

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 97-A-16 du 24 juin 1997
relatif à une demande présentée par le Tribunal de Grande Instance de Grenoble

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 14 novembre 1995, enregistrée sous le numéro A 176 par laquelle le vice-président du Tribunal de Grande Instance de Grenoble a sollicité, sur le fondement des dispositions de l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, l'avis du Conseil de la concurrence sur le point de savoir si certaines pratiques de la SACEM sont anticoncurrentielles au sens de l'article 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la SACEM entendus ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre du 3 avril 1989, M. Basset, gérant de l'ensemble de loisirs « La Ferme DRAC-OUEST », a déposé plainte avec constitution de partie civile auprès du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Grenoble à l'encontre de la Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM). Cette constitution de partie civile dénonçait, entre autres, l'exercice de pratiques discriminatoires de la part de la SACEM à l'égard de « La Ferme DRAC-OUEST » dans le recouvrement des impayés de droits d'auteurs.

L'instruction du dossier ayant abouti à une ordonnance de non-lieu, Mme Basset, dirigeante de la société, a fait appel devant la Chambre d'accusation de Grenoble qui a partiellement infirmé l'ordonnance en ce qu'elle concernait les pratiques discriminatoires et a demandé au juge d'instruction de continuer l'information et, « *notamment, de mettre en examen tous responsables de la SACEM* ».

Les griefs de la partie civile à l'encontre de la SACEM sont de trois ordres :

- 1) l'application à l'époque des faits, d'une redevance de 8,25 %, taux qualifié de très supérieur aux tarifs appliqués dans les autres pays de la Communauté européenne ;
- 2) pratiques de tarifs inférieurs envers certaines entreprises concurrentes sous conditions d'affiliation à certains syndicats ;
- 3) poursuites ciblées sur les entreprises les plus réfractaires (comme DRAC-OUEST).

Le vice-président du Tribunal a sollicité l'avis du Conseil sur le troisième point et demande si une telle pratique peut être considérée comme discriminatoire.

A - Le secteur concerné

1) La gestion des droits d'auteurs

Le droit d'auteur comprend le droit moral de s'opposer à toute déformation de l'oeuvre ainsi que celui d'autoriser, moyennant la perception d'une redevance, l'exécution publique de celle-ci, notamment à des fins commerciales ; il revêt à cet égard un caractère patrimonial. Ce droit a été consacré par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, dont les dispositions ont été insérées dans le code de la propriété intellectuelle.

Si l'exercice de la propriété littéraire et artistique peut être assurée individuellement, la nature de certaines oeuvres et la diversité des modes de diffusion, accentuée par l'évolution des technologies de la communication, ont fait que la gestion collective s'est imposée dans la pratique et, depuis le 19^{ème} siècle, les auteurs, compositeurs et éditeurs de musique ont confié la gestion et la protection de leurs intérêts à un prestataire de services unique, la SACEM, qui a pour mission de contrôler l'utilisation des oeuvres par les divers et nombreux exploitants, de percevoir la rémunération due lors de toute exécution publique ainsi que celle de la reproduction mécanique des supports utilisés pour l'édition.

La loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, aujourd'hui également intégrée dans le code de la propriété intellectuelle, a consacré cette gestion collective.

En pratique, l'auteur d'une oeuvre musicale cède son droit de reproduction, moyennant rémunération, à un producteur de phonogrammes pour la fabrication et la commercialisation en vue d'une utilisation privée uniquement. Lorsque l'enregistrement (sous quelque forme que ce soit) est diffusé en public, par exemple dans une discothèque, un café, un restaurant ou un magasin, l'auteur est en droit de percevoir de l'exploitant de cet établissement à la fois une rémunération au titre du droit de représentation et un droit complémentaire de reproduction mécanique.

Pour une part substantielle, les activités des sociétés d'auteurs s'analysent en conséquence en des relations de prestataires de services et d'intermédiaires entre deux catégories de « clientèles ». En particulier, ces sociétés font souscrire des contrats de représentation générale à des établissements qui reçoivent du public (magasins, restaurants, hôtels, bars, discothèques) en contrepartie desquels elles offrent à ces établissements le

service d'une gestion centralisée des droits attachés à de multiples oeuvres musicales. L'économie des conventions conclues avec les usagers du répertoire de la SACEM varie en considération de l'importance du rôle joué par la musique dans l'activité du contractant et leurs conditions sont en principe identiques par catégorie d'usagers.

2) La SACEM

Créée en 1851 sous la forme d'une société civile, la SACEM est régie par les dispositions spécifiques édictées par le titre IV de la loi du 3 juillet 1985, reprises au livre III - titre II du code de la propriété intellectuelle.

Elle a pour objet la défense générale des intérêts matériels de ses membres et la gestion collective de leurs droits de représentation et de reproduction. A ce titre, elle assure la perception et la répartition des redevances dues aux auteurs à l'occasion de la reproduction mécanique et de l'exécution publique des oeuvres relevant de son répertoire. Elle comptait en 1995 près de 76 000 sociétaires, et avait inscrit à son répertoire plus de cinq millions d'oeuvres françaises ou étrangères.

Cette société est administrée par un conseil d'administration et dirigée par un directoire. Elle employait en 1994 environ 1 483 salariés. Selon son rapport d'activité pour 1995, elle a perçu au cours de l'année 1995, 3 184 319 136 francs au titre du droit d'exécution publique et du droit de reproduction mécanique, et a réparti 2 378 515 848 francs à plus de 60 000 auteurs, compositeurs et éditeurs français et étrangers, pour l'utilisation de près de 550 000 oeuvres différentes.

Comme le Conseil de la concurrence l'a retenu dans une décision n° 89-D-24 relative à des pratiques de la S.D.R.M. (société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs), confirmée par la cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation, une telle société est soumise aux dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 dans la mesure où elle exerce de nombreuses activités de services pour la gestion du patrimoine d'autrui, agit dans cette gestion de façon autonome et parfois exclusive et est mise en cause à l'occasion de ses pouvoirs propres de négociation et d'application de conventions, ainsi que de fixation du taux d'une redevance.

Seul organisme professionnel de gestion des droits des auteurs de musique, la SACEM dispose d'un monopole de fait sur le marché français de la perception et de la répartition des droits des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique. Dans la plupart des pays étrangers, et notamment dans les Etats de la Communauté européenne, les sociétés d'auteurs disposent également d'un monopole de fait. Au lieu de s'implanter en France pour y exploiter leurs répertoires, elles ont préféré mandater la SACEM à cette fin, dans le cadre de contrats de représentation réciproque.

Ces contrats, habilitent chacune des parties contractantes agissant en représentation à autoriser, sur son propre territoire, l'usage des oeuvres relevant du répertoire représenté, et à poursuivre le règlement des redevances dues en contrepartie. Par ces conventions, les sociétés d'auteurs s'engagent à ne procéder à aucune discrimination dans le traitement des oeuvres de telle sorte que celles-ci sont, sans considération de leur origine, offertes à des conditions identiques aux usagers qui entendent les exploiter.

Il en résulte que le contrat général de représentation conclu entre la SACEM et les usagers de son répertoire confère à ces derniers l'autorisation de représenter non seulement le répertoire propre à la SACEM mais aussi les répertoires étrangers.

3) La gestion des droits d'auteur à l'égard des discothèques

Dans le cadre de la demande d'avis présentée par le tribunal de grande instance de Grenoble, n'est concerné que le marché de la perception et de la répartition des droits d'auteurs, compositeurs et éditeurs de musique auprès de discothèques françaises (3 700 en 1994, selon le recensement du ministère de la culture) auxquelles le répertoire de la SACEM est indispensable.

A défaut de détenir l'autorisation de diffuser les oeuvres musicales qu'ils utilisent, les gestionnaires de discothèques commettraient le délit de contrefaçon. Ils se trouvent donc dans l'obligation de conclure avec la SACEM, gestionnaire unique des droits, des conventions les autorisant à procéder à ces diffusions.

Ces conventions intitulées « contrat général de représentation » sont définies par l'article L. 132-18 du code de la propriété intellectuelle (ancien article 43 alinéa 2 de la loi du 11 mars 1957) comme étant « *le contrat par lequel un organisme professionnel d'auteurs confère à un entrepreneur de spectacles la faculté de représenter, pendant la durée du contrat, les oeuvres actuelles ou futures, constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit* ».

En contrepartie de cette autorisation de représentation, la SACEM perçoit une redevance de droits d'auteur fixée sous la forme d'un pourcentage assis sur l'ensemble des recettes réalisées par l'exploitant de discothèque qui obéit à la règle prescrite par l'article L.131-4 du code de la propriété intellectuelle (anciennement article 35 de la loi du 11 mars 1957) qui dispose que la cession des droits d'auteur doit emporter « *au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation* ». Ce même article autorise une rémunération forfaitaire dans des cas exceptionnels, par exemple, lorsque la base de calcul de la participation de l'auteur ne peut être déterminée.

Cette redevance correspond à la rémunération du droit d'exécution publique et, à titre complémentaire, du droit de reproduction mécanique.

Le répertoire mis à la disposition des discothèques est celui de la SACEM en tant que société française d'auteurs, de compositeurs et d'éditeurs de musique, mais aussi, en vertu des contrats de représentation réciproque conclus par celle-ci avec une quarantaine de sociétés de droits d'auteur étrangères, les oeuvres faisant partie des répertoires de ces sociétés.

Par ailleurs, le contrat proposé aux exploitants de lieux publics ne tient pas compte du répertoire effectivement diffusé. Par l'effet de la clause dite forfaitaire, la SACEM donne aux utilisateurs l'accès à toutes les oeuvres de son répertoire (national et étranger). Qu'il s'agisse de son répertoire propre ou des répertoires étrangers, les taux de redevance appliqués aux discothèques sont strictement identiques, et ce, quels que soient les taux appliqués à l'étranger. Enfin, elle n'indique pas aux utilisateurs les conditions d'accès à tel sous-ensemble du répertoire qu'elle gère.

B- Les pratiques dénoncées

Dans sa plainte avec constitution de partie civile, M. Basset expose que la SACEM lui réclame pour ses salles de danse une redevance de 8,25% de leurs recettes brutes, alors que les établissements concurrents du sien dans la région payent des sommes bien inférieures, *« soit en ne payant pas du tout les redevances réclamées dans les contrats qu'ils ont signés, soit en accumulant les retards de paiement »*. Il indique être le seul à devoir payer le tarif officiel par le biais de procédures qui seraient diligentées contre lui en raison de ses revendications à l'encontre du taux de redevance appliqué par la SACEM, qu'il considère comme exorbitant et inéquitable au regard des principes posés par le droit européen. En conclusion, M. Basset estime qu'*« en exigeant dans la pratique des redevances bien inférieures à celles exigées auprès de moi pour tous les autres établissements concurrents, la SACEM fausse le jeu de la concurrence, en imposant de par son monopole des difficultés de trésorerie que n'ont pas les autres établissements concurrents. »*

Lors d'une enquête diligentée par la section de recherches de la gendarmerie de Grenoble sur commission rogatoire du magistrat instructeur, quatre dirigeants de discothèques de la région ont été interrogés.

Il ressort de ces auditions que :

- M. Astier, cogérant du « Scotch Club » à Briey, a réglé toutes ses cotisations à la SACEM depuis 1963 jusqu'en 1989, où il a décidé de ne plus payer qu'un montant forfaitaire de 55 000 F. Par un courrier du 5 février 1990, la SACEM lui a réclamé le paiement des arriérés pour un montant de 311 529,36 F.

- M. Guillaud, propriétaire du « Number one », a réglé toutes ses cotisations à la SACEM depuis 1967 jusqu'en 1989, période à partir de laquelle il a pris « volontairement » du retard dans ses paiements. La SACEM ne lui a jamais proposé d'arrangement.

- M. Badin, directeur du « Septième ciel » au Versoud, a réglé deux ou trois versements à l'ouverture de sa discothèque en 1987, puis a cessé de le faire en raison de difficultés financières. Après avoir reçu en janvier 1990 la visite du représentant régional de la SACEM, le menaçant de poursuites judiciaires, il reçut un courrier lui réclamant 139 588 F au titre de ses cotisations impayées.

- M. Zaccaria, gérant de la discothèque « L'Impérial » à Izeron, a réglé toutes ses cotisations à la SACEM jusqu'en 1987, période à partir de laquelle il a décidé de ne plus les régler au motif qu'il estimait l'assiette de redevance exorbitante. Il a reçu en décembre 1989 un courrier de la SACEM lui réclamant la somme de 184 134 F.

Ces quatre exploitants ont, par ailleurs tous indiqué avoir signé avec la SACEM des contrats de représentation.

Interrogé par le juge d'instruction sur sa position en matière de poursuites en recouvrement, le délégué régional de la société d'auteurs a indiqué : *« La SACEM a toujours estimé que ce n'était pas son rôle que de provoquer la fermeture d'établissements. Elle ne poursuit jamais ses créances pour provoquer un règlement judiciaire. »*

En revanche, il est vrai, que lors des poursuites de droit commun, nous nous réservons la possibilité de poursuivre les débiteurs les plus anciens, et ceux qui ont le plus manifesté leur résistance à nos demandes. C'est notamment le cas de Mme Basset. »

Dans le cadre de l'enquête menée et pour étayer leurs dires, les époux Basset ont, au surplus, adressé au juge d'instruction deux documents émanant de la SACEM.

Le premier est un courrier adressé le 21 janvier 1991 à la discothèque « La Rhumerie », située à Meylan (Isère), qui démontre que cet établissement était à cette date débiteur envers la SACEM de cotisations impayées depuis le mois de septembre 1985 pour un montant de 656 131,31 francs. Ce courrier précise que faute de régularisation de la somme impayée dans les quinze jours, le délégué régional envisagera de faire procéder au recouvrement de la créance par voie judiciaire, la lettre valant mise en demeure.

Le second document produit est une sommation de payer par acte d'huissier adressée le 30 octobre 1991 par la société de droits d'auteur au gérant de la discothèque « l'Impérial », précitée, concernant des redevances impayées depuis le mois de décembre 1985, pour un montant total de 341 464,87 francs à régler sous 24 heures, « faute de quoi, la SACEM utilisera les voies de droit de contrainte ».

C- L'analyse du Conseil

Les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prévoient que sont prohibées : lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, d'une part, (article 7) les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions notamment lorsqu'elles tendent à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises (...), et d'autre part, (article 8) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

L'action en justice a été définie par l'article 30 du nouveau code de procédure civile comme étant : « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ».

Elle consiste en un pouvoir reconnu aux particuliers (personnes physiques ou morales) de s'adresser à la justice pour obtenir la reconnaissance de leurs droits et le respect de la loi et apparaît donc comme relevant des libertés fondamentales.

En application de ces principes le Conseil de la concurrence a, à plusieurs reprises (et notamment dans une décision n° 94-D-59 du 8 novembre 1994 relative à une saisine présentée par la société La Soleïade), précisé que « (...) *Le fait d'agir en justice est l'expression d'un droit fondamental (...). Dès lors l'action en justice d'une organisation professionnelle ne peut être considérée comme consistant, en elle-même une action concertée anticoncurrentielle* ».

De la même façon, le fait de ne pas agir en justice relève de la liberté des personnes (individuelles ou morales) dans la gestion de leurs intérêts et ne peut en lui-même être considéré comme constituant une pratique anticoncurrentielle.

Dans ce cadre, le fait pour un créancier de décider de diligenter les poursuites en paiement à l'encontre des débiteurs les plus anciens et de « *ceux qui ont le plus manifesté leur résistance* » à ses demandes de règlement apparaît comme l'expression d'un choix de politique de recouvrement qu'il lui appartient de déterminer sous le contrôle de ses éventuels mandataires et ne saurait, à lui seul, constituer une pratique d'entente ou d'abus de position dominante.

Tel ne serait pas le cas, en revanche s'il était établi que l'action ou l'abstention d'agir en justice de la SACEM s'inscrivait dans le cadre d'une pratique d'entente ou d'abus de position dominante anticoncurrentielle.

En l'espèce, l'arrêt rendu le 9 juillet 1993 par la Chambre d'accusation de Grenoble indique que : « *Le 14 avril 1989, la Société dirigée par Françoise Petit épouse Basset avait reçu notification d'une sommation d'avoir à payer un montant de redevances de 280 299 F au titre des exécutions publiques d'oeuvres musicales depuis le premier mai 1986 en utilisant des oeuvres appartenant au répertoire de la SACEM et sans avoir son autorisation, étant observé que l'utilisatrice n'avait pas donné suite aux contrats de représentation dont les clauses lui avaient été proposées.* »

Il convient tout d'abord de relever que Mme Basset, si elle s'oppose notamment au taux de redevance appliqué par la SACEM, ne conteste pas être débitrice à son égard de droits d'auteur.

Par ailleurs l'examen de cette situation par rapport à celle des autres discothèques, pour autant que l'on puisse considérer qu'elles se trouvent dans la même zone de chalandise, et telles qu'elles ressortent du rapport d'enquête et des pièces du dossier permet de constater :

- En premier lieu, que tous les gérants de discothèques, interrogés dans le cadre de l'enquête, ont signé des contrats de représentation avec la SACEM, à l'exception de Mme Basset.

- En deuxième lieu, que deux de ces gestionnaires (MM. Astier et Guillaud) ne se sont trouvés débiteurs de la société d'auteurs qu'à partir de 1989, après de nombreuses années de paiements réguliers (depuis 1963, pour le premier et 1967 pour le second) et qu'ils ont néanmoins continué, à partir de cette date, à payer un pourcentage des rémunérations dues.

- En troisième lieu, que M. Badin qui a effectué deux ou trois versements à la SACEM au début de l'exploitation de sa discothèque, s'il n'a pas reçu de sommation de payer, avait toutefois reçu la visite du délégué régional de cette société le menaçant de poursuites judiciaires alors qu'il était débiteur à son égard, en janvier 1990, d'une somme de 139 588 F.

Ces situations ne sont donc pas comparables à celle de Mme Basset, qui avait refusé de signer les contrats de représentation proposés par la SACEM et se trouvait au 12 avril 1989 débitrice envers cette dernière de la somme de 280 299 F au titre des exécutions publiques d'oeuvres musicales depuis le premier mai 1986.

Il résulte par ailleurs des pièces du dossier que les discothèques « l'Impérial » et « La Rhumerie » n'ont fait l'objet de demandes comminatoires de paiement qu'au cours de l'année

1991 pour des sommes impayées depuis l'année 1985 et pour des montants respectifs de 341 464,87 francs et de 656 131,31 francs.

Pour autant que l'on puisse considérer que ces établissements sont dans des situations identiques et comparables à celle de la discothèque « La ferme DRAC-Ouest », il y a lieu de relever que le fait que ces sociétés aient fait l'objet de telles demandes comminatoires avec un décalage dans le temps par rapport à la société « La ferme DRAC-Ouest » ne constitue ni une renonciation au paiement des droits, ni un moyen de réduire le montant de la dette accumulée à cet égard.

Ce décalage dans le temps des poursuites apparaît insuffisant pour constituer à lui seul une exploitation abusive de la position dominante de la SACEM sur le marché de la perception et de la répartition des droits considérés.

Par ailleurs, l'enquête n'apporte aucun élément de nature à établir que ce décalage dans le temps résulte d'une concertation expresse ou tacite entre lesdites discothèques et la SACEM, ni même qu'il ait eu, ou puisse avoir, un effet sur la concurrence entre ces discothèques.

Le fait d'agir ou de ne pas agir en justice étant l'expression d'un droit fondamental, le choix opéré par un créancier de poursuivre ou non certains de ces créanciers ne peut être considéré comme consistant, en lui même, une pratique anticoncurrentielle. Par ailleurs, il ne résulte pas des éléments du dossier que la SACEM ait mis en oeuvre des pratiques concertées ou d'abus de position dominante anticoncurrentiels dans la façon dont elle a procédé au cours des années concernées au recouvrement des redevances de droits d'auteurs impayées auprès des discothèques visées par l'enquête.

Délibéré, sur le rapport oral de Mlle Valérie Michel, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le Rapporteur général,
Marie PICARD

Le Président,
Charles BARBEAU