissant de différences de tarifs pratiquées par des sociétés de gestion collective à l’égard d’utilisateurs.

¹²¹⁹ Commission, 4 décembre 1981, *GVL*, aff. préc., point 53.

¹²²⁰ Cf. *supra*, n^o 101 et s.

l'interprétation. Il se crée dès lors, entre l'interprétation et son public, une relation particulière qui dépasse de loin le cadre du simple rapport de consommation – rapport dans lequel le consommateur entretient, au mieux, une fidélité à un produit ou à une marque, mais sans que cette fidélité tienne à une relation individuelle. L'interprétation, en revanche, touche le public en ce qu'elle constitue une médiation de la personnalité de l'interprète vers le public. Il semble de ce fait difficilement concevable que le public qui a choisi de voir et d'entendre tel artiste accepte de se tourner vers tel autre artiste qu'elle considère comme interchangeable. On devrait alors en déduire l'absence de substituabilité des prestations d'artistes-interprètes et, par voie de conséquence, l'absence de concurrence entre artistes.

Cette vision reste toutefois très théorique compte tenu des modes de distribution des produits culturels. La Commission relevait ainsi à juste titre que « *chaque artiste a un intérêt particulier à ce que sa prestation soit aussi souvent que possible radiodiffusée ou communiquée en public de toute autre façon et à ce que ses enregistrements se vendent en grand nombre* »¹²²¹. S'agissant de la radiodiffusion, par exemple, il est certain qu'il est dans l'intérêt des artistes d'être le plus diffusé possible. Or, l'espace et le temps de diffusion ne sont pas illimités. Il en résulte que, sur un temps déterminé, certains artistes seront beaucoup diffusés et auront de quoi s'en satisfaire, alors que d'autres le seront moins, voire très peu, et ne pourront qu'envier la situation de ceux qui sont très diffusés. Il apparaît donc que, sur le temps global de radiodiffusion, les artistes sont en concurrence.

401. – Le désavantage dans la concurrence. Partant du postulat d'une situation de concurrence entre artistes, la Commission a ensuite caractérisé le désavantage dans la concurrence résultant de la pratique mise en cause. Celui-ci découlait principalement du manque à gagner que subissaient les artistes étrangers non domiciliés en Allemagne, empêchés d'accéder au statut de membre de la GVL, et de ce fait mis en difficulté pour percevoir les redevances afférentes à l'exploitation de leurs droits sur le territoire allemand. En effet, en l'absence de possibilité d'adhérer à la société de gestion collective allemande, les artistes étrangers n'ont d'autre choix que celui de recourir à la gestion individuelle aux fins d'administrer leurs droits et de percevoir les redevances afférentes. Or, nous savons que l'existence de systèmes de gestion collective se justifie dans certains domaines où la gestion individuelle s'avère particulièrement difficile, voire complètement irréaliste. On imagine donc

¹²²¹ *Ibid.*, point 54.

la difficulté que pourraient éprouver des artistes à gérer individuellement leurs droits de seconde exploitation, et ceci à d'autant plus forte raison que l'exploitation aurait lieu sur un territoire étranger. En l'absence de possibilité d'adhérer à la GVL, les artistes étrangers semblent donc voir leurs chances de percevoir des redevances afférentes à l'exploitation de leurs droits sur le territoire allemand sensiblement compromises.

De là, naît, selon la Commission, un désavantage dans la concurrence subi par les artistes étrangers non domiciliés en Allemagne. En effet, les artistes nationaux perçoivent normalement leur redevances et voient ainsi « *leur position économique se consolider* », tandis que les artistes étrangers, « *bien qu'ils y aient droit, [ne touchent pas], pour leurs prestations en Allemagne, de redevances au titre de la deuxième exploitation* »¹²²². Ils se voient ainsi défavorisés par rapport aux artistes nationaux, dans la mesure où, « *précisément dans le cas des artistes, les désavantages financiers même peu importants ont des conséquences considérables pour leur position sur le marché en tant qu'opérateur économique* »¹²²³. S'il apparaît de façon logique que l'absence de perceptions de redevances par certains titulaires de droit place ceux-ci dans une position économiquement inconfortable, cette dernière affirmation de la Commission semble toutefois quelque peu lapidaire : on peut en effet se demander pourquoi des désavantages financiers même peu importants seraient susceptibles d'avoir des conséquences économiques plus lourdes à l'égard des artistes exécutants qu'à l'égard d'autres opérateurs économiques, et en particulier d'autres titulaires de droits d'auteurs ou droits voisins.

2) L'absence de justification aux abus identifiés

402. – Le rejet des justifications fondées sur les différences entre législations nationales. La GVL avait tenté de justifier la différence de traitement applicable aux artistes-interprètes étrangers en arguant que certaines législations nationales étrangères ne reconnaissaient pas le principe d'une redevance au titre d'une « *deuxième exploitation* » des prestations des artistes-interprètes¹²²⁴. La GVL expliquait en effet qu'elle ne pouvait gérer que

¹²²² *Ibid.*, point 55.

¹²²³ *Ibid.*

¹²²⁴ CJCE, 2 mars 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c/ Commission*, aff. 7/82, *Rec.* p. 483, point 48. Les « *droits de deuxième exploitation* » visés dans la décision désignent les droits relatifs à l'exploitation de la prestation, une fois celle-ci fixée sur un support, et plus précisément les droits relatifs à l'acte de communication au public par voie de radiodiffusion ou tout par tout autre mode de

les droits dont elle était « *en mesure de vérifier l'existence et de déterminer la portée* », et justifiait ainsi le refus de gestion des droits des artistes-interprètes étrangers, dans la mesure où cette vérification lui était impossible.

La Cour de justice n'a pas entendu cet argument, estimant qu'« *il n'était [...] pas loisible à la GVL de réserver ses activités, même à défaut d'harmonisation des législations dans le domaine du droit d'auteur, aux seuls artistes dont elle avait la certitude que leurs droits étaient régis par la loi allemande. Elle ne pouvait pas exclure que certains artistes étrangers non domiciliés en Allemagne pouvaient se prévaloir de droits aux titre de la deuxième exploitation ; en outre, elle savait qu'en refusant de gérer ces droits, elle empêchait en fait ces artistes de percevoir des redevances auxquelles ils avaient droit* »¹²²⁵. La pratique du refus de gestion des droits des artistes étrangers empêchaient en effet ceux-ci de « *démontrer que ces droits [leur revenaient] soit parce que le droit allemand était applicable, soit parce qu'une autre législation nationale applicable reconnaissait les mêmes droits* »¹²²⁶. La Cour a donc confirmé l'existence d'une pratique discriminatoire fondée sur la nationalité ou le domicile, constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article 86 du Traité CEE¹²²⁷.

Sans faire obstacle au bénéfice de la gestion collective, certaines clauses étaient également discriminatoires en ce qu'elles visaient à interdire aux étrangers de participer à la vie sociale de la société.

communication. En effet, les articles 76 paragraphe 2 et 77 de la loi allemande sur le droit d'auteur « *accordent à l'artiste un droit légal à redevance, lorsque la prestation qui a été enregistrée avec son assentiment sur support visuel ou support de son est radiodiffusée ou communiquée au public de toute autre façon (deuxième exploitation)* » (Commission, 4 décembre 1981, GVL, aff. préc., point 4).

¹²²⁵ CJCE, 2 mars 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c/ Commission*, aff. 7/82, Rec. p. 483, point 54.

¹²²⁶ *Ibid.*, point 55.

¹²²⁷ Dans le même sens, Recommandation n° 2005/737/CE de la Commission du 18 octobre 2005 *relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique*, JOUE n° L 276 du 21 octobre 2005, p. 54. L'article 3 de la recommandation pose le principe d'une liberté de choix des titulaires de droit quant au gestionnaire, « *quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits* » ; l'article 13, a) dispose quant à lui que « *toutes les catégories de titulaires de droits sont traitées sur un pied d'égalité quant à l'ensemble des éléments des services de gestion fournis* ».

B. – LES CONDITIONS D’ACCÈS À LA VIE SOCIALE DE LA SOCIÉTÉ DE GESTION COLLECTIVE

403. – Discriminations de nature à exclure les ayants droit étrangers de la vie sociale de la société. Les statuts de la GEMA différenciaient plusieurs catégories de membres : les « membres ordinaires », seuls membres à détenir le droit de vote, le droit de suffrage ainsi que la possibilité d’être élu dans les instances dirigeantes ; les « membres extraordinaires » qui, tout en étant véritablement membres, ne disposaient pas de ces mêmes facultés ; et les « membres adhérents », que les conditions du contrat de cession excluait de la qualité de membre extraordinaire et qui, à ce titre, n’avaient pas juridiquement le statut de membre au sens de la législation allemande sur les associations.

Selon les statuts, les auteurs et compositeurs allemands pouvaient en tout état de cause devenir membres ordinaires ou extraordinaires de la GEMA. En revanche, s’agissant des ressortissants étrangers, ceux-ci ne pouvaient acquérir la qualité de membre ordinaire ou extraordinaire que si leur domicile fiscal était situé en Allemagne. De la même manière, les éditeurs de musique ayant leur siège social hors d’Allemagne ne pouvaient prétendre qu’à la seule qualité de membre adhérent. La GEMA se défendait pour autant de toute discrimination à l’égard des ressortissants étrangers, considérant que les ressortissants nationaux et étrangers étaient considérés d’égal à égal en ce qui concerne la répartition des redevances. La Commission a rejeté cette argumentation. Elle a en effet relevé que la qualité de membre ordinaire conférait un pouvoir d’influence sur l’ensemble de la politique de gestion de la GEMA, en tant qu’elle permettait de prendre entièrement part à la vie sociale de l’entreprise ; or, cette qualité était refusée aux ressortissants étrangers n’ayant pas leur domicile sur le territoire allemand ; il était donc réalisé à leur encontre une forme de discrimination¹²²⁸.

La Commission a par ailleurs relevé que la seule modification des statuts dans un sens permettant l’accès à la qualité de membre ordinaire aux ressortissants étrangers ne suffirait pas à lever totalement la discrimination dont ces derniers faisaient l’objet. Elle mentionnait à cet effet une clause des statuts qui stipulait qu’un membre extraordinaire, sans droit de vote, ne pouvait devenir membre ordinaire avec droit de vote qu’à la condition d’avoir perçu, en tant que membre de la GEMA, un certain revenu minimum sur cinq années consécutives. Elle

¹²²⁸ Commission, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, aff. IV/26.270, *GEMA*, dite « *GEMA I* », *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.

y voyait là une forme de discrimination en ce que les ressortissants étrangers ne pouvaient obtenir la qualité de membre ordinaire qu'après cinq années d'affiliation au minimum¹²²⁹. La discrimination ne nous semble cependant pas aussi évidente que la Commission voulait bien le prétendre, car la clause s'appliquait aussi bien aux ressortissants allemands qu'aux ressortissants étrangers.

En revanche, il existait dans les statuts de la GEMA une dernière série de discriminations fondées sur la nationalité, destinée à exclure les ressortissants étrangers de la vie sociale de la GEMA. Il était en effet exigé des membres du conseil de surveillance de la GEMA qu'ils aient la nationalité allemande. Le caractère discriminatoire de la clause était naturellement flagrant. Par ailleurs, les statuts ajoutaient que tout changement de nationalité des ayants droit devait être communiqué à la GEMA. Une telle disposition visait, selon la Commission, « à contrôler et maintenir les discriminations décrites ci-dessus »¹²³⁰.

Notons que la recommandation de la Commission relative à la gestion collective transfrontière dans le domaine de la musique en ligne pose désormais de manière explicite les principes de non-discrimination et de représentation « *juste et équilibrée* » des titulaires de droits « *dans le processus de décision interne* » de la société de gestion collective¹²³¹. Si cette recommandation a vocation à orienter les pratiques dans le domaine de la gestion des droits « en ligne », il n'y a pas de raisons de considérer que les principes susvisés ne doivent également s'appliquer dans un environnement « hors-ligne ».

SECTION 2 L'ABUS DANS LES PRATIQUES CONTRACTUELLES DES SOCIÉTÉS DE GESTION À L'ÉGARD DES UTILISATEURS

404. – Le conflit emblématique opposant la SACEM aux exploitants de discothèques. Les relations entre les sociétés de gestion collective et les utilisateurs d'œuvres ont longtemps été conflictuelles. Du point de vue du droit de la concurrence, ces conflits se

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ Articles 13, a) et b) de la Recommandation n° 2005/737/CE de la Commission du 18 octobre 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique, JOUE n° L 276 du 21 octobre 2005, p. 54.

sont illustrés principalement au travers d'un contentieux particulièrement abondant, opposant la SACEM, société française de gestion collective de droits musicaux, à des exploitants de discothèques. Des griefs avaient été formulés en matière d'ententes, mais aussi et surtout en matière d'abus de position dominante puisqu'il était reproché à la société de gestion le caractère excessivement élevé des redevances pratiquées. Ce point soulevait donc la question des conditions contractuelles inéquitable (§ 1). Plus subsidiairement, d'autres pratiques, de type discriminatoire cette fois, ont pu également être reprochées aux sociétés de gestion par les utilisateurs (§ 2).

§ 1. – Des conditions tarifaires inéquitables

405. – Les utilisateurs d'œuvres ont souvent reproché aux sociétés de gestion le caractère excessif des prix pratiqués à leur égard. Leur critique tendait donc à démontrer le caractère inéquitable du montant des redevances (A), mais également – et ce développement est récent – du mode de calcul des redevances (B). Par ailleurs, certains utilisateurs contestaient le principe de l'autorisation globale et de la redevance forfaitaire qui, en leur permettant d'accéder à l'ensemble du répertoire en contrepartie d'une redevance unique, les empêchait de bénéficier d'un tarif proportionné à leur utilisation effective, lorsque seule une partie du répertoire les intéressait (C).

A. – L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE INÉQUITABLE DU MONTANT DES REDEVANCES

406. – À l'origine de la jurisprudence relative au caractère inéquitable des redevances, l'affaire *Basset*¹²³². Un exploitant de discothèque avait refusé de s'acquitter des redevances dues à la SACEM au titre de la diffusion publique d'enregistrements sonores dans son établissement. Assigné en justice par la société de gestion collective, il avait été condamné au paiement des sommes litigieuses. Il avait alors interjeté appel, arguant de la nullité des contrats passés avec la SACEM en raison de leur contrariété aux dispositions du droit de la concurrence national et communautaire. Il invoquait notamment un abus de position dominante tenant au caractère excessif du taux de redevance exigé par la SACEM, fixé à 8,25 % du chiffre d'affaires brut de la discothèque. Saisie d'une question préjudicielle

¹²³² CJCE, 9 avril 1987, *G. Basset c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, aff. 402/85, *Rec.* p. 1747.

sur ce point, la Cour de justice des Communautés européennes avait estimé que si la perception de redevances de droit d'auteur ne pouvait, en soi, constituer un comportement abusif au sens de l'article 86 du Traité CEE, il pouvait en être autrement du niveau de la redevance (ou des redevances cumulées) qui pouvait, en certaines hypothèses, s'avérer excessif et constituer une condition inéquitable au sens de l'article 86 du Traité CEE¹²³³.

En l'occurrence, dans cette affaire, la juridiction nationale n'avait pas considéré comme inéquitable le niveau des redevances, et n'avait par ailleurs pas jugé utile de solliciter l'avis de la Cour sur cette question. L'affirmation de la Cour ouvrait néanmoins la voie à un contentieux se développant autour du caractère excessif des redevances exigées par les sociétés de gestion auprès des utilisateurs. C'est ainsi qu'ont été dégagés, dans la jurisprudence qui a suivi – et notamment l'arrêt *Tournier* –, des critères qui ont permis d'établir le caractère inéquitable du montant des redevances (1). Nous nous interrogerons néanmoins au sujet de possibilités de justification objective à un montant élevé des redevances (2).

1) Les critères de détermination du caractère inéquitable de la redevance

407. – Plusieurs critères peuvent être envisagés afin de déterminer le caractère inéquitable de la redevance. Nous nous intéresserons principalement au critère retenu par la jurisprudence (a), sans toutefois renoncer à présenter d'autres critères auxquels les juges n'ont pas exclu d'avoir recours (b).

a) Le critère retenu : la comparaison sur une base homogène des tarifs pratiqués dans les différents États membres

408. – **Affaire *Tournier*.** Après que fut reconnue la possibilité de qualification de la fixation de redevances excessives en abus de position dominante, les juges s'attachèrent, dans un arrêt *Tournier*¹²³⁴, à déterminer les critères de l'abus, s'interrogeant sur les éléments caractérisant le caractère inéquitable de la redevance. Le litige opposait, une fois encore, la SACEM à un exploitant de discothèque. Ce dernier, estimait que la SACEM, en exigeant des utilisateurs un taux de redevance arbitraire et inéquitable, se livrait à une pratique abusive au

¹²³³ CJCE, 9 avril 1987, *Basset c/ SACEM*, aff. préc., points 18 et 19.

¹²³⁴ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521.

sens de l'article 86 du Traité CEE. Ce grief découlait de la constatation selon laquelle le niveau des redevances de la SACEM était sensiblement plus élevé que celui pratiqué dans les autres pays par ses homologues étrangers.

Deux questions préjudicielles avaient été posées à la Cour de justice en ce qui concerne un éventuel abus de position dominante lié au caractère excessif des redevances imposées aux utilisateurs de musique. La première interrogeait de manière générale sur le fait de savoir si le niveau de redevance pratiqué par la SACEM était compatible avec l'interdiction formulée par l'article 86 du Traité CEE, ou constituait au contraire une condition inéquitable abusive. La seconde portait plus spécifiquement sur le fait de savoir si la constatation de tarifs supérieurs à ceux pratiqués par les sociétés de gestion étrangères pouvait être de nature à établir le caractère inéquitable de la redevance. Ces questions ont permis de mettre en évidence l'inadaptation du critère classique du prix excessif dans le domaine de la gestion collective (i). Toutefois, le critère de la comparaison des tarifs sur une base homogène retenu en définitive, pose, lui aussi, quelques difficultés (ii).

i) L'inadaptation du critère classique du prix excessif dans le domaine de la gestion collective

409. – Le critère classique du prix excessif. Le problème des prix excessifs n'est évidemment pas spécifique au contentieux des sociétés de gestion collective. Il nous semble donc important, avant d'étudier la réponse apportée par la Cour aux questions préjudicielles posées dans l'affaire *Tournier*, de rappeler la position des autorités de concurrence sur ce sujet. En droit européen, les juges ont admis de longue date que la pratique de prix excessifs, sans rapport raisonnable avec la valeur économique des prestations fournies, pouvait constituer un abus de position dominante¹²³⁵. La même solution a été retenue en droit interne, la pratique décisionnelle s'étant largement appuyée sur la jurisprudence communautaire¹²³⁶. La mise en œuvre de tels comportements par une entreprise en position dominante vise en effet à l'octroi d'avantages injustifiés que l'entreprise n'aurait pas pu obtenir « *en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace* »¹²³⁷. À ce titre, la pratique peut être

¹²³⁵ CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c/ Commission*, aff. 26/75, point 12, *Rec.* p. 1367 – CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, aff. 27/76, *Rec.* p. 207, point 250.

¹²³⁶ V. par ex. Cons. conc., décision n° 00-D-27 du 13 juin 2000 *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise*.

sanctionnée sur le terrain des abus de position dominante. Notons toutefois qu'il n'est pas exclu que l'entreprise dominante puisse justifier la disproportion ainsi constatée¹²³⁸.

410. – Difficultés de transposition. Le critère classique de l'abus en matière de prix excessifs semble donc reposer sur une disproportion entre le prix de vente du produit ou service, et son prix de revient. Toutefois, cette méthode ne semble pouvoir être transposée directement dans le contexte de la gestion des droits d'auteur. Ainsi, dans l'affaire *Tournier*, l'avocat général Jacobs avait entendu l'argument des parties selon lequel « *il ne convient pas, dans le présent contexte, de procéder par voie de comparaison entre le coût de production et le prix de vente, puisqu'il est impossible de déterminer le coût de la création d'une œuvre de l'esprit telle qu'une œuvre musicale* »¹²³⁹.

411. – Solution. Il convenait donc de proposer d'autres méthodes permettant d'apprécier le caractère inéquitable des redevances imposées aux utilisateurs de musique. Les juridictions nationales, la SACEM et l'avocat général s'y employèrent¹²⁴⁰. La Cour de justice s'est fixée principalement sur l'une d'entre elle, à savoir la comparaison entre les tarifs de la société de gestion en cause et ceux pratiqués dans les autres États membres par les sociétés étrangères : « *une société nationale de gestion de droits d'auteur se trouvant en position dominante sur une partie substantielle du marché commun impose des conditions de transaction non équitables lorsque les redevances qu'elle applique aux discothèques sont sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres États membres, dans la mesure où la comparaison des niveaux des tarifs a été effectuée sur une base homogène* »¹²⁴¹. Il faut toutefois préciser que, de la même manière que la jurisprudence avait admis qu'il pouvait exister une justification à la disproportion entre le prix de vente et le prix de revient d'une prestation, la Cour a admis que les sociétés de gestion étaient « *en mesure de justifier une telle différence en se fondant sur des divergences objectives et pertinentes entre la gestion des*

¹²³⁷ CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. préc., point 249.

¹²³⁸ CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487, point 19.

¹²³⁹ Concl. jointes de l'av. gén. Jacobs présentées le 26 mai 1987, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395-87, *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, point 53.

¹²⁴⁰ Pour une présentation détaillée des propositions, on renverra aux conclusions de l'avocat général (concl. préc.).

¹²⁴¹ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, point 38.

droits d'auteur dans l'État membre concerné et celle dans les autres États membres »¹²⁴². Il a été soutenu que la solution retenue dans l'arrêt *Tournier* opérait un renversement de la charge de la preuve¹²⁴³. Mais en réalité, si la différence sensible de tarifs constitue bien, selon la Cour, un indice de l'abus de position dominante, il n'en reste pas moins que le plaignant gardera à sa charge la preuve de démontrer cette différence, chose qui – nous le verrons – n'a rien de facile, compte tenu du fait que la comparaison des tarifs doit reposer sur une base homogène¹²⁴⁴.

ii) Les difficultés liées à la nécessité de comparer sur une base homogène

412. – Les difficultés intrinsèques d'établissement d'une base homogène de comparaison. La Cour énonce un principe de bon sens : on ne peut comparer que ce qui est comparable, d'où cette idée que la comparaison doit s'effectuer sur une « *base homogène* ». Cela signifie que l'examen comparé de la situation de la société de gestion en cause et de celle de ses homologues étrangers doit être mené à l'aune de critères identiques. En l'espèce, la SACEM avait tenté de minimiser la différence de niveau de redevances en faisant valoir que les méthodes de détermination de l'assiette du taux de la redevance différaient selon les sociétés de gestion¹²⁴⁵. Cet argument semblait être de nature à rendre contestable l'existence d'une base homogène de comparaison ; il ne précisait pas en revanche quels critères de comparaison pouvaient être retenus. Sur ce point, les juges de la Cour de la justice semblent s'être rangés à la méthode retenue par la Commission : celle-ci préconisait d'interroger chaque société nationale de gestion collective sur le taux de redevance qu'elle pratiquerait effectivement à l'égard d'une discothèque-type aux caractéristiques déterminées. S'il ressortait de la comparaison que le montant des redevances exigé par la société de gestion en cause était de l'ordre d'un multiple de celui des redevances perçues dans les autres États-membres, il semblait alors logique de conclure au caractère inéquitable des taux pratiqués par la société de gestion en cause¹²⁴⁶.

¹²⁴² *Ibid.*, point 46.

¹²⁴³ C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 229.

¹²⁴⁴ Cf. *infra*, n°s 412 et s.

¹²⁴⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 36.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, point 37.

La méthode de détermination du caractère excessif de la redevance par référence aux tarifs pratiqués dans les autres États membres par les différentes sociétés de gestion peut apporter des résultats intéressants. Ceci étant, l'exigence d'une base homogène de comparaison – exigence au demeurant totalement indispensable – présente un caractère quelque peu irréaliste. La méthode comparative se heurte en effet à des obstacles dont l'avocat général Jacobs avait souligné l'existence : « *La difficulté qu'implique cette méthode comparative réside dans le fait qu'il est nécessaire de trouver un mode de comparaison objectif entre les taux pratiqués dans les différents États membres. Cela n'est pas une tâche facile, eu égard aux différences entre les législations nationales et les méthodes de calcul et de perception des redevances qui sont utilisées par les différentes sociétés de gestion de droit d'auteur* »¹²⁴⁷. Et l'avocat général de citer l'exemple des législations belges et françaises, seules à reconnaître un « droit complémentaire de reproduction mécanique » dont l'existence fait « *nécessairement grimper le niveau global de la redevance pratiquée dans ces pays* », ou encore des différences entre les méthodes de calcul et de perception assises sur un pourcentage fixe des recettes totales, ou celles assises sur une base forfaitaire, par référence à des facteurs tels que la surface de la discothèque, le prix d'entrée, ou le prix de la boisson la plus vendue¹²⁴⁸.

En dépit de ces difficultés, la Cour a tout de même choisi de retenir la méthode comparative, ce qui n'a pas été sans poser de problèmes lors de la réception de la jurisprudence communautaire en droit interne. Notons toutefois que la Cour ne s'est pas montrée fermement opposée à ce que d'autres méthodes permettent de démontrer l'existence d'un taux de redevance inéquitable.

413. – Réception du critère dans la jurisprudence interne. La question du caractère inéquitable du taux de redevance fixé par la SACEM à l'égard des discothèques avait déjà donné lieu à un certain nombre de décisions en droit interne avant que la Cour de justice précise sa position dans l'affaire *Tournier*¹²⁴⁹. Ces décisions étaient dans l'ensemble plutôt

¹²⁴⁷ Concl. jointes de l'av. gén. Jacobs présentées le 26 mai 1987, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395-87, *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, point 60.

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ V. T. DESURMONT, « La SACEM et le droit de la concurrence », *RIDA*, avril 1989, p. 117, spéc. p. 171 et s., ainsi que C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009, n° 228, pour des références jurisprudentielles plus précises.

favorables à la société de gestion collective. Nous nous intéresserons, pour notre part, aux décisions rendues après l'arrêt *Tournier* de la Cour de justice, ceci afin de pouvoir éprouver la cohérence de l'édifice jurisprudentiel interne et européen. Citons tout d'abord un arrêt de la chambre criminelle de 1990 qui reprochait aux juges du fond de ne pas avoir recherché si les tarifs de la SACEM étaient effectivement plus élevés que ceux de ses homologues étrangers, empêchant ainsi la Cour de cassation d'exercer son contrôle¹²⁵⁰. Cette décision s'inscrivait manifestement dans la continuité de la jurisprudence initiée par la Cour de justice des Communautés européennes. Mais, alors qu'on pouvait s'attendre, de la part de la Cour de cassation, à un contrôle exercé sur la notion de « base homogène », un auteur a relevé qu'un autre arrêt de la chambre criminelle semblait aller dans un tout autre sens en reconnaissant aux juges un pouvoir souverain d'appréciation en matière de qualification d'une pratique de la SACEM, prétendument abusive au regard de l'article 86 du Traité de Rome¹²⁵¹. L'auteur y voyait là un risque de divergences jurisprudentielles sur l'interprétation de la notion de « base homogène » – risque « *d'autant plus insupportable qu'il s'agit toujours de la même société (la SACEM) imposant les mêmes redevances aux mêmes utilisateurs* »¹²⁵². Il est vrai que s'agissant d'une notion telle que celle de « base homogène », déterminante dans la qualification de certains types d'abus de position dominante des sociétés de gestion collective, il apparaît important que la Cour de cassation puisse jouer son rôle unificateur.

La première chambre civile, tout en suivant la jurisprudence communautaire sur l'exigence d'une comparaison effectuée sur une base homogène, lui a donné un tour singulier en imposant aux exploitants de disothèques de rapporter la preuve que la comparaison répondait bien aux exigences de la jurisprudence, à savoir qu'elle reposait sur une base homogène¹²⁵³. L'exigence d'une telle preuve place évidemment les utilisateurs de musique

¹²⁵⁰ Crim. 25 janvier 1990, pourvoi n° 86-96.080, *Bull. crim.*, n° 46 : « *dès l'instant où il était allégué que la redevance recouvrée par la SACEM était sensiblement plus élevée que celle pratiquée dans les autres États membres de la Communauté européenne, il incombait aux juges du second degré de déterminer, après avoir comparé les niveaux des tarifs sur une base homogène si cet organisme n'était pas en mesure de justifier une telle différence [...] en se fondant sur des divergences objectives et pertinentes entre la gestion des droits d'auteurs en France et celle opérée dans les États précités ; qu'en s'abstenant de procéder à cette recherche la cour d'appel n'a pas permis à la Cour de Cassation d'exercer son contrôle* ».

¹²⁵¹ B. EDELMAN, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1820, 2007, n° 59.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ Civ. 1^{re}, 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.139, *Bull. civ.*, n° 37 – Civ. 1^{re}, 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-15.441, *Bull. civ.*, n° 38 – Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, pourvoi n° 90-17.012, inédit – Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, pourvoi n° 00-15.765, inédit : « *la cour d'appel, après avoir exactement énoncé que, pour prospérer, le grief d'abus de position dominante déduit des différences entre les tarifs pratiqués par la SACEM et par les sociétés d'auteurs étrangères supposait, de la part de l'exploitant à qui incombe la charge de la preuve, la production d'une étude*

dans une situation impossible : en dehors de la simple question du coût que pourrait représenter une telle enquête, on ne voit pas comment les exploitants pourraient se procurer auprès des sociétés de gestion étrangères les informations utiles à la comparaison, à défaut de disposer de pouvoirs d'investigation.

M. Edelman relève toutefois une approche intéressante¹²⁵⁴ mise en œuvre dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 mai 1990¹²⁵⁵. Celle-ci avait saisi pour avis le Conseil de la concurrence, lui demandant de lui présenter un comparatif sur une base homogène des tarifs pratiqués par la SACEM et par les sociétés des gestions étrangères. Mais cette méthode se heurtait vite à une difficulté : comme le précisait M. Edelman, le Conseil de la concurrence n'a pas le pouvoir d'enjoindre aux sociétés étrangères de lui communiquer des informations. C'est donc en définitive les informations fournies par la Commission européenne qui lui avaient permis l'achèvement de l'enquête, débouchant sur un avis du 20 avril 1993¹²⁵⁶.

Bien qu'inédit, cet avis est important. Suivant en tous points les solutions dégagées par la jurisprudence européenne dans l'affaire *Tournier*¹²⁵⁷, il concluait au caractère inéquitable des tarifs de la SACEM – par comparaison avec les tarifs de ses homologues étrangers. Il conduisit, dans cette perspective, à la rédaction d'un accord transactionnel qui devait mettre un terme au contentieux opposant les discothèques à la SACEM¹²⁵⁸.

homogène des conditions de diffusion des œuvres des auteurs dans les différents pays spécifiquement considérés et incluant à chaque fois la typologie et le nombre des établissements, a relevé qu'une telle recherche n'avait pas été réalisée ».

¹²⁵⁴ B. EDELMAN, *eod. loc.*, n° 61.

¹²⁵⁵ CA Paris, 16 mai 1990, *JCP* 1990.I.3478, ann. 2, obs. B. EDELMAN.

¹²⁵⁶ Cons. cons., avis n° 93-1-05 du 20 avril 1993, non publié. Sur cet avis, ayant fait l'objet de critiques de la part de la doctrine spécialisée, v. F. POLLAUD-DULIAN, « L'accès au répertoire des sociétés de gestion collective en droit de la concurrence », *CCC*, décembre 1995, chron. n° 11.

¹²⁵⁷ F. SIIRAINEN, « "Droit d'auteur" *contra* "Droit de la concurrence" *versus* "Droit de la régulation" », *RIDE*, octobre 2001, n° 4, p. 413.

¹²⁵⁸ J.-S. BERGÉ, *Lamy Droit des médias et de la communication*, 2010, n° 157-152. L'auteur souligne toutefois que des différends subsistent. Ces derniers ont donné lieu à des décisions (TPICE, 24 janvier 1995, *Bureau européen des médias de l'industrie musicale c/ Commission*, aff. T-114/92, « *BEMIM* », *Rec.* p. II-147 ; TPICE, 24 janvier 1995, *Roger Tremblay et François Lucazeau et Harry Kestenberg c/ Commission*, aff. T-5/93, « *Tremblay* », *Rec.* p. II-185) dont on retiendra principalement qu'elles renvoient aux autorités et juridictions nationales pour « purger le contentieux passé » (J.-S. BERGÉ, *loc. cit.*).

Cette solution laisse sceptiques certains auteurs y décelant un risque d'insécurité juridique. V. en ce sens, F. SIIRAINEN, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1152, « Théorie générale de la gestion collective. Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective », 2006, n° 44 : « *La sécurité juridique dont ont besoin les opérateurs économiques ne risque-t-elle pas en effet de pâtir des discordances inévitables entre les décisions des juges nationaux des différents États membres ? C'est pourquoi un certain doute quant à sa*

b) *Les critères non exclus*

414. – Non exclusion du recours à d'autres critères de détermination du caractère excessif des redevances. Si la comparaison des tarifs entre sociétés nationales de gestion a eu les faveurs des juges dans l'affaire *Tournier*, d'autres méthodes auraient pu être à même d'établir le caractère excessif des redevances¹²⁵⁹. Ainsi, par exemple, la Cour n'a pas totalement fermé la porte à une méthode consistant à comparer les taux appliqués aux discothèques et ceux appliqués aux autres grands utilisateurs de musique tels que la radio ou la télévision. Les juges ont simplement retenu, en l'espèce, l'insuffisance des éléments présentés par les parties aux fins d'établir une comparaison fiable sur une base homogène¹²⁶⁰.

Par ailleurs, s'il faut admettre que la méthode consistant à comparer le prix de vente au prix de revient est inadaptée dans le domaine des œuvres de l'esprit, eu égard à l'impossibilité de faire référence à un quelconque « coût de la création », on peut en revanche « raisonner sur la prestation fournie par la SACEM », auquel cas le calcul des coûts de revient est « parfaitement réalisable »¹²⁶¹. En effet, lorsque la SACEM perçoit des redevances au titre de l'utilisation d'œuvres musicales, les revenus sont répartis selon plusieurs postes. Une partie des redevances est destinée à couvrir les frais de gestion et de fonctionnement de la société, l'autre à assurer la rémunération des ayants droit¹²⁶². Ainsi, lorsque le montant d'une redevance apparaît anormalement élevé, cela peut tenir aussi bien à une rémunération conséquente des auteurs qu'à des frais de gestion et de fonctionnement excessifs. Or, si le caractère élevé de la rémunération des auteurs ne peut être critiqué, celui des frais de fonctionnement semble plus contestable.

cohérence, surtout au regard de la politique communautaire de la concurrence et du rôle de la gestion collective dans celle-ci, entoure la solution retenue. Elle pourrait finalement poser plus de problèmes qu'elle n'en résout ».

¹²⁵⁹ De l'avis même de la Cour, le débat conduit devant elle « a également porté sur d'autres critères, non mentionnés par les questions préjudicielles, qui seraient susceptibles d'établir le caractère inéquitable du taux litigieux » (CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, Rec. p. 2521, point 44).

¹²⁶⁰ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. préc., point 44.

¹²⁶¹ M.-A. HERMITTE, *JDI* 1988, p. 535, obs. sous. CJCE, 9 avril 1987, *G. Basset c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, aff. 402/85, Rec. p. 1747.

¹²⁶² La partie des redevances destinées à assurer la rémunération des ayants droit est elle-même ventilée entre les rémunérations directement versées aux auteurs membres de la SACEM et les sommes versées aux sociétés de gestion collective étrangères en vertu des accords de représentation réciproque (cf. *supra*, n^{os} 286 et s.).

Certes, il est possible que, dans un cas comme dans l'autre, la position monopolistique de la société de gestion ne soit pas étrangère à sa possibilité de pratiquer des tarifs élevés, sans doute intenable dans un contexte concurrentiel. Toutefois, dans le premier cas (rémunération des auteurs), non seulement l'appréciation du caractère excessif se heurte à l'impossibilité intrinsèque d'évaluer le coût de la création, mais en outre, elle semble contestable en son principe dès lors que le droit de la concurrence admet la légitimité du système de la gestion collective, eu égard à la nécessité d'assurer une protection forte aux titulaires de droits. Il semble en effet délicat d'encourager les titulaires de droits à s'organiser entre eux de façon à défendre au mieux leurs droits – et donc à leur procurer une rémunération optimale¹²⁶³ –, et de les empêcher, dans le même temps, de prétendre à des rémunérations élevées. Dans le second cas, en revanche (frais de fonctionnement), le caractère élevé des prix pratiqués semble pouvoir davantage prêter le flanc à la critique dans la mesure où des frais de fonctionnement anormalement élevés ne se justifient pas au regard de l'intérêt supérieur que représente le système de la gestion collective. C'est ainsi que le caractère excessif de la redevance pourrait être déduit d'une disproportion entre le pourcentage des recettes destinées à couvrir les frais de fonctionnement et le prix de revient effectif de la gestion, de la perception et de la répartition des droits.

Notons que la proposition de l'avocat général allait encore plus loin car il suggérait que les juridictions nationales s'interrogent sur le caractère disproportionné de la redevance par rapport « *aux frais de gestion nécessaires à une gestion efficace des droits d'auteurs* »¹²⁶⁴. Il ne s'agissait donc plus seulement de comparer le montant des sommes affectées à la couverture des frais de fonctionnement avec le prix de revient effectif de la gestion collective, mais de le comparer avec le prix de revient d'une gestion collective idéale. La notion d'efficacité ainsi soulevée devait en effet en toute logique conduire les juridictions nationales à rechercher si l'ensemble des dépenses de fonctionnement de la SACEM étaient bien justifiées compte tenu de la finalité de la gestion collective d'assurer une juste rémunération aux titulaires de droit¹²⁶⁵. Comme nous allons le voir, la Cour de justice semble s'être fait

¹²⁶³ Par « optimale », on entend un niveau de rémunération suffisamment élevé pour, notamment, maintenir une incitation suffisamment forte à la création.

¹²⁶⁴ Concl. jointes de l'av. gén. Jacobs présentées le 26 mai 1987, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier, aff. 395-87, François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, point 74.

¹²⁶⁵ *Ibid*, n° 72 : « *En ce qui concerne les frais de surveillance de l'utilisation de la musique, la SACEM a révélé dans sa correspondance avec la Commission [...] qu'elle procédait chaque année dans la moitié des discothèques permanentes et dans un quart des discothèques saisonnières à un contrôle sur place, au cours*

l'écho de ce point de vue¹²⁶⁶. On peut toutefois s'interroger sur la légitimité d'une telle intervention des autorités judiciaires ou administratives. Autant on peut admettre que le juge de la concurrence s'immisce dans la fixation du prix lorsque celui-ci apparaît inéquitable en raison d'une disproportion manifeste entre le prix d'un produit ou d'un service et sa valeur économique réelle ; autant on ne peut que regretter qu'il juge excessif le prix d'un produit ou service correctement proportionné à sa valeur économique au motif de gains d'efficacité potentiellement réalisables : un tel contrôle traduirait en effet une immixtion sans doute malvenue dans la politique économique de l'entreprise.

2) Les possibilités de justification d'un montant élevé de redevances

415. – Les justifications avancées par la SACEM dans l'affaire *Tournier*. Ainsi que nous l'avons relevé, il existe, pour les sociétés de gestion dont les tarifs apparaissaient manifestement supérieurs à ceux de leurs homologues étrangers, une possibilité d'échapper à la qualification d'abus de position dominante : elles peuvent en effet démontrer que des divergences objectives dans la gestion du droit d'auteur justifient les écarts de tarifs constatés.

Dans l'affaire *Tournier*, divers arguments avaient été avancés par la SACEM en vue de justifier le caractère élevé des redevances : tarifs élevés pratiqués par les discothèques françaises ; haut niveau de protection des titulaires de droits ; existence, en France, d'un « droit complémentaire de reproduction mécanique », inexistant dans de nombreuses législations des autres États membres ; habitudes de perception différentes, les sociétés de gestion étrangères ayant souvent tendance à renoncer à percevoir les redevances auprès de petits utilisateurs (cafetiers, organisateurs de bal, etc...) disséminés sur l'ensemble du territoire¹²⁶⁷.

duquel elle relève pendant une durée de deux heures les œuvres effectivement diffusées dans la discothèque. Les contrôles sur place entraînent manifestement une grande charge en personnel et sont dès lors probablement coûteux. Il appartient à notre avis aux juridictions nationales d'examiner si ces contrôles sont nécessaires et efficaces au regard de leur objectif, qui est de contribuer à une répartition équitable des redevances entre les titulaires de droits d'auteur ou s'il serait suffisant pour la SACEM de se fonder sur d'autres éléments tels que les déclarations émanant des disc-jockeys, que chaque discothèque est en tout état de cause tenue de produire conformément au contrat type ».

¹²⁶⁶ Cf. *infra*, n° 416.

¹²⁶⁷ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, points 39 et 41.

416. – Position des juges. Les juges ont rejeté tour à tour l'ensemble de ces arguments, prenant le soin de répondre à chacun d'entre eux¹²⁶⁸. Sans entrer dans le détail de la réponse, nous relèverons cependant un point qui attire particulièrement notre attention. Les juges relèvent qu'une des différences les plus marquantes entre les sociétés de gestion des États membre réside dans le niveau des frais de fonctionnement : « *lorsque [...] le personnel d'une telle société de gestion est considérablement plus important en nombre que celui des sociétés homologues dans d'autres États membres, et que, en outre, la proportion du produit des redevances affectée aux frais de perception, d'administration et de répartition, plutôt qu'aux titulaires des droit d'auteurs, y est considérablement plus élevée, il n'est pas exclu que c'est précisément le manque de concurrence sur le marché en cause qui permet d'expliquer la lourdeur de l'appareil administratif et, partant le taux élevé des redevances* »¹²⁶⁹. Cette affirmation, qui vient clore la réponse de la Cour sur la question des justifications possibles aux différences de tarifs sème le doute sur l'existence d'une réelle possibilité pour la SACEM de fournir des justifications. En effet, le niveau élevé des frais de fonctionnement y est présenté par la Cour comme la principale explication du taux élevé des redevances ; dès lors, il semble que toute autre explication tentant de légitimer le niveau des redevances n'aura pas suffisamment de poids pour prospérer. Le niveau élevé des frais de fonctionnement apparaît ainsi comme un motif d'irrecevabilité des justifications avancées par les sociétés de gestion collective.

Ce positionnement est contestable car il tend à remettre en cause la légitimité d'action des sociétés de gestion dès lors que leurs frais de fonctionnement sont élevés¹²⁷⁰. Il est vrai que du point de vue de la concurrence, la situation de monopole dont bénéficient la quasi-totalité des sociétés de gestion collective ne les incite pas à réduire leur frais de fonctionnement. On pourrait donc craindre, dans ce domaine, une certaine dérive. Néanmoins, une condamnation *a priori* et systématique des sociétés dont les frais de fonctionnement sont élevés n'est pas souhaitable : elle laisserait croire que la société de gestion idéale serait celle qui offre les frais de fonctionnement les moins élevés. Or, une incitation à la réduction des coûts n'est pas

¹²⁶⁸ *Ibid.*, points 40 et 42.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, point 42.

¹²⁷⁰ Un auteur écrivait même, de manière plus générale, qu'il ne serait pas illogique de déduire du raisonnement de la Cour que « *la lourdeur administrative d'une entreprise en position dominante peut constituer, en soi, un abus* », dans la mesure où « *l'absence de concurrence peut amener [l'entreprise en position dominante] à augmenter impunément ses frais de gestion, sans pour autant être sanctionnée* » (B. EDELMAN, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1820, 2007, point 57).

systématiquement positive ; elle peut en effet conduire à une dégradation corrélative de la qualité des produits ou services. Dans le domaine de la gestion collective, cette dégradation serait particulièrement préjudiciable à l'intérêt général dans la mesure où elle se traduirait par un affaiblissement de la protection des droits des auteurs¹²⁷¹, et constituerait, partant, un frein à la création artistique.

B. – L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE INÉQUITABLE DE LA MÉTHODE DE CALCUL DES REDEVANCES

417. – L'affaire de référence : l'affaire *Kanal 5*. Alors que le contentieux des sociétés de gestion collective face aux utilisateurs de droits semblait éteint, une nouvelle affaire a récemment été portée devant les juridictions communautaires. Il s'agit de l'affaire *Kanal 5* qui opposaient les chaînes de télévision privées suédoises Kanal 5 et TV 4 AB, utilisateurs de musique pour certains de leurs programmes, à la STIM, organisme de gestion collective du droit d'auteur en Suède. Elle a donné lieu à un arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 2008¹²⁷².

Dans cette affaire, les chaînes de télévision jugeaient que les méthodes de calcul des redevances perçues par la société de gestion collective étaient abusives. En l'occurrence, la STIM demandait aux chaînes de télévision privées des redevances correspondant à une fraction de leurs recettes publicitaires et d'abonnements. Cette fraction, qui était proportionnelle à la part de musique utilisée dans les programmes des chaînes sur une année, pouvait donc varier d'une année à l'autre. Notons que, dans cette affaire *Kanal 5*, le problème soulevé par les chaînes de télévision ne concernait donc pas le montant de la redevance en lui-même, mais son mode de calcul.

¹²⁷¹ T. DESURMONT, « La SACEM et le droit de la concurrence », *RIDA*, avril 1989, p. 117 : « *on ne voit pas ce qui devrait permettre de considérer qu'entre différents taux pratiqués dans divers États, le plus élevé serait par principe inéquitable ; [...] reconnaître le bien-fondé d'une telle thèse conduirait inéluctablement à un nivellement par le bas de la rémunération des auteurs au plan international : en effet chaque usager, et pas seulement des exploitants de discothèques, qui constaterait que la rémunération payée par ses homologues dans d'autres États est moins élevée que celle qui lui est appliquée, serait fondé à réclamer la diminution de cette dernière* ».

¹²⁷² CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/ Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, aff. C-52/07, *Rec.* p. I-9275 ; *Europe*, février 2009, comm. n° 93, obs. L. IDOT ; M. CHAGNY et S. CHOISY, « Tarifs des droits musicaux et abus de position dominante : le retour "vingt ans après" », *CCE*, mars 2009, étude n° 5.

418. – Le critère posé : le rapport entre le valeur de la prestation et le montant de la redevance. L'un des apports principaux de l'arrêt *Kanal 5* consiste certainement dans sa contribution à la définition du critère de l'iniquité en matière de redevances perçues par les sociétés de gestion collective. Les juges y énonçaient qu'il convenait « *de vérifier si les redevances exigées par la STIM [présentaient] un rapport raisonnable avec la valeur de la prestation fournie par cet organisme* ». C'est la première fois qu'il était explicitement fait référence, dans le domaine de la gestion collective, au critère classique du prix inéquitable¹²⁷³ tel qu'on le connaissait dans les arrêts *General Motors* ou *United Brands*, à savoir « *un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie* »¹²⁷⁴. En raisonnant ainsi sur le prix de la prestation fournie par la SACEM et non sur le prix de l'exploitation de l'œuvre, les juges dépassaient l'obstacle que constituait le calcul du prix de revient de la création¹²⁷⁵.

419. – Validité de principe des méthodes de calcul basée sur une quote-part des recettes. On se souvient que, dans l'affaire *Basset* de 1987, l'exploitant de discothèque invoquait un abus de position dominante de la SACEM qui exigeait, au titre de redevances de droit d'auteur, une part fixe des recettes de la discothèque. Si la Cour n'a pas exclu que le montant des redevances puisse présenter un caractère excessif au regard des règles relatives aux abus de position dominante, elle n'a en revanche pas condamné la méthode consistant à calculer le montant des redevances d'après un pourcentage fixe du chiffre d'affaire de la discothèque¹²⁷⁶.

420. – Nécessité d'une prise en compte de la spécificité du secteur télévisuel dans la méthode de calcul. Comme le relevait l'avocat général Trstenjak, la jurisprudence *Basset* ne peut être transposée sans difficultés au cas d'espèce en raison des différences existant entre l'activité d'une discothèque et celle d'une chaîne de télévision lorsqu'il s'agit de l'exploitation d'œuvres musicales protégées : « *Pour une discothèque, l'utilisation de telles œuvres forme une partie essentielle de son activité. On peut donc présumer que les discothèques dépendent, pour leur activité, d'œuvres musicales qu'elles utiliseront*

¹²⁷³ M. CHAGNY et S. CHOISY, *eod. loc.*, n° 3.

¹²⁷⁴ Cf. *supra*, note n° 1235.

¹²⁷⁵ Cf. *supra*, n°s 409 et s.

¹²⁷⁶ CJCE, 9 avril 1987, *G. Basset c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, aff. 402/85, *Rec.* p. 1747, points 18 et 19.

normalement de façon intensive pendant toute la durée de leur exploitation. Il en va autrement pour les chaînes de télévision, qui utilisent également des œuvres musicales protégées, mais avec une ampleur qui peut varier en fonction de la chaîne, de l'heure de diffusion et de l'émission »¹²⁷⁷. S'agissant de l'utilisation d'œuvres musicales, l'application d'une méthode de calcul prévoyant une quote-part fixe des recettes de la chaîne de télévision apparaît donc inadaptée en ce qu'elle peut conduire à des disproportions significatives entre la valeur économique de la prestation fournie par la société de gestion et le montant des redevances exigé. Sachant par ailleurs qu'il existe, avec le système de la quote-part variable, une autre méthode permettant de davantage tenir compte de la proportion que représente l'utilisation d'œuvres musicales dans l'activité de la chaîne de télévision, on peut estimer que le recours à un mode de calcul basé sur une quote-part fixe présente un caractère abusif au sens de l'article 102 du TFUE.

421. – Le système de la quote-part variable. Si le système de la quote-part variable semble avoir les faveurs des juges, c'est parce qu'il permet de tenir compte de la « *quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement télédiffusée* » : le montant des redevances varie en effet « *en fonction non seulement des recettes des sociétés de télédiffusion, mais également du volume de musique télédiffusé* »¹²⁷⁸. Des auteurs relevaient à ce sujet que ce système présentait le mérite, du point de vue du droit d'auteur, de se conformer au principe de base de la rémunération proportionnelle¹²⁷⁹ – du moins tel que nous le connaissons dans notre droit interne¹²⁸⁰ – et de faire ainsi converger l'application des règles de concurrence avec les principes de droit d'auteur.

Les juges n'excluent toutefois pas que le barème de redevances puisse revêtir un caractère abusif « *lorsqu'il existe une autre méthode permettant d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation de ces œuvres ainsi que l'audience, et que cette méthode est susceptible de réaliser le même but légitime, qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de*

¹²⁷⁷ Conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 11 septembre 2008, *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB contre Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, aff. C-52/07, Rec. p. I-9275, point 52.

¹²⁷⁸ CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5*, aff. préc., point 39.

¹²⁷⁹ M. CHAGNY et S. CHOISY, *eod. loc.*, n° 4.

¹²⁸⁰ Article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle.

l'utilisation des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur »¹²⁸¹. Par cette affirmation, ils incitent à la recherche de la méthode de calcul qui reflète le mieux l'utilisation réelle des œuvres du répertoire de la société de gestion collective et l'audience réalisée. Car il faut bien convenir que la variation du taux de la redevance en fonction de la part annuelle de musique utilisée n'est pas pleinement satisfaisante. Le taux s'applique à l'ensemble des « *recettes résultant de la diffusion des émissions destinées au grand public, ou subsidiairement, de la publicité et/ou des abonnements* ». Or, il est connu que l'essentiel des recettes est habituellement généré par les émissions sportives ou d'information – programmes qui ne sont guère consommateurs d'œuvres musicales. Par conséquent, une méthode de calcul qui assoit la redevance sur l'ensemble des recettes ne permet pas de prendre en compte l'impact réel des œuvres musicales sur l'audience et sur les recettes¹²⁸².

C. – L'APPRÉCIATION DU CARACTÈRE INÉQUITABLE DE LA REDEVANCE FORFAITAIRE

422. – Une clause forfaitaire inadaptée aux besoins des utilisateurs. Dans ses contrats types conclus avec les exploitants de discothèques, la SACEM faisait figurer une clause, dite « clause forfaitaire », qui instaurait une redevance unique permettant l'accès à l'ensemble du répertoire musical de la SACEM, quel que soit le type ou le nombre des œuvres musicales effectivement utilisées par les discothèques. Cette clause n'était cependant pas du goût des exploitants qui n'utilisaient bien souvent qu'une faible partie du répertoire de la SACEM, diffusant majoritairement des titres anglo-saxons plutôt que français. Les exploitants s'étaient donc élevés contre le principe même de l'« autorisation globale » et de la « clause forfaitaire », estimant que celui-ci pouvait être mis en cause aussi bien au titre des règles relatives aux ententes anticoncurrentielles, que de celles relatives aux abus de position dominante.

423. – Jurisprudence communautaire. Dans l'affaire *Tournier*, la réponse des juges communautaires avait principalement été donnée sur le terrain des ententes. Mais les juges précisèrent qu'on pouvait, en matière de d'abus de position dominante, se référer utilement aux observations déjà formulées au sujet des ententes. Ainsi, « *la nature globale de la redevance ne saurait être mise en cause au regard de l'interdiction énoncée par l'article 86*

¹²⁸¹ *Ibid.*, point 40.

¹²⁸² M. CHAGNY et S. CHOISY, *eod. loc.*, n° 4.

que dans la mesure où d'autres méthodes seraient susceptibles de réaliser le même but légitime qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant entraîner une augmentation des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées »¹²⁸³. Toute idée d'abus lié au caractère forfaitaire de la redevance n'était donc pas exclu, mais était subordonné à la possibilité d'existence d'une autre méthode n'engendrant pas de frais supplémentaire. Par « autre méthode », les juges visaient « l'accès direct à un sous-ensemble tel que préconisé par les exploitants de discothèques »¹²⁸⁴. Le raisonnement n'allait toutefois pas plus loin dans la mesure où l'appréciation de cette possibilité pouvait différer selon les États membres, raison pour laquelle la Cour de justice renvoyait en définitive cette question à l'appréciation des juges nationaux¹²⁸⁵.

On peut néanmoins regretter que la Cour n'ait pas pris le soin de détailler quelques éléments dont la considération semblait importante aux fins d'appréciation de la question, à l'instar des recommandations formulées par l'avocat général¹²⁸⁶. Ce dernier précisait tout d'abord qu'il convenait que les juridictions nationales pèsent les avantages et les inconvénients de l'autorisation globale. Au titre des avantages, il citait notamment la souplesse offerte aux utilisateurs. M. Pollaud-Dulian relevait dans ce sens que « ce type de contrat présente des avantages pour toutes les parties, car il allège les coûts, donne une grande latitude, une grande souplesse aux utilisateurs pour composer leur programmes et permet d'inclure les œuvres nouvelles qui entrent dans le répertoire au fur et à mesure qu'elles sont créées »¹²⁸⁷. L'avocat général ajoutait que les juridictions nationales devaient également s'interroger sur l'existence d'une alternative viable à l'autorisation globale. Dans cette perspective, il mettait en relief l'incidence de la possibilité d'accès à des sous-ensembles du répertoire sur les coûts de surveillance. Il est certain que, lorsque l'autorisation est globale, les coûts de surveillance sont extrêmement réduits puisque les utilisateurs ayant souscrit à l'offre globale de la SACEM sont autorisés à diffuser l'ensemble du répertoire.

¹²⁸³ CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521, point 45.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, point 32.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, point 33.

¹²⁸⁶ Concl. jointes de l'av. gén. Jacobs présentées le 26 mai 1987, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395-87, *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, point 49.

¹²⁸⁷ F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

424. – Jurisprudence interne. Devant les juridictions internes, il avait été soutenu que le taux unique appliqué à la fois au répertoire de la SACEM et aux répertoires étrangers présentait un caractère abusif, notamment en ce que les taux pratiqués à l'étranger était inférieurs au taux exigé par la SACEM¹²⁸⁸. Mais pour les juges, ceci ne constituait en rien un motif d'infraction aux règles de la concurrence dans la mesure où il n'était pas exclu que la SACEM procure aux auteurs étrangers des redevances supérieures à celles qu'ils auraient perçues pour une utilisation de leurs œuvres dans leur propre pays. Par ailleurs – et c'est sans doute là le plus important –, les juges considèrent qu' « *une unicité de taux ne nuit pas au jeu normal de la concurrence et ne constitue pas, de la part de la SACEM, un abus de position dominante* » dans la mesure où une « *diversification* » – il faut entendre par là la possibilité d'un accès direct à une partie seulement du répertoire – entraînerait « *des complications et, dès lors, des frais supplémentaires* »¹²⁸⁹.

Quant à l'argument faisant valoir qu'une redevance forfaitaire pouvait présenter un caractère abusif en ce qu'elle ne tenait pas compte de l'utilisation effective du répertoire, il fut également balayé par la Cour de cassation, qui alla jusqu'à préciser que la SACEM n'abusait pas de sa position dominante lorsqu'elle exigeait une redevance calculée indépendamment de l'utilisation effective de ce répertoire, « *voire en dehors de toute utilisation* »¹²⁹⁰.

§ 2. – Des conditions tarifaires discriminatoires

425. – Jusqu'à il y a peu de temps, les principaux comportements considérés comme discriminatoires par les utilisateurs tenaient au fait que les sociétés de gestion collective imposaient des conditions différentes selon que les titulaires de droits adhéraient ou non à une organisation professionnelle ayant passé une convention avec elles (A). Récemment, s'est posée une nouvelle question dans le domaine de l'utilisation d'œuvres musicales dans des programmes de chaînes de télévision : il ressortait des conditions d'une société de gestion

¹²⁸⁸ Civ. 1^{re}, 16 avril 1985, pourvoi n° 83-15.527, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *RIDA*, juillet 1985, p. 147 ; *RTD com.* 1985, p. 520.

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ Civ. 1^{re}, 10 mars 1987, pourvoi n° 85-15.353, *Bull. civ. I*, n° 89 ; *RIDA*, juillet 1987, p. 188. Dans le même sens : Civ. 1^{re}, 22 mars 1988, pourvoi n° 86-16.063, *Bull. civ. I*, n° 88 ; *RIDA*, octobre 1988, p. 295.

collective que les modalités de calcul de la redevance différaient selon que la chaîne de télévision avait le statut d'opérateur privé ou d'opérateur public (B).

A. – DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT LIÉES À L'ADHÉSION À UNE ORGANISATION PROFESSIONNELLE REPRÉSENTATIVE

426. – Intérêt de l'adhésion à une organisation professionnelle. Des utilisateurs, exploitants de discothèques, s'estimaient victimes de conditions discriminatoires du fait l'existence de réductions consenties par les sociétés de gestion collective à certaines catégories d'utilisateurs. Les réductions ainsi visées tenaient la plupart du temps à l'existence d'accords passés entre les sociétés de gestion collective et certaines organisations professionnelles d'utilisateurs.

En effet, une société de gestion collective peut consentir des avantages tarifaires à certains utilisateurs au titre de leur adhésion à un organisme professionnel ayant conclu un accord avec elle. Ces accords présentent donc naturellement un intérêt financier pour les utilisateurs membres de ces organisations, mais ils présentent également un intérêt pour les sociétés d'auteurs car les organisations professionnelles conventionnées apportent *« leur coopération pour favoriser le respect des contrats par leurs adhérentes, améliorer l'information et aider à la solution amiable des litiges, de sorte que les sociétés de gestion en retirent des économies de gestion des contrats, donc une baisse des coûts, et une meilleure garantie du règlement des redevances »*¹²⁹¹.

427. – Absence de discrimination. C'est à la lumière de ces avantages respectifs que la Cour de cassation a pu décider que de telles pratiques n'étaient pas discriminatoires. Elle approuvait ainsi la Cour d'appel d'avoir retenu que des protocoles d'accords conclus entre la SACEM et une organisation professionnelle d'utilisateurs présentaient pour la société de gestion des avantages qui lui facilitaient son action, *« notamment en lui permettant de limiter ses contrôles à des vérifications simplifiées, grâce à la communication, qui lui est volontairement faite, de certains documents comptables et fiscaux »*¹²⁹². Ces accords,

¹²⁹¹ F. POLLAUD-DULIAN, « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.

¹²⁹² Civ. 1^{re}, 16 avril 1985, pourvoi n° 83-15.527, *Bull. civ. I*, n° 116 ; *RIDA*, juillet 1985, p. 147 ; *RTD com.* 1985, p. 520.

favorables à une meilleure gestion collective, étaient donc « à la fois conformes à l'intérêt général des auteurs eux-mêmes – les redevances étant plus rapidement perçues ainsi que de façon moins onéreuse – et à celui des utilisateurs à qui est offert une possibilité de réduction des tarifs ».

Comme nous l'avons vu précédemment, la détermination du caractère abusif d'une pratique discriminatoire suppose un certain nombre de conditions : pratique exercée à l'égard de partenaires commerciaux, application de conditions inégales à des prestations équivalentes, désavantage dans la concurrence en résultant pour les partenaires discriminés, et absence de justification par des considérations objectives¹²⁹³. Ainsi, dès lors que la deuxième condition fait défaut, on peut exclure la qualification d'abus de position dominante. Il est dès lors intéressant de noter que la Cour aurait pu s'en tenir, pour réfuter toute pratique discriminatoire, à la constatation de l'existence de contreparties réelles à la réduction de tarifs consentie. Cette constatation aurait en effet suffi à établir que les prestations fournies par les utilisateurs n'étaient pas équivalentes selon qu'ils adhéraient ou non à une organisation professionnelle conventionnée. Mais l'argumentation va plus loin : elle s'appuie sur la recherche d'une meilleure efficacité de la gestion collective et sur la dimension de l'intérêt général. De cette manière, elle assoit la légitimité de la pratique du conventionnement d'organisations professionnelles, indépendamment même des critères de l'abus posés par le droit de la concurrence.

Le système ainsi promu n'est au fond pas très différent de certains avantages consentis par l'administration fiscale aux adhérents des Centres de gestion agréés : en contrepartie de l'adhésion à l'un de ces centres, l'administration fiscale permet au contribuable un abattement sur ses bénéfices imposables. L'adhérent y trouve un avantage grâce à l'économie d'impôts qui en résulte potentiellement, tandis que l'administration fiscale effectue des contrôles moins poussés, eu égard à la mission du Centre d'apporter à ses adhérents une assistance comptable et fiscale, et de surveiller la cohérence de leurs déclarations fiscales. La légitimité du système est ainsi validée au titre de l'intérêt général. De la même manière, semble-t-il, la Cour encourage la pratique du conventionnement des organisations professionnelles d'utilisateurs auprès des sociétés de gestion collective, en tant qu'elle contribue à l'intérêt général.

¹²⁹³ V. *supra*, n° 397 et s.

Il faut toutefois rester attentif à ce que la pratique de conventionnement des organisations professionnelles auprès des sociétés de gestion ne cache d'éventuelles discriminations relatives aux conditions d'accès aux avantages négociés dans le cadre des protocoles d'accord. Dans une affaire portée devant la chambre commerciale de la Cour de cassation, la société France-Loisirs avait demandé à la SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs) à bénéficier des mêmes avantages que ceux consentis à sa concurrente, le Club Dial. Un refus lui avait été opposé au motif qu'elle ne remplissait pas les conditions fixées par l'accord établi entre la SDRM et le SNEP (Syndicat national de l'édition phonographique). Ayant relevé que les deux exploitants cités « *intervenaien sur le même marché, proposaient les mêmes objets à l'achat et utilisaient des procédés de vente voisins* », les juges ont pu estimer que les différences de traitement imposées aux partenaires n'avaient pas de contrepartie réelle et qu'elles constituaient donc bien des pratiques discriminatoires au sens du droit de la concurrence¹²⁹⁴.

B. – DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT ENTRE UTILISATEURS PUBLICS ET UTILISATEURS PRIVÉS

428. – Affaire *Kanal 5*. La question des discriminations entre utilisateurs a récemment fait l'objet de nouveaux développements à la faveur d'un cas tout à fait intéressant. Nous faisons ici référence à l'arrêt *Kanal 5* qui opposait des chaînes de télévision utilisant des œuvres musicales dans leurs programmes à une société de gestion collective de droit d'auteurs¹²⁹⁵. Il ressortait des barèmes de la société de gestion que les modes de calcul des redevances de droit d'auteur différaient selon que les chaînes de télévision étaient publiques ou privées. Les chaînes privées, s'estimant victimes d'une discrimination, avait alors invoqué l'existence d'une pratique abusive au sens de l'article 82 du Traité CE. Comme de coutume, la Cour de justice confiait aux juridictions nationales le soin de rechercher, d'une part, si la société de gestion appliquait à l'égard des chaînes de télévision publiques et privées des conditions inégales à des prestations équivalentes, et d'autre part, s'il résultait d'une telle pratique un désavantage dans la concurrence pour les chaînes privées.

¹²⁹⁴ Com. 5 novembre 1991, pourvois n° 90-11.565 et 90-11.811, *Bull. civ. IV*, n° 333 ; *RIDA*, avril 1992, p. 179 note A. FRANÇON ; *D.* 1993 p. 63, obs. X. DAVERAT.

¹²⁹⁵ CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/ Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, aff. C-52/07, *Rec.* p. I-9275 ; *Europe*, février 2009, comm. n° 93, obs. L. IDOT ; M. CHAGNY et S. CHOISY, « Tarifs des droits musicaux et abus de position dominante : le retour "vingt ans après", *CCE*, mars 2009, étude n° 5).

429. – L'application de conditions inégales à des prestations équivalentes.

L'application de conditions inégales ne faisait en l'espèce aucun doute puisque les modalités de calcul des redevances étaient explicitement différentes selon que la chaîne de télévision était privée ou publique. Dans le premier cas, il était tenu compte *a posteriori* de la « part annuelle de musique » dans les programmes de la chaîne afin d'établir un taux proportionnel à l'utilisation des œuvres musicales. Dans le second, les recettes publicitaires étaient quasiment absentes, les chaînes publiques étant principalement financées par des redevances étatiques ; il s'avérait donc impossible d'exiger d'elles un pourcentage de leurs recettes publicitaires. Aussi, il a été décidé que le pourcentage qui leur serait appliqué porterait sur des « *recettes publicitaires fictives* ». Mais le mode de calcul des redevances des chaînes publiques prévoyait également que la « part annuelle de musique » devait faire l'objet d'une estimation *a priori*, et non d'un décompte de la part de musique *a posteriori*. Les différences de traitement existaient donc bel et bien.

Quant à la question de l'équivalence des prestations, on a déjà relevé qu'elle consistait à se demander si les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante offraient des prestations comparables¹²⁹⁶, ou, autrement dit, si les partenaires relevaient de catégories de clients comparables¹²⁹⁷. Les différentes décisions et conclusions rendues dans cette affaire ne nous donnent certes pas beaucoup d'indications à ce sujet, mais nous ne voyons *a priori* aucun élément qui permette de dire que les chaînes de télévision privées et publiques relèvent de catégories de clients différentes.

430. – Le désavantage dans la concurrence. L'existence d'un désavantage dans la concurrence n'était en revanche absolument pas évident. Comme on le sait, cette condition suppose que les partenaires commerciaux, objets de la discrimination, soient concurrents, ce qui n'allait pas nécessairement de soi dans le cas présent. Comme le relevaient Mesdames Chagny et Choisy, « *si le droit de la concurrence se montre, pour l'essentiel, indifférent au statut – privé ou public – d'un opérateur, la perception ou la non-perception, selon le cas, d'un prix auprès des téléspectateurs peut interférer sur la délimitation du marché* »¹²⁹⁸.

¹²⁹⁶ Cf. *supra*, n° 399.

¹²⁹⁷ CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* p. I-3359, point 122.

¹²⁹⁸ M. CHAGNY et S. CHOISY, *eod. loc.*, n° 6, s'appuyant sur les décisions suivantes : Commission, 2 avril 2003, déc. n° 2004/311/CE, *Newscorp/Telepiù*, aff. COMP/M.2876, *JOUE* n° L 110 du 16 avril 2004, p. 73 – Cons. conc., avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 *relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*.

Passé cette difficulté, il faudra se pencher sur les deux principaux aspects permettant de distinguer les tarifs appliqués aux chaînes publiques de celui appliqué aux chaînes privées, à savoir une assiette reposant sur une évaluation fictive des recettes, et un calcul *a priori* sur une base forfaitaire. Concernant l'assiette, il ne semble pas que cet aspect tourne au désavantage des chaînes privées : appliquer une assiette comparable aux chaînes privées et publiques ne pourrait conduire qu'à la perception de très faibles redevances auprès des chaînes publiques, compte tenu de la très faible importance de leurs recettes, à la différence des chaînes privées financées par la publicité et/ou l'abonnement. S'agissant ensuite de l'évaluation forfaitaire, il est difficile de dire *a priori* si elle avantage plutôt les chaînes publiques ou les chaînes privées. Seuls des relevés *a posteriori* permettraient de le dire.

Ces considérations nous amènent à nous interroger sur la pertinence d'une qualification de l'abus par le biais de la discrimination dans ce cas de figure. Autant le raisonnement sur la discrimination nous semble efficace dans le cas de différences de traitement dont on peut objectivement apprécier l'effet avantageux ou désavantageux (prix, délais, etc...), autant l'on est moins convaincu lorsqu'il s'agit d'apprécier des différences de traitement tenant à des méthodes de calcul, dès lors qu'aucun chiffre ne semble permettre de dégager qui, des partenaires, sort objectivement avantagé ou désavantagé de la différence de traitement qui lui est appliqué. Il reste certain qu'on ne peut que s'étonner, en l'espèce, de la différence de méthode appliquée : il semble en effet bien difficile de justifier que la redevance exigée des chaînes publiques ne soit pas proportionnelle à l'utilisation effective des œuvres alors qu'elle l'est nécessairement pour les chaînes privées. Ceci est d'ailleurs d'autant plus difficilement justifiable que les règles du droit d'auteur, du moins du point de vue interne du droit français, pose le principe d'une rémunération proportionnelle (art. L. 131-4 CPI).

431. – Les justifications objectives. Comme elle l'a déjà fait par le passé, la Cour rappelle dans cet arrêt *Kanal 5* qu'il appartient également aux juges nationaux, en plus d'avoir vérifié la réunion des deux conditions précitées, de s'assurer que la pratique ne peut être objectivement justifiée. Elle ne précise à cet égard qu'une seule chose : qu'il peut être tenu compte, notamment, du mode de la mission et du mode de financement des sociétés de service public¹²⁹⁹. Comme le soulignaient Mesdames Chagny et Choisy, d'autres justifications, déjà

¹²⁹⁹ L. IDOT, obs. sous CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5*, aff. préc., *Europe*, février 2009, comm. n° 93.

soulevées en jurisprudence, pourraient également être prises en compte¹³⁰⁰ : des gains d'efficacité profitant, partiellement au moins, aux consommateurs¹³⁰¹, ou encore la prise en compte des économies attendues, en termes de frais de gestion, d'un mode de calcul forfaitaire dans certains cas particuliers.

432. – Conclusion. Les pratiques abusives dans le domaine de la gestion collective des droits sont très disparates. Cette constatation va de pair avec la diversité des interlocuteurs des sociétés de gestion collective – principalement titulaires de droits et utilisateurs, s'agissant des pratiques d'abus de position dominante – et, par voie de conséquence, la diversité des marchés sur lesquels ces sociétés interviennent. Il se dégage cependant de l'analyse concurrentielle de ces diverses situations la nécessité constante de rechercher un équilibre parfois subtil à trouver entre l'efficacité du système de la gestion collective, et les intérêts propres des catégories d'utilisateurs ci-dessus mentionnées. De l'efficacité de la gestion collective dépend en effet la bonne protection des titulaires de droits qui, elle-même, conditionne, d'une certaine manière, les incitations à la création et joue ainsi un rôle dans la diffusion de la culture. Il y a donc là une dimension d'intérêt général qui n'est pas négligeable. Cette dimension ne saurait toutefois légitimer des atteintes excessives aux intérêts des titulaires de droits ou à ceux des utilisateurs.

La notion d'abus de position dominante à l'égard des titulaires de droits a quelque chose de paradoxal dans la mesure où les sociétés de gestion collective, dépourvues de but lucratif, sont toutes entières dédiées à la protection des droits et intérêts des titulaires. Cela s'explique pourtant par le fait qu'il existe un intérêt collectif propre aux sociétés de gestion collective, distinct de la somme des intérêts individuels de leurs membres. En effet, la stabilité et la pérennité des sociétés de gestion collective, ainsi que leur capacité de négociation face à des utilisateurs parfois extrêmement puissants, impose des concessions de la part des titulaires de droits qui doivent accepter de voir leur liberté restreinte dans une certaine mesure. Il apparaît ainsi que l'imposition aux membres de certaines conditions statutaires relatives, par exemple, à un apport groupé de leurs œuvres ou de leurs droits, ou la durée de cession de leurs droits,

¹³⁰⁰ Cons. conc., décision n° 07-D-14 du 2 mai 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, concessionnaire des remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup*.

¹³⁰¹ Com. 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-12.477, *Bull. civ. IV*, n° 3 (calcul forfaitaire pour des discothèques réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 100000 francs).

n'est pas nécessairement anticoncurrentielle dans la mesure où elle est économiquement justifiée par les nécessités de la gestion collective. Cela démontre une bonne perception des enjeux de la gestion collective par les autorités de concurrence et révèle une approche économique, fondée sur les effets, des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce. Dans cette perspective, il appartiendra aux sociétés de gestion de rapporter la preuve de la justification objective¹³⁰².

Dans leur rapport avec les utilisateurs d'œuvres protégées, les sociétés de gestion collective se sont souvent vu reprocher des pratiques relatives à des prix excessifs, ou à une absence de transparence sur les prix. Globalement, il s'est agi, pour les autorités de concurrence, de faire en sorte que les sociétés de gestion collective réduisent leurs frais de gestion jugés parfois élevés. L'organisation d'un tel contrôle des prix au titre d'un « abus de résultats »¹³⁰³ n'est pas sans risque pour la gestion collective : si elle semble profitable à court ou moyen terme aux utilisateurs, elle peut nuire, à long terme, à une protection efficace des auteurs et, partant, à la création.

¹³⁰² C. PRIETO, « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (ententes et abus de position dominante) », in « Actualités 2006 en droit de la concurrence », Conférence de l'AFEC du 8 février 2007, <http://www.afec.asso.fr/>, n° 39.

¹³⁰³ Par un abus de résultats (également dénommé abus de comportement), une entreprise en position dominante tire parti « de son pouvoir de marché pour obtenir des avantages de ses clients ou fournisseurs qu'une concurrence effective ne lui aurait pas permis d'atteindre » (M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des Affaires », 2008, n° 190).

Conclusion du Titre II

433. – Les pratiques abusives résultant de l'exercice d'un droit d'auteur sont par nature très différentes des pratiques abusives constatées dans le domaine de la gestion collective. On peut toutefois tenter d'opérer certains rapprochements dans l'analyse de ces pratiques. Aussi bien dans le domaine de l'exercice individuel que dans celui de la gestion collective, il s'agit de chercher à concilier des intérêts antagonistes : ceux des titulaires de droits ou de leurs gestionnaires, d'une part, et ceux des tiers, d'autre part. Les conflits d'intérêts n'ont certes rien de vraiment spécifique au droit d'auteur. Ils sont systématiquement présents dans les problématiques d'abus de position dominante où, par hypothèse, les intérêts des auteurs et des victimes de pratiques abusives divergent. Ils ont cependant ici un retentissement particulier dans la mesure où ils font en quelque sorte écho au conflit d'intérêt « interne » qui anime le droit d'auteur. En effet, la discipline du droit d'auteur est marquée par la prise en compte d'intérêts divers, au-delà du seul intérêt des auteurs et autres titulaires de droits.

L'analyse de ce conflit d'intérêts par le prisme des règles relatives aux abus de position dominante conduit à rechercher un équilibre entre la liberté contractuelle du titulaire de droit ou du gestionnaire et l'intérêt du tiers. Cela signifie que lorsque les autorités de concurrence concluront à l'existence d'une pratique abusive, elles conduiront, par leur pouvoir de sanction, à remettre en cause l'exercice, par le titulaire ou le gestionnaire de droits, de sa liberté contractuelle. Ce mécanisme de contrainte de la volonté contractuelle est bien connu du droit de la concurrence ; on ne peut donc s'en étonner. En revanche, il suscite, dans le domaine du droit d'auteur, une réflexion particulière. Il convient en effet de s'assurer que la contrainte n'ait pas pour conséquence, à long terme, un affaiblissement de la protection des droits d'auteur et une diminution corrélative des incitations à la création, soit en raison d'une remise en cause sérieuse des prérogatives essentielles des titulaires de droit, soit par un sacrifice irraisonné de l'efficacité de la gestion collective des droits.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

434. – Dans bien des hypothèses d’application des règles relatives aux ententes ou aux abus de position dominante, les autorités de concurrence se sont montrées sensibles à la question du droit d’auteur. Le traitement du problème de l’accès des tiers aux œuvres qualifiées d’infrastructures essentielles a certes pu être critiqué par les spécialistes du droit d’auteur, en tant, notamment, qu’il remettait en cause la distinction existence-exercice traditionnellement considérée comme garante de l’intégrité des prérogatives essentielles des droits de propriété intellectuelle face à l’application du droit de la concurrence. Cependant, il est aussi des hypothèses jurisprudentielles dans lesquelles une véritable spécificité du droit d’auteur a pu être reconnue et prise en compte dans le cadre de bilans concurrentiels des pratiques en cause. En dehors de quelques rares cas d’exemptions, on a surtout pu constater la mise en balance d’effets pro- et anticoncurrentiels dans le cadre d’un raisonnement « à l’intérieur » de l’article 101, paragraphe 1 du TFUE. De même, on a pu relever que certaines pratiques des sociétés de gestion collective, étudiées dans le cadre des règles relatives au abus de position dominante, pouvaient échapper à la condamnation en raison des justifications objectives à la pratique. Dans toutes ces hypothèses, les autorités de concurrence ont poussé le raisonnement bien au-delà des frontières du droit de la concurrence, en tentant compte, occasionnellement, de considérations d’ordre culturel, et surtout, en prenant en considération la nécessité d’une protection forte et d’une gestion collective efficace des droits, en tant qu’elles contribuent à l’incitation à la création,

Il est également intéressant de noter que les sanctions traditionnelles du droit de la concurrence, et notamment la procédure d’injonction de cesser sur laquelle reposait le mécanisme de la licence obligatoire judiciaire qui a fait tant débat, peuvent avantageusement se voir substituer la pratique des engagements qui introduit une souplesse bienvenue dans la procédure, particulièrement dans un domaine où l’on se plaît à rappeler le caractère sacré du

droit d'auteur, en tant que celui-ci relève de la catégorie des droits de l'homme¹³⁰⁴. Il ne s'agit toutefois pas d'être dupe : ces pratiques d'engagements ne laissent guère plus de marges de manœuvre aux entreprises contrevenantes que n'en laissent les injonctions. Les autorités de concurrence invitent en effet les entreprises à reformuler leurs engagements autant de fois que nécessaire, afin que ceux-ci correspondent en tous points à leurs attentes.

¹³⁰⁴ V. notamment n° 4.

CONCLUSION GÉNÉRALE

435. – L’application du droit de la concurrence, révélatrice d’une nécessité de redéfinition des contours du droit d’auteur. La question de l’application du droit de la concurrence dans le domaine du droit d’auteur n’aura sans doute jamais été aussi débattue qu’à l’occasion des décisions rendues en matière de refus de licence abusifs. Les réactions ont été à la mesure de la surprise qu’a créée la sanction, qualifiée de licence obligatoire par de nombreux spécialistes du droit d’auteur. On comprend qu’une telle sanction ait pu choquer. D’une part, elle a remis en cause la distinction existence-exercice qui définissait les limites acceptables d’une emprise du droit de la concurrence sur le droit d’auteur ; d’autre part, elle s’est imposée en lieu et place du consentement du titulaire de droit, alors même que le droit d’auteur est un droit profondément personnaliste : les qualificatifs de droit fondamental, de droit de l’homme, de droit de la personnalité ou la composante du droit moral sont là pour le rappeler. À bien y réfléchir cependant, il aurait été tout aussi choquant de laisser aux titulaires de droit la possibilité d’assécher toute concurrence sur un marché sur lequel ils n’auraient eu eux-mêmes aucune velléité d’activité économique. Il faut donc s’accommoder de cette application du droit de la concurrence, quitte à ce que celle-ci bouleverse quelque peu les équilibres du droit d’auteur.

On s’en accommodera d’autant mieux que les illustrations jurisprudentielles dans ce domaine ont révélé que les infrastructures concernées étaient toutes des contenus, certes protégés par le droit d’auteur, mais généralement à caractère informatif ou technique, et en tout cas dépourvus de caractère artistique. Cette circonstance est importante car elle rapproche ces contenus de simples investissements économiques, sans spécificité particulière autre que leur immatérialité. En ce sens, on peut estimer qu’il n’y a pas de raison à ce que la théorie des infrastructures essentielles leur soit appliquée de manière différente que lorsqu’elle est appliquée à des infrastructures matérielles. L’analyse de la situation serait en revanche

beaucoup plus délicate en présence d'une œuvre artistique car on serait alors directement confronté au caractère sacré du droit que nous évoquions. Une licence obligatoire de droit d'auteur semblerait en effet beaucoup plus critiquable lorsque l'œuvre constitue une véritable expression de la personnalité de son auteur, que lorsqu'elle est une froide mise en forme d'informations ou de codes informatiques. On peut toutefois fortement douter qu'une œuvre artistique puisse être considérée, dans la pratique, comme une infrastructure essentielle au regard du droit de la concurrence.

Le problème ne manque pourtant pas de mobiliser les défenseurs du droit d'auteur : ce n'est pas parce que l'application de la théorie des installations essentielles ne concerne, en pratique, que des refus de licence portant sur des œuvres à caractère informationnel ou techniques, que les principes du droit d'auteur ne s'en trouvent pas affectés dans leur globalité. On peut entendre cet argument, mais il ne faut pourtant pas se tromper de combat. L'origine du conflit d'intérêts doit être recherchée davantage dans une déformation de la discipline même qu'est le droit d'auteur, plutôt que dans une illégitimité de l'intervention du droit de la concurrence. En effet, conçu à l'origine comme le droit des auteurs d'œuvres littéraires, musicales et artistiques, le droit d'auteur a progressivement accueilli sous son aile protectrice toutes sortes de créations utilitaires, techniques, ou informatives. Cela n'a pu se produire qu'au prix d'un dévoiement de la notion d'originalité lié, au moins pour partie, à l'introduction du logiciel, tel un cheval de Troie, dans les objets de protection du droit d'auteur.

Ainsi, si le droit d'auteur a pu sembler affecté par l'application du droit de la concurrence, il l'a surtout été virtuellement, au travers de créations pour lesquelles on est en droit de penser que le droit d'auteur n'est pas la protection idoine. C'est donc en réalité une absence de cohérence au sein du droit d'auteur qui explique l'immixtion du droit de la concurrence que d'aucuns ont pu juger dangereuse. À ce compte, la seule solution valable réside dans une remise en ordre du droit d'auteur. Celle-ci consisterait à n'inclure dans le champ de la protection que les seules œuvres à caractère artistique. Il en résulterait que la problématique de l'accès aux infrastructures essentielles constituées par des créations immatérielles ne concernerait plus le droit d'auteur, mais de nouveaux droits sur des créations immatérielles qu'il conviendrait de définir. On pourrait ainsi imaginer un droit *sui generis* sur les logiciels, ou encore un droit sur les investissements immatériels qui accueillerait par exemple en son sein les investissements sur des créations informationnelles. Si l'on revient aux hypothèses

jusqu'ici rencontrées en jurisprudence, il y aurait alors fort à parier que, dès lors que les créations auraient été rattachées à un régime de protection qui n'est pas celui du droit d'auteur et qui ne se cache pas de chercher à protéger l'investissement économique pur, les commentaires sur l'application du droit de la concurrence auraient été beaucoup plus contenus, et les critiques se seraient sans doute limitées à celles qu'on peut rencontrer de manière générale au sujet des injonctions de fournir l'accès à une infrastructure matérielle.

À cette proposition de redéfinition des contours du droit d'auteur, on peut objecter que le caractère artistique des œuvres ne peut constituer un critère juridique permettant de distinguer les créations relevant du droit d'auteur, de celles relevant des droits sur les investissements immatériels. Cela est d'autant plus vrai qu'avec un tel critère, on risquerait d'introduire la dimension de mérite à laquelle le droit d'auteur est, par tradition, totalement indifférent. Le critère de l'originalité, en revanche, le pourrait, à condition, toutefois, de faire le choix d'un retour aux sources vers la conception primitive de l'originalité, entendue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, et non comme le simple apport intellectuel. C'est là, sans doute, l'un des défis majeurs du droit d'auteur.

L'application du droit de la concurrence agit ainsi, dans ce domaine, comme symptôme et révélateur d'une absence de cohérence du droit d'auteur résultant du nombre et de l'hétérogénéité des objets protégés. On peut choisir la voie de la remise en ordre – selon le schéma que nous venons d'esquisser – mais on peut tout aussi bien s'accommoder du *statu quo*, estimant que le droit d'auteur n'est pas particulièrement mis en danger.

436. – L'organisation concurrentielle de la gestion collective transfrontière : un enjeu majeur pour le droit d'auteur. Il est une question où les lignes ne pourront que bouger. Il s'agit de la gestion collective des droits d'auteurs, sans cesse amenée à évoluer au rythme des nouvelles techniques et des nouveaux usages. Du point de vue du droit de la concurrence, c'est principalement la dimension européenne de la gestion collective qui fait débat. Les monopoles de fait des sociétés de gestion collective, essentiellement liés aux utilisations classiques « hors-ligne » des œuvres, semblent ne plus se justifier dans le contexte des utilisations « en ligne ». Ceci implique de reconsidérer complètement le système de gestion transfrontière reposant sur les accords de représentation réciproque entre sociétés de gestion collective. Les autorités européennes se montrent de plus en plus concernées par cette

question¹³⁰⁵. Elles auront à concilier, dans leurs arbitrages futurs, leur souhait de voir se développer un marché européen de la gestion collective, avec des sociétés de gestion collectives paneuropéennes proposant des licences multirépertoires et multiterritoriales, et le souci de préserver un système de gestion collective efficace, conforme aux intérêts des titulaires de droits. Il en va de l'avenir de la création artistique.

¹³⁰⁵ Parmi les travaux menés sur ce sujet, on trouve, outre la recommandation de la Commission de 2005 (v. *supra*, not. n° 276), une proposition de résolution du Parlement européen (Résolution du Parlement européen du 25 septembre 2008 *sur la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne*, JOUE n° C 8 E du 14 janvier 2008, p. 105), ainsi qu'une audience publique de la Commission sur la gouvernance de la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins dans l'UE (Bruxelles, 23 avril 2004).

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

- AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 13^e éd., 2010.
- AZÉMA J. et GALLOUX J.-C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2006.
- AZZI T., *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, LGDG, 2005.
- BERGÉ J.-S. et ROBIN-OLIVIER S., *Droit européen. Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF Thémis, 2^e éd., 2011.
- BLAISE J.-B., *Droit des affaires. Commerçants, Concurrence, Distribution*, LGDJ, 5^e éd., 2009.
- BOUTARD-LABARDE M.-C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL-AMSELLEM V., et VIALENS J., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 2008.
- BRAUN A., GLEISS A. et HIRSCH M., *Droit des ententes de la Communauté Économique européenne*, Larcier, Bruxelles, 2^e éd., 1977.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010.
- CANIVET G. (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, préf. M.-A. Frison-Roche, LGDJ, 2006.
- CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 2^e éd., 2009.
- CARON C. et LÉCUYER H., *Le droit des biens*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2002.
- COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, Précis Dalloz, 9^e éd., 1999.
- COMBE E., *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 1^{re} éd., 2005.
- CORNU G (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2007.
- CORNU M., DE LAMBERTERIE I., SIRINELLI P. et WALLAERT C. (dir.), *Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright*, sous la direction de, CNRS Éditions, Paris, 2003.
- DEBARD T., LE BAUT-FERRARÈSE B. et NOURISSAT C., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, 2^e éd., 2007.
- DECOCQ A. et DECOCQ G., *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^e éd., 2010.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978.
- FRANCESCHELLI R., LASSIER R. et PLAISANT J., *Droit européen de la concurrence*, Delmas, 1^{re} éd., 1966.
- FRANÇON A., *Cours de propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. « Les Cours de droit », 1999, p. 268.
- FRISON-ROCHE M.-A. et PAYET M.-S., *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 1^{re} éd., 2006.
- GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 7^e éd., 2010.
- GAVALDA C. et PARLEANI G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 6^e éd., 2010.

- GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^e éd., 1993
- GOLDMAN B., LYON-CAEN G. et VOGEL L., *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, 5^e éd., 1994.
- GOUBEAUX G., *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Les personnes*, LGDJ 1989.
- LÉVÊQUE F. et MENIÈRE Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, Éditions La Découverte, coll. « Repères », 2003.
- LUCAS A. et LUCAS H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006.
- LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, PUF Thémis, 2002.
- MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, 5^e éd., Sirey, 2011.
- POLLAUD-DULIAN (F.), *Le droit d'auteur*, Economica, 2005.
- PRIOLLAUD F.-X. et SIRITZKY D., *Le Traité de Lisbonne, Commentaire, article par article, des nouveaux traités européens (TUE et TFUE)*, La Documentation française, Paris, 2008, p. 157.
- RENOUARD A.-C., *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. I, Librairie Jules Renouard et C^{ie}, Paris, 1838.
- TAFFOREAU P., *Droit de la propriété intellectuelle. Propriété littéraire et artistique, Propriété industrielle, Droit international*, préf. Christophe Caron, Gualino éditeur, 2^e éd., 2007.
- TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009.
- VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009.
- WALBROECK M. et FRIGNANI A., *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE*, Vol. 4 : « Concurrence », Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 1997.
- ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

- ABELLO A. et FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2005.
- ALEXANDER W., *Brevets d'invention et règles de concurrence du Traité CEE*, Bruylant, 1971.
- ARCELIN L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, préf. M.-D. Hagelsteen, Litec, 2003.
- BARBATO J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire, Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, PUAM, 2008.
- BENABOU V.-L., *Droit d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. André Françon, Bruylant Bruxelles, 1997.
- BERGÉ J.-S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur, Essai d'une analyse conflictuelle*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1996.
- BERNARD A., *Les critères d'application du droit communautaire aux propriétés intellectuelles*, thèse Paris II, 1989.
- BIDAUD L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, préf. Frédéric Jenny, Litec, 2001.
- BIENAYMÉ A., *Principes de droit de la concurrence*, Economica, 1998, p. 295.
- BOUCHE N., *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, préf. Frédéric Pollaud-Dulian, L'Harmattan, 2002.

- BOUDOU O.-M., *La liberté contractuelle au regard du droit de la concurrence (droit communautaire et droit français)*, thèse Paris II, 2001.
- BRONZO N., *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2007.
- CARON C., *Abus de droit et droit d'auteur*, avant-propos Georges Bonet, Litec, 1998.
- CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. Jacques Ghestin, Dalloz, 2004.
- CASTELL B., *L'« épuisement » du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, 1989.
- CARREAU C., *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1981.
- CARRE S., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse Montpellier I, 2004.
- CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004.
- CLAUDEL E., *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse Paris X, 1994, disponible sur <http://www.glose.org/>.
- CORNU M., *Droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, préf. Denis Tallon, Bruylant Bruxelles, 1996.
- DE GORGUETTE D'ARGOEUVES S., *Le droit moral de l'auteur sur son œuvre artistique ou littéraire*, préf. René Cassin, Dalloz, 1926.
- DOUTRELEPONT C., *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire, Analyse en droit comparé et en droit européen*, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 1997.
- DUSOLLIER S. (dir.), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, Bruylant Bruxelles, 2000.
- ESCARRA J., RAULT J. et HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Grasset, 1937.
- FARJAT G., *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.
- GEIGER C., *Droit d'auteur et droit du public à l'information : approche de droit comparé*, préf. Michel Vivant, Litec, 2004.
- GORDON W. et WATT R. (dir.), *The Economics of Copyrights. Developpements in Research and Analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2003.
- GOTZEN F., *Het bestemmingsrecht van de auteur : onderzoek van de bevoegdheid van de auteur om derden een bepaald gebruik van in de handel gebrachte reproducties van zijn werk te verbieden, met inachtneming van rechtsvergelijkende en kartelrechtelijke gegevens*, édition augmentée d'un résumé en français sous le titre *Le droit de destination de l'auteur*, Larcier, Bruxelles, 1975, compte-rendu de Henri Desbois, *RIDA* juillet 1975, p. 216.
- GRAZ D., *Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Étude de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit suisse, en droit communautaire et selon l'Accord de libre-échange Suisse-CEE*, Librairie Droz, Genève, 1988.
- GSTALTER J., *Le droit de la concurrence appliqué aux droits de propriété intellectuelle. Réflexions sur les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Thèse Paris I Panthéon-Sorbonne, à paraître en mars 2012 aux éditions Larcier.
- HANIA G., *Droit d'auteur et droit de la concurrence*, thèse Paris XII, dactyl., 2006.
- LALIGANT O., *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*, LGDJ, 1983.
- LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999.
- LINDON R., *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1983.
- MALAURIE-VIGNAL M., *L'abus de position dominante*, LGDJ, 2002, n° 26.
- MARÉCHAL C., *Concurrence et propriété intellectuelle*, préf. Georges Bonet, Litec, 2009.
- MÉNARD M., *Les chiffres de mots, Portrait économique du livre au Québec*, SODEC, Montréal (Québec), 2001.

- MEZGHANI N. et CORNU M. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation*, Tome II : Les aspects internationaux, L'Harmattan, 2004.
- PAPADOPOULOU R.-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, préf. Joe Verhoeven, Sakkoulas Athènes et Bruylant Bruxelles, 1996.
- POLLAUD-DULIAN F., *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1989.
- PRADES R., *Intérêt du public et droit d'auteur ; de la conception classique aux exigences actuelles*, thèse Paris XII, 1999.
- RACLET A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, n° 257.
- SIBONY A.-L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, avant-propos Bo Vesterdorf, préf. Guy Canivet, LGDJ, 2008.
- SIRINELLI P., *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, thèse dactyl., Paris II, 1985.
- STRÖMHOLM S., *Le droit moral de l'auteur en droit français, allemand et scandinave, avec un aperçu de l'évolution internationale, étude de droit comparé*, t. I, *L'évolution historique et le mouvement international*, et t. II, *Le droit moderne*, 2 vol., P. A. Norstedt & Söners, Stockholm, 1967-1973.
- STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences, Étude de droit comparé*, préf. Louis Van Bunnan, Bruylant Bruxelles et LGDJ Paris, 1993.
- TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit des obligations*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2009.
- VIVANT M. et BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur*, Précis Dalloz, 2009.
- ZENATI-CASTAING F. et REVET T., *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008.

III. ARTICLES, ÉTUDES, CONTRIBUTIONS

- AHREL P., « L'affaire Microsoft (À propos de la décision du TPICE du 17 septembre 2007, *Petites affiches*, 21 novembre 2007, n° 233, p. 3.
- ARCELIN-LÉCUYER L., « La notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 35, 2009.
- ARHEL P., « L'ADPIC, un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence », *Petites affiches*, 17 novembre 2010, n° 229, p. 3.
- ART J.-Y., « Comment Microsoft a changé », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 173.
- BARTHE D., « Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles, (C. com., art. L. 420-4) », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 320, 2009.
- BAZEX M., « Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles" », *Rev. conc. consom.*, janvier-février 2001, n° 119, p. 37.
- BENABOU V.-L. et GEFFROY A.-G., « Étude sur la recommandation de la Commission européenne relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne du 18 octobre 2005 », <http://www.cspla.culture.gouv.fr/>.
- BENABOU V.-L., « La décision "Simulcasting" : gestion collective, internet et concurrence, trois ingrédients pour une nouvelle recette, *Légipresse*, avril 2003, n° 200, p. 35.
- BERGÉ J.-S., « Les règles matérielles », in « Principes généraux – Droit d'auteur, droits voisins, droit des médias et de la communication – Aspects internationaux du droit d'auteur et des droits voisins, *Lamy droit des médias et de la communication*, Étude n° 157, juin 2010.

- BIOLAY J.-J., « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle – Propriété littéraire et artistique », *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, fasc. 134, 2005.
- BOIRON P. et HONORAT B., « La décision "Simulcast" : vers la mise en concurrence des sociétés de gestion collective », *CCE* janvier 2004, chron. n° 3, p. 19.
- BONET G., « Abus de position dominante et droits sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 87.
- BONET G., « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence », *RJDA*, mars 1993, p. 173.
- BONET G., « Le point sur l'application de l'article 82 (ex-art. 86) CE en matière de propriétés intellectuelles. Après l'arrêt IMS de la Cour de justice du 29 avril 2004 », *RTD eur.* 2004, p. 691.
- BONET G., « Le principe communautaire des facilités essentielles comme limite du droit de l'auteur : confirmation de la jurisprudence *Magill* », *D.* 1999, p. 303.
- BONET G., « Remise en cause d'une certaine primauté nationale ? », *D. Aff.* 1996, p. 827.
- BERNARD E., « L'"activité économique", un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *RIDE*, n° 2009/3, p. 353.
- BEZANT M. et BROWN K., « The Valuation of Copyright », *Copyright World*, Issue 70, May 1997, p. 17.
- BLAISE J.-B., « L'arrêt *Magill* : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des "installations essentielles" », *D. Aff.* 1996, p. 859.
- BLAISE J.-B., « L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 85.
- BLAISE J.-B., « Respect des articles 85 et 86 du traité par les États membres. Législation interne relative au prix du livre et aux prix de l'essence », *RTD eur.* 1985, p.559.
- BOUTARD-LABARDE M.-C. et BUREAU D., « La détermination du marché pertinent », *RJDA* 11/93, p. 743.
- BOUTARD-LABARDE M.-C., « L'ordre public en droit communautaire », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la coordination de T. Revet, Dalloz, 1996.
- BRUN B. et TOULEMONT-DAKOURE A., « Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence », *CCC*, novembre 2003, chron. n° 11, p. 7.
- BRUNET F., « La nouvelle politique de la Commission européenne à l'égard des ententes horizontales : ententes illicites et coopération licite », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de F. Brunet et G. Canivet, LGDJ, coll. Droit des Affaires, 2008, n° 1 et s.
- CALVET H. et DESURMONT T., « L'arrêt *Magill* : une décision d'espèce ? », *RIDA*, janvier 1996, n° 167, p. 3.
- CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 227.
- CANIVET G., « L'affaire *Microsoft*, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain », in *France – États-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit*, Collège de France, 10-11 avril 2006, disponible sur <http://www.collegedefrance.fr/>.
- CANIVET G., « Le droit doit-il protéger l'innovation ? », in « Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ? », Colloque de Sciences Po du 22 mai 2003, *Dr. et patr.*, octobre 2003, n° 119, p. 60.
- CARDON M., « Microsoft, la Commission et le juge communautaire : *quid* de la compétence internationale de la Communauté ? Passez votre chemin la discussion est close ! », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 142.
- CARON C., « La Convention européenne des droits de l'homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d'auteur ? », *CCE*, octobre 1999, chron. n° 1.
- CARON C., « La propriété intellectuelle au Panthéon des droits fondamentaux », *CCE*, juin 2001, comm. n° 55.
- CARON C., « Le consommateur en droit d'auteur », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245.

- CARREAU C., « Droit d'auteur et abus de position dominante : vers une éviction des législations nationales ? (À propos de l'affaire *Magill*) », *Europe*, juillet 1995, chron. n° 8, p. 1.
- CASSIN R., « L'intégration, parmi les droits fondamentaux de l'homme, des droits de créateurs des œuvres de l'esprit », in *Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225.
- CHAGNY M., « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC* 2004.861.
- CHAGNY M. et CHOISY S., « Tarifs des droits musicaux et abus de position dominante : le retour "vingt ans après", *CCE*, mars 2009, étude n° 5.
- CLAUDEL E., « Entente et concours de volontés. De la dénaturation à l'harmonie », *D.* 2004, p. 1970.
- CLAUDEL E., « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice », *RTD com.* 1999, p. 291.
- CLAUDEL E., « Les injonctions », in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque de l'Université Paris I du 29 avril 2004, *Petites affiches*, 20 janvier 2005, p. 23.
- COHEN JEHORAM H., « Principes fondamentaux des sociétés de droit d'auteur », *Dr. auteur*, 1990, p. 224.
- Commission, « Le droit d'auteur à la croisée des chemins », Dossier spécial, *Single Market News*, n° 37, mai 2005.
- Cons. conc., « La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente », Étude thématique, *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007, p. 77.
- Cons. conc., « Les procédures alternatives ou accessoires aux sanctions », Étude thématique, *Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 134 et s.
- Cons. conc., « Les sanctions pécuniaires et les injonctions », Étude thématique, *Rapport annuel 2005*, La documentation française, 2006, p. 102 et s.
- COT J.-M., « La notion d'entente dans la jurisprudence communautaire récente », *RJDA* 2004, p.603.
- DE BOUFLERS S., *Rapport sur la propriété des auteurs de nouvelles découvertes et inventions en tout genre d'industrie*, Imprimerie nationale, 1791, disponible sur <http://gallica.bnf.fr/>, et cité par A.-C. RENOUEAU, *Traité des brevets d'invention*, Guillaumin Libraire, Paris, 1844, p. 107.
- DE CARA J.-Y. , « L'affaire Microsoft : une mise à l'épreuve du droit antitrust ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. p. 132
- DE GAULLE L., « Les droits nationaux de propriété intellectuelle à l'épreuve du droit communautaire. À propos de l'affaire *Magill* », *RJDA*, août-septembre 1995, p. 735.
- DE WATRIGANT C., « 497 millions d'euros d'amende, qui dit mieux ? », *CCE*, janvier 2005, étude n° 1.
- DEBROUX M., « Arrêt Microsoft, articulation entre droits de propriété intellectuelle et abus de dominance », *JCP éd., E*, 2007, p. 2305.
- DECOCQ G., « Procédure d'engagements : porte ouverte à un droit de la concurrence négocié ! », *JCP éd., E*, 2010, n° 42, p. 1908, également publié sous *CCC*, octobre 2010, comm. n° 234.
- DECOCQ G., « Regard sur le droit des abus de position dominante : Droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in *L'année 2005 et le droit de la concurrence*, Colloque du 2 février 2006 organisé sous l'égide de la Cour de cassation et de l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC), http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/AFEC_regards_droit_abus_position_dominante_decocq.pdf/.
- DERCLAYE E., « The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law », *European Law Review*, 2004, p.687.
- DERCLAYE E., « The IMS Health Decision: A Triple Victory », *World Competition*, 2004/3, p. 397.
- DESURMONT T., « La SACEM et le droit de la concurrence », *RIDA*, avril 1989, p. 117.
- DESURMONT T., « Le droit de l'auteur de contrôler la destination des exemplaires sur lesquels son œuvre se trouve reproduite », *RIDA*, n° 134, octobre 1987, p. 3.
- DESURMONT T. et CALVET H., « Gestion collective et droit de la concurrence : un couple vraiment désuni ? », *Concurrences*, 2006, n° 2, p. 18 ».

- DESBOIS H., « La conception française du droit moral de l'auteur » in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1963, t. II, p. 519.
- DESBOIS H., « Le droit moral », *RIDA*, avril 1958, p. 121.
- DREIFUSS-NETTER F., « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369.
- DUBOUIS L., « La France face à l'Europe du livre et de l'essence », *RFDA*, 1985, p. 289.
- EAGLES I. et LONGDIN L., « Microsoft's Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance », *European Intellectual Property Review*, 2008, Vol. 5, p. 205.
- EDELMAN B., « Propriété littéraire et artistique – Droit communautaire – Droit d'auteur et droits voisins dans la libre concurrence », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1820, 2007.
- FAGES B. et MESTRE J., « L'emprise du droit de la concurrence sur le droit des contrats », *RTD com.* 1998, p. 71.
- FRANCESCHELLI R., « Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur », *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome II : Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, Dalloz Sirey, 1961, p. 453.
- FRANÇON A., « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.* 1976, chron. 55.
- FRANÇON A., « Le conflit entre la SACEM et les disothèques devant le Cour de justice des Communautés européennes », *RIDA*, avril 1990, n° 144, p. 50.
- FRANÇON A., « Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne », *RIDA* avril 1979, p. 129.
- FRIER P.-L., « L'Europe et le patrimoine », in *Intérêt culturel et mondialisation*, sous la direction de N. MEZGHANI et M. CORNU, Tome II : Les aspects internationaux, L'Harmattan, 2004, p. 122.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique, Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996, p. 302.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Concurrence et contrat », conférence donnée dans le cadre du *Cycle de droit communautaire de la concurrence 2004 de la Cour de cassation*, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/>.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 451.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 759.
- GALLOUX J.-C., « Le règlement 772/2004/CE de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie », *Propr. intell.*, janvier 2005, n° 14, p. 4.
- GARCÍA-VALDECASAS R., « L'affaire Microsoft : le temps jugera... », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 130.
- GAUTIER P.-Y., « "Le cédant malgré lui" : étude du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles », *D. Aff.*, 1995, p. 123.
- GAUTIER P.-Y., « Le mandat en droit d'auteur », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995, p. 223 et s.
- GEIGER C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *RIDE*, 2006, p. 389.
- GENDREAU A. et REDON D., « Droit de la concurrence et droit d'auteur : entre conflit, coexistence et conciliation », *RJDA*, décembre 2004, p. 1151.
- GENDREAU Y., « Genèse du droit moral dans les droits d'auteur français et anglais », *RJJ* 1988/1, p. 42.
- GÉRARD D., « L'arrêt Microsoft : quelle portée pour l'application de l'article 82 CE ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 191.
- GLAIS M., « Infrastructures essentielles et autres ressources essentielles au regard du droit de la concurrence », *Revue d'économie industrielle*, n° 85, 3^e trimestre 1998, p. 85.

- GOTZEN F., « Le droit de destination et son fondement juridique », in *L'importance économique du droit d'auteur. Problèmes posés par la distribution d'exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur*, ALAI, Journées d'étude (Munich, 6 et 7 octobre 1988), ALAI, 1989, p. 61.
- GOUTAL J.-L., « La protection juridique du logiciel », *D.* 1984, chron., p. 197.
- GSTALTER J., « L'arrêt *Microsoft* et la mise en œuvre de l'article 82 CE. Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets ? », *RTD eur.* 2007, p. 720.
- GUNTHER J.-P. et TAYAR D., « L'arrêt *Microsoft* marque-t-il la fin de l'externalisation du contrôle des engagements en matière de concentration ? », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 195.
- HAWK B. E., « À propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du *Sherman Act*, *Concurrence*, 2005, n° 3, p. 35.
- HEPP F., « L'exercice des droit de propriété littéraire et artistique dans la Communauté Économique Européenne », *Dr. auteur*, 1964, p. 301.
- HOWARTH D. et MCMAHON K., « "Windows has Performed an Illegal Operation": the Court of First Instance's Judgment in *Microsoft v Commission* », *European Competition Law Review*, 2008, Vol. 2, p. 117.
- HUGO V., interview in *Congrès littéraire international de Paris de 1878*, Paris 1879, p. 276.
- IDOT L., « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », *Europe*, octobre 2010, comm. n° 322.
- IDOT L., « Importantes précisions de la Cour de justice de l'Union européenne sur le contrôle des engagements », *RDC* 2010, p. 1276.
- IDOT L., « L'arrêt *Microsoft* : simple adaptation ou nouvelle interprétation de l'article 82 CE ? », *Europe*, décembre 2007, étude n° 22.
- IDOT L., « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », in « Droit de la concurrence et droit des contrats », *Rev. des contrats*, 2004, p. 883.
- IDOT L., « Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste... », *Concurrences* p. 31.
- IDOT L., « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents... », *Europe* 1996, chron. n° 1, p. 1.
- JACQUIER S., « Le contrat forcé en droit d'auteur », *CCE*, novembre 2011, p. 13.
- JEANTET C., « Réflexions sur les injonctions et exemptions en droit de la concurrence », *JCP* 1988. I. 3348.
- JENNY F., « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 du traité européen », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la dir. de François Brunet et Guy Canivet, LGDJ, coll. « Droit des Affaires », 2008, n° 650 et s.
- JENNY F., « Des services public dans le marché et hors marché : service public, service d'intérêt général ou service d'intérêt économique général », in « Europe, Service public et concurrence. Réflexions et suggestions sur le livre vert », Actes du colloque AJE-AFEC du 13 mai 2004, *Petites affiches*, 30 novembre 2004, n° 239, p. 6.
- JENNY F., « Les barrières à l'entrée, un concept qui se lézarde ? », *RLC* 2005, n° 5, p. 3.
- JOHANNES H., « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des communautés européennes », *RTD eur.* 1973, p. 369.
- KIPIANI P., « Arrêt "Alrosa": le premier arrêt de la Cour de justice en matière d'engagements en droit européen de la concurrence », *JTDE* 2010, n° 172, p.253.
- KOUMANTOS G., « Faut-il avoir peur du droit moral ? », *RIDA*, avril 1999, p. 87.
- KOVAR R., « Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de raison" », *RTD eur.* 1987, p. 237.
- LAKANAL J., *Rapport du projet de décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genre, des compositeurs de musique, des peintres et des dessinateurs* (décret des 19 et 24 juillet 1793 préc.), reproduit par extraits par A.-C. RENOUARD, *op. cit.*, p. 326.
- LANDES W. et POSNER R., « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 2, June 1989, p. 325.

- LE CHAPELIER I., *Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le décret rendu dans cette séance*, fac-similé disponible sur <http://gallica.bnf.fr>, reproduit par extraits par A.-C. RENOUARD, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, t. I, Librairie Jules Renouard et C^{ie}, Paris, 1838, p. 309.
- LEONNET J., « Réflexions sur le droit de la preuve en matière de concurrence et de réglementation économique », *Cah. dr. entr.* 1993. I. 306.
- LÉVÊQUE F., « La décision du TPICE contre Microsoft : où est passée l'économie ? », *RLC*, janvier/mars 2008, n° 14, p. 22. Également reproduit dans *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 158.
- LÉVÊQUE F., « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire ? », *Concurrences*, décembre 2004, p. 103.
- LUCAS A., « Les programmes d'informatique comme objets de propriété intellectuelle », *JCP G*, 1982. I. 3081.
- LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le*
- LUCAS A. et SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », *JCP* 1993. I. 3681.
- MALAUURIE-VIGNAL M., « Droit de la concurrence et droit des contrats », *D.* 1995, chron. p. 51.
- MALAUURIE-VIGNAL M., « L'affaire *Microsoft*, beaucoup de bruit pour rien ? », *CCC*, mai 2004, repère n° 5.
- MALLET-POUJOL N., « La théorie des « *facilités essentielles* » et les créations informationnelles », *RLDI*, février 2006, n° 368, p. 6.
- MARÉCHAL C., « Un nouveau coup porté aux accords de réciprocité entre sociétés de gestion collective (à propos de la décision de la Commission européenne du 16 juillet 2008) », *CCE*, mars 2009, étude n° 6.
- MARTIN J.-S., « La « culture de litige », la recherche de la vérité et le dossier Microsoft », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 137.
- MERCADAL B., « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Litec, 1991, p. 9.
- MESTMÄCKER E.-J., « Accords de représentation réciproque des sociétés de gestion au sein du marché intérieur – Le cas des droits voisins des producteurs de phonogrammes : un précédent ? », *RIDA*, janv. 2005, p. 62.
- MONTET C., « Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 152.
- MOYSE P.-E., « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ? », *McGill Law Journal*, 1998, vol. 43-3, p. 507.
- MUGUET-POULLENEC G. et BARBIER DE LA SERRE E., « La procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises », *RLC* 2010, n° 25, p. 36.
- NASSE P., « L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions », in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, préf. M.-A. Frison-Roche, LGDJ, 2006, p. 341.
- NOURISSAT C., « Microsoft : sur quelques aspects processuels de l'affaire », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 176.
- OPPETIT B., « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. des sciences morales et politiques*, 1995, p. 241.
- PARDOLESI R. et RENDA A., « The European Commission's case against *Microsoft* : Kill Bill ? », *World Competition*, Winter 2004, Vol. 27, Issue 4, p. 513.
- PETIT F., « Les droit de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D. Aff.* 1998, p. 826.
- PHILIPPE J., « La mesure du marché pertinent », *Revue française d'économie*, 1998, vol. 13, n° 4, p. 125.
- POESY R., « Le conseil de la concurrence, juge du contrat », *Petites affiches*, 20 octobre 2000, n° 210, p. 4.
- POILLOT-PERUZZETTO S., « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron. p. 177.

- POLLAUD-DULIAN F., « L'accès au répertoire des sociétés de gestion collective en droit de la concurrence », *CCC*, décembre 1995, chron. n° 11.
- POLLAUD-DULIAN F., « La gestion collective des droits de propriété intellectuelle », in « Droit de la concurrence et propriété intellectuelle », Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17.
- POLLAUD-DULIAN F., « Le règlement 772/2004/CE de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie », *RTD com.* 2005, p. 76.
- PRIETO C., « Comparaisons transatlantiques dans les affaires *Microsoft* », *Concurrences*, décembre 2004, n° 1, p. 57.
- PRIETO C., « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'*antitrust* américain », *D.* 2007, p. 2884.
- PRIETO C., « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets (Ententes et abus de position dominante) », in « Actualités 2006 en droit de la concurrence », Conférence de l'AFEC du 8 février 2007, disponible sur <http://www.afec.asso.fr/>, et publié dans *Petites affiches*, 29 novembre 2007, n° 239, p. 8.
- PRIETO C., « La nouvelle politique de la Commission européenne en matière d'accords de transfert de technologie », in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de François Brunet et Guy Canivet, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2008, n° 490 et s.
- PRIETO C., « Refus de contracter et ventes liées: les deux abus de position dominante reprochés à Microsoft », *Revue des contrats*, 2008, p.811.
- RAMELLO G., « Copyright and Antitrust Issues », in GORDON W. et WATT R. (dir.), *The Economics of Copyrights. Developpements in Research and Analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2003, p. 118.
- RÉGNIER O., « Licences et droit de la concurrence : l'expérience de l'industrie du disque avec les accords *Simulcasting* et *Webcasting* », *A&M* 2004, n° 5/6, p. 507.
- RICHER L., « Le droit à la paresse ? "Essential facilities", version française », *D.* 1999, p. 523.
- RIFFAULT-SILK J., « L'affaire Microsoft et le droit des contrats », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 185.
- RODA J.-C., « Les apports de l'affaire Microsoft au droit américain de la monopolisation », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 187.
- RÖTTINGER M., « L'épuisement du droit d'auteur », *RIDA*, juillet 1993, n° 157, p. 51.
- SARDAIN F., « L'arrêt IMS Health : une (r)évolution ? », *D.* 2004. 2366.
- V. SÉLINSKY, « La prévention des atteintes à la concurrence pouvant prendre appui sur des droits de propriété intellectuelle », *RLC*, avril-juin 2006, n° 7, p. 16.
- SÉLINSKY V., « Microsoft : réaction des autorités et rétablissement des conditions de la concurrence », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 179.
- SIIRIAINEN F., « "Droit d'auteur" *contra* "Droit de la concurrence" *versus* "Droit de la régulation" », *RIDE*, octobre 2001, n° 4, p. 413.
- SIIRIAINEN F., « Théorie générale de la gestion collective – Logique de droit exclusif de la gestion collective », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. n° 1550, 2006.
- SIIRIAINEN F., « Théorie générale de la gestion collective – Aménagement du caractère exclusif des droits par la gestion collective », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1551, 2006.
- SIIRIAINEN F., « Théorie générale de la gestion collective – Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1152, 2006.
- SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle, préjudice et droit économique » in « Sciences juridiques de l'économie ? Un défi pour les économistes et les juristes européens », Colloque du 23 mars 2001, Paris, La Sorbonne, disponible sur <http://lodef.univ-paris1.fr/>.
- SKINNER T., « Magill : consumer interests prevail », *European Business Law Review*, avril 1995, p. 90.

- STROWEL A., « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?* (dir. DUSOLLIER S.), Bruylant Bruxelles, 2000.
- THILL-TAYARA M. et COUADOU C., « Le droit d'accès à l'épreuve des installations essentielles », *CCC*, mai 1999, chron. n° 6, p. 4.
- TREPPOZ E., « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 163.
- VESTERDORF B., « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" », Conférence du 24 février 2005 donnée dans le cadre du cycle « Droit et économie de la concurrence » de la Cour de cassation, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/>.
- VIVANT M., « La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante (À propos de l'arrêt Magill de la Cour de justice) », *JCP* 1995. I. 3883.
- VIVANT M., « Le droit d'auteur, un droit de l'homme ? », *RIDA* 1997, n° 174, p. 61.
- VOGEL L., « Définition et preuve de l'entente en droit français de la concurrence. Étude de la jurisprudence récente », *JCP éd., E*, 1991. I. 96.
- VON LEWINSKY S., « Réflexions sur le rôle et le fonctionnement des sociétés d'auteurs », *Propr. intell.*, janv. 2006, n° 18, p. 22.
- WACHSMANN A., « Infrastructures essentielles : Le logiciel Presse 2000 n'est pas une infrastructure essentielle (NMPP) », *Concurrences*, n° 4-2005, n° 578, p. 77
- WAELEBROECK D., « Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? », *GCLC Working Paper 01/08*, <http://www.coleurope.eu/>.
- WILHELM P., « Table ronde de l'OCDE sur les barrières à l'entrée », *CCC*, juillet 2006, n° 6, alerte n° 34, p. 2.
- WINCKLER A., « L'affaire Microsoft du point de vue du plaignant », *RLC*, octobre/décembre 2008, n° 17, p. 168.

IV. MÉLANGES ET RECUEILS DE CONTRIBUTIONS

- Droit et esthétique*, *Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996, p. 302
- Études de droit de la consommation*, *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004.
- Études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 225
- Le contrat au début du XXI^e siècle*, *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001.
- Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 85.
- Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001.
- Les activités et les biens de l'entreprise*, *Mélanges offerts à Jean Derrupé*, Litec, 1991.
- L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, sous la coordination de T. Revet, Dalloz, 1996.
- Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 1963, t. II, p. 519.
- Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993.
- Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, 1995.

V. NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

AHREL P.,

- obs sous TPICE, 18 septembre 2001, *Petites affiches*, 24 octobre 2001, n° 212, chron., p. 4.
- obs. sous TPICE, 3 décembre 2003, *Petites affiches*, 15 mars 2004, p. 12.
- obs. sous CJCE, 6 janvier 2004, *Petites affiches*, 12-13 avril 2004.
- obs. sous CJCE, 29 juin 2010, *Petites affiches*, 12 avril 2010, n° 72, p. 6.

AYMOND P.,

- note sous Cass. crim. 2 mai 1961, *JCP* 1961. II. 12242.
- note sous CA Amiens, 4 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12821.

BENABOU V.-L.,

- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *Prop. intell.*, 2004, n° 12, p. 821.
- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *Prop. intell.* 2008, n° 26, p. 122.

BLAISE J.-B.,

- obs. sous TPICE, 18 septembre 2001, *RTD eur.* 2002, p. 339, chron., n^{os} 167 et 168.
- obs. sous Commission, 16 juillet 2008, *RTD eur.* 2009, p. 775.

BLAISE J.-B. et BONET G.,

- obs. sous CJCE, 8 juin 1982, *JCP éd., E*, 1984. I. 13389.
- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *JCP éd., E*, 1984, n° 13389.

BLAISE J.-B. et IDOT L.,

- obs. sous Commission, 8 octobre 2002, *RTD eur.* 2005, p. 131, n° 221.

BONET G.,

- obs. sous CJCE, 8 juin 1971, *RTDE* 1981.128.
- obs. sous CJCE, 18 mars 1980, *RTD eur.* 1981, p. 101.
- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *RTD eur.* 1983, p. 297.
- obs. sous CJCE, 8 juin 1982, *RTD eur.* 1983, p. 286.
- obs. sous CJCE, 19 avril 1988, *RTD eur.* 1988, p. 644.
- obs. sous CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, *RTD eur.* 1990, p. 736.
- obs. sous TPICE, 10 juillet 1991, *RTD eur.* 1993, p. 525.
- obs. sous CJCE, 6 avril 1995, *RTD eur.* 1995, p. 835.
- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *RTD eur.* 2004, p. 691.

BONET G. et BLAISE J.-B.,

- obs. sous CJCE, 8 juin 1982, *JCP éd., E*, 1984. I. 13389.
- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *JCP éd., E*, 1984, n° 13389.

BOUTARD-LABARDE M.-C. et VOGEL L.,

- obs. sous CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, *JCP* 1990. II. 21437.

BURST J.-J. et KOVAR A.,

- note sous CA Lyon, 7 juin 1977, *JCP* 1978. II. 18954.

CARON C.,

- obs. sous Cass. com., 4 décembre 2001, *CCE*, mars 2002, comm. n° 38, p. 23.
- note sous CA Riom, 14 mai 2003, *CCE* 2003, comm. n° 117.
- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *CCE*, juin 2004, comm. n° 69.
- obs. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *CCE*, octobre 2005, comm. n° 149.
- obs. sous CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, *CCE*, mai 2007, comm. n° 67.

CHÉRIGNY F.,

- obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *JCP E* 2003. 278.

CLAUDEL E.,

- obs. sous Cass. com., 24 octobre 2000, *RTD com.* 2001.427.
- obs. sous Cass. com., 4 décembre 2001, *RTD com.* 2002, p. 296.

COLOMBET C.,

- obs. sous Paris, 22 mai 1980, *D.* 1982, IR p. 41.
- obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *D.* 1983, IR p. 89.

DAVERAT X.,

- obs. sous Cass. com., 5 novembre 1991, *D.* 1993, p. 63.

DECOCQ G.,

- obs. sous Cons. conc., déc. n° 05-D-16 du 26 avril 2005, *CCC*, juin 2005, comm. n° 107.
- obs. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *CCE*, octobre 2005, comm. n° 160.
- obs. sous CA Paris, 23 février 2010, *CCC*, avril 2010, comm. n° 103.

DECOCQ G. et LAQUIÈZE A.,

- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *JCP éd., E*, 2008, n° 10, p. 1314, chron., n^{os} 6 à 13.

DESURMONT T.,

- obs. sous TPICE, 10 juillet 1991, *RIDA*, janv. 1992.

EDELMAN B.,

- obs. sous CA Paris, 16 mai 1990, *JCP* 1990.I.3478.

FRANÇON A.,

- note sous Cass. crim., 30 octobre 1963, *D.* 1964, p. 678.
- note sous CJCE, 8 juin 1971, *RIDA* 1971, avril 1979, n° 100, p. 147 et s.
- obs. sous CJCE, 18 mars 1980, *RTD com.* 1980, chron. p. 339.
- obs. sous CJCE, 18 mars 1980, *RIDA*, juillet 1980, p. 156.
- obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *RTD com.* 1982.428.

- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *RIDA*, janvier 1983, p. 124.
- obs. sous CJCE, 6 octobre 1982, *RTD com.* 1982, p. 558.
- obs. sous TPICE, 10 juillet 1991, *RTD com.* 1992, p. 372.
- note sous Cass. com., 5 novembre 1991, *RIDA*, avril 1992, p. 179.
- obs. sous CJCE, 6 avril 1995, *RTD com.* 1995, p. 606.

GAVALDA C.,

- obs. sous CJCE, 10 janvier 1985, *RTD eur.* 1985, p. 180.

GAVALDA C. et PARLEANI G.,

- obs. sous TPICE, 18 septembre 2001, *JCP éd., E*, 2002, n° 1251, chron., n^{os} 27 et s.

GÉNY F.,

- note sous CA Paris, 20 novembre 1935, *S.* 1936. 2. 170.

GREFFE P.,

- note sous Cass. crim. 2 mai 1961, *D.* 1962, jurispr. p. 163.
- note sous CA Paris, 10 janvier 1977, *JCP* 1978. II. 18830.

GULMANN C.,

- concl. présentées le 1^{er} juin 1994 dans l'affaire *Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, « Magill », *Rec.* 1995, p. I-743.

HERMITTE M.-A.,

- obs. sous CJCE, 9 avril 1987, *JDI* 1988, p. 535.

IDOT L.,

- obs. sous CJCE, 26 novembre 1998, *Europe*, janvier 1999, comm. n° 30, p.18.
- obs. sous TPICE, 12 décembre 2000, *Europe* 2001, n° 62.
- obs. sous TPICE, 3 décembre 2003, *Europe*, mars 2004, comm. n° 84.
- obs. sous CJCE, 6 janvier 2004, *Europe*, mars 2004, comm. n° 84.
- obs. sous CJCE, 6 janvier 2004, *RDC* 2004, p. 289.
- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *Europe*, 2004, comm. n° 214.
- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *Europe*, octobre 2007, alerte n° 58.
- obs. sous CJCE, 11 décembre 2008, *Europe*, février 2009, comm. n° 93.

IDOT L. et BLAISE J.-B.,

- obs. sous Commission, 8 octobre 2002, *RTD eur.* 2005, p. 131, n° 221.

JACOBS F. G.,

- concl. jointes présentées le 26 mai 1987 dans les affaires *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395-87, et *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88 et 242/88, *Rec.* 1989, p. 2521.
- concl. présentées le 15 janvier 1991 dans l'affaire *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* 1991, p. I-1979.

JAZOTTES G., LUBY M. et POILLOT-PERUZZETTO S.,

- obs. sous CJCE, 26 novembre 1998, *RTD com.* 1999, p. 798.

KÉRÉVER A.,

- obs. sous CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, *RIDA*, octobre 1989, n° 142, p. 283.

KOKOTT J.,

- concl. présentées le 3 février dans les affaires jointes C-403/08, *Football Association Premier League Ltd e.a. c/ QC Leisure e.a.*, et C-429/08, et *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*, disponible sur <http://curia.europa.eu/>.

KOVAR A. et BURST J.-J.,

- note sous CA Lyon, 7 juin 1977, *JCP* 1978. II. 18954.

LAQUIÈZE A. et DECOCQ G.,

- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *JCP éd., E*, 2008, p. 1314, chron., n° 6 à 13.

LEMARCHAND S.,

- obs. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *Propr. intell.*, octobre 2005, n° 17, chron. p. 481

LEVASSEUR G.,

- note sous Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217.

LUBY M., JAZOTTES G. et POILLOT-PERUZZETTO S.,

- obs. sous CJCE, 26 novembre 1998, *RTD com.* 1999, p. 798.

LUCAS A.,

- note sous Cass. com., 4 décembre 2001, *Propr. intell.*, avril 2002, n° 3, p. 62, n° 7.
- obs. sous Cass. com., 29 janvier 2002, *Propr. intell.* 2002, n° 4, p. 60.
- note sous CE, 29 juillet 2002, *Propr. intell.*, janvier 2003, n° 6.

MALAUURIE-VIGNAL M.,

- obs. sous CA Paris, 30 juin 1998, *CCC*, décembre 1998, comm. n° 162, p. 11.
- obs. sous Cass. com., 4 décembre 2001, *CCC*, mars 2002, p. 22, comm. n° 46.
- obs. sous Cass. com., 29 janvier 2002, *CCC* 2002, comm. n° 93.

MAYRAS H.,

- concl. présentées le 12 février 1974 dans l'affaire *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127/73, « BRT-II », *Rec.* 1974, p. 313.

PARLEANI G.,

- obs. sous TPICE, 3 décembre 2003, *JCP éd., E*, 2004, p. 1730.

PARLEANI G. et GAVALDA C.,

- obs. sous TPICE, 18 septembre 2001, *JCP éd., E*, 2002, n° 1251, chron., n° 27 et s.

PLAISANT R.,

- obs. sous CJCE, 18 mars 1980, *D.* 1980, p. 597.

- obs. sous CJCE, 8 juin 1982, *D.* 1984, jur., p. 129.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *JCP* 1983. II. 20054.

POILLOT-PERUZZETO S.,

- obs. sous CJCE, 26 novembre 1998, *CCC*, mars 1999, comm. n° 43, p.16.
- obs sous TPICE, 18 septembre 2001, *RTD com.* 2002, chron., p. 391 et 392,
- obs. sous Commission, 8 octobre 2002, *CCC*, août 2003, comm. n° 131.
- obs. sous TPICE, 3 décembre 2003, *CCC* 2004, comm. n° 27.

POILLOT-PERUZZETTO S., JAZOTTES G. et LUBY M.,

- obs. sous CJCE, 26 novembre 1998, *RTD com.* 1999, p. 798.

POLLAUD-DULIAN F.,

- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *RTD com.* 2004, p. 491.
- obs. sous Cons. conc., déc. n° 05-D-16 du 26 avril 2005, *RTD com.* 2005, p. 731.
- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *RTD com.* 2007, p. 715.

PRIETO C.,

- obs. sous CJCE, 6 janvier 2004, *JDI* 2004, chron. p. 616.
- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *Concurrences*, 2007, n° 4, p. 78.
- obs. sous TPICE, 3 décembre 2003, *JDI* 2004, chron., p. 616.

ROEMER K.,

- concl. présentées le 28 avril 1971 dans l'affaire *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contre Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70., *Rec.* 1971, p. 503.

SARDAIN F.,

- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *D.* 2004, p. 2366.
- obs. sous TPICE, 17 septembre 2007, *JCP éd.*, *E* 2009, p. 1108.

SÉLINSKY V.,

- obs. sous CA Paris, 31 janvier 2006, *RLC*, avril-juin 2006, n° 7, p. 16.

SIRINELLI P.,

- obs. sous CA Riom, 14 mai 2003, *D.* 2003. 2754.

TIZZANO A.,

- concl. présentées le 2 octobre 2003 dans l'affaire *IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* 2004, p. I-5039.

TRSTENJAK V.,

- concl. présentées le 11 septembre 2008 dans l'affaire *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB contre Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, aff. C-52/07, *Rec.* 2008, p. I-9275.

VATINET R.,

- note sous Cass. soc., 23 janvier 1990, *Rev. sociétés*, 1990, p. 144

VILMART C.,

- obs. sous CJCE, 6 janvier 2004, *JCP éd.*, *E*, 2004, p. 752.

VINCENT,

- note sous CA Paris, 5 mars 1987, *JCP E* 1987. II. 14931.

VOGEL L.,

- obs. sous TPICE, 10 juillet 1991, *CCC* 1991, comm. n° 241.
- obs. sous CE, 8 novembre 1996, *CCC* 1995, comm. n° 206.
- obs. sous CJCE, 16 novembre 1996, *CCC* 1995, comm. n° 206.

VOGEL L. et BOUTARD-LABARDE M.-C.,

- obs. sous CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, *JCP* 1990. II. 21437.

ZOLYNSKI C.,

- obs. sous CJCE, 29 avril 2004, *Rev. aff. eur.*, 2003-2004, n° 3, p. 463.

VI. JURISPRUDENCE

1. Jurisprudence interne

1.1. Décisions des juridictions internes

- **Cour de cassation**

Ass. plén., 7 mars 1986, *Babolat c/ Pachot*, pourvoi n° 83-10.477.

Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *D.* 1983, IR p. 89.

Cass. civ. 1^{re}, 30 janvier 1985, *Éditions Cheminements et autre c/ M. d'Orange*, *Bull. civ.* I, n° 45.

Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1985, pourvoi n° 83-15.527, *Bull. civ.* I, n° 116.

Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1987, pourvoi n° 85-15.353, *Bull. civ.* I, n° 89.

Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, *RIDA* avril 1988, p. 139.

Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 1988, pourvoi n° 86-16.063, *Bull. civ.* I, n° 88.

Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.139, *Bull. civ.*, I, n° 37.

Cass. civ. 1^{re}, 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-15.441, *Bull. civ.*, I, n° 38.

Cass. civ. 1^{re}, 19 février 1991, *Bull. civ.* I, n° 67.

Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1992, pourvoi n° 90-17.012, inédit.

Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1993, *Bull. civ.* I, n° 361.

Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1997, *Bull. civ.*, I, n° 55.

Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *JCP E* 2003. 278.

Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004, pourvoi n° 00-15.765, inédit.

Cass. civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-20.334, inédit.

Cass. civ. 2^e, 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217.

Cass. com., 5 novembre 1991, pourvois n° 90-11.565 et 90-11.811, *Bull. civ.* IV, n° 333.
 Cass. com., 15 juillet 1992, pourvoi n° 89-20.234, *Bull. civ.*, IV., n° 274.
 Cass. com., 24 janvier 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 20.
 Cass. com., 12 janvier 1999, n° 97-13.125, *Zannier*, *Bull. civ.*, IV, n° 9.
 Cass. com., 24 octobre 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 163.
 Cass. com., 4 décembre 2001, *Sté France Télécom c/ Sté Lectiel et al.*, *JCP* 2002.IV.1122.
 Cass. com., 15 janvier 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 15.
 Cass. com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-15.334, *Société Karcol c/ Société EMI France*, inédit
 Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 01-12.477, *Bull. civ.*, IV, n° 3.
 Cass. com., 12 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.388, *Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne*.

Cass. crim., 2 mai 1961, *D.* 1962, jurisp. p. 163.
 Cass. crim., 30 octobre 1963, *D.* 1964, p. 678.
 Cass. crim., 9 octobre 1974, *D.* 1974, IR, p. 228.
 Cass. crim. 25 janvier 1990, pourvoi n° 86-96.080, *Bull. crim.*, n° 46.
 Cass. crim. 7 octobre 1998, pourvoi n° 97-83.243, *Bull. crim.*, n° 248.
 Cass. soc., 23 janvier 1990, *Rev. sociétés*, 1990, p. 144.

- **Conseil d'État**

CE, 29 juillet 2002, req. n° 200886, *Propr. intell.*, janvier 2003, n° 6.
 CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, *CCC* 1995, comm. n° 206.

- **Cours d'appel**

CA Paris, 20 novembre 1935, *S.* 1936. 2. 170.
 CA Paris, 10 janvier 1977, *JCP* 1978. II. 18830.
 CA Paris, 22 mai 1980, *D.* 1982, IR p. 41.
 CA Paris, 5 mars 1987, *JCP E* 1987. II. 14931.
 CA Paris, 16 mai 1990, *JCP* 1990.I.3478.
 CA Paris, 1^{re} ch., 19 mai 1998, *BOCCRF*, 18 juin 1998.
 CA Paris, 30 juin 1998, *S.A.R.L. Héli-Inter Assistance*, *BOCCRF*, 16 juillet 1998, p. 396.
 CA Paris, 1^{re} ch., 15 juin 1999, *Canal Plus et TPS*, *BOCCRF*, 25 août 1999.
 CA Paris, 29 février 2000, 1^{ère} ch., section H, *BOCCRF* n° 4 du 31 mars 2000.
 CA Paris, 31 janvier 2006, *RLC*, avril-juin 2006, n° 7, p. 16.
 CA Paris, 23 février 2010, *Société Expedia Inc. et Sté Karavel SAS*, *Juris-Data* n° 2010-051822.
 CA Amiens, 4 mai 1962, *JCP* 1962. II. 12821.
 CA Lyon, 7 juin 1977, *JCP* 1978. II. 18954.
 CA Riom, 14 mai 2003, *CCE* 2003, comm. n° 117.

- **Juridictions du premier degré**

T. corr. Seine, 2 févr. 1912, *Ann. propr. ind.*, 1912, p. 290.

- **Juridictions étrangères**

Tribunal civil de Bruxelles, 30 octobre 1975, *Time Limit*, RIDA 1975, n° 92, p. 130.

Cour d'appel de Bruxelles, 2^e chambre civile, 26 octobre 1978, *Time Limit*, RIDA, avril 1979, n° 100, p. 198.

1.2. Décisions de l'autorité française de concurrence

- **Conseil de la concurrence**

Cons. conc., déc. n° 88-D-37 du 11 octobre 1988, *Groupement des cartes bancaires « CB »*, Rapp. 1988, p. 85

Cons. conc., déc. n° 88-D-80 du 3 mai 1988 *relative à des pratiques relevées sur le marché du sel*.

Cons. conc., déc. n° 89-D-36 du 7 novembre 1989, *Marché des prothèses dentaires*, BOCCRF, 1^{er} décembre 1989, p. 295, Rapp. 1989, p. 123.

Cons. conc., déc. n° 91-D-43 du 22 octobre 1991, *Honoraires des chirurgiens exerçant dans les cliniques privées du département du Lot-et-Garonne*, BOCCRF, 26 novembre 1991, p. 319.

Cons. conc., avis n° 93-1-05 du 20 avril 1993, non publié.

Cons. conc., déc. n° 95-D-76 du 29 novembre 1995, *Pratiques constatées à l'occasion de marché de grands travaux dans le secteur du génie civil*, BOCCRF, 15 mai 1996, p. 174.

Cons. conc., déc. n° 96-D-51 du 3 septembre 1996, *S.A.R.L. Héli-Inter Assistance*, BOCCRF, 8 janvier 1997.

Cons. conc., avis n° 98-A-07 du 19 mai 1998, *relatif à une demande d'avis sur l'application des règles de concurrence, tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 98-D-70 du 24 novembre 1998 *relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 99-D-34 du 8 juin 1999 *relative aux pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 99-D-41 du 22 juin 1999, *relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie*, BOCCRF, 14 octobre 1999, p. 566.

Cons. conc., décision n° 00-D-27 du 13 juin 2000 *relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 00-D-35 du 26 septembre 2000, *relative à des pratiques relevées sur le marché des appareils de nettoyage à vapeur*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 *relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public*, BOCCRF, 30 décembre 2000.

Cons. conc., déc. n° 00-D-50 du 5 mars 2001 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 02-D-69 du 26 novembre 2002 *relatives aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 *relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc. , déc. n° 04-D-07 du 11 mars 2004, *Pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*, BOCCRF, 4 mai 2004.

Cons. conc., déc. n° 04-D-13 du 8 avril 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 04-D-27 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux pratiques de certaines chaînes de télévision à l'égard de producteurs d'œuvres audiovisuelles*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 04-D-76 du 22 décembre 2004, *Digitechnic*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 05-D-27 du 15 juin 2005 *relative à des pratiques relevées dans le secteur du thon blanc*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., avis n° 06-A-07 du 22 mars 2006 *relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des modalités de fonctionnement de la filière du commerce équitable en France*.

Cons. conc., avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 *relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., décision n° 07-D-14 du 2 mai 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, concessionnaire des remontées mécaniques sur la station de ski de Pra-Loup*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., avis n° 07-A-09 du 2 août 2007 *relatif à la prise de contrôle conjoint de la société Delaroche par la société L'Est Républicain et la Banque Fédérative*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., déc. n° 08-D-04 du 25 février 2008 *relative à des pratiques mises en œuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP)*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Cons. conc., décision n° 09-D-04 du 27 janvier 2009 *relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse ligne*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

Autorité conc., avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 *sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne*, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/>.

- **Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie**

Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, lettre C2007-21 du 11 avril 2007, au conseil de la société Banque Fédérative du Crédit Mutuel, *relative à une concentration dans le secteur de l'édition*, BOCCRF n° 4 bis du 27 avril 2007.

2. Jurisprudence européenne

2.1. Cour de justice des Communautés européennes – Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c/ Haute Autorité*, aff. jointes 42/59 et 49/59, *Rec.* p. 103.
- CJCE, 13 juillet 1962, *Klöckner-Werke A.G. et Hoesch A.G. c/ Haute Autorité*, aff. jointes 17/61 et 20/61, *Rec.* p. 615.
- CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann A.G. c/ Haute Autorité*, aff. 19/61, *Rec.* p. 675.
- CJCE, 13 juillet 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.* p. 429.
- CJCE, 13 juillet 1966, *Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la CEE*, aff. 32/65, *Rec.* p. 563.
- CJCE, 29 février 1968, *Parke, Davis and Co. c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24-67, *Rec.* p. 81.
- CJCE, 9 juillet 1969, *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, aff. 5/69, *Rec.* p. 295.
- CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV c/ Commission*, aff. 41-69, *Rec.* p. 661.
- CJCE, 18 février 1971, *Sirena S.r.l. c/ Eda S.r.l. et autres*, aff. 40-70, *Rec.* p. 69.
- CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c/ Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 78-70, *Rec.* p. 487.
- CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, aff. 22-71, *Rec.* p. 949.
- CJCE, 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Commission*, aff. 48/69, affaire dite « des matières colorantes », *Rec.* p. 619.
- CJCE, 27 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contre SV SABAM et NV Fonior*, aff. 127-73, « BRT-II » *Rec.* p. 313.
- CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Sterling Drug Inc.*, aff. 15/74, *Rec.* p. 1147.
- CJCE, 31 octobre 1974, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper c/ Winthrop BV*, aff. 16/74, *Rec.* p. 1183.
- CJCE, 30 avril 1974, *Giuseppe Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409.
- CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch contre Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. 36/74, *Rec.* p. 1405.
- CJCE, 1^{er} octobre 1975, *Van Vliet Kwasten- en Ladderfabriek NV c/ Fratelli Dalle Crode*, aff. 25/75, *Rec.* p. 1103.
- CJCE, 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c/ Commission*, aff. 26/75, point 12, *Rec.* p. 1367.
- CJCE, 22 juin 1976, *Société Terrapin (Overseas) Ltd. c/ Société Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, aff. 119/75, *Rec.* p. 1039.
- CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. 26/76, *Rec.* p. 1875.
- CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c/ Commission*, « Bananes Chiquita », aff. 27/76, *Rec.*, p. 207.
- CJCE, 23 mai 1978, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, aff. 102/77, *Rec.* p. 1139.

- CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, Rec. p. 461.
- CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, Rec. p. I-649.
- CJCE, 18 mars 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, et autres c/ Ciné Vog Films et autres*, « Coditel I » aff. 62/79, Rec. p. 881.
- CJCE, 20 janvier 1981, *Musik-Vertrieb Membran GmbH et K-tel International c/ GEMA - Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*, aff. jointes 55/80 et 57/80, Rec. p. 147.
- CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c/ A/S Imerco*, aff. 58/80, Rec. p. 181.
- CJCE, 14 juillet 1981, *Merck & Co. Inc. contre Stephar BV et Petrus Stephanus*, aff. 187/80, Rec. p. 2063.
- CJCE, 8 juin 1982, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele c/ Commission*, aff. 258/78, Rec. p. 2015.
- CJCE, 6 octobre 1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, et autres c/ Ciné-Vog Films SA et autres*, aff. 262/81, « Coditel II », Rec. p. 3381.
- CJCE, 2 mars 1983, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) c/ Commission*, aff. 7/82, Rec. p. 483.
- CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, Rec. p. 3461.
- CJCE, 17 janvier 1984, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, et Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c/ Commission*, aff. jointes 43/82 et 63/82, Rec. p. 19.
- CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact dell Dott. Ing. Mario Andrealli & C. Sas.*, aff. 170/83, Rec. p. 2999.
- CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c/ SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 229/83, Rec. p. 1.
- CJCE, 9 juillet 1985, *Pharmon BV c/ Hoechst AG*, aff. 19/84, Rec. p. 2281.
- CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, Rec. p. 2605.
- CJCE, 17 septembre 1985, *Ford - Werke AG et Ford of Europe Inc. c/ Commission*, aff. jointes 25/84 et 26/84, Rec. p. 2725.
- CJCE, 3 octobre 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) c/ SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) et SA Information publicité Benelux (IPB)*, aff. 311/84, Rec. p. 3261.
- CJCE, 9 avril 1987, *G. Basset c/ Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)*, aff. 402/85, Rec. p. 1747.
- CJCE, 19 avril 1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery contre Société coopérative La Hesbignonne*, aff. 27/87, Rec. p. 1919.
- CJCE, 17 mai 1988, *Warner Brothers Inc. et Metronome Video ApS c/ Erik Viuff Christiansen*, aff. 158/86, Rec. p. 2605.
- CJCE, 5 octobre 1988, *AB Volvo c/ Erik Veng (UK) Ltd.*, aff. 238/87, Rec. p. 6211.
- CJCE, 24 janvier 1989, *EMI Electrola GmbH c/ Patricia Im- und Export et autres*, aff. 341/87, Rec. p. 79.
- CJCE, 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, aff. 66/86, Rec. p. 803.
- CJCE, 13 juillet 1989, *François Lucazeau et autres c/ Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique (SACEM) et autres*, aff. jointes 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. p. 2811.
- CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö et autres c/ Commission*, aff. jointes C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, « Pâte de bois I », Rec. p. 5193.

CJCE, 13 juillet 1989, *Ministère public c/ Jean-Louis Tournier*, aff. 395/87, *Rec.* p. 2521.

CJCE, 11 janvier 1990, *Sandoz prodotti farmaceutici SpA c/ Commission*, aff. C-277/87, *Rec.* p. I-45.

CJCE, 17 octobre 1990, *SA CNL-SUCAL NV c/ HAG GF AG («Hag II»)*, aff. C-10/89, *Rec.* p. I-3711.

CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979.

CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV c/ Commission*, aff. C-62/86, *Rec.* p. I-3359.

CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet c/ Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, *Rec.* p. I-637.

CJCE, 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres contre Commission*, aff. jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85 *Rec.* p. I-1307.

CJCE, 20 octobre 1993, *Phil Collins contre Imtrat Handelsgesellschaft mbH et Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH et Leif Emanuel Kraul contre EMI Electrola GmbH*, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.* p. I-5145.

CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* p. I-43.

CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.* p. I-743.

CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, aff. C-244/94, *Rec.*, p. I-4013.

CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec.* p. I-5951.

CJCE, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, aff. C-343/95, *Rec.* p. I-1547.

CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/ République italienne*, aff. C-158/94, *Rec.* p. I-5789.

CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ République italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-3851.

CJCE, 16 juillet 1998, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG contre Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, aff. C-355/96, *Rec.* p. I-4799.

CJCE, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c/ Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, aff. C-7/97, *Rec.* p. I-7791.

CJCE, 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c/ Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, *Rec.* p. I-8089

CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas c/ Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, aff. C-128/00, *Rec.* p. I-691.

CJCE, 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, aff. C-309/99, *Rec.* p. I-1577.

CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. C-82/01 P, *Rec.* p. I-9297.

CJCE, 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission c/ Bayer AG*, aff. jointes C-2/01 P et C-3/01 P, *Rec.* p. I-23.

CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c/ NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, *Rec.* p. I-5039.

CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato et Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, aff. C-222/04, *Rec.*, p. I-289.

CJCE, 13 juillet 2006, *Commission c/ Volkswagen AG*, aff. C-74/04 P, *Rec.* p. I-6585.

CJCE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c/ Commission*, aff. C-519/04 P, *Rec.* p. I-6991.

- CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c/ Elliniko Dimosio*, aff. C-49/07, *Rec. p.* I-4863.
- CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/ Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, aff. C-52/07, *Rec. p.* I-9275.
- CJCE, 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission des Communautés européennes et Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, aff. C-113/07 P, *Rec. p.* I-2207.
- CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom SA c/ Commission*, aff. C-202/07 P, *Rec. p.* I-2369.
- CJCE, 15 octobre 2009, *Audiolux SA e.a c/ Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) e.a. et Bertelsmann AG e.a.*, aff. C-101/08, *Rec. p.* I-9823.
- CJCE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, *Rec. p.* I-6569.
- CJUE, 29 juin 2010, *Commission c/ Alrosa Company Ltd.*, aff. C-441/07 P, *Rec. p.* I-5949.
- CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, non encore publié au *Recueil*, disponible sur <http://curia.europa.eu/>.

2.2. Tribunal de première instance des Communautés européennes – Tribunal de première instance de l’Union européenne

- TPICE, 10 juillet 1991, *British Broadcasting Corporation et BBC Enterprises Ltd c/ Commission*, aff. T-70/89, *Rec. p.* II-535.
- TPICE, 10 juillet 1991, *Independent Television Publications Ltd c/ Commission*, aff. T-76/89, *Rec. p.* II-575.
- TPICE, 10 juillet 1991, *Radio Telefis Eireann c/ Commission*, aff. T-69/89, *Rec. p.* II-485.
- TPICE, 12 décembre 1991, *Hilti AG c/ Commission*, aff. T-30/89, *Rec. p.* II-1439.
- TPICE, 9 juillet 1992, *Publishers Association c/ Commission*, aff. T-66/89, *Rec. p.* II-1995.
- TPICE, 24 janvier 1995, *Bureau européen des médias de l'industrie musicale c/ Commission*, aff. T-114/92, « *BEMIM* », *Rec. p.* II-147.
- TPICE, 24 janvier 1995, *Roger Tremblay et François Lucazeau et Harry Kestenberg c/ Commission*, aff. T-5/93, « *Tremblay* », *Rec. p.* II-185.
- TPICE, 12 juin 1997, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission*, aff. T-504/93, *Rec. p.* II-923.
- TPICE, 16 décembre 1999, *Micro Leader Business c/ Commission*, aff. T-198/98, *Rec. p.* II-3989.
- TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, *Rec. p.* II-3929.
- TPICE, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c/ Commission*, aff. T-112/99, *Rec. p.* II-2459.
- TPICE, 3 décembre 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff. T-208/01, *Rec. p.* II-5141.
- TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line AB et autres c/ Commission*, aff. jointes T-191/98, T-212-98 à T-214/98, *Rec. p.* II-3275.
- TPICE, 2 mai 2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG c/ Commission*, aff. T-328/03, *Rec. p.* II-1231.
- TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201-04, *Rec. p.* II-3601.

2.3. Commission européenne

- Commission technique des ententes, Avis du 8 octobre 1955, *Industrie du magnésium*.
- Commission, 2 juin 1971, déc. n° 71/224/CEE, aff. IV/26.270, *GEMA*, dite « *GEMA I* », *JOCE* n° L 134 du 20 juin 1971, p. 15.
- Commission, 6 juillet 1972, déc. n° 72/268/CEE, aff. IV/26.760, *GEMA*, dite « *GEMA II* », *JOCE* n° L 166 du 24 juillet 1972, p. 22.
- Commission, 22 décembre 1972, déc. n° 72/480/CEE, aff. IV/26.992, *WEA-Filipacchi Music SA*, *JOCE* n° L 303 du 31 décembre 1972, p. 52.
- Commission, 2 décembre 1975, déc. n° 76/29/CEE, aff. IV/26.949, *AIOP/Beyrard*, *JOCE* n° L 6 du 13 janvier 1976, p. 8.
- Commission, 26 juillet 1976, déc. n° 76/743/CEE, aff. IV/28.996, *Reuter/BASF*, *JOCE* n° L 254 du 17 septembre 1976, p. 40.
- Commission, 1^{er} décembre 1976, déc. n° 76/915/CEE, aff. IV/29.018, *Miller International Schallplatten GmbH*, *JOCE* n° L 357 du 29 décembre 1976, p. 40.
- Commission, 26 mai 1978, déc. n° 78/516/CEE, aff. IV/29.559, *RAI/UNITEL*, *JOCE* n° L 157 du 15 juin 1978, p. 39.
- Commission, 21 septembre 1978, déc. n° IV/28.824, aff. IV/28.824, *Semences de maïs*, *JOCE* n° L 286 du 12 octobre 1978, p. 23.
- Commission, 10 janvier 1979, déc. n° 79/86/CEE, aff. IV/C-29.290, *Vaessen/Moris*, *JOCE* n° L 19 du 26 janvier 1979, p. 32.
- Commission, 17 novembre 1981, déc. n° 82/71/CEE, aff. IV/29.972, *Langenscheidt-Hachette*, *JOCE* n° L 39 du 11 février 1982, p. 25.
- Commission, 4 décembre 1981, déc. n° 81/1030/CEE, aff. IV/29.839, *GVL*, *JOCE* n° L 370 du 28 décembre 1981, p. 49.
- Commission, 21 décembre 1988, déc. n° 89/205/CEE, aff. IV/31.851, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE*, *JOCE* n° L 78 du 21 mars 1989, p. 43.
- Commission, 15 septembre 1989, déc. n° 89/536/CEE, aff. IV/31.734, *Achat de films par les stations allemandes de télévision*, *JOCE* n° L 284 du 3 octobre 1989, p. 36.
- Commission, 19 février 1991, déc. n° 91/130/CEE, aff. IV/32.524, *Screensport / Membres de l'UER*, *JOCE* n° L 63 du 9 mars 1991, p. 32.
- Commission, 30 juin 1993, déc. n° 93/438/CEE, aff. IV/33.407, *CNSD*, *JOCE* n° L 203 du 13 août 1993, p. 27.
- Commission, 21 décembre 1993, déc. n° 94/19/CE, n° IV/34.689, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, *JOCE* n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8.
- Commission, 29 avril 1994, déc. n° 94/296/CE, aff. IV/34.456, *Stichting Baksteen*, *JOCE* n° L 131 du 26 mai 1994, p. 15.
- Commission, 14 janvier 1998, déc. n° 98/190/CE, aff. IV/34.801, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, *JOCE* n° L 72 du 11 mars 1998, p. 30.
- Commission, 24 janvier 1999, déc. n° 2000/465/CE, aff. IV.F.1/36.718, *CECED*, *JOCE* n° L 187 du 26 juillet 2000, p. 47.
- Commission, 20 juillet 1999, déc. n° 2000/12/CE, aff. IV/36.888, *Coupe du monde de football 1998*, *JOCE* n° L 5 du 8 janvier 2000, p. 55.
- Commission, 3 juillet 2001, déc. n° 2002/165/CE, aff. COMP D3/38.044, *NDC Health c/ IMS HEALTH*, *JOCE* n° L 59 du 28 février 2002, p. 18.
- Commission, 12 août 2002, *Banghalter et de Homem Christo c/ SACEM*, aff. COMP/C2/37.219, décision dite « *Daft Punk* », disponible sur http://ec.europa.eu/competition/index_en.html/.

- Commission, 8 octobre 2002, déc. n° 2003/300/CE, aff. COMP/CE/38.014, *IFPI « Simulcast »*, *JOUE* n° L 107 du 30 avril 2003, p. 58.
- Commission, 2 avril 2003, déc. n° 2004/311/CE, aff. COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiù*, *JOUE* n° L 110 du 16 avril 2004, p. 73.
- Commission, 7 janvier 2004, déc. 2004/422/CE, aff. n° COMP/M.2978, *Lagardère, Natexis, VUP*, *JOUE* n° L 125 du 28 avril 2004, p. 54.
- Commission, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, disponible sur le site de la Commission européenne (http://ec.europa.eu/competition/index_en.html/) ; résumé publié au *JOUE* n° L 32 du 6 février 2007, p. 23.
- Commission, 16 juillet 2008, aff. n° COMP/C2/38.698, *CISAC*, disponible sur le site de la Commission européenne (http://ec.europa.eu/competition/index_en.html/) ; résumé publié au *JOUE* n° C 323 du 18 décembre 2008, p. 12.

3. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 4^e sect., 29 janvier 2008, n° 19247/03, *Balan c/ Moldavie*, disponible sur <http://www.echr.coe.int/>.
- CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.

VII. RAPPORTS, SYNTHÈSES ET COLLOQUES

1. Rapports

- CALAIS-AULOY J., *Propositions pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990.
- COHEN E. et HENRY C., « Service public. Secteur public », Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, 1997, p. 9.
- CURIEN N. et MUET P.-A., « La société de l'information », Rapport du Conseil d'analyse économique, avril 2004, La documentation française, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>.
- C.S.P.L.A., Rapport de la commission spécialisée portant sur la loi applicable en matière de propriété littéraire et artistique, disponible sur <http://www.cspla.culture.gouv.fr/>.
- DGCCRF, « L'efficacité des décisions en droit de la concurrence », Colloque du 7 juin 2000, *Petites affiches*, 28 décembre 2000 (numéro spécial).
- HAGELSTEEN M.-D., « La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente », Rapport remis à Christine Lagarde, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, et à Luc Chatel, Secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme, 12 février 2008. Disponible sur <http://www.pme.gouv.fr/> et sur <http://ladocumentationfrancaise.fr/>.
- LÉVY M. et JOUYET J.-P., « L'économie de l'immatériel, la croissance de demain », Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, décembre 2006, disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>.
- PERROT A., LECLERC J.-P. et VÉROT C., *Cinéma et concurrence*, Rapport remis au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et au ministre de la culture et de la communication, mars 2008. Disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>.
- Parlement européen, Rapport A5-0478/2003 du 11 décembre 2003 sur un cadre communautaire pour les sociétés de gestion collective du droit d'auteur (2002/2274(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>.

Sénat, *La gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins*, Les Documents de travail du Sénat, Série Législation comparée, n° LC 30, novembre 1997.

2. Tables rondes et synthèses de l'OCDE

OCDE, « Barriers to entry », Policy Roundtables 2005, DAF/COMP(2005)42, mars 2006, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

OCDE, « Competition on the merits », Policy roundtables 2005, DAF/COMP(2005)27, mars 2006, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

OCDE, « Concurrence et barrières à l'entrée », Synthèse de février 2007, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

OCDE, « Qu'est-ce que la concurrence par les mérites », Synthèse d'octobre 2006, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

OCDE, « Refusals to deal », Policy Roundtables, 2009, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

OCDE, *Intellectual Property Rights*, Competition Policy Roundtable DAF/COMP(2004)24, janvier 2005, disponible sur <http://www.oecd.org/>.

3. Rapports de l'autorité de concurrence française

Comm. conc., *Rapport pour l'année 1980*, Direction des journaux officiels, 1981.

Cons. conc., *Huitième rapport d'activité. Année 1994*, Direction des journaux officiels, 1995.

Cons. conc., *Dixième rapport d'activité. Année 1996*, Direction des journaux officiels, 1997.

Cons. conc., *Rapport annuel 2001*, Direction des journaux officiels, 2002. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., *Rapport annuel 2004*, La documentation française, 2005. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Cons. conc., *Rapport annuel 2006*, La documentation française, 2007. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Autorité conc., *Rapport annuel 2008*, La documentation française, 2009. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Autorité conc., *Rapport annuel 2009*, La documentation française, 2010. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

Autorité conc., *Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011. Également disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/>.

4. Rapports de l'autorité de concurrence communautaire ou européenne

Commission, *Sixième Rapport sur la politique de concurrence*, 1976, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1977.

Commission, *Neuvième Rapport sur la politique de concurrence*, 1979, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1980.

Commission, *Treizième Rapport sur la politique de concurrence*, 1983, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1984.

Commission européenne, Direction générale IV - Concurrence, *L'application des articles 85 et 86 de Traitée CE par les juridictions nationales des États membres*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1997.

5. Colloques et conférences

- Droit de la concurrence et propriété intellectuelle*, Ateliers de la concurrence du 10 décembre 2003, *Rev. conc. cons.* juillet-août-septembre 2004, n° 139, p. 17. Également disponible sur <http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/>.
- Europe, Service public et concurrence. Réflexions et suggestions sur le livre vert*, Actes du colloque AJE-AFEC du 13 mai 2004, *Petites affiches*, 30 novembre 2004, n° 239, p. 6.
- L'efficacité de la politique de la concurrence*, Colloque du 13 février 2002 organisé à l'occasion du 15^e anniversaire du Conseil de la concurrence, *Gaz. Pal.*, 29-30 janvier 2003.
- Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, Colloque de Sciences Po du 22 mai 2003, *Dr. et patr.*, octobre 2003, n° 119.
- Sciences juridiques de l'économie ? Un défi pour les économistes et les juristes européens*, Colloque du 23 mars 2001, Paris, La Sorbonne, disponible sur <http://ladef.univ-paris1.fr/>.
- Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle*, Actes du colloque de Lausanne, Librairie Droz, Genève, 1996.
- L'année 2005 et le droit de la concurrence*, Colloque du 2 février 2006 organisé par l'Association française d'étude de la concurrence (AFEC) et la Cour de cassation, *Droit In-Situ*, 2007.
- L'importance économique du droit d'auteur. Problèmes posés par la distribution d'exemplaires d'œuvres protégées par le droit d'auteur*, ALAI, Journées d'étude (Munich, 6 et 7 octobre 1988), ALAI, 1989, p. 61.
- Le droit moral de l'auteur*, congrès d'Anvers, 19-24 septembre 1993, A.L.A.I., 1994.
- Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, Colloque de l'Université Paris I du 29 avril 2004, *Petites affiches*, 20 janvier 2005.
- Actualités 2006 en droit de la concurrence*, Conférence de l'AFEC du 8 février 2007, <http://www.afec.asso.fr/>.

VIII. DOCUMENTS OFFICIELS

1. Communications de la Commission européenne

- Communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* n° C 372 du 9 décembre 1997, p. 5.
- Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1.
- Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale, *JOCE* n° C 3 du 6 janvier 2001, p. 2.
- Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), *JOCE* n° C 368 du 22 décembre 2001, p. 13.
- Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, *JOUE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 2.
- Communication de la Commission – Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 81.
- Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOCE* n° C 101 du 27 avril 2004, p. 97.

Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'évictions abusives des entreprises en position dominante, *JOUE* n° C 45 du 24 février 2009, p. 7.

Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C 130 du 19 mai 2010, p. 1.

Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOCE* n° C 11 du 14 janvier 2011, p. 1.

2. Communiqués

Autorité conc., Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, disponible sur <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

Commission, « La Commission menace Microsoft de nouvelles sanctions pour pratique de prix excessifs en l'absence d'innovations significatives dans les informations sur l'interopérabilité », communiqué du 1^{er} mars 2007, IP/07/269, disponible sur <http://europa.eu/rapid/>.

Commission, « La Commission veille au respect de la décision adoptée en 2004 à l'encontre de Microsoft », communiqué du 22 octobre 2007, IP/07/1567, disponible sur <http://europa.eu/rapid/>.

3. Divers

Commission, Communication n° 2005/C 200/05 publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil dans les affaires *BUMA* (COMP/C2/39152) et *SABAM* (COMP/C2/39151) (*Accord de Santiago* — COMP/C2/38126), *JOUE* n° C 200 du 17 août 2005.

Question parlementaire du 10 juin 2010, et réponse de M. Almunia du 2 septembre 2010, « S.I.A.E. e concorrenza », P-4272/2010. Disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/>.

Recommandation n° 2005/737/CE de la Commission du 18 octobre 2005 *relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique*, *JOUE* n° L 276 du 21 octobre 2005, p. 54.

Résolution du Parlement européen du 25 septembre 2008 *sur la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne*, *JOUE* n° C 8 E du 14 janvier 2008, p. 105.

XIX. SITES INTERNET

http://curia.europa.eu/	Cour de justice et Tribunal de première instance de l'Union européenne
http://ec.europa.eu/	Commission européenne
http://ec.europa.eu/competition/	Commission européenne – DG concurrence
http://ec.europa.eu/internal_market/	Commission européenne – DG Marché intérieur et services
http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/	Commission européenne – DG Marché intérieur et services – Droit d'auteur et droits voisins
http://eur-lex.europa.eu/	EUR-Lex - L'accès au droit de l'Union européenne
http://europa.eu/	EUROPA – Le portail de l'Union européenne
http://europa.eu/rapid/	EUROPA – Communiqués de presse
http://gallica.bnf.fr/	Gallica – Bibliothèque numérique de la BNF
http://ladef.univ-paris1.fr/	Laboratoire de droit économique francophone (LADEF)
http://www.afec.asso.fr/	AFEC – Association française d'étude de la concurrence
http://www.assemblee-nationale.fr/	Assemblée nationale
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/	Autorité de la concurrence
http://www.coleurope.eu/	Collège d'Europe
http://www.college-de-france.fr/	Collège de France
http://www.courdecassation.fr/	Cour de cassation
http://www.cspla.culture.gouv.fr/	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
http://www.echr.coe.int/	Cour européenne des droits de l'homme
http://www.economie.gouv.fr/	Ministère de l'économie, des finances, et de l'industrie
http://www.economie.gouv.fr/dgccrf	Ministère de l'économie, des finances, et de l'industrie – Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)
http://www.europarl.europa.eu/	Parlement européen
http://www.gesac.org/	Groupe européen des sociétés d'auteurs et compositeurs (GESAC)
http://www.glose.org/	GLOSE
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/	La documentation française
http://www.legifrance.gouv.fr/	Légifrance
http://www.oecd.org/	OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques
http://www.pme.gouv.fr/	Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie – pme.gouv.fr
http://www.sacem.fr/	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
http://www.senat.fr/	Sénat
http://www.wipo.int/	Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI)
http://www.wto.org/	Organisation mondiale du commerce (OMC)

INDEX DES MATIÈRES

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

Abus de position dominante : 304 et s.

- barrières à l'entrée : 340
- conditions discriminatoires : 305, 395 et s., 425 et s.
- conditions inéquitables : 305, 381 et s., 405 et s.
- gains d'efficacités : 363
- gestion collective du droit d'auteur : 379 et s.
- infrastructures essentielles : v. ce mot
- position dominante : v. ce mot
- prix excessif : 409
- refus de fourniture : 353
- refus de licence : v. ce mot

Activité économique : 47 et s.

- activités culturelles : 50
- activités étrangères à la sphère économique : 50
- but lucratif : 47
- création de l'œuvre / exploitation des droits : 52
- critère de l'entreprise : 43
- exercice à titre onéreux : 47
- prérogatives de puissance publique : 49, 61
- rémunération et but lucratif : 47

Auteur : 16 et s.,

- art appliqué : 21
- créateur de l'oeuvre : 14, 19
- entreprise : v. ce mot
- personne morale : 14, 20, 21
- personne physique : 19 et s.

Charte des droits fondamentaux : v. Droits fondamentaux

Circonstances exceptionnelles : 312

- absence de justification objective : 359 et s.
- absence de substitut réel ou potentiel : 312, 333
- caractère alternatif / cumulatif des conditions : 312, 326
- caractère indispensable du produit ou service : 331 et s.
- exclusion de la concurrence sur le marché dérivé : 341 et s.
- intérêt du consommateur : v. ce mot
- obstacles à l'apparition d'un produit nouveau : 343, 346 et s.
- obstacles au développement de produits ou

services alternatifs : 336 et s.

– produit nouveau et substituabilité : 352

Circulation des marchandises : v. Libre circulation des marchandises

Clauses statutaires des sociétés de gestion collective :

- accès à la vie sociale de la société : 403 et s.
- bénéfice de la gestion collective : 396 et s.
- captivité des membres : 388 et s.
- cession globale des droits par les titulaires : 382 et s.
- domicile des membres : 396 et s.
- nationalité des membres : 403
- retrait des droits par les titulaires : 386

Cloisonnement du marché européen : v. Ententes anticoncurrentielles

Compétence culturelle de l'Union européenne : v. Culture

Concours de volontés : 39 et s.

- groupements dépourvus de la personnalité juridique : 40

Concurrence par les mérites : 2, 349

Conditions contractuelles des sociétés de gestion collective :

- clause forfaitaire : 422 et s.
- conditions discriminatoires : 425 et s.
- méthode de calcul des redevances : 417 et s.
- montant excessif des redevances : 406 et s.

Consommateur :

- intérêt du consommateur : v. ce mot
- notion de consommateur en droit de la concurrence : 82

Contrats d'exploitation :

- distinction cession / licence : 89, 206

Copyright : 17, 103, 336

Culture :

- caractère économique de l'activité culturelle : v. Activité économique
- compétence culturelle de l'Union européenne : 26, 157 et s.
- intérêt culturel et service d'intérêt économique général : 67
- prise en compte de motifs culturels en vue

d'une exemption : v. Exemption
– vocation culturelle : v. Droit d'auteur

Distinction existence-exercice : 163 et s.
– fonction essentielle : v. ce mot
– fondement de la distinction : 127 et s.
– notion d'exercice : 167
– notion d'existence : 166
– objet spécifique : v. ce mot
– principe du droit européen : 172
– remise en cause : 317 et s.
– théorie des droits inhérents / théorie des restrictions inhérentes : 165, 184

Droit à la culture : 1

Droit à rémunération : 320

Droit antitrust américain : 364

Droit communautaire : v. Droit de l'Union européenne

Droit d'auteur :
– confrontation aux logiques économiques : 25, 132, 144
– droit de la personnalité : v. ce mot
– droit moral de l'auteur : v. ce mot
– droits de l'homme / droits fondamentaux : v. Droits fondamentaux
– droits patrimoniaux / droits moraux : 9
– importance économique : 6
– indifférence au mérite de l'œuvre : 376
– intérêt du public : 1, 187
– principe de territorialité : 122 et s.
– vocation culturelle : 5

Droit d'obtention végétale : 218

Droit de l'Union européenne
– application au droit d'auteur : 128 et s.
– Charte des droits fondamentaux : v. Droits fondamentaux
– compétence culturelle : v. Culture
– compétence en matière de propriété intellectuelle : 156
– harmonisation européenne du droit d'auteur : v. ce mot
– principe de proportionnalité : 172
– principe général du droit européen : 172
– régime de la propriété : v. Propriété
– titres de propriété intellectuelle européens : 156
– vision économique du droit d'auteur : 161

Droit de la concurrence :
– caractère d'ordre public : 3, 35, 36
– intérêt général : 3
– ordre public économique : 35
– ordre public européen : 35

Droit de la personnalité : 5, 17

Droit de propriété :
– droits fondamentaux : v. ce mot
– nature du droit d'auteur : 156

Droit des artistes-interprètes : v. Droits voisins

Droit du public à l'information : 1

Droit européen (v. Droit de l'Union européenne)

Droit moral : 5, 9, 17, 184, 185
– droit moral de l'inventeur : 150

Droit de deuxième exploitation : 402

Droit complémentaire de reproduction mécanique : 412, 415

Droits de l'homme : v. Droits fondamentaux

Droits fondamentaux :
– Chartes des droits fondamentaux : 155, 172
– Droit d'auteur : 4, 172
– rattachement au droit de propriété : 155

Droits voisins : 5, 55, 116, 177, 276
– droit des artistes-interprètes : 5, 55
– droit des producteurs de phonogrammes : 142, 217
– hétérogénéité des droits voisins : 116
– protection de l'investissement économique : v. ce mot

Effet sensible sur la concurrence
– auteur individuel : 56

Empreinte de la personnalité :
– artiste-interprète : 117
– auteur : 17, 102 et s., 112
– critère de l'originalité : v. ce mot

Engagements : 369 et s., 386

Ententes anticoncurrentielles : 206 et s.
– accords de représentation réciproque : v. Représentation réciproque
– cloisonnement du marché européen : 217
– distinction licences ouvertes / licences à protection territoriale absolue : 218
– exemption : v. ce mot
– interdiction des ventes passives : 218
– licence exclusive de représentation : v. ce mot
– licence exclusive de reproduction : v. ce mot
– parallélisme comportemental : v. Pratique concertée
– pratique concertée : v. ce mot
– pratique des éditions partagées : v. Livre
– prise en compte d'une dimension culturelle : 220
– refus de vente / refus de prestation : 264
– règle de raison : v. ce mot

Entreprise : 28, 29, 31 et s.,
– absence de définition légale : 32
– activité économique : v. ce mot
– auteur : 24 et s.
– critère organisationnel : 28, 29
– destinataire des griefs et sanctions : 42
– indifférence à la personnalité juridique : 37 et s.

- interprétation large de la notion : 36
 - personnes morales : 14
 - notion fonctionnelle : 34
 - spécificité du droit interne : 33
 - sujet du droit de la concurrence : 33
 - traits caractéristiques de l'industrie cinématographique : 224
- Épuisement du droit** : 190 et s., 217
- droit de location des exemplaires : 197
 - droit de représentation : 196, 223
 - droit de reproduction : 195
 - notion de mise en circulation : 215
- Exclusivité territoriale** : 138
- Exemption individuelle** : 215, 237 et s.
- élimination de la concurrence : 275
 - gains d'efficacité : v. ce mot
 - intérêt du consommateur : v. ce mot
 - motifs d'ordre culturel / progrès culturel : v. Gains d'efficacité
 - représentation réciproque : v. ce mot
- Exemption par catégorie** : 232 et s.
- accords de transfert de technologies : 235 et s.
 - accords verticaux : 233 et s.
- Exercice du droit d'auteur** : v. Distinction existence-exercice
- Existence du droit d'auteur** : v. Distinction existence-exercice
- Fonction essentielle** : 179, 188 et s.
- distinction avec l'objet spécifique : 189
 - théorie de l'interprétation conforme : v. ce mot
- Gains d'efficacité** : 238, 269
- gains d'efficacité non strictement économiques : 271
 - motifs d'ordre culturel / progrès culturel : 240, 241, 270, 272, 303
 - produit nouveau : 293
 - progrès technologique : 293
 - sécurité juridique : 293
- GATT (accords)** : 143
- Gestion collective des droits** : 10, 57, 58 et s.
- agrégation des tarifs nationaux : 285
 - absence de but lucratif : 60
 - clauses statutaires des sociétés de gestion collective : v. ce mot
 - conditions contractuelles des sociétés de gestion collective : v. ce mot
 - contrôle étatique : 61, 65
 - équilibre des intérêts en cause : 381
 - définition : 90
 - fiducie : 100
 - frais d'administration / de fonctionnement : 286 et s., 414, 415 et s.
 - gestion individuelle des droits : 91
 - mission d'intérêt général : 61, 64, 68
 - mandat : 100
 - monopole des sociétés de gestion : v. ce mot
 - obligations prescrites par la loi nationale : 66
 - présentation dissociée des coûts : 290, 292
 - représentation réciproque : v. ce mot
 - rôle des sociétés de gestion collective : 58, 91
 - service d'intérêt économique général : 62 et s.
- Gestion individuelle des droits** : v. Gestion collective
- Guichet unique** : v. Représentation réciproque
- Harmonisation européenne du droit d'auteur** : 1, 161
- Importations parallèles** : 139, 146, 150, 191, 217
- Incitation à la création, à l'innovation** : 1, 2, 363, 376, 432
- Infrastructures essentielles** (théorie des) : 308, 355
- circonstances exceptionnelles : v. ce mot
 - connexité de marchés : 323
 - distinction des infrastructures matérielles et immatérielles : 349, 355, 357 et s.
 - marché amont / marché aval : 323
 - œuvres à caractère technique ou informationnel : 321
 - refus de licence : 308 et s.
- Intérêt du consommateur** :
- accords de représentation réciproque : 295
 - refus de licence : 350, 351, 353
- Intérêt du public** :
- fonction essentielle du droit d'auteur : 187
 - intérêt du public et droit d'auteur : v. Droit d'auteur
- Intérêt général** :
- droit de la concurrence : v. ce mot
 - exception au principe de libre circulation : v. Libre circulation des marchandises
- Interopérabilité** : 186
- Investissement économique** : v. Protection de l'investissement économique
- Liberté contractuelle** (Principe de) :
- liberté contractuelle et droit d'auteur : 1
 - liberté contractuelle et licence obligatoire judiciaire : 313, 366
- Libre circulation des marchandises** :
- exception de l'article 36 TFUE : 140
 - exception fondée sur des raisons d'intérêt général : 141
 - importations parallèles : v. ce mot
- Licence exclusive de représentation** : 108, 221 et s.

- durée d'exclusivité : 228
- nombre de droits cédés : 227
- Licence exclusive de reproduction** : 216 et s.
 - droit de destination : 216
 - droit de distribution : 216
- Licence obligatoire judiciaire** : 313, 366
 - fondement des licences obligatoires : 315
 - incidence sur le droit moral : 368
 - licence obligatoire sans contrepartie financière : 377
 - principe de liberté contractuelle : v. Liberté contractuelle
 - prix orienté vers les coûts : 373
 - prix raisonnable : 374 et s.
- Livre** (secteur économique du) : 201 et s., 219, 220
 - pratique des éditions partagées : 219
- Logiciel** :
 - substituabilité : v. ce mot
- Logiques économiques appliquées au droit d'auteur** : v. ce mot
- Marché géographique** : 79, 119 et s.
 - territorialité du droit d'auteur : v. Droit d'auteur
 - ubiquité de l'œuvre de l'esprit : v. ce mot
- Marché pertinent** : 72 et s.
 - connexité de marchés : v. Infrastructures essentielles
 - délimitation du marché à l'œuvre elle-même : 109 et s., 113, 211
 - délimitation géographique du marché : v.
 - délimitation matérielle du marché : 78
 - délimitation par genre d'œuvres : 110
 - distinction des produits et des services : 87 s.
 - gestion collective : 90 et s.
 - intérêt d'une délimitation du marché : 74 et s.
 - marché amont / marché aval : v. Infrastructures essentielles
 - marché du livre : 211
 - substituabilité : v. ce mot
- Monopole des sociétés de gestion collective** : 10, 245, 259, 379
- Notoriété** : v. substituabilité
- Objet spécifique** : 173 et s.
 - circonstances exceptionnelles : 201
 - distinction avec la fonction essentielle : 189
 - droit d'auteur : 180 et s., 214
 - droit de brevet : 179
 - droit de marque : 179
 - droit de représentation : 182, 183, 214
 - droit de reproduction : 183, 214
 - épuisement du droit : v. ce mot
- Ordre public** : v. Droit de la concurrence
- Originalité** : 101, 102 et s., 112
 - apport intellectuel : 112
 - conception traditionnelle : 103
 - crise de la notion : 104
 - empreinte de la personnalité : v. ce mot
 - individualisation de l'œuvre : 113
 - manifestations sportives : 229
 - originalité et substituabilité : v. Substituabilité
 - unicité de l'œuvre : 106, 108
- Parallélisme comportemental** : v. Pratique concertée
- Position dominante** : 306
 - titularité d'un droit d'auteur : 307
- Pratique concertée** : 266 et s.
 - justification par le contexte de marché : 267
 - parallélisme comportemental : 267, 281
 - preuve de la concertation : 267
- Principe de proportionnalité** : v. Droit de l'Union européenne
- Principe général du droit européen** : v. Droit de l'Union européenne
- Prix imposés** : 201 et s.
- Produits et services** : v. Marché pertinent.
- Propriété industrielle et commerciale (art. 36 TFUE)** : 131
 - assimilation de la propriété littéraire et artistique : 142 s.
- Propriété** :
 - droit de propriété : v. ce mot
 - régime de la propriété dans les États membres (art. 345 TFUE) : 132
- Protection de l'investissement économique** : 4, 5, 112, 358
 - droits voisins : 118
- Refus de licence** : v. Infrastructures essentielles
- Règle de raison** : 224, 243, 259
- Représentation réciproque** (accords de) : 245 et s.
 - cloisonnement : 255, 265
 - contexte d'utilisation en ligne : 276 et s.
 - contexte d'utilisation hors-ligne : 250 et s.
 - contrôle de proportionnalité : 261
 - définition : 248
 - exemption : 268 et s., v. également Exemption individuelle
 - guichet unique : 293
 - intérêt du consommateur : v. ce mot
 - légitimité du système : 257 et s.
 - licence multirépertoire et multiterritoriale : 276, 293
 - prise en compte du contexte de marché : 261

– refus d'accès direct aux utilisateurs : 251, 263 et s.

Sanctions : 42

– alternatives aux sanctions : v. Engagements
– amendes : 377
– contrôle du prix : 286 et s., 313, 372 et s.
– injonctions : 288, 313, 366
– licence obligatoire : v. ce mot
– réécriture du contrat : 288, 313

Service d'intérêt économique général :

– intérêt culturel : v. Culture
– sociétés de gestion collective : v. Gestion collective

Sociétés de gestion collective : v. Gestion collective

Sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) : v. Gestion collective

Sport :

– licences de retransmission d'événements sportifs : 229

Substituabilité : 78 et s., 120

– critères : 83
– logiciel : 111

– méthodes d'évaluation : 84

– notoriété : 109, 118

– œuvres à caractère artistique : 108 et s.

– œuvres à caractère technique ou informatif : 111 et s.

– recours à la notion de consommateur : v. Consommateur

– substituabilité de la demande : 82

– substituabilité et originalité : 101 et s.

Territorialité du droit d'auteur :

– principe de territorialité du droit d'auteur : v. Droit d'auteur

Théorie de l'épuisement du droit : v. Épuisement du droit

Théorie de l'interprétation conforme : 199, 320.

Théorie des droits inhérents : v. Distinction existence-exercice

Titres de propriété intellectuelle européens : v. Droit de l'Union européenne

Titulaire de droits d'auteur :

– personne morale : 14, 51

Ubiquité de l'œuvre de l'esprit : 122, 135 et s.

INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

DROIT EUROPÉEN ET DROIT COMMUNAUTAIRE

- AOIP c/ Beyrard* : 44
ARD : 226 et s., 240
Association des éditeurs néerlandais : 220
BBC : 220
Basset : 150, 406 et s., 419
BRT c/ SABAM : 63, 64, 95, 109, 260, 381
Cassis de Dijon : 141, 173
Centrafarm c/ Sterling Drug : 179
Centrafarm c/ Winthrop : 179
CISAC : 281, 282
Coditel I : 148, 182, 189, 221, 223
Coditel II : 108, 182, 224
Commission c/ Italie : 29, 44, 47
Consten et Grundig : 38, 134, 165, 173
Dansk Supermarked : 150
Deutsche Grammophon : 27, 106, 110, 146, 171, 178, 191, 217, 409
Ernest Benn Ltd : 220
Eurocontrol : 49
Football Association Premier League : 229
GEMA I : 27, 94, 383, 389 et s.
GEMA II : 391
GVL : 65, 396 et s.
Hoffmann-La Roche : 75
Höfner : 28, 34, 43, 44, 47
Hydrotherm : 43, 44
IMS Health : 88, 111, 307, 311, 330 et s., 332, 334, 338, 339, 341 et s., 342, 348, 355
Infopaq International : 229
Klöckner : 28, 38
Kanal 5 : 417 et s., 428 et s.
Knoll : 220
Lagardère, Natexis : 211
Langenscheidt-Hachette : 240
Lucazeau : 250
Magill : 88, 89, 111, 134, 184, 186, 188, 200, 201, 308 et s., 319, 330, 332, 338, 348, 355, 374
Mannesmann : 28
Métropole Télévision (M6) : 243, 259, 262
Micro Leader Business : 111
Microsoft : 78, 111, 186, 333, 338, 355 et s., 363, 364, 374, 376
Miller International Schallplatten : 220
Musik Vertrieb : 27, 149
Nungesser : 218
Oscar Bronner : 89, 308, 330, 332, 333, 339, 340, 342, 355
Parke Davis : 165
Phil Collins : 185, 189
RAI c/ Unitel : 44, 55, 56, 117
Sacchi : 50
SACEM : v. Lucazeau, Tournier, et Basset
Screensport : 241
Semence de maïs : v. Nungesser
Simulcast : 68, 97, 276 et s.
Sirena : 165, 166, 171
Tiercé Ladbroke : 89, 224, 322 et s., 330, 355
Tournier : 96, 150, 250, 408, 409, 410, 413, 415, 422 et s.

Vieil homme et la mer (Le) : 219
VBVB : 210, 211, 212
Volvo : 312, 321

Warner Brothers : 150, 183, 184, 189, 197, 320
WEA-Filipacchi Music : 220

DROIT FRANÇAIS

Apple Computer : 332

Beatles : v. *Karcol c/ Emi*

Canal Plus : 272, 240

Cegedim : 305

Comité intersyndical du livre parisien : 28, 33

Digitechnic : 332

Éditions Cheminements c/ M. d'Orange : 27

France Loisirs : 427

France Télécom c/ Lectiel : 111, 305, 337

Héli-Inter Assistance : 337, 373

Honoraires des chirurgiens : 44

Karcol c/ EMI : 109

NMPP : 111, 370

SACD : 385 et s.

UGC Distribution : 212

DROIT ÉTRANGER

Time Limit : 147

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE.....	7
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	9
AVERTISSEMENT.....	13
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
PREMIÈRE PARTIE : L'APPLICABILITÉ DU DROIT DE LA CONCURRENCE	
AU DROIT D'AUTEUR	31
TITRE I : LA DÉLICATE RÉCEPTION DES CONDITIONS D'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR	35
Chapitre 1 : Les entreprises en droit d'auteur	37
<i>Section 1 : L'individualité de l'auteur confrontée à la notion d'entreprise.....</i>	<i>39</i>
§ 1. – L'auteur en droit français : le créateur, personne physique	39
A. – Le paradoxe de l'absence de définition légale en droit français	39
B. – Le principe de l'auteur, créateur de l'œuvre et personne physique.....	41
1) Les justifications textuelles du principe	42
2) Les écarts jurisprudentiels.....	43
§ 2. – La tentation de refuser à l'auteur la qualité d'entreprise en tant que personne physique	45
A. – La notion d'entreprise, un cadre prétendument inadapté à l'auteur individuel.....	45
1) La tentation d'une soustraction des auteurs individuels aux logiques du droit économique	46
2) L'auteur individuel et le concept d'organisation inhérent à la notion d'entreprise	49
B. – L'impossible exclusion des auteurs du champ d'application du droit de la concurrence	51
1) L'entreprise, une notion d'interprétation nécessairement large.....	52
a) L'entreprise, sujet du droit de la concurrence.....	52
b) Caractère d'ordre public du droit de la concurrence et interprétation large de la notion d'entreprise	55
2) L'indifférence du droit de la concurrence à la personnalité juridique de l'auteur	58
a) La référence originelle à la personnalité juridique comme condition d'identification de l'entreprise	58
i) Justification tirée de la condition du concours de volonté en droit des ententes.	59

ii) Justification tirée de la nécessité d'identifier une personne juridique destinataire des griefs et des sanctions	62
b) L'abandon du recours à la personnalité juridique aux fins d'identification de l'entreprise.....	63
Section 2 : L'activité économique des entreprises dans le domaine du droit d'auteur	65
§ 1. – La notion d'activité économique, critère de l'entreprise en droit de la concurrence	66
A. – La définition positive de l'activité économique.....	66
B. – La définition négative de l'activité économique	68
§ 2. – De quelques particularités relatives à l'activité économique d'entreprises intervenant dans le domaine du droit d'auteur	72
A. – L'auteur individuel, une entreprise peu soumise à l'application du droit de la concurrence en dépit de son activité économique	73
1) L'application théorique du droit de la concurrence en raison du caractère économique de l'activité de l'auteur individuel.....	73
2) L'absence d'application pratique du droit de la concurrence indépendamment du caractère économique de l'activité de l'auteur individuel.....	74
B. – Les sociétés de gestion collective, des entreprises singulières au regard du critère de l'activité économique	77
1) Les singularités de la gestion collective au regard de la notion d'activité économique	78
a) L'absence de but lucratif	78
b) La défense de l'intérêt général	79
2) Le refus de considérer l'activité des sociétés de gestion collective comme un service d'intérêt économique général	80
a) Les critères de disqualification du service d'intérêt économique général.....	81
i) Appréciation de la pertinence respective des critères	82
ii) Motifs impropres à caractériser la charge d'une mission d'intérêt économique général.....	83
b) L'absence d'intérêt économique général	84
Chapitre 2 : Le marché pertinent et le droit d'auteur	87
Section 1 : La délimitation du marché pertinent en droit de la concurrence.....	88
§1. – La notion de marché pertinent en droit de la concurrence	88
A. – Les fonctions assignées au marché en droit de la concurrence.....	90
B. – La nécessité d'une double délimitation du marché pertinent	93
§ 2. – La substituabilité des produits et services, critère de délimitation du marché pertinent.....	95
A. – La notion de substituabilité de la demande exprimée par le consommateur.....	96
B. – Les critères et méthodes de détermination de la substituabilité des produits et services	98
Section 2 : Les spécificités du droit d'auteur susceptibles d'influer sur la délimitation du marché pertinent.....	100

§1. – Les spécificités du droit d’auteur envisagées sous l’angle de la délimitation matérielle du marché	100
A. – La qualité de produit ou service selon les types d’œuvres donnant prise à l’application du droit de la concurrence	101
1) Première illustration : l’hypothèse des refus de licence portant sur une œuvre constituant une ressource essentielle.....	102
2) Deuxième illustration : l’hypothèse de la gestion collective des droits d’auteur.....	105
a) La difficulté préalable d’identification des produits ou services en cause.....	107
b) L’offre des sociétés de gestion collective : produit ou service ?	112
B. – Substituabilité et droit d’auteur.....	114
1) La notion d’originalité en droit d’auteur	115
2) L’originalité envisagée comme un obstacle à la substituabilité	118
a) Les termes du débat	118
b) Approche catégorielle de la réception de la notion de substituabilité en droit d’auteur	119
i) Gestion individuelle d’un droit d’auteur portant sur une œuvre artistique.	120
ii) Gestion individuelle et œuvres à caractère technique ou informatif.....	124
iii) Gestion collective du droit d’auteur	128
iv) Gestion des droits voisins du droit d’auteur	129
§ 2. – Les spécificités du droit d’auteur envisagées sous l’angle de la délimitation géographique du marché	132
A. – Le principe de territorialité du droit d’auteur	134
B. – Le caractère d’ubiquité des œuvres de l’esprit.....	136
Conclusion du Titre I	141
TITRE II : LES VOIES DE LA SOUMISSION DU DROIT D’AUTEUR AU DROIT DE LA CONCURRENCE.....	144
Chapitre 1 : L’applicabilité du droit de l’Union européenne au droit d’auteur	147
<i>Section 1 : L’absence de visibilité du droit d’auteur dans l’environnement communautaire originaire.....</i>	<i>148</i>
§ 1. – Les éléments textuels tendant à situer le droit d’auteur hors du champ d’applicabilité du droit communautaire	148
A. – L’absence de référence textuelle au droit d’auteur dans le Traité de Rome	149
B. – Les références textuelles du Traité de Rome tendant à écarter l’application du droit communautaire au droit d’auteur.....	150
§ 2. – Les éléments textuels tendant à situer le droit d’auteur dans le champ d’applicabilité du droit communautaire	152
A. – L’article 36 du Traité de Rome et la propriété intellectuelle	153
1) Une disposition issue des règles de libre circulation des marchandises	153

2) Une exception au principe de libre circulation des marchandises	154
a) L'exception textuelle de l'article 36 du TFUE.	155
b) L'exception jurisprudentielle fondée sur les raisons d'intérêt général	156
B. – L'assimilation de la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle et commerciale visée par l'article 36 du Traité de Rome.....	157
1) Les réticences théoriques à l'application de l'article 36 du TFUE à la propriété littéraire et artistique	158
2) L'assimilation de la propriété littéraire et artistique à la propriété industrielle et commerciale dans la jurisprudence communautaire	160
a) Un premier pas vers l'assimilation	161
b) L'anticipation de l'assimilation par le juge national	162
c) Première manifestation d'une assimilation par le juge communautaire	163
d) La consécration de l'assimilation dans la jurisprudence communautaire	164
Section 2 : L'intégration du droit d'auteur dans l'environnement européen.....	167
§ 1. – L'intégration du droit d'auteur dans les Traités	168
A. – Les références directes à la propriété intellectuelle	169
1) L'affirmation du respect de la propriété intellectuelle au rang des principes	169
2) L'affirmation du respect de la propriété intellectuelle à travers la proposition d'outils juridiques	171
B. – Les références indirectes à la propriété littéraire et artistique.....	173
§ 2. – L'intégration du droit d'auteur dans le droit dérivé	176
Chapitre 2 : Les critères de l'intervention du droit de la concurrence dans le domaine du droit d'auteur	179
<i>Section 1 : La distinction de l'existence et de l'exercice du droit d'auteur, critère primaire de l'application du droit de la concurrence</i>	<i>180</i>
§ 1. – Le contenu de la distinction existence-exercice	181
A. – L'apparition de la distinction dans la jurisprudence communautaire	181
B. – Sens et analyse critique de la distinction	182
§ 2. – La recherche d'un fondement juridique justifiant l'application de la distinction en matière de libre concurrence.....	183
A. – L'opportunité manquée de fonder la distinction existence-exercice sur un principe européen fort	184
1) L'arrêt <i>Sirena</i> : une passerelle vers l'affirmation d'un principe européen fort, fondant l'intervention du juge dans le domaine de la propriété intellectuelle	185
2) Valeur et portée du principe envisagé	186
B. – Le recours discutabile à l'article 36 du Traité de Rome en tant que fondement de la distinction existence-exercice en matière de libre concurrence.....	189

Section 2 : L'objet spécifique du droit d'auteur, critère complémentaire de la mesure de l'intervention du droit de la concurrence..... 192

§ 1. – L'objet spécifique du droit d'auteur, approché par le truchement de la fonction essentielle 192

A. – Les prémisses d'une approche de l'objet spécifique du droit d'auteur193

1) L'apparition de la notion en matière de droits voisins193

2) Une première délimitation de la notion en matière de droits de propriété industrielle.....194

B. – Les tentatives d'une délimitation de l'objet spécifique du droit d'auteur196

1) Une approche prudente et fragmentaire de l'objet spécifique du droit d'auteur196

a) Les arrêts *Coditel I* et *Coditel II* : une approche timide, confortée par l'arrêt *Warner*197

b) Un apport incontestable : les arrêts *Magill* du Tribunal de première instance.....198

c) Une tentative de synthèse : l'arrêt *Phil Collins*200

d) Un apport récent : la décision *Microsoft*.....201

2) Du recours à la notion de fonction essentielle en matière de droit d'auteur.....202

3) L'encadrement de l'objet spécifique du droit d'auteur par la théorie de l'épuisement205

a) Sens et origine de la théorie de l'épuisement.....205

b) Conditions de mise en œuvre de la règle de l'épuisement.....207

c) De quelques particularités relatives à l'objet spécifique du droit d'auteur, tel que délimité par la théorie de l'épuisement208

§ 2. – Le recours à l'objet spécifique dans la jurisprudence récente..... 210

A. – Un changement de perspective dans l'approche de l'objet spécifique du droit d'auteur.....211

B. – L'utilité de la notion d'objet spécifique remise en question213

Conclusion du Titre II.....219

Conclusion de la première partie.....221

DEUXIÈME PARTIE : L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE AU DROIT D'AUTEUR..... 225

TITRE I : ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT D'AUTEUR..... 229

Chapitre 1 : Ententes anticoncurrentielles et exercice individuel d'un droit d'auteur 231

Section 1 : La prise en considération d'une spécificité des restrictions de concurrence issues de licences de droit d'auteur..... 232

§ 1. – L'absence de spécificité des pratiques tendant à restreindre la concurrence par les prix 233

A. – Condamnation de la pratique des prix imposés dans le secteur du livre.....234

B. – Absence d’une spécificité de la pratique des prix imposés liée au droit d’auteur.....	235
§ 2. – La spécificité des pratiques de restrictions territoriales découlant de licences exclusives de droit d’auteur.....	239
A. – Licences de droits de reproduction et licences de droits de représentation : des questions nécessairement distinctes.....	240
B. – La condamnation des licences exclusives de reproduction organisant une protection territoriale absolue.....	243
1) Les grandes lignes de la jurisprudence esquissées dans le domaine des droits voisins du droit d’auteur.....	245
2) La solution de principe : l’affaire dite des semences de maïs.....	248
3) La pratique décisionnelle en matière de licences de droit d’auteur.....	250
C. – La validité de principe des licences exclusives de représentation.....	252
1) L’affirmation du principe dans les affaires <i>Coditel</i>	253
a) L’exercice du droit de représentation préservé par la spécificité de la fonction essentielle du droit de représentation.....	253
b) L’affirmation d’une validité de principe des licences exclusives de représentation.....	255
2) Mise en œuvre et portée du principe.....	257
a) Illustration de circonstances propres à établir le caractère anticoncurrentiel d’une licence exclusive de représentation.....	257
b) L’inapplicabilité de la jurisprudence <i>Coditel</i> en l’absence de traits particuliers caractérisant l’industrie et le marché en cause.....	260
 <i>Section 2 : Les licences exclusives de droit d’auteur : des accords largement soustraits au bénéfice de l’exemption.....</i>	 263
§ 1. – Un droit d’auteur marginalisé par les règlements d’exemption par catégorie.....	264
A. – Le règlement d’exemption catégorielle relatif aux accords verticaux.....	265
B. – Le règlement d’exemption catégorielle relatif aux accords de transfert de technologies.....	267
§ 2. – La rareté de l’exemption individuelle des licences de droit d’auteur.....	271
A. – La difficile prise en compte d’objectifs culturels.....	271
B. – La validation de licences exclusives en dehors de la procédure de l’exemption.....	276
 Chapitre 2 : Ententes anticoncurrentielles et gestion collective de droits d’auteur	
Le modelage de la gestion collective transnationale par le droit de la concurrence.....	281
 <i>Section 1 : Les accords de représentation réciproque dans un environnement hors-ligne.....</i>	 285
§ 1. – L’identification des restrictions de concurrence dans le système de la représentation réciproque.....	286
A. – La légitimité des conventions de représentation réciproque.....	287
1) Le risque de cloisonnement des marchés nationaux.....	287
2) L’immunité judiciaire conférée au mécanisme de la représentation réciproque.....	290
a) L’absence d’effet restrictif eu égard à la finalité des accords de représentation réciproque.....	291

b) Bien-fondé d'une mise à l'écart des règles de concurrence en vertu des objectifs légitimes poursuivis par les accords de représentation réciproque	291
B. – L'effet restrictif de la pratique collective du refus d'accès direct	297
1) Le refus de prestation : positionnement théorique de la question.....	297
2) Appréciation du caractère anticoncurrentiel de la pratique collective du refus d'accès direct dans le cadre de la relation de représentation réciproque	298
§ 2. – L'impossibilité structurelle d'exemption de l'accord de représentation réciproque	303
A. – Nature des gains d'efficacités constatés	303
1) Des gains d'efficacités non strictement économiques : la question de la prise en compte d'objectifs culturels au titre du progrès économique	304
2) Des gains d'efficacités strictement économiques	307
B. – L'élimination de la concurrence, obstacle à l'exemption	308
<i>Section 2 : Les accords de représentation réciproque dans un environnement en ligne.....</i>	<i>309</i>
§ 1. – Un bilan concurrentiel contrasté	311
A. – Vers un décloisonnement des marchés nationaux ?.....	311
1) Les avantages concurrentiels de la représentation réciproque dans l'accord Simulcast.....	311
2) Les risques pour la concurrence identifiés dans les accords de représentation réciproque	313
B. – L'affaiblissement de l'autonomie dans la fixation du prix de licence	316
1) Le mécanisme d'agrégation des tarifs nationaux : une restriction caractérisée.....	316
2) L'amalgame des redevances de droits d'auteur et des frais d'administration : une restriction discutée	318
a) Discussion sur la caractérisation de la restriction de concurrence	318
b) Inconvénients d'une incitation à la concurrence sur les frais d'administration par une présentation dissociée des coûts	322
§ 2. – Une possibilité d'exemption sous condition	324
A. – La contribution au progrès économique de l'accord de représentation réciproque	325
B. – L'analyse du profit en résultant pour le consommateur	327
C. – Des restrictions pour partie indispensables : la mise en œuvre de l'exemption conditionnelle	329
1) Amalgame de la redevance de droits d'auteur et des frais d'administration	329
2) Principe du pays de destination et prédétermination de la redevance.	331
D. – L'absence d'élimination de la concurrence	332
Conclusion du Titre I	337

TITRE II : ABUS DE DOMINATION ET DROIT D'AUTEUR.....	339
Chapitre 1 : Abus de position dominante et exercice individuel d'un droit d'auteur	341
<i>Section préliminaire : L'influence de la titularité du droit d'auteur dans la caractérisation de la position dominante</i>	<i>343</i>
<i>Section 1 : Le principe jurisprudentiel de l'accès à l'œuvre faisant l'objet d'un refus de licence abusif.....</i>	<i>346</i>
§ 1. – L'arrêt <i>Magill</i> , un arrêt fondateur critiqué	347
A. – Les grands principes dégagés par l'arrêt <i>Magill</i>	348
1) L'encadrement du périmètre de la légitimité du refus de licence.....	349
2) La sanction du refus abusif.....	352
B. – Les critiques adressées à l'encontre de l'arrêt <i>Magill</i>	354
1) Le problème de la légitimité d'une licence obligatoire d'origine judiciaire.....	354
2) Le positionnement de l'arrêt <i>Magill</i> face à la distinction existence-exercice.....	355
a) L'arrêt <i>Magill</i> : une exception apportée au principe d'intangibilité de l'existence	355
b) Une tentative de justification de l'exception par le Tribunal de première instance : le principe sous-jacent de détournement de la fonction essentielle du droit.....	357
c) Portée du principe sous-jacent à l'exception	361
§ 2. – L'arrêt <i>Tiercé Ladbroke</i> , un arrêt prétendument confirmatif.....	365
A. – L'appréciation de la connexité des marchés	365
B. – Une confirmation discutable de la jurisprudence <i>Magill</i>	368
1) Une transcription infidèle des circonstances exceptionnelles de l'arrêt <i>Magill</i>	368
2) Un éclairage nouveau sur la portée de l'arrêt <i>Magill</i>	370
<i>Section 2 : La mise en œuvre du principe d'accès</i>	<i>373</i>
§ 1. – Les conditions de la mise en œuvre du principe	373
A. – Le caractère indispensable du produit ou service, condition préalable à l'application de la théorie des infrastructures essentielles	374
1) L'introduction formelle de la condition du caractère indispensable comme confirmation de la réception de la théorie des infrastructures essentielles dans le domaine du droit d'auteur.....	375
2) L'appréciation du caractère indispensable	377
a) L'absence de solutions alternatives	378
b) L'existence d'obstacles au développement de produits ou services alternatifs	379
i) Distinction des obstacles selon leur nature.....	381
ii) Interrogation sur l'utilité d'une distinction des obstacles selon leur nature	386
B. – Le risque d'exclusion de toute concurrence sur le marché dérivé	388
1) L'interprétation de la condition d'exclusion de la concurrence sur le marché dérivé	388
2) Les critères de l'identification du marché amont	391

C. – L’existence d’obstacles à l’apparition d’un produit nouveau : une condition modératrice de l’application de la théorie des infrastructures essentielles en matière de droit d’auteur.....	394
1) L’orientation doublement protectrice de la condition du produit nouveau.....	394
a) L’orientation protectrice des intérêts du titulaire du droit d’auteur	395
b) L’orientation protectrice de l’intérêt du consommateur	399
2) Le critère de la nouveauté	400
3) La condition de produit nouveau, témoin d’une spécialisation de l’application de la théorie des infrastructures essentielle dans le domaine des droits de propriété intellectuelle.....	404
a) L’introduction de la condition de nouveauté dans le domaine des droits de propriété intellectuelle.....	404
b) La justification de la condition de nouveauté dans le domaine spécifique des droits d’auteur	407
D. – L’absence de justification objective au refus : une condition insuffisamment définie en matière de refus de licence	411
1) La condition d’absence de justification objective dans la théorie des infrastructures essentielles.	412
2) Des justifications objectives spécifiques liées à la protection de l’infrastructure par un droit d’auteur	413
§ 2. – La sanction du refus abusif de licence	418
A. – L’obligation de licence : de la contrainte à l’approche négociée.....	418
1) L’injonction de licence.....	419
2) La pratique des engagements	422
B. – Les modalités de la licence obligatoire : la délicate détermination du prix	427
1) L’inadéquation des méthodes habituelles de détermination du prix en matière d’accès à une infrastructure essentielle	427
2) Le recours à la notion de « prix raisonnable ».....	428
Chapitre 2 : Abus de position dominante et gestion collective de droits d’auteur	437
<i>Section 1 : L’abus dans les relations entre sociétés de gestion et titulaires de droits</i>	<i>438</i>
§ 1. – Des conditions statutaires inéquitables	438
A. – L’iniquité du caractère global de la cession des droits de l’auteur	440
1) La cession globale dans le domaine de la gestion collective de droits relatifs aux œuvres musicales	441
2) La cession globale dans le domaine de la gestion collective de droits relatifs à des œuvres dramatiques ou audiovisuelles.....	443
B. – L’iniquité de clauses tendant à dissuader le retrait des membres.....	447
1) Durée et portée des cessions consenties	448
2) Durée minimale d’affiliation des membres	448
3) Affiliation et bénéfice de la caisse sociale	449
4) Retrait de catégories de droits sous condition de mise en gestion collective auprès d’une autre société.....	450
§ 2. – Des conditions statutaires discriminatoires	452
A. – Les conditions d’accès au bénéfice de la gestion collective	452

1) Les conditions du caractère abusif de la pratique discriminatoire au regard de l'article 86, alinéa 2, c), du Traité CEE.	453
a) Les artistes : des partenaires commerciaux des sociétés de gestion.....	453
b) Le bénéfice de la gestion sous condition de domicile, manifestation de conditions inégales à prestations équivalentes	454
c) Le désavantage dans la concurrence des artistes étrangers.....	454
2) L'absence de justification aux abus identifiés.....	456
B. – Les conditions d'accès à la vie sociale de la société de gestion collective	458
 <i>Section 2 : L'abus dans les pratiques contractuelles des sociétés de gestion à l'égard des utilisateurs</i>	 459
 § 1. – Des conditions tarifaires inéquitables.....	 460
A. – L'appréciation du caractère inéquitable du montant des redevances.....	460
1) Les critères de détermination du caractère inéquitable de la redevance	461
a) Le critère retenu : la comparaison sur une base homogène des tarifs pratiqués dans les différents États membres	461
i) L'inadaptation du critère classique du prix excessif dans le domaine de la gestion collective	462
ii) Les difficultés liées à la nécessité de comparer sur une base homogène	464
b) Les critères non exclus	468
2) Les possibilités de justification d'un montant élevé de redevances	470
B. – L'appréciation du caractère inéquitable de la méthode de calcul des redevances.....	472
C. – L'appréciation du caractère inéquitable de la redevance forfaitaire	475
§ 2. – Des conditions tarifaires discriminatoires	477
A. – Différences de traitement liées à l'adhésion à une organisation professionnelle représentative.....	478
B. – Différences de traitement entre utilisateurs publics et utilisateurs privés	480
 Conclusion du Titre II.....	 485
 Conclusion de la deuxième partie	 487
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 491
 BIBLIOGRAPHIE	 497
INDEX DES MATIÈRES	527
INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS CITÉES	533
TABLE DES MATIÈRES	535

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES ET DROIT D'AUTEUR

Résumé

De tous les droits de propriété intellectuelle, le droit d'auteur était celui qui semblait le plus éloigné des préoccupations économiques des autorités de concurrence. Conçu à l'origine dans un souci de protection de la création littéraire et artistique, il apparaît aujourd'hui davantage comme un outil de puissance économique tourné vers la protection de l'investissement et, plus généralement, un vecteur de l'activité économique. C'est à ce titre que l'application des règles de concurrence à des pratiques mettant en cause l'exercice ou la gestion de droits d'auteur est désormais considérée comme incontournable.

Cette application se doit cependant d'être mesurée. Elle bouscule parfois les principes de la propriété littéraire et artistique et conduit à s'interroger sur une définition plus appropriée des contours de la protection offerte par le droit d'auteur. En outre, la remise en cause, au nom du principe de libre concurrence, de pratiques par ailleurs conformes aux règles du droit d'auteur, n'est pas sans risque. Elle contribue à modeler les contours du droit d'auteur selon une conception propre au droit de la concurrence et peut tendre, parfois, vers un amenuisement des prérogatives des titulaires de droits ou un affaiblissement du niveau de leur protection. À terme, la création pourrait s'en trouver menacée. Il convient donc de rechercher, en toute hypothèse, un équilibre permettant de satisfaire aussi bien à l'exigence de concurrence sur les marchés qu'à l'impératif d'efficacité de la protection du droit d'auteur.

Mots-clés

Droit de la concurrence – Pratiques anticoncurrentielles – Droit de l'Union européenne – Droit européen – Droit communautaire – Droit français – Propriété intellectuelle – Propriété littéraire et artistique – Droit d'auteur – Droits voisins – Ententes – Abus de position dominante – Infrastructures essentielles – Licences exclusives – Refus de licence – Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins.

ANTI-COMPETITIVE PRACTICES AND COPYRIGHT

Abstract

Among all intellectual property rights, copyright seemed to be initially far away from the economic concerns of competition authorities. Originally designed with a view to protecting literary and artistic creation, it now appears more as a tool of economic power turned to investment protection, and, more generally, as a vehicle of economic activity. As such, the application of competition rules to practices based on exercise or management of copyright is now regarded as unavoidable.

However, such application must be performed with care and caution as it sometimes bumped into the principles of literary and artistic property and raises questions about a more appropriate definition of the protection offered by copyright. Moreover, the modification of practices complying with copyright rules, in the name of free competition, is not without risk. It leads to draw the outlines of copyright according to considerations designed for competition laws and can aim, sometimes, towards an erosion of the rights of copyright's owners or a decline of their level of protection. Eventually, creation could be threatened. In any event, it is therefore essential to look for an equilibrium which would satisfy both the requirements and principles of free market competition and the necessity to effectively protect copyright.

Keywords

Competition law – Antitrust law – Anti-competitive practices – EU law – EC law – French law – Intellectual property – Literary and artistic property – Copyright – Copyright-related rights – Anti-competitive agreement – Abuse of a dominant position – Essential facilities – Exclusive license – Licence refusal – Collective management of copyright and copyright-related rights.