

Son Excellence Madame Michèle ALLIOT-MARIE
Ministre des Affaires étrangères
37, Quai d'Orsay
F - 75007 – PARIS

Délégué interministériel aux normes
SQUALPI
12, Rue Villiot
F- 75572 Paris

C (2010) 9338

Objet: Notification n°2010/616/F

Proposition de loi relative au prix du livre numérique

Émission de l'avis circonstancié et des observations en application de l'article 9, paragraphe 2, et de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998

Madame le Ministre,

Conformément à la procédure de notification régie par la directive 98/34/CE,¹ les autorités françaises ont notifié à la Commission le 13 septembre 2010, une proposition de loi relative au prix du livre numérique.

Ainsi que les autorités françaises l'ont indiqué dans le message de notification, «(...) *cette mesure vise à protéger le marché d'une prise de son contrôle par des opérateurs extérieurs à l'économie de la création et dont l'objectif serait la commercialisation d'autres produits ou services, reléguant les œuvres culturelles au rang de produit d'appel. Elle vise en outre à permettre d'imposer les mêmes conditions à tous les acteurs du secteur, de favoriser la diversité de la diffusion et, partant, la diversité de l'offre, dans le respect des droits d'auteur (...)*».

À la suite de modifications substantielles apportées au projet de loi proposé lors des débats parlementaires au Sénat français, les autorités françaises ont notifié à la Commission le 4 novembre 2011, dans le cadre de la directive 98/34/CE, un second projet sous la référence 2010/710/F. Toutefois, la présente réaction de la Commission se limite à une évaluation du projet notifié sous la référence 2010/616/F à la lumière des dispositions pertinentes du droit de l'Union européenne.

La mesure notifiée a vocation à s'appliquer au «*livre numérique consistant en une œuvre de l'esprit créée par un ou plusieurs auteurs, commercialisé sous forme numérique et ayant été préalablement publié sous forme imprimée ou étant, par son contenu et sa composition - à l'exclusion des éléments accessoires propres à l'édition numérique -, susceptible de l'être*» (article 1^{er}).

¹ JO L 204 du 21.7.1998, p. 37, modifiée en dernier lieu par la directive 98/48/CE (JO L 217 du 5.8.1998, p. 18).

L'article 2 de la proposition de loi prévoit que *«toute personne établie en France qui édite un livre numérique dans le but de sa diffusion commerciale est tenue de fixer un prix de vente au public»*.

Conformément à l'article 3, paragraphe 1, du projet, *«le prix de vente, fixé dans les conditions déterminées à l'article 2, s'impose aux personnes établies en France proposant des offres commerciales de livres numériques au détail»*. À cet égard, l'exposé des motifs énonce que *«la proposition entend limiter ses effets aux seuls opérateurs agissant sur le territoire français, les relations entre éditeurs et opérateurs hors de nos frontières étant laissées au contrat d'agence»*.

L'article 3, paragraphe 2, prévoit que *«les offres groupées de livres numériques, en location ou par abonnement, peuvent être autorisées par l'éditeur, tel que défini à l'article 2, au terme d'un délai suivant la première mise en vente sous forme numérique»*.

L'examen du projet de texte notifié a amené la Commission à émettre l'avis circonstancié et les observations suivants:

Avis circonstancié

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), toutes les mesures «qui interdisent, entravent ou rendent moins attrayant» l'exercice de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation de services doivent être considérées comme constituant des restrictions aux articles 49 et 56 du TFUE, même si elles sont applicables sans discrimination fondée sur la nationalité (voir par exemple l'arrêt du 15 janvier 2002, affaire C-439/99, Commission/Italie, point 22). La Commission tient à souligner que la portée de ces libertés fondamentales garanties par le TFUE doit être interprétée largement. La Cour n'a jamais accepté le critère *de minimis* – c'est-à-dire un seuil au-dessous duquel une mesure n'est pas applicable.

I. L'existence d'une restriction transfrontalière

1. La Commission estime que le projet notifié pourrait contenir des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services des détaillants de livres numériques et des fournisseurs de services de location établis dans d'autres États membres.

Restriction à la liberté d'établissement

2. Premièrement, l'article 3, paragraphe 1, de la mesure notifiée exige que les détaillants établis en France respectent un prix de vente au détail fixé par un éditeur français, sous peine d'amendes en cas de vente de livres numériques à des prix différents. Les restrictions à la liberté des détaillants de décider du niveau des prix d'un produit constituent un obstacle à la poursuite de leurs activités commerciales. L'obligation imposée aux détaillants non français de respecter les prix fixés par les éditeurs français peuvent les forcer à adopter des stratégies de prix différentes pour leurs filiales françaises et avoir ainsi une incidence sur leur accès au marché français des livres numériques. Cela est d'autant plus vrai que les livres publiés en France comptent pour une partie substantielle du marché français des livres numériques. Cet effet est aggravé par le fait que le marché des livres numériques n'en est encore qu'à ses balbutiements.

3. La CJUE a reconnu l'existence d'une restriction transfrontalière lorsque les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres sont privés de la possibilité de concurrencer de manière plus efficace les opérateurs économiques nationaux qui ont eux-mêmes plus de facilités à développer leur clientèle par rapport aux opérateurs économiques établis à l'étranger (voir, en ce sens, l'arrêt du 18 juillet 2007, affaire C-134/05, Commission/Italie, point 72 et jurisprudence citée). Cela est notamment le cas lorsque les opérateurs étrangers ont l'intention de pénétrer le marché par le biais d'incitations financières (voir, dans ce contexte, l'arrêt du 5 octobre 2004 dans l'affaire C-442/02, Caixa-Bank France/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, points 12-16 et arrêt du 5 décembre 2006 dans l'affaire C-94/04 et C-202/04, Cipolla, point 59).
4. Il convient de noter à cet égard, que dans un univers numérique où, du point de vue technologique, les frontières nationales sont inexistantes, où les comparaisons de prix peuvent être faites très rapidement, où les coûts de production physique, les frais de livraison et les frais d'inventaire ont pratiquement disparu et où il existe un risque constant d'offres gratuites illégales, la possibilité d'offrir un prix attrayant est, plus que dans un univers hors ligne, essentielle pour pouvoir accéder au marché d'un autre État membre.
5. Les prix de détail fixes rendent par conséquent l'établissement de détaillants en France beaucoup moins attrayant. L'article 3, paragraphe 1, du texte notifié pourrait donc avoir pour effet de restreindre la liberté d'établissement prévue par l'article 49 du TFUE.

Restriction à la libre prestation de services

6. Deuxièmement, l'article 3, paragraphe 2, de la proposition de loi notifiée impose l'obligation aux éditeurs d'autoriser les offres groupées de livres numériques, au titre de la location ou de l'abonnement, après qu'un certain laps de temps se soit écoulé depuis la mise sur le marché initiale des produits sous forme numérique (la « période de latence »). La mise en place d'un intervalle entre la première publication et l'inclusion d'un livre numérique dans une offre groupée peut créer des obstacles aux échanges intracommunautaires des services en raison des disparités entre les systèmes exploités dans les différents États membres et entre les conditions de diffusion des offres groupées (voir l'arrêt du 11 juillet 1985 dans les affaires jointes 60 et 61/84, Cinéthèque).
7. Il convient de souligner que, dans un univers numérique, la disponibilité d'une offre mise à jour est une condition supplémentaire nécessaire pour qu'une offre soit perçue comme attractive par les consommateurs. Internet offre la possibilité de garder un nombre virtuel illimité de titres en stock à un coût très bas ou non marginal et les attentes des clients se sont adaptées à cette réalité technologique et économique. Comme observé dans le cadre de la prestation d'autres services culturels en ligne, les offres légales qui ne répondent pas aux attentes des clients en termes de stock et de prix, sont sérieusement menacées, bien plus encore que dans un univers hors ligne, par les offres pirates. Une « période de latence » pour la location de livres numériques rend en ce sens le service nettement moins attractif à la fois pour la catégorie des lecteurs ayant recours aux offres groupées et pour celle des prestataires de services établis dans d'autres États membres que la France souhaitant fournir des services relatifs aux offres groupées en France.

8. L'article 3, paragraphe 2, du projet de loi notifié pourrait donc constituer une restriction au sens de l'article 56 du TFUE. Par ailleurs, dans la mesure où l'obligation établie par l'article 3, paragraphe 2 du projet de loi notifié relèverait du domaine coordonné au sens de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après appelée la «directive sur le commerce électronique»), alors elle violerait l'interdiction faite aux États membres d'imposer des restrictions à la libre prestation des services de la société de l'information.
9. Il est à noter qu'une violation des articles 49 du TFUE, 56 du TFUE ou, le cas échéant, de l'article 3, paragraphe 2, de la directive e-commerce pourraient être justifiées sous certaines conditions.

II. L'analyse des justifications potentielles

10. Dans l'éventualité où l'article 3, paragraphe 2, de la «directive sur le commerce électronique» serait applicable, l'article 3, paragraphe 2, de la proposition de loi notifiée devrait être évalué conformément à l'article 3, paragraphe 4, de la «directive sur le commerce électronique» qui contient une dérogation à son article 3, paragraphe 2. Selon ladite disposition, les restrictions à la libre prestation des services de la société de l'information peuvent être justifiées uniquement par des raisons d'ordre public, de protection de la santé publique, de sécurité publique et de protection des consommateurs.
11. L'article 52, paragraphe 1, du TFUE présente une certaine pertinence par rapport à l'article 3, paragraphe 1, du projet de loi notifié car, interprété à la lumière de l'article 62 du TFUE, il permet des restrictions à la liberté d'établissement dans la mesure où celles-ci peuvent être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Cette dérogation s'applique aux mesures nationales qui s'appliquent de manière discriminatoire ou non discriminatoire.
12. En l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité, une telle restriction peut être également justifiée dès lors qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir notamment l'arrêt du 30 novembre 1995 dans l'affaire C-55/94, Gebhard, point 37). Les raisons invoquées par un État membre visant à justifier une dérogation au principe de la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services doivent être accompagnées d'une analyse de l'adéquation et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par ledit État membre, et par des éléments précis permettant de corroborer les arguments avancés (voir l'arrêt du 18 mars 2004 dans l'affaire C-8/02, Leichtle, point 45).

L'appréciation du caractère discriminatoire du projet de loi

13. Les restrictions éventuelles imposées par le projet de loi ne semblent pas constituer une discrimination formelle ou directe fondée sur la nationalité. Cependant, une disposition de droit national doit être considérée comme discriminatoire *de facto* ou de manière indirecte à l'égard des ressortissants et des sociétés des autres États membres si:
 - sa qualité intrinsèque est de nature à affecter les ressortissants/sociétés d'autres États membres, davantage que les ressortissants/sociétés de l'État membre dont la législation est en cause, et

- si elle entraîne le risque de placer les ressortissants/sociétés d'autres États membres dans une situation particulièrement désavantageuse (voir l'arrêt du 4 juillet 2006 dans l'affaire C-212/04, Hartmann, point 30).

14. Les restrictions imposées par le projet de loi pourraient être *de facto* de nature discriminatoire. Les détaillants français proposant des livres numériques sur le marché national sont généralement aussi des « détaillants hors ligne » de livres imprimés ayant une clientèle fixe développée depuis plusieurs décennies. Ils bénéficient également de la notoriété de la marque auprès des clients potentiels en France. Étant donné que la détermination des prix dans un univers en ligne est un moyen de compétition relativement plus important que dans l'univers hors ligne, les opérateurs nationaux en ligne qui sont liés aux points de vente hors ligne vont naturellement davantage tirer parti de l'expérience client par rapport à la concurrence. L'interdiction d'offrir des prix plus compétitifs affecte dès lors les détaillants en ligne qui ne disposent pas d'une entreprise « physique » en France, ces derniers étant généralement des détaillants d'autres États membres déjà particulièrement désavantagés. En outre, étant donné que dans la plupart des autres États membres de l'UE il n'existe pas de prix fixe du livre, la concurrence basée sur le prix est un élément essentiel du modèle d'entreprise de nombreux détaillants établis hors de France, alors que cela n'est pas le cas pour les détaillants français.

L'analyse des objectifs poursuivis par la législation française

15. Ainsi que souligné ci-dessus, le message de notification contient un bref exposé des motifs du présent projet de loi: *« Cette mesure vise à protéger le marché d'une prise de son contrôle par des opérateurs extérieurs à l'économie de la création et dont l'objectif serait la commercialisation d'autres produits ou services, reléguant les œuvres culturelles au rang de produit d'appel. Elle vise en outre à permettre d'imposer les mêmes conditions à tous les acteurs du secteur, de favoriser la diversité de la diffusion et, partant, la diversité de l'offre, dans le respect des droits d'auteur. Disposition ad hoc, elle a enfin l'avantage de ne pas remettre en cause les équilibres de la loi du 10 août 1981 ».*
16. L'exposé des motifs du projet de loi notifié et le rapport du Sénat expliquent plus en détail les objectifs que le projet de loi entend poursuivre.
17. Dans ce contexte, il ressort que le projet de loi vise la réalisation d'objectifs d'intérêt culturel, prévus par le Traité dans son article 167 et dans la Convention de l'UNESCO sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles. Toutefois, des dérogations figurant à l'article 3, paragraphe 4, de la « directive sur le commerce électronique » ne font pas référence à la « diversité culturelle ». Par conséquent, l'article 3, paragraphe 2, du projet de loi notifié semble être incompatible avec l'article 3, paragraphe 2, de la « directive sur le commerce électronique » étant donné que les dérogations de l'article 3, paragraphe 4, de la « directive sur le commerce électronique » ne peuvent pas être appliquées.
18. En outre, les dispositions du TFUE permettant aux États membres de déroger par le biais de mesures discriminatoires à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement ne couvrent pas les intérêts de la diversité culturelle. Comme expliqué précédemment, celles-ci se rapportent uniquement à l'ordre public, à la sécurité

publique ou à la santé publique. Ces dérogations doivent être interprétées de manière stricte et ne peuvent pas couvrir les autres exigences d'intérêt général. Dans l'arrêt *Leclerc* qui concernait la *loi Lang* la CJUE a souligné qu' « en tant que dérogation à une règle fondamentale du traité, [l'article 36 du TFUE] est d'interprétation stricte et ne peut être étendu à des objectifs qui n'y sont pas expressément énumérés. Ni la défense des intérêts des consommateurs, ni la protection de la création et de la diversité culturelle dans le domaine du livre ne figurent parmi les raisons citées à [l'article 36 du TFUE]. »²

19. Enfin, même si l'article 3, paragraphe 1, du projet de loi était considéré comme non discriminatoire, la Commission émettrait de toute façon des réserves quant à la possibilité de justifier la législation susmentionnée par des raisons d'intérêt général et de remplir les conditions de nécessité et de proportionnalité comme l'exige la jurisprudence. En ce qui concerne l'article 3, paragraphe 2, du projet de loi, la Commission arrive à la même conclusion.
20. Les exigences de diversité culturelle peuvent être justifiées conformément aux «exigences impératives» de la jurisprudence de la CJUE. Selon cette jurisprudence, «*les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre*» (voir notamment l'arrêt du 30 novembre 1995 dans l'affaire C-55/94, Gebhard, point 37). La charge de la preuve de l'existence d'une justification à la dérogation aux libertés fondamentales incombe aux États membres (voir l'arrêt du 18 mars 2004 dans l'affaire C-8/02, Leichtle, point 45).
21. La Commission identifie les principaux objectifs suivants pour le projet de loi notifié:
 - VII. «Les détenteurs de droits d'auteur doivent conserver le contrôle du prix des livres dans le monde numérique», et notamment par rapport aux «opérateurs en dehors de l'économie de la création» dont l'objectif peut également être de vendre d'autres produits et services. On peut supposer que cela pourrait facilement conduire à la situation dans laquelle les «créateurs reçoivent une rétribution financière moindre et la création elle-même s'appauvrit», comme cela semble avoir été le cas dans l'industrie de la musique.
 - VIII. «Garantir la diversité des circuits de vente et des libraires» et «préserver un réseau de vente au détail très décentralisé et dense» afin de garantir la diversité éditoriale.
 - IX. Éviter une concentration excessive des détaillants qui aurait des conséquences fâcheuses sur la variété des œuvres sur le marché.
 - X. Soutenir le pluralisme de la création, concernant notamment les œuvres dites «difficiles».

² Affaire 229/83, [Rec] Leclerc, 1985, p. 1, point 30. L'article 36 du TFUE contient des dérogations à l'article 34 du TFUE (libre circulation des marchandises).

XI. Développer une offre légale et attrayante pour limiter le piratage.

22. Les objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier les restrictions aux libertés fondamentales inscrites dans le traité (jurisprudence constante, voir par exemple l'arrêt du 5 juin 1997 dans l'affaire C-398/95, Ypourgos Ergasias, et l'arrêt du 24 janvier 2002 dans l'affaire C- 164/99, Portugaia Construções). Des objectifs tels que «la préservation de la chaîne de valeur actuelle des livres» ou «la limitation du risque que le livre numérique les “cannibalise”» s'inscrivent dans la poursuite des objectifs économiques et ne peuvent en soi être justifiés au moyen d'un objectif d'intérêt général.
23. D'autre part la CJUE a déjà reconnu la protection du pluralisme dans le secteur audiovisuel,³ la protection d'une langue⁴ et le maintien de la diversité de la presse⁵ en tant que raisons impérieuses d'intérêt général. De même, dans l'affaire C-531/07 Libro, la Cour a estimé que « la protection des livres en tant qu'objets culturels » constitue une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier des mesures restreignant la libre circulation des biens.
24. À la lumière de l'article 167, paragraphe 4, du TFUE⁶ et de dispositions similaires figurant dans la législation secondaire de l'UE, telles que l'article 1, paragraphe 6, de la «directive sur le commerce électronique», la Commission peut donc envisager la possibilité, sous certaines conditions, de considérer la protection de la créativité et de la diversité culturelle comme un impératif d'intérêt général. Toutefois, la Commission émet quelques réserves quant à l'adéquation et la proportionnalité des mesures visant à atteindre ledit objectif.

Adéquation et proportionnalité

25. Le principe de l'adéquation (ou de nécessité) se réfère à la relation entre les objectifs du projet de loi notifié et les moyens choisis en vue d'atteindre lesdits objectifs, entre lesquels un lien de causalité doit exister. En d'autres termes, le régime de prix fixes tel qu'il figure dans le projet de loi notifié doit être adapté pour atteindre les objectifs de diversité culturelle.
26. La Commission émet des réserves quant à l'adéquation de la réglementation des prix dans l'univers numérique. Elle ne dispose pas, par exemple, de preuve qu'un prix fixe des livres numériques contribuera à créer un réseau diversifié de détaillants avec une «présence physique». La Commission a également des difficultés à percevoir comment un mécanisme de prix fixe conduirait à une plus grande diversité de l'offre des livres numériques et à une meilleure rétribution des auteurs. Cela est particulièrement vrai dans la mesure où internet permet aux détaillants de garder en stock une quantité quasiment illimitée de titres à un coût marginal peu élevé. Cela

³ Affaire C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, l'affaire C-355/89, Pays-Bas/Commission.

⁴ Affaire 379/87, Groener.

⁵ Affaire C-368/95, Familiapress.

⁶ «L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, et notamment en vue de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures».

contribuerait à la diversité des offres et notamment au développement des niches dans les marchés de la culture.

27. L'exigence de proportionnalité implique que les restrictions ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général, et tout remplacement de ladite exigence par d'autres mesures, moins restrictives, visant à atteindre le même résultat doit être exclu. Encore une fois, la Commission souhaiterait obtenir des précisions permettant de mieux apprécier dans quelle mesure les autorités françaises compétentes ont examiné des mesures alternatives au régime de prix fixe du livre.

III. Conclusions

28. Il résulte de ce qui précède que le projet de loi notifié pourrait restreindre la liberté d'établissement (article 49 du TFUE) et la libre prestation de services (article 56 du TFUE). L'article 3, paragraphe 2, du projet de loi notifié pourrait également être incompatible avec l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2000/31/CE. De même, l'article 3, paragraphe 4, de la directive sur le commerce électronique indique que les objectifs de diversité culturelle ne peuvent justifier les restrictions de la prestation de services de la société de l'information.
29. Dans la mesure où un objectif de diversité culturelle pourrait justifier une quelconque restriction pouvant être imposée par le projet de loi à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, la Commission estime que ces restrictions ne semblent ni adéquates par rapport à l'objectif de diversité culturelle visé, ni proportionnelles à la réalisation de cet objectif.

Pour ces raisons, la Commission émet l'avis circonstancié prévu à l'article 9, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE au motif que le projet notifié serait contraire aux articles 49 et 56 du TFUE, ainsi qu'à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/31/EC, si ce dernier devait être adopté sans prendre en considération les remarques qui précèdent.

La Commission tient à rappeler au gouvernement français qu'aux termes de l'article 9, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE susmentionnée l'émission d'un avis circonstancié oblige l'État membre qui a élaboré le projet de règle technique concerné à reporter son adoption de quatre mois à compter de la date de sa notification.

Ce délai arrive donc à expiration le 14 janvier 2011.

La Commission attire l'attention du gouvernement français sur le fait qu'aux termes de cette disposition, l'État Membre destinataire d'un avis circonstancié est tenu de faire rapport à la Commission sur la suite qu'il entend donner audit avis.

Si le projet de règle technique concerné devait être adopté sans prendre en considération les objections qui précèdent, la Commission pourrait se voir dans l'obligation d'envoyer une lettre de mise en demeure conformément à l'article 258 du TFUE. Elle se réserve également la possibilité d'envoyer une lettre de mise en demeure si la réponse du gouvernement français ne lui parvenait pas avant l'adoption du projet de règle technique en cause.

La Commission invite le gouvernement français à lui communiquer, dès son adoption, le texte définitif du projet de règle technique. Tout défaut de communication de ce texte constituerait une violation de l'article 4, paragraphe 3, du TFUE, ainsi que de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 98/34/CE, dans le cadre duquel la Commission se réserve le droit d'engager une procédure.

Observations

I. Questions sur l'adéquation et la proportionnalité de la mesure proposée

Afin de mieux comprendre l'adéquation et la proportionnalité de la mesure proposée, la Commission souhaiterait que les autorités françaises répondent aux questions suivantes:

- a) *Un des objectifs du projet de loi vise à garantir une rétribution financière aux créateurs. Étant donné que la rétribution financière des créateurs dépend également de variables, autres que le prix et tout autant affectées par le projet de loi, telles que le nombre d'articles vendus et le pouvoir de négociation des éditeurs vis-à-vis des créateurs, de quelle manière le projet de loi garantit-il que la rémunération des créateurs sera optimale?*
- b) *Un des objectifs cités dans le rapport du Sénat consiste à préserver un réseau très dense et décentralisé en détail, en particulier dans les zones défavorisées. Compte tenu du fait que les livres numériques sont vendus et livrés en ligne, comment évaluez-vous la pertinence de cet objectif dans l'univers du livre numérique?*
- c) *Le rapport du Sénat mentionne l'objectif du développement d'une offre attrayante pour lutter contre le piratage. A-t-on examiné la possibilité que le prix fixé par les éditeurs pourrait être perçu par les consommateurs comme dissuasif et incitant finalement au téléchargement illégal de livres numériques?*
- d) *Un autre objectif du projet de loi semble être la prévention de la pratique du «picorage» par des détaillants non spécialisés dans la vente de livres. Compte tenu du fait que les coûts marginaux des livres numériques supplémentaires gardés en stock et proposés à la vente sont presque inexistantes (ainsi que l'indique le rapport du Sénat), quel est le risque que les détaillants dans l'environnement numérique refusent de vendre des livres plus «difficiles» ou des livres autres que les best-sellers?*
- e) *Un autre objectif, lié au précédent, semble consister à éviter la perte de la diversité éditoriale à la suite de la concentration du marché au sein du marché de détail de livres numériques. Est-il possible d'avoir une meilleure explication de la relation de cause à effet, compte tenu également du fait que les coûts marginaux des livres numériques supplémentaires gardés en stock et proposés à la vente sont quasi inexistantes?*
- f) *Pour l'ensemble des objectifs poursuivis, pourriez-vous expliquer en détail quelles pourraient être les conséquences de ne pas réglementer le marché du livre numérique à ce stade?*
- g) *Estimez-vous qu'il existe un risque de pousser les petits éditeurs (qui n'auraient pas les moyens de passer rapidement au numérique) en dehors du marché en éliminant le*

prix fixe du livre dans le monde numérique, et de réduire ainsi la diversité culturelle du marché?

- h) Avez-vous envisagé d'autres mesures moins restrictives qui pourraient contribuer aux objectifs poursuivis? Le cas échéant, quelles sont ces mesures et pour quelles raisons ne pourraient-elles pas contribuer de la même manière aux objectifs poursuivis?*

En outre, la Commission tient à attirer l'attention des autorités françaises compétentes sur le fait que, dans sa communication intitulée «Une stratégie numérique pour l'Europe» (COM/2010/0245), elle considère que la fragmentation persistante étouffe la compétitivité européenne de l'économie numérique. Pour un marché unique au service des objectifs d'Europe 2020, un bon fonctionnement et une bonne interconnexion des marchés où la concurrence et l'accès des consommateurs stimulent la croissance et l'innovation sont nécessaires.

La Commission constate que l'exception culturelle est utilisée sans aucune référence ni à la situation économique des marchés naissants, ni à des évaluations d'impact.

II. Questions relatives au droit de la concurrence de l'UE

En outre, la Commission tient à attirer l'attention des autorités françaises compétentes sur le fait que, s'il est vrai que, par lui-même, l'article 101 TFUE concerne uniquement le comportement des entreprises et ne vise pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, la CJUE a jugé qu'il n'en reste pas moins que cet article, lu en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3 TUE (ancien article 10 du Traité CE), qui établit un devoir de coopération, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.⁷

Le système de prix de vente imposé des livres numériques pourrait être contraire à l'article 101 TFUE, dans la mesure où il a pour objet de restreindre la concurrence basée sur les prix. Selon les lignes directrices sur les restrictions verticales (paragraphe 223), le prix de vente imposé constitue une restriction caractérisée, supposée relever de l'article 101 TFUE. Il donne également lieu à une présomption selon laquelle il est peu probable qu'il remplisse les conditions mentionnées à l'article 101, paragraphe 3 TFUE, en transférant à la partie concernée la charge de démontrer l'efficacité d'une mesure qui pourrait mériter une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3 TFUE.

La Commission tient à rappeler aux autorités françaises compétentes que, bien que les règles de concurrence de l'UE s'appliquent aux lois relatives aux prix nationaux fixes, elle estime qu'une loi nationale relative au prix de vente imposé concernant les livres imprimés ne s'appliquant pas aux détaillants étrangers qui souhaitent vendre des livres dans cet État membre n'est pas susceptible d'avoir un effet sensible sur le commerce entre les États membres. Dans le cas des livres imprimés, la Commission a estimé dans le passé qu'une loi ne serait pas susceptible d'avoir un effet sensible sur le commerce entre les États membres dans lesquels il est établi que les livres en question ont été exportés dans le seul but de réimportation et afin de contourner la législation nationale relative au prix de vente imposé.

⁷ Voir par exemple l'affaire C-446/05 *Procédure pénale contre Ioannis Doulamis* [2008] Rec 1377.

Il résulte de l'approche de la Commission que si une loi relative au prix national imposé s'applique aux détaillants établis dans un autre État membre («détaillants étrangers») qui souhaitent vendre des livres numériques dans cet État membre dans le cadre d'une offre plurinationale, ladite loi peut avoir alors un effet sensible sur le commerce entre États membres.

Même si, selon le projet notifié, celui-ci ne s'applique qu'aux détaillants des livres numériques établis en France, pour que la mesure notifiée puisse atteindre son objectif visant à établir un système de prix national imposé relatif aux livres numériques en France, la Commission craint que ce projet de loi, s'il est adopté, ne s'applique aussi aux détaillants étrangers exerçant leur activité dans le cadre d'une boutique de livres numériques en ligne plurinationale.

Pour que le projet notifié puisse être efficace, il semblerait nécessaire d'empêcher les détaillants étrangers de vendre en France à des prix inférieurs. En l'absence d'une telle mesure, chaque éditeur serait tenté de proposer aux détaillants étrangers des livres numériques, car l'augmentation du nombre de détaillants contribue à l'augmentation des ventes et des recettes. Un éditeur qui décide de ne pas fournir les détaillants étrangers représente un risque économique grave si les autres diffuseurs sont fortement encouragés à le faire. Le projet notifié pourrait avoir pour effet d'empêcher les détaillants étrangers de vendre en dessous du prix de détail fixé par les éditeurs parce que la sécurité économique d'un prix fixe en France applicable à tous les éditeurs peut l'emporter sur le risque de refuser de fournir un éditeur particulier. Si tous les éditeurs en France ont la certitude juridique que les prix de détail en France sont fixes, la motivation naturelle de fournir les détaillants étrangers qui portent atteinte à ces prix pourrait disparaître chez les éditeurs en France, et il serait alors possible qu'aucun éditeur français ne soit tenté de fournir les détaillants étrangers. La perspective de ne pas avoir de titres numériques français à proposer aux consommateurs en France peut amener l'ensemble des détaillants, indépendamment de l'endroit où ces derniers sont établis, à appliquer les prix de détail fixés par les éditeurs en France.

Même si les lois relatives au prix national imposé applicables aux livres imprimés n'étaient pas susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres dans le passé, il n'est pas exclu que les législations nationales relatives au prix national imposé des livres numériques puissent avoir un tel effet. En éliminant la concurrence basée sur les prix entre les détaillants français et étrangers, la loi française peut réduire sensiblement le commerce de titres numériques français entre la France et tout autre État membre.

À la lumière de ce qui précède, la Commission souhaiterait que les autorités françaises compétentes fournissent des éclaircissements sur les points suivants:

- Expliquer en détail les raisons de l'introduction à ce stade d'une loi relative au prix national imposé concernant les livres numériques.
- Expliquer en détail les raisons et le fonctionnement de l'article 5 du projet de loi. Comment un éditeur déterminera-t-il si certains détaillants doivent vendre à un prix de détail différent de celui fixé pour d'autres détaillants? Et notamment, quel est le rôle exact des associations représentant les éditeurs?
- La loi permet-elle aux éditeurs de négocier le prix de vente au détail fixé en vertu de la loi avec les détaillants avant que la décision finale soit prise?

- La loi prévoit-elle que de manière formelle ou informelle les prix de détail des livres numériques seront fixés par l'éditeur? Les prix fixes seront-ils publiés?
- Quelle sera le rapport entre les prix fixes des livres numériques et des livres imprimés?
- Justifier l'article 4 en ce qui concerne le droit exclusif des éditeurs de décider si un livre numérique sera offert comme cadeau. Pourquoi un éditeur bénéficie-t-il de ce droit alors qu'un détaillant n'en bénéficie pas?
- Préciser si l'article 6 du projet de loi permettra à un tribunal français d'identifier un détaillant étranger qui vend des titres numériques français en France à un prix de détail inférieur à celui fixé par les éditeurs en violation du droit pénal français et sous peine d'éventuelles amendes.

Veillez croire, Madame le Ministre, à l'assurance de ma haute considération.

Maroš ŠEFČOVIČ

Membre de la Commission

13-XII-2010