

La position à venir de la Commission européenne, suite à la consultation publique initiée, en septembre dernier, et la décision attendue de la Cour de justice des Communautés européennes sur le recours préjudiciel introduit par la *High Court of Justice* invitent à s'interroger sur les principes susceptibles d'être appliqués aux restrictions territoriales souhaitées par les titulaires de droits de contenu.

Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ?



Par Sarah JACQUIER
Avocat
Cabinet Hogan & Hartson



Par Winston MAXWELL
Avocat associé
Cabinet Hogan & Hartson



Par Xavier BUFFET
DELMAS
Avocat associé
Cabinet Hogan & Hartson

En matière de diffusion cinématographique, l'octroi d'exclusivités territoriales a été jugé licite dans l'affaire *Coditel II*, en date du 6 octobre 1982. En matière de distribution de CD, de vidéocassettes et de DVD, l'octroi de licences territoriales doit s'accorder avec la règle de l'épuisement des droits, qui permet des importations parallèles de supports provenant d'autres États membres. Cette règle d'épuisement deviendra moins pertinente avec la disparition progressive de supports matériels et la généralisation de la distribution en ligne des œuvres.

Au-delà de ces observations liées au futur mode d'exploitation des œuvres, les arguments sont nombreux pour prétendre que les titulaires de droits devraient donner l'accès le plus large possible à leur contenu : libre accès au contenu et à l'information, interopérabilité, mobilité, contrefaçon endémique. Pour certains, les limitations à l'exploitation d'un contenu (clauses d'exclusivité territoriale et DRM par exemple) sont ressenties comme des abus, ou des mesures inefficaces en raison du piratage et de la désaffection des consommateurs pour un contenu grevé de limitations perçues comme non nécessaires.

Nulle surprise alors que ce concept de « *limitations non nécessaires* » se trouve notamment au cœur d'une consultation en cours de la Commission européenne (1). Cette consultation, lancée par la DG IV (Concurrence), le 17 septembre 2008 auprès des titulaires de droits et des acteurs du commerce en ligne, veut dresser un inventaire des obstacles – contractuels ou réglementaires – au développement des services de contenu en ligne paneuropéens, ainsi qu'une liste de solutions préconisées. Pour la Commissaire Neelie Kroes, il s'agit aujourd'hui de faire le tri entre ce qui est nécessaire et ce qui ne l'est pas. La territorialité des licences est clairement sur la sellette : « *Where regional monopolies are not necessary – in the online world – then I want to hear more whether the current system really helps the parties and whether it serves the consumer* » (2).

Il est vrai que la légitimité de certaines restrictions territoriales peut parfois prêter le flanc à la critique compte tenu des objectifs du Traité sur l'Union européenne. On citera, à titre d'exemple, le cas où un même contenu musical en ligne se trouve soumis à des prix différents sur la seule base de la nationalité

de l'internaute désirant acquérir ce contenu. Y a-t-il toujours une cause objective pour expliquer les prix différents ? (3) Autre exemple : celui précédemment évoqué de la différence de traitement au regard de l'épuisement des droits à l'échelle européenne entre une exploitation de contenu sur un support (CD, DVD, etc.), et celle qui se dispense d'un tel support (télédiffusion, accès *via* internet). La Commission Kroes pointe cette différence de traitement, et pose la question de sa légitimité : « *The online provision of copyrighted content as digital data files is often limited to the territory in which the consumer requesting the service is located. The provision of the same content in a physical format is usually not subject to the same territorial limitation. In addition, the provision of copyrighted content in a physical format is clearly subject to EU competition rules on Vertical Restraints (...) but the position for digital data files is less clear. Put another way, we appear to have a more fragmented European market for the online sale of copyrighted products available in electronic format, than we do for the same content in physical format* » (4).

(1) <http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/online_commerce.html>. (2) Extrait du discours de la Commissaire « *Making online commerce a reality* », prononcé le 17 septembre 2008. (3) Par ailleurs, à supposer qu'une telle cause objective existe (montant différent d'une taxe par exemple), comment ne pas s'inquiéter du désavantage concurrentiel qui en résulte pour l'exploitant en ligne, obligé de pratiquer le prix plus élevé ? (4) Extrait du *Issues Paper* qui a servi de base à la consultation précitée du 17 septembre 2008.

La revue des solutions jurisprudentielles et légales montre que la question de la légitimité des restrictions territoriales est délicate. Cela peut expliquer le recours préjudiciel formé il y a quelques mois par les juges anglais de la *High Court of Justice* (5), à propos de la pratique qui consiste, pour les titulaires de droits audiovisuels sur des matches de football, à concéder leurs droits sur la base d'exclusivités territoriales. Dans cette affaire, est en cause l'utilisation par des pubs anglais de cartes de décodeurs par satellite acquises en Europe pour un prix bien inférieur à celui de leurs équivalents anglais, afin d'accéder depuis l'Angleterre à des transmissions étrangères de matches de première ligue. L'une des questions posées à la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est de savoir dans quelle mesure les exclusivités territoriales mises en place par les titulaires de droits constituent des ententes illicites prohibées par l'article 81 du Traité CE. C'est ainsi que les juges anglais sollicitent la CJCE pour qu'elle définit les « critères juridiques » et les « circonstances » qui permettent de déterminer si les restrictions territoriales sont contraires au droit de la concurrence (6).

Les exclusivités territoriales sont au cœur de l'exploitation des droits de télédiffusion d'événements sportifs (7). L'issue du recours préjudiciel pourrait dès lors avoir un impact économique important sur le secteur. L'observation vaut également pour les industries culturelles dès lors que leur modèle économique repose aussi sur la mise en place d'exclusivités territoriales (8).

C'est donc dans ce double contexte de recours préjudiciel précité et des travaux en cours de la Commission, qu'il apparaît utile de passer en revue quelques principes et solutions choisis, qui peuvent utilement éclairer le sort des restrictions territoriales contractuelles souhaitées par les titulaires de droits de contenu. Précisons que, sauf indication contraire, par « droits » et « titulaires de droits », il convient d'entendre les droits d'auteur et les droits voisins, et leurs titulaires respectifs.

I. – L'EXCLUSIVITÉ ET LA TERRITORIALITÉ SONT INHÉRENTES À L'EXISTENCE DES DROITS D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS

Le monopole d'exploitation (ou droits exclusifs) du créateur est la récompense de celui qui crée une œuvre et enrichit la société. Elle est la garantie de ce que le créateur va pouvoir percevoir une rémunération au titre de sa création. La territorialité est liée à l'existence même du droit, car le droit d'auteur est issu d'une législation nationale. La teneur des droits et les titulaires de droits peuvent donc varier d'un pays à l'autre (9) ; ce qui explique une exploitation pensée et organisée au niveau de chaque pays.

(...) il apparaît utile de passer en revue quelques principes et solutions choisis, qui peuvent utilement éclairer le sort des restrictions territoriales contractuelles souhaitées par les titulaires de droits de contenu.

Sauf licences et exceptions légales, le titulaire de droits est libre de définir le champ d'exploitation de ses droits et peut s'opposer à toute utilisation non autorisée de son œuvre. Il peut choisir de concéder à un tiers ses droits de manière exclusive ou au contraire non exclusive (plusieurs licenciés ont alors des droits concurrents). Il peut également concéder ses droits pour un ou plusieurs mode d'exploitation seulement (droit de diffuser un film en salles, en avion, en mode de télévision payante ou gratuite, par voie hertzienne, câble et satellite par exemple), et seulement sur une partie du territoire (droit de diffusion du film au festival de Cannes, sur le territoire français ou dans le monde entier). Pour faire respecter le champ d'exploitation souhaité, le titulaire des

droits dispose de moyens contractuels et techniques. Il peut, par exemple, imposer le cryptage d'un signal satellitaire qui dépasse les frontières du territoire concédé. Il peut limiter l'exploitation à la version doublée du film, afin de réduire l'intérêt du film pour les personnes habitant en dehors du pays concédé. Et si cette volonté n'est pas respectée, il peut, selon le cas, agir en responsabilité contractuelle, en contrefaçon ou faire sanctionner un délit d'atteinte aux mesures techniques de protection.

Le droit d'auteur reconnaît toutefois quelques limitations à ces principes de territorialité et d'exclusivité.

Territorialité : le concept de territorialité est inhérent au droit d'auteur. Le droit d'auteur exige que chaque cession indique le territoire couvert et donc, par conséquence, le territoire non couvert (voir C. propr. intell., art. L. 131-3). Certaines restrictions territoriales contractuelles sont toutefois limitées par le droit de la concurrence. Ce sont celles qui iraient à l'encontre du principe d'épuisement des droits d'auteur et des droits voisins. Sur la base de la directive du 22 mai 2001 n° 2001/29 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, le droit français reconnaît en effet la théorie de l'épuisement des droits pour les hypothèses de distribution de supports physiques d'une œuvre (C. propr. intell., art. L. 122-3-1). C'est dire que le titulaire de droits qui a consenti à la mise en vente d'un exemplaire d'une œuvre dans un pays de l'UE perd la possibilité de contrôler l'usage ou le sort de cet exemplaire, et notamment de s'opposer à son importation en France. Dans notre système juridique, la théorie de l'épuisement des droits est rattachée à ce que l'on appelle le « droit de destination », lequel est un attribut du droit de reproduction (10). Cette théorie ne s'applique pas au droit de représentation.

Exclusivité : comme les autres droits nationaux des États membres, le droit français prévoit des limitations à l'exclusivité des droits du titulaire. Ces limitations prennent la forme d'exceptions et de li-

(5) *High Court of Justice, Chancery Division, Intellectual property, June 24 2008, FAPL v. QC Leisure, [2008] EWHC 1411 (Ch)*. (6) Voir l'énoncé de la question posée : « *Lorsqu'un fournisseur de contenus de programmes conduit une série d'accords de licence exclusive, destinés à couvrir chacun le territoire d'un ou plusieurs États membres, en vertu desquels l'organisme de radiodiffusion télévisuelle est habilité à radiodiffuser le contenu de programmes uniquement sur ce territoire-là (y compris par satellite) et qu'une obligation contractuelle figure dans chaque accord de licence, qui exige de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle qu'il n'empêche que ses cartes de décodeur par satellite qui permettent la réception du contenu de programmes, objet de l'accord de licence, soient utilisées en dehors du territoire couvert par l'accord de licence, quel critère juridique la juridiction nationale devrait-elle appliquer et quelles circonstances devrait-elle prendre en considération lorsqu'elle décide si la restriction contractuelle contrevient à l'interdiction imposée par l'article 81, paragraphe 1, CE ?* » (7) Voir par ex. Mensching J., « Sport et télévision : exclusivité et concurrence », de la DG Concurrence de la Commission en relation avec le rendez-vous international du sport et de la télévision du 17 septembre 2003 : « *Pour le vendeur du droit de retransmission, il s'agit d'en obtenir le prix le plus élevé, afin de maximiser sa source de revenus. Tandis que pour l'acheteur, il s'agit d'acquiescer un produit exclusif qui, de par sa nature exclusive, le différenciera de ses concurrents, attirant ainsi vers lui une part spécifique d'audience ou d'abonnés* ». (8) Voir le parallèle dressé par A. Perrot et J.-P. Leclerc, entre industries culturelles et industrie du sport, in leur rapport « Cinéma et Concurrence » de mars 2008 remis au ministère de l'Économie et au ministère de la Culture (p. 20). (9) Il n'y a ainsi pas de droit d'auteur mondial. Et c'est grâce au principe du traitement national consacré par les accords internationaux, et notamment la Convention de Berne et les accords Adpic, que les étrangers dans un pays partie à ces conventions peuvent bénéficier des « droits d'auteur reconnus dans l'État où ils les invoquent » (voir Torremans P., « *le traitement national a été introduit comme solution permettant de conférer aux titulaires de droits une protection à l'échelle mondiale, malgré l'absence de droit d'auteur ou de copyright mondial ou international adéquat* », in Regards sur les sources du droit d'auteur, ALAI, 2005). (10) Voir annotations sous l'article L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle dans le code Dalloz (ss dir. de P. Siinnelli, S. Durrande, A. Latreille et J. Daleau). Au niveau européen, l'épuisement des droits est rattaché au droit de distribution, non consacré en tant que tel en droit français (Dir. CE n° 2001/29, 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, art. 4).

cences légales, et ont notamment deux objectifs : permettre un usage privé et limité de l'œuvre par le public qui ne doit en principe pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (« test des trois étapes ») (11) et faciliter certaines formes d'exploitation (radiodiffusion de musique, discothèques). Le principe de ces limitations aux droits d'auteur n'est aujourd'hui généralement pas remis en cause, le droit européen ayant d'ailleurs harmonisé les exceptions qui peuvent être apportées par les États membres aux droits d'auteur et droits voisins (12). La mise en œuvre de ces limitations peut, en revanche, soulever des critiques qui peuvent être liées à la situation interne d'un État membre (par exemple, les recours exercés en France contre les décisions de la Commission privée étendant la taxation pour copie privée à certains supports vierges), ou aux divergences entre plusieurs États membres (par exemple, toujours à propos de l'exception de copie privée, le fait que les États membres ne perçoivent pas le même montant de rémunération sur les mêmes supports vierges) (13).

II. – LA CONFRONTATION DE L'EXCLUSIVITÉ ET DE LA TERRITORIALITÉ D'UNE PART, ET DU MARCHÉ UNIQUE EUROPÉEN D'AUTRE PART

Un équilibre a dû être trouvé entre la logique du marché unique européen et les caractéristiques des droits d'auteur et droits voisins nationaux, les deux logiques étant fondamentalement opposées (14). Il résulte de l'interprétation donnée par la CJCE des articles 28 et 30 du Traité CE que la protection de la propriété littéraire et artistique peut justifier des restrictions à la libre circulation des marchandises et des services ainsi que des dérogations ou des aménagements aux règles de la concurrence, sous réserve toutefois que ces restrictions ne constituent « ni un moyen de discrimi-

nation arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres » (15). Le Professeur Gautier résume l'équilibre à trouver : « le droit d'auteur exclusif doit être respecté dans sa substance, du fait de son objet spécifique, seul son exercice illégitime devant être sanctionné, du chef des atteintes aux libres circulations de marchandises et prestations de services et/ou d'abus de position dominante et d'ententes » (16). Les développements qui suivent livrent quelques solutions dégagées par la jurisprudence.

A. – Objet spécifique, fonction essentielle, épuisement des droits et contrôle de l'étendue de l'exploitation : des outils pour aider à déterminer l'emprise du droit européen de la concurrence sur les restrictions territoriales dans les contrats d'exploitation de contenu (17)

Pour déterminer l'emprise du droit européen sur les droits nationaux, et la façon dont sont traitées les restrictions et exclusivités territoriales dans les contrats d'exploitation de contenu, plusieurs outils doivent être pris en compte.

1°/ Objet spécifique et fonction essentielle des droits

L'objet spécifique désigne le corps des règles du droit d'auteur (ou droits voisins) qui permettent d'atteindre la « fonction essentielle » du droit d'auteur ou voisin considéré (18). Le droit européen ne s'oppose normalement pas à un objet spécifique exercé conformément à la fonction essentielle du droit concerné (19).

Les notions d'existence et d'exercice des droits sont également utilisées pour expliquer l'emprise du droit européen sur les droits nationaux. Il a ainsi été écrit que « les autorités de concurrence distinguent entre l'exercice normal des prérogatives essentielles liées aux droits de pro-

priété intellectuelle, qui ne sont pas remises en cause, et l'exercice abusif de ces droits qui, dans certaines circonstances, pourra être considéré comme une entente ou un abus de position dominante » (20). Concrètement, la CJCE a jugé, dès 1988, dans une décision *Warner Brothers*, que l'objet spécifique du droit d'auteur comprend notamment le droit de représentation et le droit de reproduction (21). Un peu plus tard, dans un arrêt *Phil Collins*, la Cour a jugé que cet objet est d'« assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires » (22). Quant à la fonction essentielle du droit d'auteur, il a été jugé, en matière d'œuvres audiovisuelles, que cette fonction comprend « la faculté pour le titulaire du droit d'auteur ou ses ayants droit d'exiger des redevances pour toute représentation d'un film » (23). La CJCE a, par ailleurs, précisé que le droit d'auteur doit permettre au titulaire d'exercer « une forme de contrôle de la commercialisation » de l'œuvre (24).

2°/ L'épuisement des droits et la jurisprudence *Coditel*

Si le droit de représentation et le droit de reproduction font partie de l'objet spécifique du droit d'auteur, ces deux prérogatives ne reçoivent pas le même traitement au regard de la règle de l'épuisement des droits. L'épuisement des droits désigne la perte du droit pour un titulaire de faire obstacle aux importations parallèles dans un État membre quand l'œuvre a été préalablement mise sur le marché dans un autre État membre avec son consentement. Il résulte de la jurisprudence *Coditel* de la CJCE que l'épuisement des droits n'est pas applicable aux contrats de représentation des œuvres, les titulaires pouvant décider ou non d'autoriser la diffusion de leur œuvre et, s'ils le souhaitent, d'attacher des restrictions territoriales à cette autorisation (25).

(11) Dir. CE n° 2001/29, 22 mai 2001, art. 5.5 ; Convention de Berne, art. 9 (2). (12) Voir Dir. CE n° 2001/29, 22 mai 2001 précitée. (13) Voir à ce propos la contribution intéressante de la société Rue du Commerce à la consultation de la Commission. (14) Il faut toutefois considérer que la protection des droits d'auteur et voisins est désormais comprise dans les objectifs de l'UE, ce qui signifie que ces objectifs ne sont plus essentiellement économiques et axés sur le libre échange (voir par ex., le paragraphe 3 du préambule de la directive CE n° 2006/115 du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt à certains droits voisins du droit d'auteur qui prévoit que : « la protection appropriée, par les droits de location et de prêt, des œuvres couvertes par le droit d'auteur et des objets protégés par des droits voisins, ainsi que la protection des objets protégés par des droits voisins par le droit de fixation, le droit de distribution, le droit de radiodiffusion et le droit de communication au public peuvent, dès lors, être considérées comme ayant une importance fondamentale pour le développement économique et culturel de la Communauté » ; que la protection des droits d'auteur et voisins a « une importance fondamentale pour le développement économique et culturel de la Communauté »). (15) Voir l'explication très claire de Ch. Caron, in *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2006, n° 37. (16) Propriété littéraire et artistique, PUF, 6^e éd., n° 282. Si les interdictions de restrictions quantitatives s'appliquent aux États membres et non aux personnes de droit privé, elles s'appliquent en pratique à ces dernières, de manière indirecte, puisque est sanctionnée l'entrave à la libre circulation des marchandises imputable à un État membre du fait de son inaction, sachant que le terme d'inaction s'entend notamment comme « le fait pour les autorités compétentes d'un État membre, face à une entrave résultant d'actions menées par des personnes privées, de ne pas prendre toutes les mesures nécessaires et proportionnelles qui sont en leur pouvoir en vue de supprimer l'entrave » (Règl. Cons. CE n° 2679/98, 7 déc. 1998, art. 1 et 2). (17) Nous supposons bien sûr que l'applicabilité du droit européen est par ailleurs acquise au regard des critères généraux de compétence du droit européen que sont l'affectation du commerce entre États membres et la mise en cause « d'entreprises ». (18) Voir dans ce sens, Caron Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec 2006, n° 37 ; voir égal. la définition donnée par le professeur Bonet qui définit l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle comme : « 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 législateur leur a fixé, c'est-à-dire exercent la fonction économique qui leur est dévolue » (Bonet G., *Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence*, RIDA 3/93, p. 173.). (19) On admet donc ici que l'objet spécifique des droits d'auteur couvre non seulement l'existence de ces droits d'auteur mais aussi leur exercice, ce qui apparaît tout à fait logique. La décision *Magill* a été l'occasion de montrer les limites de la théorie qui visait à dire que seul l'exercice de droits est soumis au droit européen. Existence et exercice sont mêlés : les droits qui sont compris dans l'objet spécifique existent pour être exercés (voir Miller C. G., « *Magill* : time to abandon the specific subject-matter concept », EIPR 1994, p. 419 : « the existence/exercise doctrine is illogical »). (20) Perrot A. et Leclerc J.-P., rapport précité, p. 18. (21) CJCE, 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers*. (22) CJCE, 20 oct. 1993, aff. C-92/92 et C-326/92. (23) CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79, *Coditel c/ Ciné Vog Films*, consid. 14. (24) CJCE, 20 janv. 2001, aff. jointes 55/80 et 57/80, § 13, *Musik-Vertrieb*. (25) CJCE, 6 avr. 1982, aff. 262/81 (« *Coditel II* »).

L'épuisement des droits est, en revanche, applicable aux contrats qui impliquent la reproduction d'une œuvre sur un support matériel et la mise sur le marché du dit support au sein de l'UE. La CJCE a ainsi jugé que le titulaire de droits d'auteur sur une œuvre incorporée dans un support de son ne peut en principe « pas invoquer le droit d'exploitation conféré par le droit d'auteur pour empêcher ou restreindre l'importation de 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 » (26). La mesure dans laquelle joue l'épuisement des droits n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation (27). Pourquoi distinguer ainsi entre l'œuvre exploitée sur un support (exercice du droit de reproduction) et l'œuvre exploitée sans support (exercice du droit de représentation) ? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité au moment de la dématérialisation des œuvres et de la généralisation du téléchargement. Au-delà de ce qui ressort de la libre circulation des marchandises et de la libre circulation des services (28), cette distinction s'appuie sur l'idée que le titulaire des droits a un intérêt légitime à gérer différemment les différents types d'exploitation en fonction de la maîtrise qu'il a de l'exploitation de son œuvre.

3°/ La maîtrise du titulaire des droits sur l'étendue de l'exploitation et la jurisprudence Coditel

En matière de représentation d'une œuvre, le titulaire des droits ne peut connaître à l'avance le succès que remportera la diffusion de son œuvre, cette diffusion pouvant toucher un public sans limitation. Le film est, à cet égard, distingué du livre ou du CD, détenu par un seul utilisateur à la fois : « *Le film cinématographique appartient à la catégorie des œuvres littéraires et artistiques mises à la disposition du public par la voie de re-*

présentations, qui peuvent se répéter à l'infini. À 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 disposition du public se confond avec la circulation du support matériel de l'œuvre, comme c'est le cas du livre ou du disque » (29).

Les économistes parlent de rivalité des biens matériels, qui implique que la consommation d'un contenu par un individu donné empêche tout autre individu de le consommer simultanément (30).

On peut imaginer que la Commission sera d'autant plus vigilante à ce que l'exercice des droits d'auteur dans un contexte de distribution en ligne ne conduise pas à la création de barrières artificielles et injustifiées à la réalisation du marché unique.

D'un point de vue juridique, cette rivalité a permis la mise en place de la solution d'épuisement des droits, qui permet d'amortir les effets de restrictions territoriales au sein de l'UE.

Si la règle de l'épuisement ne s'applique plus avec la généralisation du téléchargement au lieu des DVD, alors la Commission pourrait être tentée d'être plus vigilante à ce que l'exercice des droits d'auteur dans un contexte de distribution en ligne ne conduise pas à la création de barrières artificielles et injustifiées à la réalisation du marché unique. Il faudrait une justification légitime pour une restriction territoriale.

On peut imaginer que la Commission sera d'autant plus vigilante à ce que l'exercice des droits d'auteur dans un contexte de distribution en ligne ne conduise pas à la création de barrières artificielles et injustifiées à la réalisation du marché unique. En matière de cinéma, les fenêtres de diffusion peuvent constituer une justification d'exclusivités territoriales : « *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 et à n'autoriser une émission télévisée du film, susceptible d'être captée par un grand public, qu'après une certaine période de projection dans les salles de cinéma ».*

Dans le même sens, il a été également jugé par la CJCE qu'est licite « *une législation nationale qui régleme la diffusion des œuvres cinématographiques en instituant un échelonnement dans le temps pour le passage d'un mode de distribution à l'autre par l'interdiction d'exploitation simultanée, pendant un délai limité, de représentations dans les salles de cinéma et de diffusion de vidéocassettes, lorsqu'une telle interdiction s'applique indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national ou importées et que les entraves éventuelles aux échanges intra-communautaires que son application peut provoquer ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer, pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salles des œuvres cinématographiques de toute origine par rapport à d'autres moyens de diffusion » (31).*

Les nécessités de financement de l'industrie cinématographique dictent ainsi certaines pratiques d'exploitation des films, afin d'optimiser les revenus. Parmi ces pratiques, on vient de le voir, il y a la chronologie des médias avec ses fenêtres d'exploitation, mais aussi la concession d'exclusivités territoriales pour la diffusion du film.

(26) CJCE, 20 janv. 1981, aff. 55/80 et 57/80, *Musik-Vertrieb*. L'épuisement des droits interdit également au titulaire des droits qui a perçu une rémunération en application d'une licence légale dans le pays de mise en circulation, de réclamer un supplément de rémunération si le même droit est sanctionné par une redevance plus importante dans le pays d'importation. (27) Ainsi le principe d'épuisement des droits connaît des limitations, et ne s'oppose pas à ce que le titulaire des droits puisse exiger une rémunération supplémentaire pour l'usage public de l'œuvre dans le pays d'importation dès lors que cette rémunération supplémentaire est inconnue dans le pays d'origine de la mise en circulation et est due pour l'exploitation normale de l'œuvre (cas du complément de reproduction mécanique qui est dû par exemple en cas de diffusion d'un CD dans un lieu public – CJCE, 9 avr. 1987, aff. 402/85, *Basset*). Il ne s'oppose pas également à ce que le titulaire des droits refuse la mise en location de vidéocassettes dans l'État membre d'importation dès lors qu'un tel droit de location distinct n'était pas reconnu dans le pays d'origine – CJCE, 17 mai 1988, aff. 158/86, *Warner Brothers*). Cette solution a depuis lors été consacrée par la directive n° 2006/115 relative au droit de location et de prêt (art. 1.2). (28) Comme l'explique le Professeur Sirinelli, « *pour faire le départ entre les marchandises et les services, le juge communautaire s'est intéressé au mode utilisé pour permettre la circulation de l'œuvre ou de la prestation (aff. Coditel I ; CJCE, 18 mars 1980, aff. 62/79) ; soit l'exploitation de l'œuvre s'opère par sa fixation matérielle sur un support qui fait l'objet d'une circulation (disque, livre, tableau...), on parle alors de marchandise (CJCE, 8 juin 1971, aff. 78/70, *Deutsche Grammophon*) ; soit l'accès à l'œuvre est fait par tout procédé direct ou indirect de communication sans remise d'un support sur lequel l'œuvre est fixée (représentation théâtrale, exécution lyrique, récitation, télédiffusion, circulation sur internet...), on parle alors de service. Distinction qui recouvre à peu près celle qui permet, en droit français, de répartir les droits de reproduction et de représentation » (Sirinelli P., *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2^e éd.). Les licences d'utilisation portant sur le droit de représentation du contenu en ligne sont traitées comme des services par le droit européen (CJCE, 30 avr. 1974, aff. 155-73, *Sacchi*). (29) CJCE, 6 oct. 1982, aff. 262/81, *Coditel* (« *Coditel II* »). (30) Curien N. et Moreau F., *L'industrie du disque*, coll. Repères, 2006, p. 58. (31) CJCE, 11 juill. 1985, aff. jointes 60 et 61/84, *Cinéthèque* ; voir en particulier le § 24 : « *il convient donc de répondre aux questions posées que l'article 30 du Traité doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à une législation nationale qui régleme la diffusion des œuvres cinématographiques en instituant un échelonnement dans le temps pour le passage d'un mode de distribution à l'autre par l'interdiction d'exploitation simultanée, pendant un délai limité, de représentations dans les salles de cinéma et de diffusion de vidéocassettes, lorsqu'une telle interdiction s'applique indistinctement aux vidéocassettes fabriquées sur le territoire national ou importées et que les entraves éventuelles aux échanges intra-communautaires que son application peut provoquer ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer, pendant une période initiale, la priorité à l'exploitation en salle des œuvres cinématographiques de toute origine par rapport à d'autres moyens de diffusion ».**

Les nécessités de l'industrie cinématographique expliquent alors que la conclusion de contrats de représentation accordant des exclusivités d'exploitation sur les États membres n'est pas jugée, en principe, constitutive d'entente illicite par la CJCE : « *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 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.* En effet, les traits qui caractérisent l'industrie et les marchés cinématographiques dans la communauté, notamment ceux relatifs au doublage ou au sous-titrage pour des publics aux expressions culturelles différentes, aux possibilités d'émission télévisée, et au système de financement de la production cinématographique en Europe, font apparaître qu'une licence de représentation exclusive n'est pas, en soi, de nature à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence » (32).

Les nécessités de l'industrie cinématographique rejoignent alors ici la fonction essentielle du droit d'auteur, dont on a déjà dit qu'elle inclut le droit à rémunération du titulaire : les contrats de représentation accordant des exclusivités d'exploitation sur le territoire d'un État membre optimisent les revenus générés par le film et permettent la rémunération de l'auteur et le financement de la production, fonctions essentielles du droit d'auteur.

B. – Y a-t-il un besoin de réévaluation des outils utilisés pour déterminer l'emprise du droit européen sur les restrictions territoriales dans les contrats d'exploitation de contenu ?

Dans les affaires dont a à connaître la CJCE dans le cadre du recours préjudiciel britannique, l'une des questions posée à la CJCE est la suivante : « *Lorsqu'un fournisseur de contenus de programmes conclut une série d'accords de licence exclusive, destinés à couvrir chacun le territoire d'un ou plusieurs États membres,*

en vertu desquels l'organisme de radio-diffusion télévisuelle est habilité à radio-diffuser le contenu de programmes uniquement sur ce territoire-là (y compris par satellite) et qu'une obligation contractuelle figure dans chaque accord de licence, qui exige de l'organisme de radiodiffusion télévisuelle qu'il empêche que ses cartes de décodeur par satellite qui permettent la réception du contenu de programmes, objet de l'accord de licence, soient utilisées en dehors du territoire couvert par l'accord de licence, quel critère juridique la juridiction nationale devrait-elle appliquer et quelles circonstances devrait-elle prendre en considération lorsqu'elle décide si la restriction contractuelle contrevient à l'interdiction imposée par l'article 81, paragraphe 1, CE ? » (33).

Les contrats de représentation accordant des exclusivités d'exploitation sur le territoire d'un État membre optimisent les revenus générés par le film (...).

Pour les juges anglais, il apparaît donc que les outils cités précédemment (A), et notamment les principes posés par la jurisprudence *Coditel*, n'ont pas définitivement réglé la question de la validité des restrictions territoriales dans les licences portant sur un droit de représentation. Le questionnement est-il pertinent ? Probablement.

En premier lieu, la question préjudicielle est posée en matière de droits de diffusion sur des matches, et non pas de droits d'auteur sur des films. Certes, l'exploitation des droits de diffusion de manifestations sportives s'appuie aussi sur des exclusivités territoriales, mais les deux secteurs comportent à l'évidence de grandes différences (par exemple, l'importance du direct dans le secteur du sport, par opposition aux films : la chronologie des médias est, en matière de sport,

non pertinente, également, il faut citer la rareté des événements sportifs et la réunion des droits au sein des fédérations) (34). Pour autant, il est vrai que les différences entre les deux secteurs ne justifient pas forcément un traitement différent des clauses d'exclusivité territoriales. Dans les deux secteurs, ces clauses permettent d'optimiser les revenus. Dans le secteur du sport, l'optimisation des revenus permet de financer les ligues et fédérations nationales, ce qui contribue au développement du sport dans la société. Dans l'affaire *Tiercé Ladbroke*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) s'est d'ailleurs référé aux principes posés par la décision *Coditel II* pour savoir si le refus d'une licence de transmission des courses de chevaux françaises en Belgique par le PMI, filiale du PMU, pouvait être sanctionné sur le terrain des ententes (35).

En second lieu, même si la jurisprudence *Coditel* pose le principe de la licéité des licences exclusives en matière de droit de représentation, elle porte également en elle-même certaines clés pour évaluer la légitimité de telles licences et détecter les abus (36). La Cour a, en effet, estimé qu'il appartient « *aux juridictions nationales de procéder, éventuellement* » à la vérification de ce que « *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* ». Trois critères sont ainsi donnés, de nature à renverser la présomption de licéité attachée aux restrictions géographiques : une exclusivité qui irait au-delà du nécessaire compte tenu de l'industrie en cause, des redevances excessives, ou une durée d'exclusivité excessive. À ces trois critères, s'ajoute la considération générale que les clauses ne doivent pas fausser le jeu de la concu-

(32) CICE, 6 oct. 1982, aff. 262/81, *Coditel* (« *Coditel II* »). (33) *High Court of justice, Chancery Division, Intellectual property, June 24 2008, FAPL v. QC Leisure, [2008] EWHC 1411 (Ch)*. (34) Ce qui peut contribuer à expliquer l'attitude de la Commission qui pousse à la diversification des plates-formes pour l'exploitation de droits de diffusion dans le secteur du sport (voir par ex. les déclarations de T. Toft, administrateur de la Commission, le 15 janvier 2003, in *TV rights of sports events, « our objective is to maintain open and competitive TV markets and a level playing field for all parties. The objective is also to remove obstacles for new media markets to develop. This will be to the benefit of the consumer by increasing his or her choice »*, ainsi que les menaces de procédures contre des opérateurs comme Téléfonica ou Sogecable en relation avec des exclusivités jugées excessives (voir sur ce point, les développements de Bael V. et Bellis, *Kluwer law international, sport sector*, § 12.34). (35) TPICE, 12 juin 1997, aff. T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c/ Commission des Communautés européennes* : « *la seule circonstance que le titulaire du droit d'auteur ait concédé à un licencié unique un droit exclusif sur le territoire d'un État membre, en interdisant l'octroi de sous-licences pendant une période déterminée, ne suffit pas à faire constater qu'un tel contrat doit être considéré comme l'objet, le moyen ou la conséquence, d'une entente interdite par le traité* ». Cette décision a, par ailleurs, l'intérêt de traiter le refus de licence sous l'angle de l'abus de position dominante, dans la suite de l'arrêt *Magill* (voir sur ces points, Jacquier S., *Le pouvoir du juge sur les contrats d'auteur*, PUAM, 2001, n° 375 et s.). (36) Voir à ce sujet, Françon, *Le droit d'auteur – Aspects internationaux et comparatifs*, éd. Y. Blais, 1992 : « *tout en admettant le principe d'une exclusivité absolue, la Cour de Justice réserve le cas particulier où apparaîtraient des restrictions anormales à la concurrence* ». (Sur les limites apportées par l'arrêt *Coditel*, voir égal. Benabou V.-L., *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, n° 260 et s.).

rence. Observons à cet égard qu'un autre critère est souvent avancé comme facteur limitant la concurrence en matière de diffusion de contenu : il s'agit des pratiques de vente de droits en bloc à un seul acheteur, avec pour effet de renforcer le pouvoir de marché d'opérateurs sur les marchés de télévision (37). Également, des pratiques de stérilisation des droits sont parfois dénoncées et sanctionnées (38). On le voit donc, la jurisprudence *Coditel*, qui « rassure » depuis trente ans les titulaires de droits, ouvre en réalité assez grandes les portes d'une contestation possible des clauses d'exclusivité territoriale. L'appréciation est forcément casuistique et, qui plus est, confiée aux juges des États membres. Or, cette solution n'est pas forcément la meilleure dans le cas où des exclusivités territoriales sont consenties sur plusieurs États membres (ce qui sera d'ailleurs souvent le cas pour qu'il y ait affectation du commerce entre États membres, condition de l'application du droit européen). En conséquence, intrinsèquement, la jurisprudence *Coditel* contient des critères susceptibles de recevoir une interprétation différente devant les juges de différents États membres, créant ainsi un problème de prévisibilité et d'harmonisation. D'autres facteurs, extrinsèques cette fois, peuvent fragiliser la licéité des clauses d'exclusivité territoriale.

En premier lieu, il faut mentionner le temps passé. La décision *Coditel* a été rendue il y a près de trente ans. À cette époque, pour justifier de la licéité de principe des exclusivités territoriales, la CJCE a mis en évidence « les traits qui caractérisent l'industrie et les marchés cinématographiques dans la communauté, notamment ceux relatifs au doublage ou au sous-titrage pour des publics aux expressions culturelles différentes, aux possibilités d'émission télévisée, et au système de financement de la production cinématographique en Europe ». *A priori*, ces caractéristiques demeurent, trente ans après, même si internet bascule les fenêtres de diffusion et pose une menace importante en termes de contrefaçon et de financement de la télévision.

Par ailleurs, avec internet, droit de reproduction et droit de représentation se trouvent intimement liés. On pense ici typi-

quement à la diffusion d'un film dans le cadre d'un service de VoD qui permettrait le téléchargement définitif d'un film, c'est-à-dire sa reproduction sur un support. Le droit de représentation est certes impliqué, mais aussi le droit de reproduction puisqu'est en cause la fixation matérielle de l'œuvre sur un support. Comment traiter un tel service, et les clauses d'exclusivité territoriale qui peuvent y être attachées ? Le législateur européen a répondu en 2001, en considérant que les services en ligne étaient soustraits à l'épuisement des droits, de même que « la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit » (39). Pourtant, cette solution n'allait pas de soi. Parce que ces services permettent à l'internaute la réalisation d'un exemplaire matériel

Faut-il vraiment chercher à imposer sur internet les limitations imposées, par la nature des choses, dans le monde des supports physiques ?

de l'œuvre, une analogie aurait pu peut-être faite avec la mise en circulation de marchandises, ce qui aurait conduit à appliquer la théorie de l'épuisement des droits. D'ailleurs, grâce aux DRM, les titulaires de droits peuvent faire en sorte que les exemplaires d'œuvres téléchargées, bien que théoriquement reproductibles à très peu de frais et facilement par l'utilisateur (simple copie de fichier électronique), aient en fait une diffusion limitée (seulement deux copies sur certains types de support par exemple), à l'instar de ce qui se passe dans le monde réel en cas de mise en circulation d'un support tel qu'un livre (il n'y aurait ainsi pas de risque de représentations « à l'infini » justifiant les clauses d'exclusivité territoriale tel que visées dans la jurisprudence *Coditel*). Mais faut-il vraiment chercher à imposer sur internet les limitations imposées, par la nature des choses, dans le monde des supports physi-

ques ? Cela est discuté. Dans le secteur de la musique, les majors ont d'ailleurs choisi d'abandonner les DRM.

Ainsi, les outils précédemment décrits (A) pour délimiter la licéité des clauses d'exclusivité territoriale au regard du droit européen sont examinés à la loupe aujourd'hui.

III. – POINTS DE VUE D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES DU SECTEUR

La consultation précitée menée par la DG Concurrence de la Commission à l'intérêt de faire émerger le point de vue des acteurs économiques sur ce que constituent les freins au développement des services paneuropéens de contenu en ligne. Par rapport à la question de la restriction géographique de l'exploitation imposée par le titulaire des droits, les points de vue exprimés apportent un éclairage intéressant, mais il apparaît, en tout état de cause, que les restrictions imposées par les titulaires de droits ne sont pas seules, loin s'en faut, à l'origine des segmentations géographiques du marché.

A. – L'influence de l'industrie culturelle considérée : à propos des spécificités du monde du cinéma

Dans les décisions *Coditel*, nous avons vu que la CJCE a largement pris en compte les spécificités du secteur du cinéma et, notamment, les fenêtres d'exploitation qui s'imposent pour permettre un retour sur investissement. De l'avis des acteurs économiques ayant contribué à la consultation de la Commission, les spécificités de ce secteur demeurent, et légitiment les exclusivités accordées (voir par exemple la contribution du Groupe Vivendi, du MPA ou de SKY à la consultation) (40).

La valeur économique des droits dans ce secteur tient à la faculté pour le titulaire de droits de conférer une exclusivité à ses différents contractants. L'exclusivité a, par exemple, joué un rôle essentiel dans le modèle économique de la télévision à péage : « c'est parce que ces nouveaux services leur proposaient des programmes, tels que les films à succès récents ou les matches de football attractifs en direct, auxquels ils ne pouvaient plus avoir ac-

(37) Voir par exemple la décision de la Commission n° 89/536/CEE du 15 septembre 1989 dans laquelle la Commission a estimé que l'exclusivité de diffusion consentie par MGM/United Artists à la chaîne de télévision allemande était excessive car elle conduisait à exclure les autres chaînes de télévision d'une partie significative des droits de transmission télévisuels (l'exclusivité portait sur un nombre important de films très populaires, dont 14 films James Bond, et avait une durée de 15 ans). (38) En droit interne, voir Cons. conc. Déc. n° 99-D-85, 22 déc. 1990 relative à des pratiques de la société TF1 dans le secteur des vidéogrammes. (39) Voir le § 29 de la directive CE n° 2001/29 du Parlement européen du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « La question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne. Cette considération vaut également pour la copie physique d'une œuvre ou d'un autre objet réalisée par l'utilisateur d'un tel service avec le consentement du titulaire du droit. Il en va par conséquent de même pour la location et le prêt de l'original de l'œuvre ou de copies de celle-ci, qui sont par nature des services. Contrairement aux CD-Rom ou CD-I, pour lesquels la propriété intellectuelle est incorporée dans un support physique, à savoir une marchandise, tout service en ligne constitue en fait un acte devant être soumis à autorisation dès lors que le droit d'auteur ou le droit voisin en dispose ainsi ». (40) <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/index.html>.

«... via les chaînes de télévision en clair que les consommateurs ont décidé de s'abonner en masse aux services payants, autrement dit que la demande a répondu à l'offre et qu'un nouveau marché, celui de la télévision payante, a vu le jour» (41).

L'industrie du cinéma est une économie à coûts essentiellement fixes, s'agissant d'une économie de prototypes. Les coûts de production d'un film sont indépendants du nombre de spectateurs, même si évidemment les films n'ont pas tous les mêmes budgets de production et les mêmes atouts (ex. : présence ou non de stars, stratégies de sortie massives ou non).

Il s'agit par ailleurs d'un secteur à fort besoin en capital, et très risqué. Le financement est notamment assuré par les chaînes de télévision soumises à des quotas de diffusion et de production par le biais de contrats de pré-achat de droits, et par les distributeurs qui achètent les droits exclusifs de distribution pour un territoire, un mode d'exploitation et une langue donnés (ce sont les fameux minimum garantis payés en avance des recettes futures du film). Certains de ces acteurs, et notamment les chaînes de télévision, sont exposés à une concurrence accrue des acteurs d'internet (42).

Pour les acteurs économiques, les exclusivités géographiques sont donc encore aujourd'hui essentielles pour financer le film. Du reste, elles permettent également de coller au plus près aux goûts du public. Le Groupe Vivendi explique que l'expérience Canal Plus a révélé que le public est principalement attiré par des chaînes de télévision nationales avec lesquelles il peut s'identifier. Tous les programmes ne suscitent pas le même intérêt à travers le monde et n'ont, par conséquent, pas la même valeur dans les différents pays. Une flexibilité dans la gestion de leurs droits par les titulaires de droits de contenu audiovisuel est donc essentielle. Il faut laisser aux titulaires de droits la possibilité de gérer au cas par cas, en tenant compte d'une série de contraintes (langue, préférences culturelles, protection de la jeunesse, fenêtres d'exploitation dans le pays considéré),

l'exploitation du film sur une base territoriale, afin d'optimiser la remontée de recettes, et donc la possibilité de financer d'autres productions dans cette industrie à fort niveau de risque.

B. – L'influence de l'industrie culturelle considérée : à propos des spécificités du monde de la musique

Interrogés par la Commission sur les obstacles au développement de services paneuropéens de contenu et notamment sur les restrictions géographiques, les exploitants dénoncent principalement l'absence d'un guichet unique pour accorder une licence mondiale dans le cadre d'un système de gestion collective. Si des initiatives individuelles fleurissent, notamment entre titulaires de catalogues importants et certaines sociétés de gestion collective

Comme le secteur de l'audiovisuel, le secteur de la musique peut justifier un besoin de restrictions géographiques.

pour permettre une exploitation mondiale de contenu (détachée donc du territoire d'exercice limité de telle ou telle société de gestion collective) ou entre exploitants et titulaires de droits (MGM a conclu des accords avec YouTube, MySpace ou Apple par exemple), ces droits sont souvent émiettés (notamment, les droits de reproduction mécanique et les droits d'exécution ne sont souvent pas détenus par les mêmes entités). De plus, les solutions ne portent pas sur un catalogue d'œuvres mondial, qui inclut les petits artistes, mais porte principalement sur les catalogues des grosses sociétés (43).

Plusieurs acteurs économiques critiquent cette situation qu'ils attribuent notamment à la recommandation du 18 octobre 2005 et à la décision CISAC de la Commission européenne du 16 juillet 2008

(44). Suite à cette décision, les auteurs des contributions à la Commission expliquent que de nombreux titulaires de droits ont retiré leur droit de reproduction mécanique sur leur répertoire anglo-saxon, qu'ils concèdent depuis directement. Pour beaucoup d'exploitants, la situation qui en résulte est inextricable (par exemple, la position d'Apple : « Prior to the 2005 recommendation (...), each national collecting society was able to offer a so-called blanket licence (i.e., for all repertoire, globally), for sales by iTunes in their own territory, which covered both mechanical and performing rights in each work in their repertoire. Therefore, the possibility of multiple authors and/or multiple publishers each having an ownership interest in a given work, did not impact iTunes licensing situation. The withdrawal of rights from collecting societies by various publishers that has happened under the auspices of the 2005 Recommendation means that the local national collecting society is no longer able to offer a so-called blanket licence, but rather the various rights may now have to be sought via a myriad of different licences from different licensors. In the context of this quagmire, iTunes needs to find a way to be able to (a) determine from whom to license each right, and (b) be certain that all necessary rights are licensed »).

L'économie de la musique est une industrie de prototypes où les coûts fixes sont importants. La profusion des nouveautés contribue à expliquer l'augmentation des dépenses moyennes de promotion (45). Face aux géants d'internet et exploitants de plates-formes de distribution en ligne, les majors perdent du terrain sur le marché, étant en partie évincées de la phase de distribution sur ce secteur. Il est alors essentiel pour elles de capter de la valeur en amont, au niveau des catalogues (46). Maximiser les recettes en fonction des différents canaux d'exploitation et en créant des produits diversifiés (pratiques dite de « versioning », telles que l'édition de coffrets de luxe) est donc très important pour garantir la viabilité des éditeurs de disques.

Comme le secteur de l'audiovisuel, le secteur de la musique peut justifier un besoin de restrictions géographiques. Ainsi, pour expliquer la sortie d'un album à des dates différentes

(41) Menshing J., article précité, p. 4 ; voir également le raisonnement tenu par la Commission dans sa décision d'exemption du 3 mars 1999 dans l'affaire TPS : « la diffusion exclusive des chaînes généralistes, en tant que produit d'appel et élément différenciateur de l'offre de TPS, est indispensable à l'implantation de cette dernière sur le marché français de la télévision à péage ». (42) Voir dans ce sens le rapport précité de Perrot A. et Leclerc J.-P., p. 10. (43) Voir le document de la Commission du 7 février 2008 « Monitoring of the 2005 Music online recommendation » et les initiatives européennes listées, parmi lesquelles : a) CELAS (Central European Licensing and administration services), qui est une entité morale constituée par GEMA et l'Alliance MCPS-PRS pour accorder des licences en vue d'une exploitation sur internet et mobile du répertoire EMI anglo-américain et allemand dans 40 pays européens. Le 26 juin 2008, CELAS a conclu son premier accord paneuropéen avec l'opérateur mobile Omnifone ; b) le programme « PEDL » (Pan-European Digital Licensing), dans le cadre duquel la branche éditeur de Warner Music Group a conclu des accords avec trois sociétés de gestion collective (GEMA, MCPS-PRS Alliance and STIM) en vue de permettre à chacune des sociétés de conclure des licences pour une exploitation en ligne en Europe du répertoire anglo-saxon de Warner/Chappell ; et c) l'accord SACEM-UMPG, dans le cadre duquel la société de gestion collective française et Universal Music Publishing Group ont signé un accord pour permettre des licences pour des usages en ligne et mobile du répertoire de UMPG. (44) Cette recommandation prévoit que « les titulaires de droits doivent avoir le droit de confier la gestion d'un quelconque de leurs droits en ligne nécessaire au fonctionnement de services licites de musique en ligne, avec le champ d'application territoriale de leur choix, au gestionnaire collectif de droits de leur choix, quels que soient l'État membre de résidence ou la nationalité du gestionnaire collectif de droits ou du titulaire de droits ». Quant à la décision CISAC, celle-ci a jugé contraires à l'article 81 du traité CE les clauses contenues dans les accords bilatéraux de représentation réciproque conclus par des membres de la CISAC qui limitaient la capacité des sociétés de gestion collective d'offrir leurs services aux auteurs et utilisateurs commerciaux en dehors de leur territoire national. L'objectif affiché de cette décision est de laisser aux auteurs le choix de la société de gestion collective responsable de l'administration de leurs droits d'auteur (en se fondant, notamment, sur la qualité du service, l'efficacité de la gestion collective et le niveau des frais de gestion déduits). Elle fait en ce moment l'objet de plusieurs recours devant le TPICE. (45) Voir dans ce sens, Curien N. et Moreau F., l'industrie du disque, Coll. Repères, 2006, p. 39. (46) Voir dans ce sens, Curien N. et Moreau F., précité, p. 29.

dans les États membres, les acteurs du secteur de la musique relèvent que la présence physique d'un chanteur dans un pays est souvent le meilleur moyen de permettre le lancement d'un nouvel album. Ils font valoir également l'importance des classements par *charts* pour motiver les ventes ; or, ces *charts* ne prennent en compte que les ventes nationales.

La procédure un temps engagée par la Commission à l'encontre de iTunes en relation avec la pratique d'Apple d'appliquer des prix différents aux téléchargements effectués à partir de sa boutique en ligne iTunes Store en fonction des États membres, puis l'accord amiable intervenu, a montré que l'exploitation des droits sur une base géographique est une réalité du secteur nécessaire pour optimiser les revenus générés (47). Cette pratique peut d'ailleurs refléter l'intérêt bien compris des opérateurs internet et des majors. Cependant, avec le précédent iTunes, cette pratique apparaît mise à mal. Un retour en arrière du marché, pour introduire plus de segmentation géographique, apparaît en effet délicat (48). Dans l'affaire *iTunes*, un système de protection par pays avait été mis en place pour qu'un consommateur au Royaume-Uni, par exemple, puisse acheter une chanson uniquement sur le portail anglais de iTunes. À l'époque, le prix de certains morceaux sur le portail iTunes anglais était plus élevé que le prix des mêmes morceaux sur les portails iTunes d'autres États membres. La Commission a entamé une procédure à l'encontre d'iTunes et des éditeurs de disques pour entraver la concurrence. La Commission a mis fin à sa procédure en janvier 2008 à la suite d'un accord amiable, iTunes s'engageant notamment à aligner les prix de téléchargement à partir de son portail anglais aux prix appliqués dans les autres États membres (49).

B. – Sur les autres blocages cités comme obstacles au développement de services de contenu paneuropéens

Parmi les autres obstacles au développement des services paneuropéens de contenu, les acteurs économiques mettent en avant notamment :

- le piratage : celui-ci freine le développement de ces services en fragilisant le modèle économique des exploitations envisagées ;
- la difficulté de trouver un modèle économique aux services en ligne : par exemple, si les services sont financés grâce à des revenus publicitaires et que l'exploitant ne trouve pas de partenaire dans un territoire donné, il n'aurait pas de raison de consentir à une licence dans ce territoire. Également, les contenus ne suscitent pas forcément un intérêt partout dans le monde ou uniforme ;

Les contributions des exploitants et titulaires de droits contiennent certaines recommandations pour permettre un développement des services de contenu en ligne.

- les différences dans les législations entre États membres dans des domaines aussi variés sur le droit fiscal (*withholding tax*) (50), la législation sur les données personnelles ou le droit de la consommation ;
- la distinction support/pas support : les acteurs conviennent en général que pareille différence de traitement paraît difficilement explicable aux yeux des consommateurs. Toutefois, les opinions divergent sur la question de savoir si cette différence doit ou non être maintenue ;
- dans le domaine du cinéma, le défaut de rémunération des auteurs quand a

lieu une exploitation sur de nouvelles plates-formes à l'étranger (51) ;

- dans le domaine de la musique :
 - les contentieux entre sociétés de gestion collective (voir le rapport de la Commission sur sa recommandation du 18 octobre 2005) (52),
 - l'absence de guichet unique où sont répertoriés/identifiés les œuvres et leurs titulaires et où l'on peut reporter l'usage fait des œuvres (voir le rapport de la Commission sur sa recommandation du 18 octobre 2005),
 - le manque de transparence sur le catalogue représenté par les sociétés de gestion collective (voir par exemple les contributions Google et Apple),
 - les négociations multiples dues à l'éclatement des droits entre plusieurs titulaires suite à la recommandation de la Commission de 2005 (voir la contribution MCPS-PRS).

C. – Sur les solutions préconisées pour permettre un développement des services de contenu paneuropéens

Les contributions des exploitants et titulaires de droits contiennent certaines recommandations pour permettre un développement des services de contenu en ligne, et notamment les suivantes :

- application du règlement d'exemptions par catégories en matière de transfert de technologie aux accords de distribution en ligne. Ce règlement fournit un *safe harbor* aux sociétés qui veulent introduire des restrictions territoriales (53). Ces restrictions sont présumées encourager les investissements (voir la contribution TimeWarner) ;
- généralisation de la solution retenue par la directive « câble et satellite » n° 93/83/CEE du 27 septembre 1993, à savoir la définition au niveau européen du droit d'auteur (en l'occurrence, le droit de communication au public par satellite), et l'application de la seule législation d'origine ; tous les droits d'auteur et droits voisins seraient donc définis et consacrés au niveau européen afin de remédier aux problèmes soulevés par les divergences entre les droits des États membres (54) ;

(47) Voir N. Curien et F. Moreau qui dénoncent en 2006 une pratique de l'industrie en matière d'exploitation *on line* qui « recherche une segmentation par pays, en imposant aux distributeurs des contraintes assurant que les plates-formes ne vendent qu'à des consommateurs domestiques » (p. 85, précité). (48) Voir le communiqué de presse de la Commission du 9 janvier 2008 (<<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/22&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>>). (49) Pfanner E., *Apple to cut iTunes prices in Britain to settle antitrust lawsuit*, *International Herald Tribune*, January 9, 2008. (50) Les traités de neutralisation ne sont pas applicables dans une relation triangulaire (lieu de la société de gestion concédante, lieu du service de musique, et lieu de résidence du détenteur de droits – voir le rapport de la Commission sur sa recommandation du 18 octobre 2005). (51) Voir la Contribution de la SACD, p. 1, « les auteurs de l'audiovisuel ne perçoivent en effet pratiquement aucune rémunération lorsque les œuvres sont exploitées à l'étranger, notamment via des plates-formes de VoD (...). Exception faite de la retransmission par câble et de la copie privée, dans de nombreux pays européens, les auteurs de l'audiovisuel ne reçoivent pas de rémunérations supplémentaires pour l'exploitation de leurs œuvres ». (52) <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/management_en.htm>. (53) Par exemple, concernant les accords entre entreprises non concurrentes et pour lesquels aucune des entreprises ne détient plus de 30 % des parts de marché, le Règlement permet au donneur de licence de limiter le licencié à la première exploitation de la licence dans un territoire déterminé, imposant ainsi une restriction territoriale ou visant un groupe de consommateurs déterminé s'agissant des ventes actives de produits sous licence, et ce même en cas de licence non exclusive. (54) À ce jour, dès lors que le droit de communication au public par satellite n'est pas concerné, on sort du domaine de l'harmonisation et les divergences entre États membres retrouvent toute leur importance. La décision *Lagardère* du 14 juillet 2005 rendue par la CJCE (aff. C-192/04) en est une bonne illustration. Dans sa décision, la CJCE écarte la qualification de communication au public par satellite au motif que la communication n'empruntait pas des bandes de fréquence publique, et que cette communication ne pouvait pas être captée individuellement et directement depuis un satellite par le public. La Cour retient en effet que « les signaux provenant du satellite en cause sont codés et ne peuvent être reçus que par un équipement réservé aux professionnels ». La CJCE pose alors le principe suivant lequel : « la directive 93/83 ne s'oppose pas à ce que la redevance pour l'utilisation du phonogramme [dans le cadre de la licence légale] soit régie non seulement par la loi de l'État membre sur le territoire duquel est établie la société émettrice, mais également par la législation de l'État membre dans lequel se situe, pour des raisons techniques, l'émetteur terrestre diffusant ces émissions en direction du premier État ».

– introduction d'un droit inaccessibles à rémunération au profit des auteurs, et ce au titre de l'exploitation de leurs œuvres audiovisuelles, notamment sur un service de communication au public en ligne (proposition SACD) ;

– création d'un guichet unique pour concéder des licences mondiales d'exploitation sur les droits en ligne (*one stop shop for worldwide on line rights*) ; ce guichet unique devrait regrouper tous les droits pertinents impliqués dans une exploitation en ligne ;

– généralisation de la gestion collective, au moins pour la musique, avec une obligation de contracter de la part des ayants droit ;

– confiance dans le marché, car les exploitants de droits, entrepreneurs professionnels du secteur, sont *a priori* les plus à même de juger ce qui est efficace et profitable pour leur activité.

Au-delà de ces propositions, on peut s'interroger également sur l'opportunité pour la Commission de transposer les principes de l'arrêt *Coditel II* à la distribution en ligne. Ses principes paraissent suffisamment souples pour appréhender toute forme de distribution en ligne. Une note explicative de la Commission, similaire à celle émise en 1998 sur l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications, permettrait d'éclairer le débat et renforcer la prévisibilité pour les acteurs économiques concernés. Conformément aux principes fixés par l'arrêt *Coditel II*, une exclusivité territoriale en matière d'exploitation de droits d'auteur ou de droits voisins serait légitime sauf si cela crée :

(i) une barrière artificielle et injustifiée au regard des nécessités de l'industrie cinématographique, audiovisuelle, ou musicale en cause ; ou

(ii) la possibilité de redevances dépassant une juste rémunération des investissements réalisés ; ou

(iii) une exclusivité d'une durée excessive par rapport à ces exigences.

De plus, l'exercice de cette exclusivité ne devrait pas être de nature à empêcher, à restreindre, ou à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun. Prenons l'exemple d'un distributeur de cinéma qui accorde, en échange d'un minimum garanti, des licences exclusives nationales à deux FAI, un en France et

un en Espagne pour la distribution VoD d'un film. Ces licences interdisent à chaque FAI de permettre un téléchargement provenant d'un consommateur situé en dehors du territoire du FAI. Le FAI met en place un moyen technique pour garantir le respect de cette disposition.

Cette exclusivité se justifie par l'octroi d'un minimum garanti. En l'absence d'une protection territoriale de ce type, aucun des deux FAI n'aurait accordé un minimum garanti pour l'achat de ces droits. Le système de minimum garanti permet de répartir les risques d'exploitation d'un film sur un territoire donné et constitue l'un des piliers du financement de la production cinématographique. Cette raison devrait à elle seule être

Le système de minimum garanti permet de répartir les risques d'exploitation d'un film sur un territoire donné et constitue l'un des piliers du financement de la production cinématographique.

suffisante pour justifier l'exclusivité. En revanche, si, au lieu de percevoir un minimum garanti, le distributeur concédait un mandat simple de distribution VoD sur les deux territoires, une exclusivité étanche entre les plates-formes des deux pays serait moins compréhensible. En effet, le même acteur assumerait les risques d'exploitation sur les deux territoires en mode VoD, et la Commission pourrait objecter que la protection territoriale entre les deux pays constituerait une barrière « *artificielle et injustifiée* », surtout si le distributeur appliquait des prix différents dans les deux pays.

Une autre raison légitime de garantir une étanchéité entre les deux plates-formes de distribution VoD serait de permettre le respect d'éventuelles fenêtres de diffusion différentes dans ces deux pays. Ces fenêtres pourraient varier en raison de dates de sortie différentes du film en salles, ou d'accords conclus avec les distributeurs DVD ou les diffuseurs de télévision payante. Ces deux acteurs peu-

vent, en effet, conditionner l'octroi d'un minimum garanti important à l'engagement par le concédant de licence de ne pas exploiter les droits VoD dans le pays avant l'expiration d'un certain délai (un « *hold back* »). Là aussi, l'étanchéité territoriale découle d'une raison légitime et ne devrait pas poser de problème.

Enfin, une autre raison qui pourrait justifier une étanchéité entre la plate-forme française et espagnole pourrait découler de l'existence (ou de l'absence) d'accords avec les sociétés de gestion collective.

L'arrêt *Coditel II* évoque « *la possibilité de redevances dépassant une juste rémunération des investissements réalisés* ». Le modèle économique du cinéma est bâti sur la probabilité statistique que la majorité des films seront déficitaires, mais que les déficits de ces films seront compensés par les bénéfices dégagés par une petite minorité de films à grand succès. Il est évident, par conséquent, que le concept de « *juste rémunération des investissements réalisés* » mentionné dans l'arrêt *Coditel II* ne peut pas être appliqué sur la base d'un seul film, mais plutôt sur un groupe représentatif de films. Le retour sur investissement pour un seul film à succès peut paraître excessif, mais lorsque ce retour sur investissement est appliqué à l'ensemble des films sortis dans l'année, le retour sera modeste, voire parfois négatif.

En ce qui concerne la durée de l'exclusivité (autre facteur mentionné dans l'arrêt *Coditel II*), celle-ci ne doit pas être excessive. La Commission a eu l'occasion d'appliquer ce principe aux accords conclus entre les détenteurs de contenu et les plates-formes de distribution par satellite. Cette question dépasse cependant le sujet du présent article.

IV. – CONCLUSION

La position à venir de la Commission suite à sa consultation initiée en septembre 2008, ainsi que la décision de la CJCE sur le recours préjudiciel exercé par la *High Court*, seront de la plus grande importance pour les titulaires des droits et les exploitants dans tous les secteurs dont le modèle économique repose sur la mise en place d'exclusivités territoriales. Cependant, le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Coditel II* devrait permettre de répondre aux nouvelles questions posées. ♦