

Adaptation des règles de concurrence à un choc technologique.

Le téléchargement des fichiers musicaux

Claude Crampes, Université de Toulouse (Gremaq et IDEI)

ccrampes@cict.fr

1. Evolution du modèle économique de la musique
 - 1.1 Le concert
 - 1.2 Disque, radio et télévision
 - 1.3 Le réseau
2. Un droit de la concurrence qui doit s'adapter
 - 2.1 Interopérabilité des plateformes
 - 2.2 Exclusivité territoriale des sociétés de droits d'auteur
 - 2.3 Collusion des consommateurs

Résumé

La numérisation des oeuvres musicales et leur mise à disposition sur Internet remettent en cause le modèle de distribution de la musique qui a fait la fortune du secteur pendant un siècle. Les moyens logiciels et légaux utilisés pour conserver les principes du modèle économique antérieur ne feront que retarder l'émergence d'un nouveau modèle et commencent à créer des cas d'atteinte au libre exercice de la concurrence dans un environnement technologique bouleversé. Après un survol des modèles économiques d'organisation du secteur de la musique, nous discutons du problème de l'interopérabilité des plateformes de téléchargement licite, de la territorialité des monopoles naturels des sociétés de droits d'auteurs, et d'une lecture du peer-to-peer en termes d'ententes entre consommateurs.

La facilité avec laquelle il est devenu possible de copier les œuvres musicales et cinématographiques remet en cause les modalités de rémunération de tous ceux qui contribuent à la création et à la production de ces œuvres. La numérisation du son et de l'image transforme les œuvres en fichiers électroniques dont la reproduction à coût quasi nul est parfaitement identique à l'original.¹ A cette facilité de reproduction, les réseaux (au premier rang desquels Internet) ont ajouté une facilité de circulation permettant de faire bénéficier n'importe quel individu connecté du plaisir d'écouter toute œuvre musicale et de visionner tout film disponible en format numérique instantanément et pour un coût quasi nul. Ce phénomène qui est apparemment un fantastique progrès pour l'ensemble de l'humanité porte atteinte aux intérêts que certaines catégories de créateurs et producteurs avaient acquis sur la base des technologies disponibles antérieurement.

Des plateformes légales de vente de fichiers musicaux en ligne se sont développées pour exploiter ces nouvelles possibilités technologiques. Mais parallèlement, la technologie peer-to-peer (P2P) permet à tout acquéreur (légal ou non) d'un fichier de mettre ce fichier à la disposition de ses pairs en ouvrant l'accès à son disque dur et de devenir ainsi un concurrent des producteurs du fichier et des distributeurs légaux. Le prix d'offre ne peut donc que converger vers zéro, ce qui élimine non seulement la marge de profit des producteurs mais aussi le revenu de ceux qui ont investi dans la partie fixe du processus de production.

Ce phénomène peut s'analyser sous plusieurs angles. D'abord, c'est un problème de redistribution des rentes, surtout au bénéfice des consommateurs et surtout au détriment des auteurs et industriels. A ce problème redistributif s'ajoute un problème d'efficacité intertemporelle : la réduction de revenus des auteurs et industriels peut-elle nuire tellement à la création artistique que la baisse d'utilité sociale (issue d'un flux de nouveautés de plus en plus maigre) serait plus importante que le gain tiré de l'accès au stock existant? Mais nous aborderons plutôt ici le problème sous l'angle des menaces que peut représenter pour la politique de la concurrence le choc technologique numérisation/réseau (et le dévoiement du système P2P) notamment en raison des réactions qu'il suscite chez les parties bénéficiaires et les parties lésées. Pour simplifier la suite de l'exposé, nous nous limiterons au cas des fichiers musicaux, mais il est évident que la menace concerne aussi l'industrie cinématographique et l'industrie des jeux vidéo.²

¹ Pour les œuvres littéraires, le support papier constitue un élément essentiel de différenciation qui met encore pour quelque temps les auteurs à l'abri de la calamité qui frappe leurs collègues musiciens et cinéastes.

² On notera au passage que le même choc technologique a été assez facilement absorbé dans l'industrie de la photo et du film vidéo où la plupart des grands industriels ont su prendre (plus ou moins difficilement selon les cas) le tournant du numérique.

Dans la section 1 nous rappelons l'évolution du modèle économique de la musique. Nous montrons que la numérisation et la mise en réseau des pièces musicales est un choc technologique majeur qui exige une adaptation radicale de tous les acteurs de l'industrie et de son cadre réglementaire. La seconde section donne trois illustrations d'adaptations réelles ou potentielles des règles de concurrence face à ce défi: nous abordons successivement l'interopérabilité des plateformes, l'exclusivité territoriale des sociétés de droits d'auteur et la collusion des consommateurs.

1. Evolution du modèle économique de la musique

L'organisation d'une industrie dépend des caractéristiques de base de ses produits, des préférences des consommateurs et de la technologie de production, auxquels il faut ajouter le cadre législatif et réglementaire.

La musique est un bien qui n'est pas détruit par l'usage (les économistes parlent de bien public), à possibilité d'exclusion d'usage technique (billetterie, décodeurs, dispositif technique de gestion des droits numériques, ...), et concernant un public dont la taille dépend de la technologie.³ Le public peut varier des quelques auditeurs d'une aubade à la communauté mondiale des internautes. En ce qui concerne l'offre et la demande, la musique est un bien de loisir susceptible d'être produit par n'importe qui avec des niveaux de qualité très variables et pour lequel il y a une forte hétérogénéité des préférences. La variété des musique proposées (différenciation horizontale) est donc très forte, ce qui permet d'assurer des rentes de concurrence monopolistique à ceux des producteurs qui parviennent à se constituer un public. La qualité (différenciation verticale) dépend beaucoup du talent et de l'originalité des artistes, mais la technologie apporte maintenant une aide qui peut se substituer partiellement au talent. Dans cette industrie, on produit et on consomme des sons, donc des objets *a priori* difficiles à copier et à transmettre. Mais la révolution numérique a permis la transformation de ces sons en suites de 0 et de 1, c'est-à-dire la possibilité de copier sans perte de qualité, d'où un bouleversement du modèle économique de l'industrie à partir des années 1980. Cette possibilité de copier à l'identique aurait pu être absorbée comme une innovation marginale, par diffusion progressive financée par exemple au moyen d'une taxe sur les disques vierges sur le modèle des photocopies de livres et des cassettes audio et vidéo. Mais l'Internet, la mise à disposition et le téléchargement de fichiers ont rendu impossible la transition douce vers un équilibre de ce type. Nous allons examiner les caractéristiques des deux modèles par lesquels est passée la musique au cours du temps, le concert et la combinaison disque/radio/télévision. Puis nous évoquerons le nouveau modèle, celui de la numérisation et de l'Internet, qui se met progressivement

³ Pour une approche économique formalisée, on consultera J.J. Laffont (1982), Fondements de l'Économie Publique - Vol.1, du Cours de théorie microéconomique, série Economie et Statistiques Avancées, Economica.

en place sous (ou malgré?) le contrôle des pouvoirs publics. Les caractéristiques de ces trois modèles sont résumées dans l'encadré 1. Pour chacun des trois modèles, nous mettons l'accent sur les risques de comportements anticoncurrentiels et sur le problème de la rémunération des artistes – interprètes.

Encadré 1. Du baladin au baladeur : trois modèles économiques pour la musique

ME₁ : Musique non transportable et non copiable : c'est un bien public à concernement local avec possibilité d'exclusion d'usage. L'artiste interprète ne peut tirer ses revenus que d'un public local (concert + produits dérivés)

ME₂ : Musique transportable et non copiable: c'est un bien public à concernement national avec possibilité d'exclusion d'usage. L'artiste interprète tire ses revenus de consommateurs individuels (disques), de petits publics (concerts) et de larges publics (radio, TV). Les sociétés de droits d'auteur jouent un rôle clef pour la collecte et la redistribution des ressources financières.

ME₃ : Musique transportable et copiable : c'est un bien public à concernement mondial avec de grandes difficultés d'exclusion d'usage. L'artiste interprète peut théoriquement tirer ses revenus d'un très vaste public ... sauf que le public peut consommer gratuitement et de transformer en distributeur mondial. Il est techniquement possible de contrôler les mises à disposition (upload) et les téléchargements (download) mais le coût politique de l'instauration de ces mesures est très élevé.

1.1 Le concert

Le premier modèle économique (ME₁) est celui d'un produit non copiable et non transportable⁴. Du point de vue économique, compte tenu de l'état de la technique jusqu'au début du 20^{ème} siècle, la musique est un bien public à concernement local avec possibilité d'exclusion d'usage. L'expression "bien public" renvoie à un bien dont la consommation n'est pas privative pour autrui. Il n'est pas détruit par la consommation individuelle comme le serait par exemple un bien alimentaire. L'état de la technique définit la taille de l'auditoire. Jusqu'à l'arrivée des moyens de télédiffusion, les consommateurs ne se comptaient que par dizaine(s): il s'agissait des spectateurs d'un concert et il était donc facile de les mettre à contribution. Le tarif d'entrée, souvent discriminatoire selon l'âge,

⁴ En omettant la copie des partitions et la mémorisation des pièces musicales.

le statut social, ou la place dans la salle de concert, permettait de limiter les comportements de passager clandestin. Du point de vue du droit de la concurrence, les abus restaient limités:

- i) l'artiste ne peut abuser de sa position dominante face au public que localement : nul n'est obligé de venir l'écouter;
- ii) on peut éventuellement trouver des cas dans lesquels le propriétaire de plusieurs salles contraint l'artiste à un nombre de concerts et à des tarifs qui ne correspondent pas à ceux que l'artiste souhaite.

Dans ce modèle, l'auteur/interprète ne peut compter que sur les ressources procurées par la vente de tickets d'entrée, par la rémunération du mécène ou par la contribution volontaire des auditeurs (A vot' bon cœur!). S'il n'est pas interprète, l'auteur sans contact avec le consommateur final, ne peut compter que sur le bon vouloir de l'interprète⁵, sur un mécène ou, à l'époque moderne, sur les sociétés d'auteurs. Il ne faut pas oublier les produits dérivés qui, à l'époque classique, se limitaient souvent aux leçons de musique obtenues grâce à la réputation gagnée lors des concerts. Le modèle du concert, avec public élargi grâce à l'électronique, fait encore la fortune de certains musiciens, en particulier les Rolling Stones.

1.2 Disque, radio et télévision

Un nouveau modèle économique (ME₂) apparaît avec la possibilité de transporter le son, soit instantanément (radio et télévision) soit par stockage (cylindres, disques, bandes magnétiques). Tant que le son n'est pas numérisé, les copies sont de qualité dégradée. Il suffit donc de garder le contrôle du moyen de transport jusqu'au consommateur final pour assurer la remontée des revenus : les disquaires collectent les sommes payées par les ménages et en reversent une partie aux éditeurs qui rétribuent artistes et interprètes ; les gestionnaires de stations de radio et de télévision, les cafés, cinémas, magasins paient une redevance aux sociétés d'auteurs qui ventilent les sommes entre leurs adhérents. Ces sociétés sont chargées de contrôler l'usage des droits d'auteur ou de droits voisins, de collecter les sommes dues par les diffuseurs et les organisateurs de concert et de rémunérer les ayant droits. Compte tenu de la tâche à réaliser et des moyens disponibles, ces sociétés sont des monopoles naturels nationaux. Cela signifie qu'il est plus efficace pour la collectivité d'avoir une seule entreprise active sur le marché plutôt que de dupliquer les organisations pour réaliser un même volume d'activité. En effet, il s'agit d'organiser et de gérer un réseau et l'importance des coûts fixes justifie la plus grande efficacité d'un monopole. La structure du réseau à mettre en place est

⁵ Pour l'auteur non interprète, les interprètes en concert sont l'équivalent d'un moyen de transport, mais l'auditoire reste très limité.

isomorphe à celle d'un réseau postal (collecte, tri et distribution) et la solution adoptée est donc de même nature.

L'intervention « d'industriels » dans cette organisation et l'augmentation colossale des revenus par rapport à ME₁ créent de plus nombreux problèmes de concurrence : marges excessives, contrats d'exclusivité, ventes groupées, ententes, ... sont courants dans ce qui était jusqu'à récemment, le modèle dominant. Le partage des rentes entre artistes/interprètes (et les sociétés qui les représentent) d'une part et grandes sociétés d'édition d'autre part ne s'est pas toujours fait en bonne intelligence mais n'a jamais nuit au volume des gains extraits des poches des consommateurs. En dehors des consommateurs, ceux qui ont le plus à se plaindre de ce système sont les artistes et éditeurs indépendants qui ont du mal à accéder aux rayons des magasins et aux ondes, si ce n'est en versant des marges arrières aux distributeurs et des commissions aux responsables de la programmation des médias.⁶

Le tableau suivant est une illustration de la ventilation des coûts d'un disque en France; ce ne sont pas des coûts moyens extraits de statistiques mais les coûts exacts du disque d'un chanteur français de variétés (source: EPOK n° 19, FNAC):

studio (prise, mixage, ...)	75k€ (13,5%)
salaires (musiciens, chœur)	75k€ (13,5%)
achats publicitaires	150k€ (27%)
communication	150k€ (27%)
maison de production	100k€ (19%)
Total	550k€ (100%)

Le prix de vente de ce même disque au consommateur est 17,99€ qui se ventilent ainsi

rémunération des interprètes	1,70€ (9,5%)
frais de distribution	4,09€ (22,7%)
SACEM	1,22€ (6,7%)
coût de fabrication	0,81€ (4,5%)
marge du producteur	5,81€ (32,3%)
[sous-total	13,63€ (75,7%)]
marge FNAC et TVA	4,36€ (24,3%)
prix au client	17,99€ (100%)

⁶ Aux USA, le paiement d'une commission (payola) aux programmeurs de radio et de télévision est légal s'il est rendu public par les deux parties au préalable (Section 507 du Communications Act, amendée 47 U.S.C. § 508). Voir www.fcc.gov/eb/broadcast.

Dans cet exemple, on voit que pour couvrir les coûts de production, il faut vendre au moins $\frac{550\,000}{5,81} \approx 95\,000$ disques. Comme ce chiffre est rarement atteint, les maisons de production ont

besoin de sources de revenus annexes, ou d'un portefeuille diversifié contenant quelques vaches à lait pour réaliser des subventions croisées d'un artiste à l'autre. Par ailleurs, il est clair que la partie purement artistique des coûts et de leur répercussion sur le prix de vente est bien inférieure à la composante industrie/marketing, ce qui laisse entrevoir d'importantes marges d'adaptation dès lors que les circuits de production et de distribution peuvent être modifiés radicalement.

Ce modèle économique a donné naissance à de puissantes multinationales de producteurs. Celles qui dominent le marché aujourd'hui sont les "majors" qui contrôlent 80% du marché mondial: Universal Music (32%), Sony-BMG (25%), Warner Music (19%) et EMI (10%). Autour de cet oligopole foisonnent une multitude de producteurs indépendants de petite taille dont la survie n'est jamais assurée compte tenu de la versatilité du public.

1.3 Le réseau

Le troisième modèle économique (ME₃) est celui qui s'installe actuellement à vitesse accélérée et que les diverses digues techniques (Digital Rights Manager) et institutionnelles (illégalité du téléchargement) érigées à la hâte ont toutes les peines à contenir. Grâce à l'Internet, la distribution des fichiers musicaux peut se faire directement de disque dur à disque dur sans perte de qualité. On observe donc l'apparition de vendeurs en ligne (iTunes Music Store, Virgin Mega, Sonny Connect, Fnacmusic, etc.) mais aussi le développement de réseaux de partage de fichiers Peer-to-Peer (P2P) qui sont devenus un moyen essentiel de distribution des biens informationnels.

La numérisation a rendu les pièces musicales copiables à l'identique et on a pu penser dans un premier temps qu'il suffisait de taxer les CD vierges pour contrôler la reproduction. Mais le développement d'Internet et le stockage sur baladeur ou disque dur, voire téléphone portable, permettent de contourner le support physique mesurable et taxable à l'unité. Simultanément, on observe une chute des ventes de disques, à la fois en volume et en valeur comme le montre le tableau ci-après⁷, ce qui signifie nécessairement une baisse des revenus des artistes interprètes si la ventilation des recettes reste inchangée. Mais pourquoi devrait-elle rester inchangée?

⁷ Il est probable que cette chute des ventes est en grande partie due au téléchargement pirate, mais certains refusent de considérer qu'il y a une relation de causalité entre les deux phénomènes. Par exemple F. Oberholzer et K. Strumpf (2004) écrivent "Downloads have an effect on sales which is statistically indistinguishable from zero, despite rather precise estimates. Moreover, these estimates are of moderate economic significance and are inconsistent with claims

Pour les tenants du logiciel libre, la numérisation des fichiers et l'Internet sont l'occasion de revenir aux principes de ME₁: l'artiste doit être au cœur de l'activité musicale et les industriels et commerciaux doivent leur servir de support alors que dans ME₂, c'est plutôt l'inverse qui se produit. Dans ce cadre, seuls les auteurs et les petits labels indépendants capables de produire des œuvres de qualité et de se rémunérer par concerts et produits dérivés pourront survivre. Les consommateurs sont plutôt favorables à cette position.⁸

Ventes de disques en France (ventes HT, nettes de remises)- Source www.disqueenfrance.com

	2001	2002	2003	2004	2005
CA (m€)	1246	1302	1112	953,4	928,6
dont					
singles	128,7	133,6	100,8	69	61,3
albums	1058,7	1095,7	903,1	784,3	760,6
video	44,1	53,3	91	89,2	104,3
unités vendues (m)	166	171	151	136,1	131,2
dont					
singles	38	39,3	30	23,6	24,6
albums	122,8	125,7	111,2	102,5	92,3
video	3	3,8	7,3	8,5	14

Ce n'est évidemment pas le cas des industriels⁹ qui souhaitent maintenir les rentes que leur assure ME₂. La Directive européenne de 2001 avait pour principal objectif de poser les bases d'un nouveau modèle économique mais sa transposition en droit français par la loi DADVSI¹⁰ donne plutôt l'impression de chercher à maintenir ME₂ c'est-à-dire un système basé sur le principe selon lequel la musique enregistrée est un bien privé non reproductible légalement (à l'exception de la copie de

that file sharing is the primary reason for the recent decline in music sales." dans 'The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical Analysis', WP Harvard Business School, March. De même, M. Bourreau et B. Labarthe-Piol (2005), écrivent "(...) nous montrons qu'il existe bien une crise des ventes d'albums en France, mais que cette crise n'est pas imputable en totalité au piratage sur les réseaux P2P. Les autres facteurs qui pourraient expliquer la baisse des ventes sont : la baisse des revenus des consommateurs, l'affaiblissement du star-system et la fin de cycle du format CD." dans 'Crise des ventes de disques et téléchargements sur les réseaux peer-to-peer : le cas du marché français', WP ENST Septembre.

⁸ C'est du moins ce qu'on peut déduire du fait que 10m d'internautes téléchargent des films ou de la musique en France.

⁹ Les producteurs indépendants sont très partagés sur le sujet. Leurs sites Internet présentent des points de vue hétérogènes.

¹⁰ LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MCCX0300082L>). La loi DADVSI a connu plusieurs épisodes rocambolesques dont le dernier en date est la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 de déclarer

sauvegarde) et, corrélativement, sur l'idée que ceux qui ne paient pas au titulaire un droit d'utilisation sont des voleurs.¹¹

Un ME₃ avec « licence globale » a failli voir le jour, dans lequel un droit forfaitaire peu élevé aurait donné aux amateurs de musique le droit de télécharger des fichiers sans limite. Puisque une licence globale est un tarif binôme sans partie variable, ce système se rapproche du ticket de concert, donc de ME₁, à deux différences près: la salle de concert est de dimension mondiale et le répertoire est gigantesque. On ne sera donc pas étonné que l'amendement qui proposait la licence globale¹² ait été soutenu par les consommateurs, les promoteurs du logiciel libre et quelques sociétés de gestion des droits d'artistes - interprètes (Spedidam, Adami) alors que les industriels et la plupart des sociétés de gestion des droits (dont la SACEM) étaient contre.

La rigueur économique voudrait que les internautes mettant leurs fichiers musicaux à disposition de la communauté soient rémunérés (ils jouent le rôle de diffuseurs) et que les consommateurs paient au moins une partie des droits à l'unité téléchargée, comme sur les plateformes légales. La difficulté d'un tel système est qu'il nécessiterait l'installation de compteurs sur les appareils de téléchargement et la mise en place d'un système de mesure et de facturation, c'est à dire un ensemble de contraintes qui ne font pas bon ménage avec la liberté individuelle revendiquée par les internautes. Dans ces conditions, la licence globale avait au moins deux qualités: la simplicité et la facilité de mise en recouvrement.

2. Un droit de la concurrence qui doit s'adapter

Le développement des outils techniques et logiciels a totalement changé les conditions d'accès à la musique commerciale. En réaction, l'ensemble de l'industrie de la musique est en train de se reconfigurer.¹³ Il doit donc en être de même des règles de concurrence qui encadrent la dite

inconstitutionnelle la mesure consistant à faire échapper les actes de téléchargement illicite à la qualification de délit de contrefaçon.

¹¹ Dans la version initiale présentée par le gouvernement à l'Assemblée nationale, ces voleurs risquaient 300 000 € d'amende et 3 ans de prison. Dans la version finalement votée, l'amende est de 38 € par fichier téléchargé et 150 € par fichier mis à disposition. Mais, comme on l'a vu précédemment, cette disposition doit être modifiée après la décision du Conseil constitutionnel de juillet 2006.

¹² Présenté à l'Assemblée Nationale contre l'avis du gouvernement, l'amendement visant à introduire dans la loi DADVSI une licence globale de quelques euros a été voté, puis retiré, puis réintroduit avec consigne de voter contre et finalement rejeté (voir Le Monde, 26-27 Mars 2006 p.16).

¹³ On assiste en particulier à une série de projets de concentration qui affectent les majors. Sony et BMG ont obtenu le feu vert de la Commission européenne en 2004. De leur côté, EMI et Warner Music avaient entamé des pourparlers. Mais ils ont abandonné leur projet à la suite de l'annulation en juillet 2006 par le Tribunal de première instance de l'UE de l'approbation par la CE de la fusion Sony/BMG: "... la décision est entachée d'une insuffisance de motivation, et d'une erreur manifeste d'appréciation ..." (affaire T-464/04, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale)).

industrie. Nous allons ci-dessous donner deux exemples de difficultés d'adaptation des règles de concurrence avec d'abord le problème de l'interopérabilité des plateformes de téléchargement, puis la définition de la compétence territoriale des sociétés d'auteurs. Dans la troisième sous-section, nous envisagerons une hypothèse iconoclaste, celle qui consiste à voir les adeptes du P2P comme des participants à une entente illégale visant à faire chuter les prix de fichiers musicaux.

2.1 Interopérabilité des plateformes

Les principales plateformes de téléchargement légal (Virgin Mega, iTunes, Fnac, E-compil, OD2) vendent les fichiers musicaux à 0,99€ l'unité dans la zone euro.¹⁴ Ce prix unitaire de 0,99€ est celui qui a été fixé par iTunes en application de son modèle économique américain et que la concurrence est contrainte d'adopter compte tenu de la pression de la demande. Si toutes les entreprises du secteur (et donc Apple, maison mère de iPod et iTunes) ont la même marge que VirginMega, comment expliquer que Apple ait fixé un prix aussi bas. Deux explications viennent à l'esprit:

- soit Apple peut se permettre une marge aussi faible sur les morceaux de musique parce qu'il récupère des revenus importants sur la vente des baladeurs numériques iPod,
- soit sa marge réelle est plus élevée que le centime d'euro de VirginMega parce qu'il abandonne moins de rente aux producteurs.

C'est surtout la première éventualité qui pose problème au regard du droit de la concurrence car la technologie du baladeur à disque dur est en train de se développer et nous sommes actuellement dans la phase sensible au cours de laquelle va s'installer durablement soit un opérateur dominant soit un oligopole fortement concurrentiel. Rappelons tout d'abord que certaines industries, en particulier les industries de l'information et de la communication, bénéficient d'externalités de réseau: cela signifie que l'utilité retirée de la consommation d'un service augmente avec le nombre de consommateurs de ce service.¹⁵ Cette externalité peut être directe (téléphone,

¹⁴ Pour Virgin Mega, ce revenu se répartirait en 16c€ de TVA, 70c€ pour les producteurs, 7c€ à la SACEM, 5c€ de frais techniques, laissant ainsi 1c€ à la plate-forme (voir ZDNet France 18/03/05). Aux USA, le tarif uniforme de 99 cents imposé par Apple est contesté par les grands producteurs de disques qui voudraient que les nouveautés soient vendues à un prix plus élevé que les musiques en stock et augmenter leurs marges. Sony BMG, Warner Music et EMI ont transmis leur demande à Apple en termes suffisamment identiques pour que Apple y voie une entente et porte plainte auprès du Department of Justice qui a ouvert une enquête en mars 2006 (voir The Economist, March 11th 2006).

¹⁵ Dans cet article, nous insistons sur les externalités de réseau positives qui sont le moteur du développement des communautés P2P. Cependant, il y a aussi d'importantes externalités négatives imputables d'une part à l'encombrement des réseaux qui crée des congestions coûteuses pour l'ensemble des utilisateurs et d'autre part au foisonnement de sources qui provoque du "bruit" dans les informations qui circulent. La présence de ces externalités négatives suggère que chaque réseau P2P a une taille limite. Sur ce thème, voir A. Asvanund, K. Clay, R. Krishnan et M. D. Smith (2004), "An Empirical Analysis of Network Externalities in Peer-to-Peer Music-Sharing Networks", *Information Systems Research*, Vol. 15, No. 2, June 2004, pp. 155–174. En utilisant une base de données constituée à partir de six réseaux

fax, Napster, eBay, Skype, etc.) ou indirecte (infrastructure routière, équipement des stations de ski, norme VHS, plateforme Wintel, etc.).

C'est le second type d'externalité qui concerne les plateformes de téléchargement légal. Tout candidat à l'achat d'un baladeur numérique valorise l'achat sur la base du nombre de morceaux que le baladeur lui permettra de télécharger et du prix à payer pour accéder à ces morceaux. A prix de téléchargement identique, le consommateur préfère le site qui propose le plus grand nombre et la plus grande variété de pièces musicales. Et le fournisseur est en mesure d'en proposer d'autant plus qu'il a de clients à fournir. Donc, les consommateurs de musique en ligne voient leur utilité d'acquérir un iPod augmenter avec le nombre de clients de la plateforme Apple. Ils sont donc prêts à payer plus cher pour acquérir ce baladeur. Les producteurs vont chercher à tirer avantage de cette externalité mais elle est d'autant plus profitable pour un vendeur donné qu'elle n'est pas partagée avec les autres vendeurs. De fait, avoir beaucoup d'acheteurs signifie proposer un service dont la qualité (endogène) est élevée, ce qui permet de fixer un prix plus élevé que les concurrents sans perdre de clients; le mécanisme à l'œuvre est de même nature que celui qui a donné naissance au quasi-monopole de JVC sur les cassettes magnétiques au cours des années 1980.

Dans les secteurs où les externalités de réseau jouent un rôle central, on observe un phénomène d'hystérésis, une forme d'inertie temporelle de la demande: la demande qui s'adresse à une entreprise à un instant donné dépend moins des paramètres de cette même période (notamment les prix) que de la demande aux périodes antérieures. En effet, comme le détaille l'encadré 2, si l'utilité que procure la possession d'un produit dépend du nombre de possesseurs de ce même type d'appareil, un entrant ne peut espérer se faire une place sur le marché qu'en proposant un prix bien en dessous de celui des entreprises déjà installées pour compenser la faible utilité de son produit qui est encore très peu demandé. Le rabais à consentir peut être tellement élevé qu'il obligerait l'entrant à tarifier en dessous de son coût de production. Dans ce cas, l'effet de club constitue une véritable barrière à l'entrée.

Dans les industries à fortes externalités de réseau, on assiste donc en général à une concurrence en deux temps : d'abord une concurrence féroce avec prix très bas, cadeaux d'adhésion, campagnes médiatiques pour créer une base de clientèle large; dans un deuxième temps, les entreprises relèvent leur prix pour exploiter l'externalité positive que les clients produisent les uns sur les autres. Ce scénario n'a de sens que si les entreprises en concurrence offrent des produits incompatibles. Sinon, il est inutile « d'investir » en clientèle puisque il sera toujours possible d'exploiter la clientèle constituée par les concurrents.

P2P OpenNap entre décembre 2000 et avril 2001, ils montrent que les utilisateurs augmentent la valeur du réseau à taux décroissant et provoquent des augmentations de coût à taux croissant.

La possibilité de lire sur n'importe quel support une œuvre légalement acquise en contournant les mesures de protection voulues par les auteurs est appelée interopérabilité. Elle a été demandée par Virgin Mega à Apple qui a refusé. En refusant une licence à Virgin Mega pour intégrer le DRM¹⁶ FairPlay à sa plateforme, Apple veut exploiter sa clientèle captive formée des acquéreurs du baladeur numérique iPod en lui vendant exclusivement des fichiers venant de iTunes. Le Conseil de la Concurrence¹⁷ a considéré que ce refus n'était pas un abus de domination car i) FairPlay n'est pas une ressource essentielle (il existe des solutions de contournement par gravure sur CD et le DRM de Microsoft utilisé par Virgin Mega est utilisé par d'autres plateformes) et ii) la concurrence est suffisamment forte dans le secteur.

Encadré 2. Effet de club et hystérésis

Appelons u_a l'utilité retirée de l'achat d'un baladeur iPod et u_v celle retirée de l'achat d'un autre type de baladeur. Les prix unitaires respectifs sont p_a et p_v . A qualités technique et esthétique identiques, c'est le nombre de morceaux téléchargeables qui donne de la valeur au baladeur. Par ailleurs, plus une plateforme a de clients, plus ses recettes lui permettent d'augmenter la taille et la variété de son catalogue. Donc l'utilité que peut espérer retirer un nouvel acquéreur du baladeur Apple peut s'écrire $u_a = u(n_a)$, fonction croissante de n_a qui représente le nombre d'individus qui en possèdent déjà un. De même, on aura $u_v = u(n_v)$ pour l'utilité que le nouvel acquéreur espère retirer d'un baladeur concurrent. Le choix du candidat acquéreur se fait en comparant $u_a - p_a$ et $u_v - p_v$. Comme $n_a > n_v$, la différence $u_a - u_v$ est positive: elle représente l'avantage que procure l'externalité de club. La conséquence est que pour vendre un baladeur de type v, le vendeur doit proposer un prix p_v qui n'excède pas $p_a - (u_a - u_v)$. Il ne suffit donc pas que p_v soit inférieur à p_a . La décision d'achat à un instant donné, dépend moins de l'écart entre les prix des produits concurrents à ce même instant que du nombre de membres dans chaque club, donc de l'état de la demande à la période précédente: il y a effet d'hystérésis.

Le problème ne se pose pas en cas d'interopérabilité. En effet, on alors $u_a = u_v = u(n_a + n_v)$ puisque tout possesseur de baladeur a accès à l'ensemble des fichiers musicaux. Son utilité dépend donc du nombre total d'utilisateurs de fichiers. C'est donc la différence de prix entre les deux baladeurs qui est la principale variable de la décision d'achat du baladeur.

¹⁶ Le « Digital Rights Manager » est un dispositif technique de gestion des droits numériques.

¹⁷ Décision 04-D-54 du 9 novembre 2004.

Cette décision est surtout basée sur la volonté du Conseil de la Concurrence de ne pas remettre en cause les droits de propriété intellectuelle que représentent les DRM. Le risque est qu'elle ne prenne pas suffisamment en compte l'effet d'hystérésis. En effet, un scénario susceptible de se réaliser est qu'il deviendra impossible de pénétrer sur le marché de la musique numérisée sur baladeur tant sera grande la base de clientèle installée de Apple, protégé par ses droits. Il faudra s'attendre alors à une exploitation du marché par une entreprise dominante¹⁸, à moins que le P2P ne constitue un concurrent gratuit suffisamment menaçant pour empêcher Apple de fixer des prix trop élevés.

La crainte de l'instauration d'une position dominante a probablement été prise en compte par les députés et sénateurs puisque les articles 13 et 14 de la loi DADVSI prévoient que les DRM ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher l'interopérabilité effective. L'application de la loi obligerait les fournisseurs de DRM à fournir les informations essentielles à l'interopérabilité. Mais le Conseil constitutionnel a considéré le 27 juillet 2006 que la définition de l'interopérabilité donnée dans la loi DADVSI était trop imprécise.¹⁹ Le degré exact d'interopérabilité à exiger reste donc encore à définir. Les plateformes légales qui ont été les premières à investir dans la constitution d'une base de clients (en particulier Apple) voudraient en garder le contrôle exclusif. A l'opposé, les producteurs de musique voient dans le manque d'interopérabilité un obstacle à la diffusion de leurs produits.²⁰ Tous s'accordent sur le fait que les DRM devraient au moins servir à limiter, sinon à empêcher, le téléchargement illégal.

Compte tenu de la vitesse à laquelle la technologie évolue, il est probablement prématuré de vouloir fixer dès maintenant des standards qui ont toutes les chances de s'avérer obsolètes à brève échéance. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que l'Internet est un réseau mondial, ce qui signifie que légiférer au niveau national est le meilleur moyen de créer des règles inapplicables.

2.2 Exclusivité territoriale des sociétés de droits d'auteur

Les coûts de transaction sont la raison qui justifie l'existence des sociétés de droits d'auteur. En effet, les revenus qu'il est possible de collecter sur chaque utilisateur de morceaux musicaux protégés sont faibles mais les utilisateurs sont nombreux. D'autre part ces coûts ne varient pas en

¹⁸ La position dominante sur le marché des baladeurs à disque dur est un levier qui permet d'asseoir une position dominante sur le marché des fichiers musicaux téléchargés. Voir F. Lévêque (2005), "La musique en ligne verrouillée par un effet de levier?", Concurrences. RDL, n°1, p.1-5.

¹⁹ Considérants 59-61 de la Décision n° 2006-540 DC <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/2006540dc.htm>

²⁰ "From the vantage point of internet music distribution, the purchaser must be able to use his purchased music simply, quickly and as completely as possible. Increased sales of digital devices that do not harmonise with all music formats cause confusion and can impede market growth." Citation extraite de "Ifpi:06. Digital Report", International Federation of the Phonographic Industry, page 22 (www.ifpi.org).

proportion du nombre d'œuvres protégées et exécutées, ce qui autorise un partage des coûts entre auteurs s'ils se regroupent. Le système fonctionne par délégation. L'auteur confie la gestion de ses droits à une société (par exemple la SACEM) avec pour missions de :

- i) contrôler l'usage des œuvres figurant dans son catalogue,
- ii) poursuivre ceux qui enfreignent les droits attachés aux œuvres,
- iii) négocier les droits avec les usagers,
- iv) collecter et allouer les droits après prélèvement des frais.

Dans le cadre de ME₂, on rencontrait essentiellement deux types d'infraction au droit de la concurrence :

- des abus de pouvoir de marché vis-à-vis des usagers (tarifs excessifs, ventes groupées),
- des avantages indûment accordés à certains membres au détriment d'autres membres.²¹

Mais avec les plateformes de téléchargement apparaît un nouveau problème: celui de la pertinence du monopole naturel national. Le principal argument en faveur de la compétence territoriale des sociétés à l'intérieur de frontières nationales est le besoin d'une présence locale pour contrôler l'usage des œuvres confiées aux sociétés. Mais pour la musique téléchargée, une telle présence n'est pas nécessaire, et encore moins un monopole. Un logiciel spécialisé peut facilement contrôler le nombre d'œuvres acquises par tel ou tel internaute à partir d'un site donné. On pourrait donc réaliser maintenant une gestion mondiale des droits au moyen d'une organisation unique avec les avantages de très fortes économies et tous les inconvénients inhérents à un monopole international. On peut au contraire considérer que l'Internet est l'occasion de briser les monopoles nationaux et d'organiser une concurrence entre sociétés de droits d'auteur. Mais les sociétés ont compris qu'elles risquaient de perdre leurs rentes dans cette concurrence et elles ont préféré passer une entente pour accorder des licences croisées et garder ainsi leurs avantages acquis. La Commission européenne a ouvert en Mai 2004 une procédure pour évaluer le caractère anticoncurrentiel de ces licences croisées. Selon le communiqué de presse du 3 Mai 2004²² « l'absence de concurrence entre les sociétés nationales d'auteur en Europe entrave la réalisation d'un véritable marché unique dans le domaine des services de gestion des droits d'auteur et elle pourrait entraîner des pertes d'efficacité injustifiées dans le secteur de l'offre de services musicaux en ligne au détriment, en fin de compte, des consommateurs. La Commission estime que l'exclusivité territoriale accordée par l'accord de

²¹ Quelques cas sont présentés dans C. Crampes, D. Encaoua et A. Hollander (2005) « Competition and Intellectual Property Rights in the European Union », à paraître dans R. Clarke and E. Morgan « New Developments in UK and EU Competition Policy ».

²² Voir IP/04/586.

Santiago²³ à chacune des sociétés signataires n'est pas justifiée par des raisons techniques et qu'elle n'est pas conciliable avec la portée mondiale de l'Internet ».

Autrement dit, la perte de territorialité que provoque l'Internet est un choc exogène qui doit permettre l'exercice d'une concurrence plus active. Il est anticoncurrentiel de vouloir compenser ce progrès technique par une exemption de la Commission qui autoriserait des licences croisées pour éviter la concurrence. L'idée que chaque ayant droit puisse passer par une seule société pour se protéger dans l'ensemble des pays (principe du "guichet unique") est acceptée et encouragée par la Commission européenne puisque le guichet unique permet de réduire les coûts de transaction.²⁴ Mais de là à accepter que, par le jeu de licences croisées, il y ait une entente à l'échelle mondiale pour la fourniture du service, il y a un pas difficile à franchir. Les gains en terme de coûts de transaction ne suffiraient probablement pas à compenser les inconvénients de l'exercice d'une dominance collective.

De façon plus générale, la leçon à tirer de cet épisode est que le monopole naturel est une notion contingente à l'état de la technologie. Et cette leçon vaut pour tous les problèmes de concurrence et toutes les industries de réseau.

2.3 Collusion des consommateurs

Dans la relation entre producteur et consommateur, le premier cherche à maximiser son profit net, ce qui, sauf exception appelle un prix élevé tandis que le second cherche à maximiser son surplus net, ce qui suppose un prix très bas. Parce que fixer un prix très haut signifie exclure certains

²³ L'accord de Santiago (2000) signé par toutes les sociétés de droit d'auteur de l'Espace Economique Européen à l'exception de la société portugaise SPA, avait pour but de créer un « guichet unique » pour l'octroi de licences. D'après la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC), l'accord est "nul et non avenue" depuis le 31 décembre 2004 (<http://www.cisac.org>).

²⁴ La première décision de la Commission concernant la gestion collective et la cession sous licence de droits d'auteur d'œuvres musicales sur l'Internet a été dans l'affaire IFPI Simulcasting. Suite à une notification de la Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique (IFPI), la Commission a accepté le principe du guichet unique, exemptant ainsi les sociétés de défense des droits des producteurs de disques des règles de concurrence grâce à l'octroi de licences centralisées pour la diffusion en simultané par les opérateurs TV et radio par voies hertziennes, câble, satellite et Internet (COMP/C2/38.014 IFPI Simulcasting, décision du 8 octobre 2002). Le but explicite de l'exemption est de "permettre le jeu de la concurrence entre les sociétés (de gestion collective des droits agissant pour le compte des producteurs de disques) de l'Espace économique européen pour l'octroi de ces nouvelles licences multi-territoriales et de contribuer ainsi à la réalisation d'un marché unique européen" (communiqué de presse IP/02/1436). Enfin, dans la Recommandation de la Commission du 18 mai 2005 relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne ((2005/737/CE) on peut lire "Il est donc souhaitable de prévoir un système de licence multiterritoriale pour offrir une plus grande sécurité juridique aux utilisateurs commerciaux dans leur activité et pour encourager le développement de services en ligne licites, et accroître par là même le flux de revenus des titulaires de droits."

consommateurs (argument d'inefficience des économistes) et s'approprier une part disproportionnée du surplus (argument d'inéquité des juristes) la loi condamne les abus de position dominante et les ententes sur les prix.

Par exemple, selon l'article L420-1 du Code de Commerce,

« Sont prohibées... lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à

(...) 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse... ».

Prenons le cas du logiciel DRAPO (Détermination Aléatoire du Prix de l'Offre) destiné à fournir des données chiffrées à des sociétés afin qu'elles puissent présenter des offres de couverture dans les marchés publics²⁵. Le recours à ce logiciel est évoqué dans la décision du Conseil de la Concurrence du 22 Mars 2006 condamnant 34 entreprises de BTP pour entente généralisée sur les marchés publics d'Ile de France et les sanctionnant à hauteur de 48,5 m€. Il est vrai que DRAPO ne joue pas le rôle vedette dans la décision du Conseil de la Concurrence, contrairement à ce qu'avait révélé la procédure pénale ouverte sur la même affaire en 1994 et terminée par un non-lieu en novembre 2002 en raison de la prescription de l'action publique. Néanmoins, nous avons ici un cas dans lequel utiliser un logiciel pour parvenir collectivement à fixer un prix beaucoup plus élevé que en l'absence d'entente est une infraction au droit de la concurrence au titre de l'article L420-1.

Du point de vue de la rationalité économique, il est difficile de voir en quoi les logiciels permettant le téléchargement d'œuvres protégées²⁶ seraient différents de DRAPO. Eux aussi sont utilisés dans le cadre d'une coopération entre agents économiques²⁷ et ont pour effet de fausser le jeu de la concurrence en particulier parce qu'ils font obstacle à la fixation du prix par le libre jeu du marché. De fait, la mise à disposition de logiciels de téléchargement et la mise à disposition d'œuvres partagées permettent de ramener le prix des œuvres à 0, donc nécessairement en dessous de leur coût moyen. Enquêter sur une entente entre consommateurs en violation du L420-1 serait une initiative originale mais certainement impopulaire.

²⁵ Voir les détails dans l'Expansion, 13/11/1995.

²⁶ eMule, Kazaa, Bittorent, etc... Il est à noter que Kazaa a accepté en juillet 2006 de payer 100 millions de dollars pour stopper les poursuites judiciaires lancées à son encontre par la Fédération internationale du disque (IFPI) et le lobby américain du disque (la RIAA). Ce sont les majors (Universal Music, SonyBMG, EMI et Warner Music) qui recevront l'essentiel de la somme. Kazaa s'est aussi engagé à mettre en place un système de filtres qui empêchera le téléchargement de fichiers protégés par les droits d'auteurs. <http://www.01net.com/editorial/322584/peer-to-peer/kazaa-se-mue-en-plate-forme-de-telechargement-legal/>

²⁷ Pour une approche en termes de jeu dynamique, voir K. Lai, M. Feldman, I. Stoica et J. Chuang (2004), "Incentives for Cooperation in Peer-to-Peer Networks", WP School of Information Management and Systems, U.C. Berkeley.

On objectera non sans raison que le Code de Commerce est fait pour les commerçants et qu'il ne peut donc pas s'appliquer aux internautes. A la rigueur, pourraient être visés les commerçants qui éditent les logiciels permettant de pratiquer le P2P.²⁸ Il faut cependant rappeler que le problème posé ici est celui de la réaction à un choc technologique, ce qui suppose que l'on sorte des sentiers battus. Par exemple, on a pu observer en janvier 2006 la condamnation d'un internaute français coupable d'une utilisation trop systématique de eBay.²⁹ On peut donc faire du commerce sans avoir le statut officiel de commerçant. La suggestion avancée ici est seulement destinée à rappeler que l'inefficacité des mécanismes marchands pour promouvoir l'allocation socialement optimale de certains biens et services est la justification économique de toute intervention publique. De ce point de vue, s'il apparaît que le P2P met à mal la production optimale de ressources, intervenir par le biais d'une violation des droits de la Propriété Littéraire et Artistique ou intervenir par le biais d'une infraction au droit de la concurrence ne sont que deux outils de régulation aux yeux de l'économiste, avec leurs qualités et leurs défauts. Se priver systématiquement de l'un pour des raisons de définition formelle est nécessairement un gros handicap pour la recherche de la meilleure combinaison d'instruments destinés à la promotion de l'efficacité collective.

Conclusions

Lors du rachat de Time Warner par AOL en janvier 2001, beaucoup ont cru que se mettait en place l'entreprise modèle de la sphère Internet grâce à l'intégration des contenus dans une entreprise contrôlant l'accès au réseau de distribution mondial et engrangeant les recettes des droits payés par ses 35 millions d'abonnés. Cinq ans plus tard, AOL a vu son stock d'abonnés payants fondre à vitesse accélérée. L'entreprise a finalement décidé de faire comme les autres grandes entreprises du secteur, notamment Google, qui proposent un service gratuit financé par la publicité. Cet exemple montre à quel point les choses évoluent vite dans la nouvelle économie et rappelle que la volonté de les figer trop rapidement risque d'apporter plus de déconvenues que de bénéfices, tant privés que publics. Il montre aussi combien il est difficile de proposer un service grand public financé par des droits d'accès, quand existe une concurrence potentielle ou réelle capable de proposer un service équivalent gratuit. La numérisation des fichiers musicaux et le développement de l'Internet ont pour effet de rendre extrêmement difficile le contrôle privé de la distribution des fichiers par des moyens

²⁸ Cependant, l'article L. 420-1 du Code de commerce s'applique, non seulement aux ententes entre entreprises, mais également à des ententes entre des entités dont l'une au moins peut être considérée comme un opérateur économique (cf. arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 février 2000)

techniques. Le nouveau modèle économique qui se met en place dans l'industrie de la musique hésite entre le maintien du pouvoir des majors, relayé par les plateformes légales de téléchargement, et la libre circulation des fichiers sur le réseau. L'avantage de la deuxième solution est qu'elle économise une nouvelle réglementation *ad hoc* et qui risque d'être très vite dépassée. L'avantage de la première est qu'elle ne remet pas en question les positions acquises mais elle nécessite de nouvelles règles de concurrence qui soient plus prospectives, mieux liées au droit de la propriété intellectuelle, plus ciblées sur l'activité (commerce) que sur le statut (commerçant), et forcément mondiales. De fait, il est particulièrement difficile de légiférer contingentement à une technologie particulière. Ainsi, selon la loi DADVSI télécharger n'est pas un acte de contrefaçon et n'est passible que d'une contravention. Mais par ailleurs ceux qui copient par d'autres moyens, par exemple par un fichier attaché à un message électronique, commettent un délit de contrefaçon (passible de 300 000€ d'amende et de 3 ans de prison). Le Conseil constitutionnel a donc jugé en juillet 2006 que la loi DADVSI rompt le principe d'égalité devant la loi pénale. Sur cet exemple, on voit bien la difficulté de l'exercice: peut-on recenser toutes les façons de transmettre un fichier électronique et faut-il une réglementation *ad hoc* pour chaque modalité? Sûrement pas. La seule approche raisonnable est celle qui laisse ouverte la porte aux avancées technologiques et encourage leur promotion: le problème de la protection des droits des auteurs comme de ceux de inventeurs doit absolument être abordé sous l'angle dynamique et il faut chercher à tirer parti de la 'destruction créatrice' qui accompagne les innovations, dans tous les secteurs.³⁰

²⁹ <http://www.journaldunet.com/0601/060117vendeurebay.shtml>

³⁰ "In an environment that is imperfectly understood but learnable, economic efficiency must be properly gauged more by this capacity to test information and adapt accordingly; this contrasts with static welfare measures common in economic textbooks. With so important a role for competition among different technologies, and so much clearly left to learn in the digital content paradigm, government should be in the position of protecting property rights, including copyright. Government should act to protect property rights, including copyrights, but it should not pick winners or discourage any technology from competing in this new marketplace. In other words, P2P and DRM technologies should be left free to evolve together, to meet the also-evolving needs of the market for copyrighted works." Extrait de M. Einhorn and B. Rosenblatt (2005) "Peer-to-Peer Networking and Digital Rights Management: How Market Tools Can Solve Copyright Problems", Policy Analysis, n° 534 (<http://www.cato.org/pubs/pas/pa534.pdf>).