



**Décision n° 05-D-16 du 26 avril 2005
relative à des pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et
compositeurs dramatiques (SACD)**

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la saisine d'office du Conseil du 27 janvier 2004, enregistrée sous le numéro 04/0005 F relative aux problèmes de concurrence posés par certaines clauses des statuts de la SACD;

Vu la lettre, enregistrée le 8 novembre 2004 sous le numéro 04/0085 F par laquelle la société JFPM Représentation a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD).

Vu la décision du 21 mars 2005 portant jonction des affaires 04/0085 F et 04/0005 F;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu les engagements proposés par la SACD en date du 8 février 2005 et les compléments qu'elle a apportés lors de la séance du 12 avril 2005 ;

Vu les observations présentées par les sociétés JFPM Représentation, Editions Théâtrales, L'Arche, la Société Civile des Editeurs de Langue Française, la Chambre Syndicale de l'édition musicale et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société JFPM Représentation et de la SACD entendus lors de la séance du 12 avril 2005 ;

Adopte la décision suivante :

I Constatations

A. LES SAISINES :

1. Par lettre enregistrée le 12 février 1998 sous le numéro F 1006, le Conseil de la concurrence a été saisi par un auteur dramatique adhérent de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) de pratiques mises en œuvre par cette société civile de perception et de répartition des droits d'auteur dont l'objet est la gestion collective des droits d'auteurs d'œuvres dramatiques et audiovisuelles.
2. Après une première décision de sursis à statuer du Conseil de la concurrence en mai 2001, cette saisine a fait l'objet d'une notification de griefs, le 10 juin 2002, puis d'un rapport, le 30 juin 2003.
3. A la suite du désistement du saisissant, intervenu en novembre 2003, le Conseil s'est saisi d'office, par décision du 27 janvier 2004 enregistrée sous le numéro 04/005 F, des problèmes de concurrence posés par certaines clauses des statuts de la SACD.
4. Le 8 novembre 2004, une saisine de la société JFPM, enregistrée sous le numéro 04/0085 F, a également dénoncé les restrictions figurant dans les statuts de la SACD. Elle a été jointe à la saisine 04/005 F le 21 mars 2005.

B. LE SECTEUR

5. L'article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle pose la règle selon laquelle « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété corporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial(...)* ». L'article L.121-1 du même code dispose : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible (...)* ».
6. Le droit d'exploitation « *appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction* » (article L. 122-1).
7. Le droit de représentation, défini comme « *une communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque* » (article L. 122-2) et le droit de reproduction défini comme une « *fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* » (article L. 122-3), peuvent faire l'objet d'une cession, à titre onéreux ou gratuit, indépendamment l'un de l'autre, si celle-ci est limitée quant à sa durée, son étendue géographique et la destination de chaque exploitation.
8. Les droits patrimoniaux sont cédés par contrat écrit dont certains régis par le code de la propriété intellectuelle. Ainsi, il existe un régime général du droit de représentation, défini à l'article L.132-18 de ce code : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit et de ses ayants droit autorisent une personne physique ou morale à représenter ladite œuvre à des conditions qu'ils déterminent. Est dit contrat général de représentation 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 œuvres actuelles ou futures, constituant le répertoire dudit organisme aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit ».

9. Le régime du contrat général permet une gestion collective du droit d'auteur, comme alternative à la gestion individuelle de ce droit. La gestion collective au sens du code de la propriété intellectuelle vise un certain type de groupements d'ayants droit qui ont leur siège en France et sont formés pour assurer la gestion juridique et financière de leurs droits patrimoniaux. Il s'agit de sociétés civiles de perception et de répartition des droits régies par les dispositions des articles L. 321-1 à L.321-13 du même code. L'article L.321-3 prévoit que les projets de statuts et de règlements généraux des sociétés de perception et de répartition des droits sont adressés au ministre. Une société de perception et de répartition peut assurer une gestion collective décidée par les ayants droit ou/et une gestion collective rendue obligatoire par la loi.
10. La SACD est la doyenne des sociétés d'auteurs et compte environ 30000 adhérents. Elle est constituée d'auteurs d'œuvres dramatiques et audiovisuelles, ces œuvres formant son répertoire. La SACD a pour objet social, défini dans l'article 3 de ses statuts, la défense des droits des associés vis à vis de tous usagers et, d'une manière générale, la défense des intérêts moraux et matériels des membres de la société et celle de la profession d'auteur, l'exercice et l'administration dans tous les pays de tous les droits relatifs à la représentation ou à la reproduction des œuvres de ses membres, la perception et la répartition des rémunérations provenant de l'exercice de ces droits, la mise en œuvre des moyens propres à valoriser le répertoire de la société et à en assurer la promotion auprès du public, des actions de prévoyance et de solidarité en faveur des différentes catégories d'associés, de leur famille et de leurs proches.

C. LES PRATIQUES DENONCEES :

11. La pratique retenue à la fois dans la saisine d'office et dans la saisine de la société JFPM concerne les dispositions de l'article 1 des statuts de la SACD selon lesquelles tout auteur admis à adhérer à la SACD lui fait *« apport, du fait même de cette adhésion, en tous pays et pour la durée de la société :*
 - - *de la gérance de son droit d'adaptation et de représentation dramatiques ;*
 - - *du droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public par un procédé quelconque, autre que la représentation dramatique, ainsi que la reproduction par tous procédés, l'utilisation à des fins publicitaires ou commerciales de ses œuvres ».*
12. Ainsi, la condition imposée par les statuts de la SACD faisant obligation à tout auteur d'œuvres dramatiques ou audiovisuelles d'apporter lors de son adhésion, globalement et sans fractionnement possible, d'une part, la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatique et, d'autre part, la gestion des droits audiovisuels, serait constitutive d'un abus de position dominante, prohibé par les articles L.420-2 du code de commerce et 82 du traité CE.
13. Dans sa saisine, la société JFPM relève que les statuts de la SACD prévoient la cession globalisée de toutes les catégories de droits attachés à l'œuvre audiovisuelle, sans prévoir la possibilité d'apports fractionnés par type de supports de diffusion. La SACD disposerait,

ainsi, de tous les droits patrimoniaux de l'auteur d'une œuvre audiovisuelle, les droits de représentation et de reproduction sur tous supports.

14. Elle soutient que le fait d'exiger la cession de toutes les catégories de droits attachés à l'œuvre audiovisuelle serait constitutif d'un abus de position dominante. En effet, l'application des statuts de la SACD pourrait avoir pour effet d'évincer les autres acteurs du marché de la gestion des droits audiovisuels tels que les agents artistiques.
15. En conséquence, la saisissante demande au Conseil d'enjoindre à la SACD de modifier ses statuts en prévoyant une scission des apports par catégories de droits sur le modèle de la décision GEMA de la Commission européenne en date du 2 juin 1971 qui a défini, dans le domaine musical, sept catégories de droits : le droit général d'exécution, le droit de radiodiffusion, y compris le droit de transmission, le droit de représentation cinématographique, le droit de reproduction et de diffusion mécaniques, y compris le droit de transmission, le droit de production cinématographique, le droit de produire, reproduire, diffuser et transmettre des supports pour magnéscope, le droit d'exploitation résultant du développement technique ou d'une modification de la législation dans l'avenir.

D. EVALUATION DES PROBLEMES DE CONCURRENCE :

1. LA JURISPRUDENCE EUROPEENNE

16. Les pratiques visées par les deux saisines jointes qui touchent aux statuts des sociétés de gestion collective ont déjà été examinées par la Commission européenne (décision GEMA I du 2 juin 1971, n° 71/224/CEE) et par la Cour de justice, saisie d'une question préjudicielle, n° 127-73 du 21 mars 1974, sur le fondement de l'abus de position dominante (arrêt SABAM).
17. Dans son arrêt SABAM du 21 mars 1974, la CJCE fixe le cadre général du raisonnement à suivre pour l'examen des restrictions imposées aux auteurs. Elle relève tout d'abord que doit être considéré comme abusif « *le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des conditions de transaction non équitables* » (point 6), puis elle juge que « *cette appréciation exige que soient pris en compte tous les intérêts en présence dans l'équilibre à assurer entre le maximum de liberté pour les auteurs... et la gestion efficace de leurs droits par une entreprise à laquelle ils ne peuvent pratiquement éviter d'adhérer* » (point 8). Parmi ces éléments d'équilibre elle retient la puissance des diffuseurs auxquels une société d'auteurs est confrontée et le fait que « *la sauvegarde de ses droits et intérêts suppose que l'association jouisse d'une position basée sur la cession en sa faveur, par les auteurs associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requise* » (point 10).
18. Au terme de son raisonnement, la Cour renvoie au juge national le soin d'apprécier le caractère excessif de certaines clauses d'adhésion en fonction de leur objet mais aussi de leurs effets (points 13 et 14) et conclut que « *le fait qu'une entreprise chargée de l'exploitation de droits d'auteur, occupant une position dominante imposerait à ses adhérents des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social et qui entraveraient ainsi de façon inéquitable la liberté d'un adhérent dans l'exercice de son droit d'auteur, peut constituer une exploitation abusive* » (point 15).

19. Dans sa décision GEMA I du 2 juin 1971, la Commission avait également estimé que *«l'abus réside en outre dans le fait que la GEMA lie ses membres par des obligations qui ne sont pas objectivement justifiées, et qui, en particulier, compliquent inéquitablement le passage des membres à une autre société ; (...) qu'il est par principe abusif que la GEMA exige une cession des droits d'auteurs pour toutes les catégories et pour le monde entier ... qu'il est précisément reproché à la GEMA de vouloir faire de sa position dominante un monopole absolu, par le biais de certaines dispositions des contrats de cession»*.
20. Ainsi le fait, pour une société de gestion collective, d'imposer à ses adhérents des engagements qui entravent de façon excessive et inéquitable leur liberté dans l'exercice de leurs droits d'auteur, sans contrepartie objective, peut être qualifié d'exploitation abusive. Lorsque cette obligation n'est pas objectivement justifiée, elle restreint abusivement la concurrence en ce qu'elle empêche, de fait, la gestion de leurs droits par les auteurs eux-mêmes, leurs agents ou une autre société de gestion collective.
21. La jurisprudence SABAM conduit toutefois les autorités de concurrence à apprécier au cas par cas et au regard des situations concrètes de marché, si une restriction statutaire peut être qualifiée d'anticoncurrentielle ou, au contraire, si elle n'est que la contrepartie nécessaire à une gestion collective efficace dans l'intérêt des auteurs.

2. LE FRACTIONNEMENT PAR CATEGORIE D'ŒUVRES

22. En stipulant que tout auteur d'œuvres dramatiques et audiovisuelles adhérent doit apporter, globalement et sans fractionnement possible, d'une part, la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatiques et, d'autre part, la gestion des droits audiovisuels, la SACD impose une clause de prestations liées à ses adhérents.
23. Dans la relation entre une société de gestion collective et l'auteur, le marché pertinent à considérer n'est pas la gestion du répertoire dans son intégralité, mais la prestation de services de gestion d'une catégorie de droits attachés à ce répertoire.
24. En conséquence, à ce stade de l'analyse, au moins deux marchés pertinents peuvent être retenus : le marché de la gestion des droits des œuvres théâtrales et celui des droits des œuvres audiovisuelles.
25. Cette distinction résulte des différences entre la demande des auteurs de théâtre et celle des auteurs audiovisuels, même si elles s'expriment au sein d'une même société et si certains auteurs sont présents dans les deux domaines. On relève notamment que les possibilités pratiques d'une gestion individuelle des droits et donc l'intérêt d'une gestion collective pour les demandeurs sont très différents pour ces deux catégories, eu égard à l'organisation de l'offre.
26. La distinction entre les deux catégories existe, avant tout, du point de vue de l'offre. Les moyens que la SACD aura à mettre en œuvre pour rendre ses services en matière de négociation, de recouvrement et de gestion des droits de représentation publique et des droits de représentation audiovisuelle ne sont pas substituables. On constate d'ailleurs que les services sont différenciés dans les statuts mêmes de la SACD : les apports et leurs régimes juridiques sont distincts, les utilisateurs, les théâtres et les diffuseurs audiovisuels, ainsi que les modalités de négociation, ne sont pas identiques. L'assiette et le calcul des

droits sont également différents : participation proportionnelle aux recettes provenant de l'exploitation pour le théâtre, forfait assis sur le chiffre d'affaires des diffuseurs pour les droits audiovisuels.

27. En effet, en ce qui concerne les droits audiovisuels, l'ensemble des sociétés de gestion collective, dont la SACD, ont organisé un système de négociation groupée avec chacune des entreprises de diffusion, aboutissant à un taux de redevance global pour l'ensemble des sociétés d'auteurs assis sur le chiffre d'affaires des diffuseurs, à charge pour chacune des sociétés de répartir entre elles les recettes. La SACD redistribue, ensuite, une part des recettes à chaque auteur sur la base du minutage de diffusion.
28. De ce fait les auteurs, pour récupérer leurs droits télévisuels, n'ont pas réellement d'autre choix que d'adhérer à la SACD, qui se trouve en position de monopole de fait. Aucun auteur, sauf rapport de force commercial exceptionnel, n'est en mesure de traiter directement avec les télédiffuseurs pour obtenir un paiement séparé de ces droits, en dérogation avec l'accord général.
29. Ces différences ont des conséquences sur le mode de gestion des droits : la gestion des droits du théâtre pourrait, pour certains auteurs, faire l'objet d'une gestion individuelle dans des conditions économiques raisonnables alors que la gestion collective des droits audiovisuels est actuellement incontournable.
30. Ainsi, les auteurs, captifs pour les droits audiovisuels, sont contraints d'apporter également la gestion de leurs droits de représentation théâtrale à la SACD alors qu'ils auraient la possibilité de les faire gérer par l'intermédiaire d'un autre prestataire de services ou d'une autre société de gestion collective.
31. De ce fait, la SACD rend extrêmement difficile l'apparition sur le marché de la gestion des droits du spectacle vivant d'offres de services concurrentes, au risque de restreindre de façon excessive et inéquitable la liberté des auteurs sans contrepartie objective. Ce couplage de l'ensemble des droits constitue, au sens de la jurisprudence SABAM, une restriction qui pourrait être qualifiée d'abus de position dominante.

3. LE FRACTIONNEMENT PAR CATEGORIE DE DROITS

32. La société JFPM précise dans la plainte : *«... du fait de ses statuts, seule la SACD est habilitée à traiter les contrats d'auteur de ses adhérents et à assurer leur gestion. Or, tel n'est pas le cas en pratique, la SACD se bornant essentiellement, mais non exclusivement, à gérer les droits de représentation télévisuelle, laissant les auteurs et leurs agents traiter directement avec les producteurs les autres modes d'exploitation... Si l'intervention des agents artistiques n'est pas, dans les faits remise en cause par la SACD, elle pourrait l'être à tout moment compte tenu des dispositions statutaires ».*
33. Ainsi, l'abus allégué serait seulement potentiel puisque la SACD, selon la saisissante elle-même, ne tire pas avantage de l'apport groupé des droits pour perturber le marché au détriment des opérateurs de gestion individuelle.
34. Mais la saisissante considère que la potentialité d'une intervention de la SACD sur d'autres droits que ceux de la télévision crée une incertitude juridique qui peut gêner l'activité des agents sur le marché des droits cédés aux producteurs. Afin de lever cette incertitude, elle

demande que le fractionnement des droits soit imposé à la SACD par application de la jurisprudence GEMA relative aux droits musicaux et considère, d'une manière générale, que toute restriction statutaire imposée aux auteurs qui prend la forme d'un apport joint de plusieurs catégories de droits audiovisuels est anticoncurrentielle par nature.

En ce qui concerne le principe de l'apport joint des droits audiovisuels : les différences avec le secteur musical

35. Si une clause statutaire prévoyant l'apport groupé de tous les droits audiovisuels peut être analysée comme un couplage de différentes prestations que la SACD pourrait offrir séparément, ce couplage ne saurait être interdit en soi. Comme l'a rappelé le Conseil dans sa décision n° [05-D-13](#) du 18 mars 2005 relative à des remises de couplage de la société Canal Plus : « *la position dominante occupée par la société Canal Plus sur le marché de la télévision à péage ne saurait justifier que lui soit, a priori et par principe, interdit le lancement d'offres couplant la chaîne Canal Plus au bouquet Canal satellite. Il convient donc de rechercher si cette pratique revêt un objet ou présente des effets anticoncurrentiels* ».
36. Il serait donc contraire à la jurisprudence de considérer que toute offre comportant de prestations couplées est nécessairement abusive, indépendamment de la situation de la concurrence sur les marchés potentiellement affectés et de l'équilibre entre les inconvénients de ce couplage et les avantages restitués aux bénéficiaires de l'offre.
37. De même, le Conseil considère qu'il n'est pas possible d'appliquer à des marchés différents des solutions identiques au nom d'une simple analogie. L'application d'une solution juridique pertinente pour le marché de la gestion des droits musicaux au secteur audiovisuel, si elle est possible, ne saurait être automatique. En l'espèce, la jurisprudence SABAM de la Cour de justice rappelle que le caractère inéquitable d'une restriction statutaire ne peut être présumé mais doit faire l'objet d'une analyse concrète prenant en compte le nécessaire équilibre entre la défense de l'intérêt collectif de ses adhérents par la société civile de gestion collective et le respect de la liberté individuelle des auteurs.
38. Or, l'économie de l'audiovisuel est différente de celle de la musique. Les coûts moyens de production des œuvres y sont, en moyenne, beaucoup plus élevés, ce qui rend nécessaire leur amortissement par l'exploitation successive de plusieurs modes de diffusion : exploitation en salle (pour les films de cinéma), vidéogrammes, chaînes payantes en exclusivité, chaînes hertziennes gratuites.
39. Ainsi, sur le marché de l'audiovisuel, l'œuvre écrite n'est pas immédiatement exploitable et ne peut générer un flux de droits d'auteur qu'après l'intervention d'un opérateur économique décisif : le producteur. Le code de la propriété intellectuelle en définit précisément le rôle et les prérogatives. Il prévoit dans son article L.132-23, que « *le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* » et précise dans son article L.132-24 que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte sauf clause contraire (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ».

40. Ainsi, le législateur a considéré que la prise d'un risque financier par le producteur et la nécessité pour lui d'amortir ses coûts sur plusieurs modes de diffusion justifiaient qu'il puisse bénéficier d'une présomption de cession exclusive des droits d'auteur liés à l'œuvre produite.
41. Il est à noter que le législateur a prévu que de l'article L.132-24 ne s'applique pas aux compositions musicales. Cette exception est cohérente avec le fonctionnement général du secteur de la musique. En effet, pour les œuvres musicales, le compositeur ou l'auteur apporte l'ensemble ou une catégorie de ses droits à la SACEM qui intervient systématiquement auprès des utilisateurs finaux de l'œuvre. L'œuvre peut être utilisée entièrement ou par morceaux auprès d'un très grand nombre de diffuseurs : radio, télévision, cinéma, spectacle vivant, discothèques, bar-restaurants, etc. La SACEM, pour les droits dont elle dispose, est l'unique intermédiaire entre l'auteur et les utilisateurs. De plus, ces utilisations ne font pas l'objet d'un droit exclusif comme pour l'audiovisuel mais sont cumulables. Plusieurs utilisateurs concurrents sur leur marché peuvent utiliser les œuvres à condition d'acquitter les droits de propriété intellectuelle.
42. Dès lors que la possibilité, pour un auteur, de bénéficier d'un flux de droits de diffusion d'une œuvre audiovisuelle à laquelle il a contribué est conditionnée par un accès préalable au marché de la production et que le producteur bénéficie automatiquement d'un privilège légal en ce qui concerne la cession des droits, il convient de vérifier la possibilité pratique d'une cession séparée des différents droits d'exploitation et d'une négociation individuelle du taux de reversement proportionnel au profit de l'auteur, au regard de l'économie du secteur et des rapports de force commerciaux qui s'y établissent.
43. Or, l'échelon de la production cinématographique et audiovisuelle, s'il réunit un grand nombre d'opérateurs, est fortement dépendant du financement apporté par les diffuseurs. Selon les chiffres du centre national de la cinématographie (CNC), le financement de la production cinématographique française a été assuré, sur les dix dernières années, à hauteur de 30% à 40% par les chaînes de télévision (33% en 2004), soit par le pré-achat, soit par la coproduction. Les trois-quarts de ce financement par les chaînes proviennent du groupe Canal Plus, premier financeur des films français, et du groupe TF1-TPS. Les producteurs n'assurent, en moyenne, qu'une part inférieure ou équivalente à celle des diffuseurs audiovisuels.
44. Cette relative dépendance des producteurs par rapport aux diffuseurs est renforcée par le fait que le secteur audiovisuel est, en France, très concentré et intégré verticalement.
45. Le groupe Canal Plus est dominant sur le marché de la télévision payante, à la fois par le contrôle de la seule chaîne hertzienne payante, Canal Plus, et par celui du premier bouquet de chaînes numériques payantes, Canal Satellite. De même, le groupe TF1 est opérateur dominant sur le marché de la publicité des télévisions hertziennes gratuites, mais également présent sur le marché de la télévision payante avec son bouquet TPS. Ni le pôle public constitué autour de France Télévision, ni la chaîne M6 pourtant associée dans TPS, ne bénéficient de la même intégration verticale et ne peuvent prétendre à une puissance équivalente.
46. S'agissant des œuvres audiovisuelles, les statistiques publiées par le CNC pour 2004 à partir de l'activité du comité de soutien à l'industrie des programmes de l'audiovisuel (COSIP), dont l'objet est de favoriser la production d'œuvres audiovisuelles diffusées sur

les chaînes de télévision française, indiquent que les œuvres de fiction françaises sont financées pour 66% par les diffuseurs et pour 18% seulement par les producteurs.

47. Ainsi, la SACD, représentant des auteurs de l'audiovisuel dispersés, doit, dans ses négociations pour l'obtention de droits de diffusion, faire face à des groupes intégrés et très puissants, présents tout au long de la chaîne de production et d'exploitation des œuvres audiovisuelles. Les sociétés de droits musicaux ne sont pas dans un rapport de force aussi défavorable alors même que leur puissance financière est plus importante puisque la SACEM gère 600 M€ de droits et la GEMA (son équivalent allemand) 700 M€, contre 140 M€ pour la SACD, dont un tiers provient des œuvres théâtrales et deux tiers des œuvres audiovisuelles.
48. L'analyse de ces rapports de force et des effets de l'intégration verticale sur le fonctionnement des marchés a d'ailleurs déjà été illustrée par la décision du Conseil de la concurrence n° [99-D-85](#), en date du 22 décembre 1999, relative aux pratiques de la société TF1 dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéogrammes, les chiffres mentionnés à l'époque étant du même ordre de grandeur que ceux constatés aujourd'hui sur le marché.
49. Ainsi, les différences entre le secteur de l'audiovisuel et celui de la musique, en France, sont trop importantes pour que l'on puisse développer une analyse concurrentielle pertinente par simple analogie. La démonstration du caractère anticoncurrentiel de l'obligation d'apport groupé des droits audiovisuels passe donc nécessairement par une analyse concrète de l'objet de cette pratique et de ses effets sur les marchés concernés.

En ce qui concerne l'objet de la clause d'apport joint des droits audiovisuels

50. Comme cela a été rappelé au paragraphe 37 ci-dessus l'article L.132-24 du code de la propriété intellectuelle prévoit que « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle, autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte sauf clause contraire (...), cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ».
51. Ainsi, nonobstant l'apport de ses droits à la SACD lors de son adhésion, tout auteur d'une œuvre audiovisuelle doit conclure un contrat dans lequel il cède, pour une œuvre donnée, à une société de production l'exclusivité de ses droits d'exploitation pour tous modes. L'apport des droits par l'auteur à la SACD afin de lui permettre de percevoir des redevances, bien qu'apparemment contradictoire avec l'apport au producteur, comme le soutient la saisissante, ne lui interdit donc pas, en pratique, de traiter avec un producteur qui disposera des droits d'exploitation de l'œuvre.
52. Ce conflit potentiel entre l'article L.132-24 qui transfère les droits au producteur et la cession des mêmes droits à la SACD, n'est pas une question nouvelle soulevée par la saisine, mais a été identifié et largement commenté par la doctrine (par exemple, « Propriété littéraire et artistique », PUF p.594-595 ; « Propriété littéraire et artistique », Desurmont et Guernalec, Jurisclasseur-2003, Fasc 1560 ; « Le droit d'auteur et les droits voisins », Bertrand, Dalloz, 1999, chapitre 18 ; « La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuel, réalité ou mythe ? » Parisot, Recueil Dalloz Sirey, 1992).
53. Mais il est à noter que les commentaires portent autant, sinon plus, sur le point de savoir si la présomption de cession de l'article L.132-4 pourrait faire obstacle à l'activité de la

SACD, que sur la préoccupation inverse, soulevée par la saisissante, qui soutient qu'un monopole de la SACD sur les droits audiovisuels pourrait faire perdre au producteur le bénéfice légal d'une présomption de cession régulière des droits apportés par les auteurs (cf. Parisot, op. cité p.77, points 11 à 16).

54. Il n'appartient pas au Conseil mais au juge civil de se prononcer sur les conséquences patrimoniales de la coexistence de deux cessions successives d'un même droit, l'une à un producteur audiovisuel en vue de la réalisation de l'œuvre et de son exploitation commerciale, l'autre à une société civile en vue de la perception par l'auteur des droits de diffusion. De même, il ne lui appartient pas de demander la modification d'une clause contractuelle ou statutaire au seul motif que leur titulaire n'en fait pas un plein usage, la SACD se contentant de percevoir les droits de télédiffusion.
55. Enfin, il n'apparaît pas illégitime que les sociétés d'auteurs cherchent à donner à leurs adhérents les garanties juridiques de recouvrement effectif des droits, dès lors qu'elles doivent tenir compte de la situation juridique créée par la mise en œuvre de l'article L.132.24 qui emporte « *cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ».
56. Pour sa part, la SACD considère qu'elle a besoin de disposer d'une présomption d'obtention des droits audiovisuels pour négocier les contrats de représentation avec les diffuseurs. En effet, les sociétés d'auteurs ont organisé un système de négociation collective avec chacune des entreprises de diffusion, aboutissant à un taux de redevance global assis sur le chiffre d'affaires des diffuseurs pour l'ensemble des sociétés d'auteurs, à charge pour elles de répartir ces recettes entre elles. La clé de répartition donnant à la SACD sa part forfaitaire est liée à la valorisation de la valeur minutaire calculée ex post une fois par an, sur la base du minutage de diffusion.
57. La SACD soutient que cette présomption de détention générale des droits en vue de la collecte des redevances dues à ses adhérents s'est révélée particulièrement utile lors d'un contentieux avec la société Canal Plus qui a donné lieu à un jugement du Tribunal de grande instance de Paris, en date du 28 janvier 1987. Dans cette affaire, la société de télévision entendait faire valoir que, dans le secteur du cinéma, la cession des droits d'auteurs aux producteurs habilitait ces derniers à négocier les conditions de diffusion des films moyennant le paiement d'un prix de cession qui englobait nécessairement les droits des auteurs pour cette diffusion. Selon Canal plus, il revenait donc au producteur de prélever sur ses propres recettes commerciales la part revenant aux auteurs et le diffuseur ne devait verser aucune redevance à la SACD.
58. Le tribunal a considéré que le contrat de représentation signé avec la SACD donnait aux diffuseurs la faculté d'utiliser le répertoire de cette société de gestion collective et que la contrepartie, constituée par le paiement d'une redevance de caractère global et forfaitaire, était légitime. Ce dispositif permet aux chaînes de télévision de diffuser des œuvres sans avoir à vérifier la régularité des droits cédés et sans craindre de se voir opposer un refus de représentation. Cette disposition ne leur interdit pas de conclure des accords particuliers avec les producteurs.
59. Cette jurisprudence a établi, contrairement à ce que prétend la saisissante, la compatibilité entre la clause d'apport groupé des droits audiovisuels prévue par les statuts de la SACD et les dispositions de l'article L 132-24 du code de la propriété intellectuelle qui donne aux producteurs la capacité de conclure avec les diffuseurs tous les accords commerciaux utiles

pour l'exploitation des œuvres audiovisuelles. Il ne peut donc être soutenu que cette clause créerait une incertitude juridique à l'égard des contrats et aurait, par le biais d'une déstabilisation potentielle des concurrents, un objet anticoncurrentiel.

60. Aucun élément de la plainte ne permet donc de présumer que la clause statutaire d'apport groupé des droits audiovisuels aurait eu un autre objet que l'établissement de conditions favorables à la défense collective des auteurs, conformément à l'objet social de la SACD.

En ce qui concerne les effets de la clause d'apport joint des droits audiovisuels.

61. Les marchés principalement concernés par la clause d'apport global des droits audiovisuels sont ceux de la gestion de ces droits sur lesquels, outre la SACD, opèrent les agents artistiques intervenant au titre de la gestion individuelle et, potentiellement, d'autres sociétés de gestion collective concurrentes de la SACD puisque celle-ci dispose d'un monopole de fait mais non de droit. Les marchés connexes sont ceux de la production et de l'exploitation des œuvres audiovisuelles.
62. Il n'est pas contesté que la clause n'a, eu à ce jour, aucun effet sur l'activité des agents d'artistes qui interviennent au titre de la gestion individuelle et sont concurrents de la SACD sur le marché de la gestion des droits d'auteurs. Ces agents non seulement ne sont pas empêchés d'exercer leur activité d'intermédiaire entre les auteurs et les producteurs mais détiendraient, selon la saisissante elle-même, plus de 95% des parts de marché sur ce segment.
63. Il n'y a pas non plus au dossier d'éléments laissant présumer une affectation du marché connexe de la production audiovisuelle, de l'exploitation en salle ou de la diffusion télévisuelle. Il n'est d'ailleurs pas contesté que la SACD n'intervient que pour la collecte des droits de diffusion à la radio ou à la télévision et n'est pas présente sur le segment de marché de la négociation des droits de production et d'exploitation commerciale.
64. Il faut, sur ces points, noter qu'aucun agent ou producteur n'a adressé d'observations au Conseil de la concurrence dans le mois qui a suivi la publication des engagements proposés par la SACD. Aucune dénonciation d'un éventuel comportement abusif de la SACD sur le marché de la gestion des droits audiovisuels n'a été transmise au Conseil à l'appui de la plainte de la société JPFM. Ainsi, il n'est nullement établi que la contradiction entre l'apport juridique de tous les droits à la SACD et le privilège légal du producteur, contradiction plus apparente que réelle du fait que la SACD n'intervient de manière significative sur aucun autre marché que celui des droits de diffusion radio et télévision, serait un obstacle au développement de la concurrence sur les marchés où opèrent les agents.
65. Ainsi, aucun élément du dossier ne permet d'établir que les statuts relatifs à l'apport des droits audiovisuels ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de retreindre la concurrence sur le ou, éventuellement, les marchés de la gestion audiovisuelle.
66. En conséquence, le Conseil ne peut, à ce stade, exprimer de préoccupation de concurrence liée à l'absence de possibilité de fractionner l'apport des droits audiovisuels dans les statuts de la SACD.

E. LES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR LA SACD :

67. Dans sa lettre en date du 8 février 2005, la SACD fait part au Conseil de la concurrence du fait qu'elle est informée des problèmes de concurrence qui ont été identifiés lors de l'instruction de la saisine F 1006, dans les termes suivants : « *Par une notification des griefs du 10 juin 2002 et par un rapport du 30 juin 2003, qui lui ont été transmis dans le cadre de l'instruction de la saisine F 1006, la SACD a eu connaissance des problèmes de concurrence soulevés par certaines restrictions figurant dans ses statuts et qui pourraient être qualifiés d'anticoncurrentielles au regard des dispositions des articles 82 du traité CE et L. 420-2 du code de commerce prohibant les abus de position dominante.*

Pour répondre aux préoccupations de concurrence qui ont été ainsi exposées, la SACD souhaite présenter au Conseil de la concurrence des engagements afin de bénéficier des nouvelles dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce modifié par l'ordonnance du 4 novembre 2004 qui prévoient que : "Le Conseil peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anti-concurrentielles » .

68. Les propositions initiales formulées par la SACD, qui ont fait l'objet du communiqué de procédure du 11 février 2005 publié sur le site du Conseil de la concurrence, ont été complétées et aménagées au cours de la séance du 12 avril 2005 pour tenir compte des observations versées au dossier lors de la consultation. Les engagements peuvent être résumés de la manière suivante.

Le fractionnement des apports par catégorie d'œuvres:

69. Actuellement, tout auteur admis à adhérer à la SACD lui fait nécessairement apport de la gérance de son droit d'adaptation et de représentation dramatique et du droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public par tout procédé, autre que la représentation dramatique, ainsi que la reproduction par tout procédé de ses œuvres.
70. La réforme proposée consiste, en premier lieu, à permettre aux auteurs de fractionner leurs apports par catégories d'œuvres, en distinguant trois catégories : les œuvres dramatiques, les œuvres audiovisuelles et les images.

Art. 9 :

« A compter du 1^{er} janvier 2006, tout auteur a la faculté de faire apport de ses droits conformément aux dispositions de l'article 1.II ou de limiter son apport à l'une ou plusieurs des catégories d'œuvres énoncées à l'article 1.I, à savoir :

- les œuvres dramatiques ;*
- les œuvres audiovisuelles ;*
- les images.*

Cette faculté peut s'exercer librement lors de l'adhésion, ou dans les conditions prévues à l'article 40 en cours de vie sociale.»

71. Cette faculté de fractionnement par catégorie d'œuvres prendrait effet au 1^{er} janvier 2006 pour tous les auteurs, qu'ils soient déjà membres ou nouveaux adhérents. Elle serait encadrée par certaines restrictions jugées nécessaires à l'équilibre du dispositif.

72. Le retrait de certaines catégories d'œuvres pourrait intervenir, en cours de vie sociale, non pas à tout moment mais à l'expiration de chaque période de deux ans calculée à compter de la date d'adhésion de l'auteur ou de modification de ses apports.
73. De plus, le retrait partiel d'une catégorie d'œuvres ne pourrait intervenir plus de trois fois au cours de la vie sociale d'un auteur. Un auteur qui aurait retiré ses droits par trois fois pourrait se voir interdire une quatrième entrée dans la société. Cette limitation du nombre de retraits en cours de vie sociale n'inclurait pas celle qui aurait pu être exercée lors de l'adhésion.
74. Enfin, le Conseil d'administration de la SAD sera conduit à statuer sur les demandes d'adhésion complémentaire qui seraient présentées par les auteurs désireux de confier à la société la gestion de catégories d'œuvres qu'ils auraient précédemment retirées, par analogie avec l'actuel article 1 du règlement général de la SACD prévoyant que le Conseil d'administration statue souverainement sur les demandes d'adhésion qui lui sont présentées.
75. Le retrait partiel n'intervient de plein droit qu'à la condition que la gestion en soit confiée à une autre société de gestion. Dans le cas d'une gestion individuelle, elle devra faire l'objet d'une demande adressée au conseil d'administration de la SACD pour acceptation. Cette démarche permettra d'exercer un contrôle sur le nombre de retraits afin de vérifier le respect des statuts. Elle permettra également de vérifier l'état de la situation financière entre la SACD et l'auteur en cas de différend ou de déséquilibre. Seules des justifications objectives, transparentes et non-discriminatoires pourront servir de base à un éventuel refus du conseil d'administration, qui devra motiver sa décision en faisant apparaître ces justifications. En conséquence, il est proposé de modifier l'article 40 des statuts dans les termes suivants :

DÉMISSION – RETRAIT D'APPORT

Art. 40 :

« Sous réserve de dispositions légales d'application locale obligatoire, tout membre de la Société peut, à l'expiration de chaque période de deux ans calculée à compter de son adhésion ,

- soit démissionner

- soit limiter son apport conformément aux dispositions des articles 8 et 9 des statuts.

La démission ou le retrait partiel d'apport effectué au profit d'une autre société d'auteur doivent être notifiés par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au Président de la Société. Ils prennent effet au 31 décembre de l'année en cours, pourvu que la notification intervienne au plus tard le 30 septembre.

Lorsque le retrait partiel est effectué aux fins de gérer individuellement les catégories d'œuvres ou territoires retirés, l'exercice de ce droit est soumis à une demande préalable de l'intéressé adressée, dans les mêmes formes et délais que ceux mentionnés à l'alinéa précédent, au Conseil d'Administration. Un éventuel refus de ce dernier doit reposer sur des justifications objectives, transparentes et non discriminatoires.

La faculté de retrait partiel peut être exercée à trois reprises .

La démission, de même que le retrait partiel d'apport, ne fait pas obstacle à l'exécution des contrats antérieurement conclus entre la Société et des tiers, lorsque ces contrats ont été passés en considération spécifique de l'apport précédemment fait par l'associé.

L'associé qui démissionne de la Société se voit rembourser sa part sociale au montant nominal de celle-ci. »

et l'article 1 du règlement général de la manière suivante :

Article 1 du règlement général : « Peuvent adhérer à la Société, dans les conditions prévues par les statuts, les auteurs et compositeurs d'œuvres dramatiques et audiovisuelles de toutes disciplines.

Des cessionnaires d'œuvres dramatiques ou audiovisuelles peuvent être admis à adhérer à la Société dans les conditions fixées à l'article 2 ci-après. Toute personne souhaitant devenir associée remplit un dossier d'admission comportant notamment un acte d'adhésion aux statuts et tout document justifiant de son identité et de sa qualité. L'associé qui a limité son apport, conformément aux dispositions des articles 8 et 9 des statuts, soit lors de son adhésion, soit en cours de vie sociale en application de l'article 40 des statuts, doit également remplir un acte d'adhésion complémentaire s'il souhaite confier à la Société la gestion des catégories d'œuvres ou des territoires précédemment retirés ou non apportés. Le Conseil d'Administration statue souverainement sur les demandes d'adhésion et d'adhésion complémentaire qui lui sont présentées. Ses décisions de rejet sont motivées. Toute demande d'adhésion complémentaire présentée par un associé ayant précédemment exercé son droit de retrait partiel d'une ou plusieurs catégories d'œuvres à trois reprises conformément à l'article 40 des statuts pourra faire l'objet d'une décision de rejet de plein droit et définitive de la part du Conseil d'administration. Les auteurs et compositeurs admis deviennent associés avec la qualité d'adhérent.

L'aménagement des apports par territoire

76. Du point de vue du champ géographique concerné, le texte actuel des statuts de la SACD prévoit que les apports sont faits pour le monde entier, avec toutefois une possibilité pour l'auteur de limiter, en ce qui concerne la gestion des droits d'adaptation et de représentation dramatiques, l'étendue territoriale aux seuls pays à perception directe et aux pays dans lesquels il existe une société d'auteurs liée à la SACD par un traité de réciprocité. (actuel article 2.II).
77. La réforme proposée consiste à affiner cette limitation territoriale pour permettre aux auteurs dramatiques de limiter également leur apport aux seuls pays à perception directe, prérogative dont disposent actuellement les auteurs étrangers en vertu de l'article 9. Ainsi, tout auteur dramatique aura la faculté de limiter son apport en gérance dans le domaine du spectacle vivant, soit aux seuls pays à perception directe, soit aux pays à perception directe ainsi qu'aux pays dans lesquels il existe une société d'auteurs liée à la SACD par un traité de réciprocité.
78. En revanche, en ce qui concerne les apports des droits audiovisuels, la faculté de limitation offerte à l'auteur porterait sur les pays à perception directe et les pays dans lesquels il existe une société d'auteurs liée à la SACD par un traité de réciprocité.
79. Cette faculté de limitation territoriale et de fractionnement par catégorie d'œuvres, lors de l'adhésion, entrera immédiatement en vigueur dès la réforme statutaire qui sera soumise aux organes délibérants de la SACD en juin 2005.

« LIMITATIONS SPÉCIFIQUES Á CERTAINS APPORTS DE DROITS

Art. 8

Tout auteur a la faculté de limiter territorialement son apport aux pays suivants :

1) Pour ce qui concerne la gérance des droits d'adaptation et de représentation dramatiques :

■ soit aux seuls pays à perception directe, c'est à dire la France, la Belgique, le Canada, le grand-duché de Luxembourg et la principauté de Monaco ;

■ soit aux pays à perception directe ainsi qu'aux pays dans lesquels existe une société de droit de représentation avec laquelle la Société a passé un contrat de représentation réciproque. »

Les auteurs non ressortissants d'un Etat membre de l'Union Européenne (ou de l'Espace Economique Européen) ont également la faculté de limiter territorialement leur apport à la France.

2) Pour ce qui concerne le droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public par un procédé quelconque, autre que la représentation dramatique, ainsi que la reproduction par tous procédés, l'utilisation à des fins publicitaires ou commerciales de ses œuvres, aux pays à perception directe ainsi qu'aux pays dans lesquels existe une société de droit de représentation avec laquelle la Société a passé un contrat de représentation réciproque.

Cette faculté peut s'exercer librement lors de l'adhésion ou dans les conditions prévues à l'article 40 en cours de vie sociale.

F. LES OBSERVATIONS DES TIERS INTERESSES

80. Le communiqué de procédure du 11 février 2005 mentionnant les engagements proposés par la SACD pour répondre aux préoccupations de concurrence identifiées n'a suscité d'observations que de la part des éditeurs d'œuvres théâtrales.
81. Les Editions Théâtrales indiquent que les engagements de la SACD vont dans le bon sens mais ne résolvent pas les difficultés liées aux limitations par territoire. Les Editions Théâtrales s'interrogent par ailleurs sur les liens entre les radios du service public et la SACD. Les radios, au même titre que les télévisions, ont signé une convention générale avec la SACD afin de lui octroyer une redevance globale assise sur leur chiffre d'affaires. Selon les Editions théâtrales, les auteurs ou leurs éditeurs essuient, en conséquence, un refus des diffuseurs, et de Radio France en particulier, de rémunérer directement les auteurs en dehors de cette convention. Les œuvres des auteurs non adhérents à la SACD seraient donc déprogrammées ou diffusées gratuitement.
82. L'Arche, maison d'édition spécialisée dans le théâtre, fait valoir que les engagements proposés sont de nature à résoudre le problème de concurrence qui la préoccupe mais souhaite émettre des réserves sur leurs modalités d'application : le nombre de retraits proposé par la SACD, à savoir trois au cours de la vie sociale, est trop restrictif et la proposition de soumettre les demandes de retrait au pouvoir du conseil d'administration comporte un risque d'appréciation discrétionnaire.

83. La société civile des Editeurs de langue française « *confirme au Conseil son soutien aux observations qui lui ont été présentées par deux éditeurs qu'elle représente, l'Arche et les Editions théâtrales* ». Elle regrette que « *la Commission de contrôle des Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (SPRD) dont la présidence et le secrétariat sont assurés par la Cour des Comptes se borne à un service minimum d'audit financier global dont ses rapports déposés sur le bureau du Parlement démontrent l'absence totale de perception des enjeux économiques* » et observe que « *c'est tout le système de gestion collective qui, en l'absence de tout cadre législatif de référence, devrait être apprécié au regard des règles de concurrence* ».
84. La Chambre syndicale de l'édition musicale et des éditeurs de musique a également répondu au communiqué de procédure, sans toutefois apporter d'éléments de nature à apprécier la pertinence des engagements présentés par la SACD.

II Discussion :

En ce qui concerne les apports des droits par territoire

85. Dans ses observations à la proposition d'engagements de la SACD, la société JFPM note que celle-ci a prévu un apport fractionné des droits audiovisuels, qui jusqu'à présent étaient apportés pour le monde entier, en permettant de limiter la cession aux pays à perception directe par la SACD et aux pays liés à la SACD par un traité de réciprocité, ces deux groupes de pays ne pouvant être dissociés. Elle s'interroge sur les raisons pour lesquelles les droits audiovisuels ne bénéficient pas, dans la réforme envisagée, de la possibilité offerte aux auteurs pour les droits attachés au répertoire dramatique de distinguer le groupe des pays à perception directe et celui des pays liés à la SACD par un traité de réciprocité.
86. Le Conseil relève, qu'à ce stade de l'instruction et dans le cadre de la procédure d'engagement, aucune préoccupation de concurrence relative aux apports par territoire n'a été exprimée, ni n'a fait l'objet d'une plainte. La SACD a, en effet, proposé spontanément une modification de ses statuts sur le fractionnement des apports par territoire sans évaluation préalable de la part du Conseil.
87. Dans le cadre d'une procédure d'engagements destinée à répondre à des problèmes de concurrence préalablement portés à la connaissance de la partie mise en cause, il ne revient pas au Conseil de se prononcer sur une réforme statutaire allant au-delà des remèdes nécessaires pour mettre fin aux problèmes de concurrence préalablement identifiés.
88. En conséquence, il n'y a pas lieu de se prononcer sur les éventuelles restrictions de concurrence résultant des nouvelles règles d'apport des droits audiovisuels par territoire, ce point restant ouvert pour l'avenir.

En ce qui concerne la majoration de la retenue statutaire

89. Les engagements de la SACD précisent que « *pour éviter de s'orienter vers une gestion au coût réel qui, dans bien des cas, pourrait se révéler préjudiciable à la diffusion des œuvres, la SACD envisage de majorer le montant de la retenue statutaire afférente aux droits effectivement gérés lorsque l'auteur a limité son apport* ».

90. Le Conseil ne disposant d'aucune information sur cette majoration, ni sur les modalités de son application, n'est pas en mesure d'en apprécier les effets. Il considère que la modification statutaire proposée ne fait qu'ouvrir une possibilité sans constituer un engagement proprement dit. En conséquence, le Conseil prend acte du fait que la SACD n'exclut pas de moduler les taux de retenue statutaire en fonction de l'option choisie par les auteurs mais ne se prononce pas sur cette proposition.

En ce qui concerne les restrictions apportées aux entrées et aux sorties :

91. Compte tenu des particularités de la SACD au regard de tous les modèles de gestion collective ayant conduit à la jurisprudence européenne – la SACD étant la seule société en Europe à vivre sur un équilibre financier provenant de ressources générées par deux répertoires totalement indépendants – la faculté de retrait en cours de vie sociale doit être encadrée afin de limiter les effets déstabilisants que pourrait engendrer le retrait massif d'œuvres dramatiques d'auteurs ayant un poids économique prépondérant à la SACD. En outre, des allers-retours trop fréquents augmenteraient les coûts de gestion et seraient de nature compliquer le suivi juridique des contrats et des droits.
92. La gestion collective, comme tout système de mutualisation des coûts et de mise en commun des sommes perçues proportionnellement aux revenus des adhérents, permet la mise en place d'une solidarité entre les bénéficiaires. Les auteurs moins connus ou qui sont joués plutôt en province qu'à Paris bénéficient du pouvoir de négociation de la SACD auprès des théâtres. De même, l'évolution des revenus des auteurs et les coûts de la perception et de la répartition des droits d'auteur, conduit les auteurs à être majoritairement dans une position de bénéficiaire net de la mutualisation en début de carrière et de contributeur net lorsque leur notoriété s'accroît ainsi que leurs revenus. La mutualisation permet, enfin, une certaine maîtrise des taux de retenue statutaire au regard du coût du recouvrement des droits de faible montant.
93. Le système est donc favorable au consommateur en ce qu'il favorise la diversité de l'offre et une large diffusion des œuvres en rendant possible la perception des droits même dans les cas où les recettes commerciales sont limitées.
94. Les auteurs participant ainsi aux frais et coûts de la SACD à hauteur de leur succès commercial et de leurs revenus, la tentation pourrait être grande pour un auteur de ne choisir la gestion collective que lorsqu'il est en position de faiblesse et de la quitter dès que les conditions commerciales rendent plus avantageuse une gestion individuelle de ses droits. De même, il pourrait être tentant de pratiquer l'écémage qui consiste à ne confier à la société d'auteurs que la gestion des droits qui sont difficiles et coûteux à collecter et à conserver en gestion individuelle les droits à recouvrement automatique.
95. Mais la SACD ne peut se transformer en un guichet personnalisé, avec des conditions modulables en fonction des demandes de chaque auteur selon son succès commercial et encourager ainsi des comportements qui pourraient mettre en péril son équilibre. Le système de solidarité, caractéristique propre à la gestion collective et qui la distingue de la gestion individuelle, ne pourrait pas survivre à des allers et retours permanents motivés par la seule maximisation du profit personnel de chaque auteur. Il n'est donc pas illégitime d'obliger, à un certain moment, les auteurs qui refusent les contraintes de la gestion collective à faire clairement le choix de la gestion individuelle.
96. Ainsi, la restriction apportée à la liberté des auteurs proposée par la SACD dans ses engagements, dès lors qu'elle reste proportionnée conformément aux préoccupations de la

jurisprudence SABAM, semble justifiée tant du point de vue économique que du point de vue comptable ou financier.

97. A la différence d'autres sociétés de gestion collective en Europe, la SACD ne fonctionne pas sur le mode d'adhésion à durée déterminée, périodiquement reconduite, mais sur le mode de l'adhésion à durée indéterminée avec possibilité de sortie à tout moment moyennant un préavis. La SACD propose donc, pour tenir compte de la forme actuelle des 30000 contrats, non pas de fixer des durées d'adhésion fixes, mais de restreindre les possibilités d'allers et retours en nombre et en fréquence.
98. Le nombre de trois allers et retours paraît être un compromis proportionné entre la liberté des auteurs, dont il n'apparaît pas abusif qu'ils fassent preuve d'un minimum de constance dans leurs choix et leur évaluation des avantages d'une gestion collective, et la possibilité pour la SACD d'imposer des restrictions indispensables à l'exercice de sa mission. Par ailleurs, la fréquence des modifications est atténuée par l'imposition d'une durée minimale de deux ans pour la démission ou le fractionnement de tout ou partie des apports, ce qui paraît être une durée raisonnable pour assurer la stabilité de contrats et la perception de recettes dont le cycle est au moins annuel.

En ce qui concerne l'intervention du conseil d'administration de la SACD

99. Le nouvel article 40 des statuts précise la procédure à suivre pour les auteurs déjà adhérents à la SACD, en cas de retrait : « *Lorsque le retrait partiel est effectué aux fins de gérer individuellement les catégories d'œuvres ou territoires retirés, l'exercice de ce droit est soumis à une demande préalable de l'intéressé adressée, dans les mêmes formes et délais que ceux mentionnés à l'alinéa précédent, au Conseil d'Administration. Un éventuel refus de ce dernier doit reposer sur des justifications objectives, transparentes et non discriminatoires* ».
100. La proposition de la SACD, dans l'article 40 nouvellement rédigé, est ainsi de soumettre la reprise de la gestion individuelle des droits à une autorisation, du conseil d'administration, dont le pouvoir est cependant encadré. Mais les parties se sont interrogées, dans leurs écritures et en séance, sur la discrétion laissée au conseil d'administration de la SACD dans l'exercice de ce pouvoir.
101. La rédaction de l'article a été inspirée de la formulation des statuts de la SACEM, redéfinie à la suite de la décision de la commission européenne Daft Punk du 12 août 2002 (Comp/C2/37.219). Après la procédure ayant résulté de cette plainte, les statuts de la SACEM ont prévu un passage en conseil d'administration pour les allers et retours effectués par les auteurs à l'occasion de fractionnements de droits.
102. La Commission considère que cette clause n'apparaît pas constitutive d'une infraction en tant que telle, d'autant plus que le conseil d'administration doit justifier son refus, le cas échéant. Elle indique qu'on ne peut pas supposer que la SACEM en fera une application de mauvaise foi, l'abus ne pouvant pas être présumé.
103. Le Conseil de la concurrence considère également que la clause d'examen des demandes par le conseil d'administration, qui est essentiellement destinée à vérifier que la demande de retrait partiel respecte les statuts et à s'assurer que les auteurs souhaitant quitter la société ne sont pas débiteurs nets du fait de l'attribution d'un précompte de leurs droits, n'est pas en elle-même constitutive d'un abus. L'obligation pour le Conseil d'administration de recourir, dans une éventuelle décision de refus qui devra être motivée,

à des justifications objectives, transparentes et non discriminatoires, apporte de ce point de vue une garantie réelle.

104. En outre, dans l'hypothèse d'une application abusive de cette clause par la SACD, des voies de recours existent devant le juge civil. Une éventuelle saisine du Conseil de la concurrence peut également être envisagée.

En ce qui concerne les délais de mise en application de la réforme

105. Le vote de l'assemblée générale de la SACD permettant d'entériner la modification des statuts aura lieu à la fin du mois de juin 2005 et la modification des statuts prendra effet au 1^{er} janvier 2006.
106. La SACD a expliqué en séance que les contrats de représentation théâtrale pour la saison allant de septembre 2005 à juin 2006 sont déjà majoritairement négociés et cosignés par la SACD. En conséquence, la modification statutaire au 1^{er} janvier 2006 ne devrait pas perturber le fonctionnement normal de la saison théâtrale engagée et interviendra suffisamment tôt pour permettre une libre négociation de la saison théâtrale suivante dans le nouveau cadre.
107. Le Conseil considère qu'au vu de ces éléments, la date du 1^{er} janvier 2006 paraît un délai raisonnable pour la mise en application de la réforme.

DECISION

Article 1 : Le Conseil accepte les engagements présentés par la SACD consistant dans la modification des articles 9 et 40 des statuts et de l'article 1 du règlement général. Ces engagements, rendus obligatoires par la présente décision dès sa notification, font partie intégrante de cette décision.

Article 2 : Le Conseil prend acte :

- des propositions de réforme statutaire visées à l'article 8 sur le fractionnement par territoire ;
- du fait que la SACD n'exclut pas une modulation tarifaire en fonction des options choisies par les auteurs.

Article 3 : Il est mis fin aux procédures enregistrées sous les numéros 04/0085 F et 04/0005F.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Toulemont-Dakouré, par M. Lasserre, président, M. Nasse et Mmes Aubert et Perrot, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le Président,
Bruno Lasserre