



EUROPEAN BROADCASTING UNION

Legal Department

UNION EUROPEENNE DE RADIO-TELEVISION

Département juridique

24.3.2006

DAJ/HR

Commentaires de l'UER

dans le cadre de la consultation publique sur le document de réflexion de la Commission européenne (DG Concurrence) concernant l'application de l'article 82 du Traité CE aux abus de position dominante

L'UER tient à souligner que les présents commentaires portent exclusivement sur le point 9.2.3 et qu'elle réserve sa décision de commenter éventuellement d'autres points traités dans le document de réflexion de la Commission.

NECESSITE DE L'INTEROPERABILITE POUR LA RADIODIFFUSION NUMERIQUE ET EVENTUELS ABUS DE SYSTEMES DRM.

Au point 9.2.3 "REFUSAL TO SUPPLY INFORMATION NEEDED FOR INTEROPERABILITY" (Refus de donner les informations nécessaires à l'interopérabilité) du document cité en référence (disponible uniquement en anglais), la Commission européenne reconnaît comme un cas particulier (de refus d'informer) le fait qu'une entreprise refuse de fournir des informations, de manière à pouvoir exporter sa position dominante d'un marché dans un autre. Il s'agit en l'occurrence des informations nécessaires à l'interopérabilité entre un marché et un autre. Bien qu'il n'existe pas d'obligation générale pour les sociétés, quand bien même auraient-elles une position dominante, de garantir l'interopérabilité, le fait qu'une entreprise étende son emprise sur un marché à un autre marché en refusant de donner les informations nécessaires à l'interopérabilité peut constituer un abus de position dominante.

Pour les raisons données ci-après, l'UER souscrit pleinement à ce principe général, parce que le refus de donner les informations nécessaires à l'interopérabilité est lourd de conséquences, du moins le sera-t-il dans un avenir proche, pour la radiodiffusion numérique et notamment les mécanismes de gestion numérique des droits (DRM).

1. Risques inhérents aux DRM en ce qui concerne l'interopérabilité

L'UER juge que l'interopérabilité entre les appareils grand public, grâce auxquels les consommateurs peuvent aujourd'hui - et pourront demain - profiter des services de radiodiffusion et autres médias similaires, a une importance capitale. Les appareils traditionnels pour la réception des services de radiodiffusion voient arriver depuis peu une pléthore de nouvelles plateformes (numériques) et d'appareils (décodeurs, PVR, téléphones mobiles et autres "centres médias" de poche), dont les caractéristiques sont autant d'atouts pour des utilisations optimales (écoute décalée dans le temps, nomadisme et interactivité) et la possibilité de réagir rapidement aux changements de comportement chez les consommateurs. Par conséquent, une interopérabilité illimitée entre toutes

ces plateformes et appareils est vitale, notamment dans la perspective de la prochaine migration de la radiodiffusion analogique vers le numérique.¹ Ce sont des préoccupations du même genre que l'on retrouve dans le secteur des communications et services électroniques.² Toutefois, le fait est que les acteurs clés du monde de la radiodiffusion numérique et des technologies de l'information ne s'empressent pas de coopérer vers cet objectif.

On peut supposer que les nouvelles formes de distribution par des plateformes numériques utiliseront de plus en plus les DRM, ce qui pourrait comprendre des mesures techniques de *protection contre les copies*. Ces mesures visent à imposer certaines limites à la copie numérique, notamment quant au nombre de copies autorisées, leur conservation ou redistribution; au besoin, ces mesures peuvent même consister à interdire la copie. Il faut savoir cependant que dans ce mot clef "DRM" entre également l'*administration électronique de droits contractuels*, et que certaines mesures techniques peuvent également veiller au respect des termes contractuels.

Ceci pose évidemment une question: comment, et dans quelle mesure est-il possible de garantir qu'avec des DRM intégrés dans les nouveaux modes de distribution, les appareils des consommateurs pourront continuer de fonctionner normalement si le contenu leur arrive via des plateformes numériques? Ce rôle particulier des DRM face à l'importance que revêt, pour le consommateur, l'interopérabilité entre divers appareils récepteurs, enregistreurs et lecteurs, trouve sa meilleure illustration dans le concept du "home networking" (mise en réseau domestique). Pour partager des données numériques sur le même réseau, il faut non seulement que le système DRM appliqué permette la compatibilité dans le transport, mais également qu'il y ait une compatibilité au niveau des formats de fichiers et des différents systèmes d'exploitation des nombreux appareils proposés sur le marché. La famille qui veut acheter une télévision haute définition est peut-être déjà raccordée au câble ou au satellite numérique, possède peut-être un ordinateur de bureau et un autre portable, un PVR portable, un PDA, un iPod ou un lecteur MP3 et plusieurs téléphones mobiles de 3ème génération. Cette même famille a peut-être accès au haut débit et éventuellement à l'Internet sans fil. Ne sera-t-elle pas déçue si elle ne peut regarder le film documentaire que lui propose un radiodiffuseur en haut débit, ni sur son téléviseur haute définition, ni sur son PVR portable? Par conséquent, si les DRM embarqués ne garantissent pas l'interopérabilité de ces plateformes et appareils, même les membres d'une même famille en seront réduits à n'utiliser leurs images, sons et autres données numériques que sur le même appareil, voire dans la même pièce.

Un autre exemple, qui a du reste déjà donné matière à plaintes, est celui du DRM Fairplay utilisé par Apple pour son service de téléchargement de musique en ligne iTunes; ce cas est souvent cité pour illustrer une utilisation des DRM aux fins de gagner une longueur d'avance sur les concurrents, dans des marchés liés. En 2004, VirginMega a demandé une licence à Apple, contre le paiement d'une redevance, afin de pouvoir intégrer le DRM FairPlay dans sa plateforme de téléchargement de musique. Cette démarche s'expliquait par l'incompatibilité du DRM Microsoft utilisé par la plateforme VirginMega, avec les *iPods* proposés par Apple, compatibles uniquement avec le DRM

¹ Pour les détails (et notamment ce qu'il faut entendre par "interopérabilité"), voir les Commentaires de l'UER de 2004 sur le document de travail des services de la Commission concernant l'interopérabilité des services de télévision numérique interactive: www.ebu.ch, sous "prises de position".

² Voir la récente contribution de l'UER à la révision du Paquet télécommunications: www.ebu.ch, sous "prises de position".

FairPlay d'Apple. Il semblerait qu'Apple ait profité du fait que son DRM FairPlay ne soit pas interopérable pour étendre son pouvoir de marché dans le domaine de la vente de musique en ligne, au marché des appareils portables à disque dur. Apple ayant refusé d'accorder la licence, VirginMedia a saisi le Conseil français de la concurrence qui, finalement, a débouté la requérante.³ Par conséquent, quels que soient les mérites de cette décision sur le plan juridique⁴, il est clair que l'issue de cette affaire ne va pas accélérer le développement de systèmes DRM interopérables pour les appareils audiovisuels grand public.

2 Usages abusifs des DRM par rapport à l'objet du droit d'auteur

Les DRM peuvent avoir un effet anticoncurrentiel similaire ou tout au moins comparable à une extension de position dominante d'un marché à un autre; c'est le cas lorsqu'un DRM "agrafe" une mesure technique anti-copie à un régime d'accès (conditionnel). Utiliser un DRM dans un but qui n'est pas simplement de protéger du contenu contre des risques avérés de piratage, mais d'avoir un contrôle absolu sur tout accès à ce contenu, y compris l'accès légitime en vue d'un usage spécifique (et licite), pourrait effectivement rompre le subtil équilibre d'intérêts auquel veille la législation sur le droit d'auteur (qui ne s'occupe pas de l'accès en tant que tel). Il s'agirait d'un comportement sortant du cadre de l'objet spécifique du droit d'auteur.

Ce serait en particulier le cas si ce DRM, concrètement, supprimait ou entravait d'une quelconque façon la possibilité d'user d'une exception ou limitation prévue par la loi sur le droit d'auteur pertinente (par exemple aux fins de citation, de critique, d'articles de fond ou autres types d'activités légitimes au regard de la loi sur le droit d'auteur). Par exemple, les radiodiffuseurs ont besoin de changer régulièrement le format de certains éléments sonores en prévision de la production, du montage et de la diffusion de leurs programmes dans le cadre de leurs services numériques. De ce fait, si le DRM contrôlait également l'accès à ces fichiers audio, les transferts de formats seraient techniquement irréalisables, ou l'interopérabilité avec les équipements de production ou de transmission habituellement utilisés en radiodiffusion serait autrement compromise. Non seulement l'exception au droit de reproduction aux fins de radiodiffusion en deviendrait obsolète, mais encore le radiodiffuseur verrait-il ses services numériques sérieusement compromis. Le droit de la concurrence doit être à même d'empêcher de tels abus afin d'éviter tout "contrôle d'accès" indésirable dû à la présence de DRM.

On peut également rappeler que le considérant 48 de la directive de 2001 sur le droit d'auteur précise que les mesures de protection techniques ne doivent pas empêcher le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique, et que ces mesures techniques ne doivent pas être exigées pour des produits ou services ne tombant pas, par ailleurs, sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 6 de la directive. Ceci reflète que le principe voulant que les DRM soient toujours adaptés et proportionnés au risque de piratage avéré. Ce ne serait pas

³ Le texte intégral de la décision du Conseil de la concurrence peut être consulté sur le site suivant:

<http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/04d54.pdf>.

⁴ Ainsi, contrairement à l'opinion qui prévalait au moment de la décision du Conseil français de la concurrence, le transfert de musique d'un support de téléchargement à un lecteur MP3 est aujourd'hui une pratique très répandue, et ce phénomène était tout à fait prévisible. De plus, iTunes se démarque à l'évidence comme le numéro un des ventes de musique en ligne en France; voir l'étude de la BSA, "DRM-Enabled Online Content Services in Europe and the USA", octobre 2005, page 16.

le cas s'ils étaient conçus dans l'intention (ou avaient pour résultat) d'imposer le *cryptage* d'un signal diffusé en clair ou de subordonner la réception de ces signaux à des *restrictions géographiques*. Il s'agirait alors d'un usage abusif de DRM puisque le but ne serait pas la protection contre des actes illicites au regard du droit d'auteur, et le préjudice serait particulièrement grave pour la concurrence si ces DRM étaient appliqués par des sociétés à position dominante.

3. Conclusions

Compte tenu de ce qui précède, l'UER partage entièrement l'avis exprimé dans le document de réflexion soumis à consultation par la Commission (page 68): même si les informations nécessaires à l'interopérabilité peuvent être considérées comme un secret commercial, il ne serait pas approprié d'appliquer en l'espèce, c'est-à-dire face à un refus de fournir les informations nécessaires à l'interopérabilité, les mêmes principes (stricts) d'intervention au nom du droit de la concurrence que ceux, par exemple, qui entrent en jeu lorsqu'il y a refus d'accorder une licence d'exploitation de droits de propriété intellectuelle. En particulier, dans une évaluation pour établir si un abus de position dominante est avéré, il faut donner plus de poids à l'effet préjudiciable que l'abus de DRM peut avoir sur la concurrence dans le marché en aval des appareils numériques grand public.

A cet égard, on pourrait se demander si la doctrine dite des "*facilités essentielles*" peut apporter une aide (supplémentaire) dans cette problématique de l'interopérabilité. Par exemple, dans sa décision de mars 2004 au sujet du système d'exploitation Windows de Microsoft, la Commission européenne fait obligation à Microsoft de divulguer les informations relatives à l'interopérabilité, jugeant cela indispensable vis-à-vis des entreprises concurrentes de Microsoft qui développent et distribuent des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail.⁵ Bien qu'il ne se soit pas agi, dans cette affaire, de l'interopérabilité des systèmes DRM, il semblerait judicieux de suivre peu ou prou le même raisonnement qui caractérise la décision citée, en ce qui concerne les DRM propriétaires qui ont des effets préjudiciables sur la concurrence dans des marchés interdépendants.

L'UER est évidemment consciente que la consultation ouverte par la Commission porte uniquement sur l'article 82 du Traité CE; les craintes qui sont les siennes en ce qui concerne (un refus de fournir les informations nécessaires à) l'interopérabilité ne sont certainement pas limitées au cas d'abus avérés de position dominante. En fait, la non interopérabilité pourrait bien être le critère déterminant expliquant qu'un acteur du marché ait pu se hisser à une position dominante sur le ou les marchés concernés. Il est donc important, dans une évaluation de la situation sous l'angle du droit de la concurrence, de toujours tenir compte des futurs développements. Sinon, les radiodiffuseurs pourraient être confrontés à des obstacles inadmissibles dans la mise à disposition de leurs services sur de nouveaux appareils, et la convergence numérique risquerait de demeurer une utopie. Sachant en particulier qu'il manque actuellement un cadre réglementaire pour garantir (et pas seulement encourager) la totale interopérabilité des services et plateformes de radiodiffusion numériques, il faudrait au moins s'assurer que cette interopérabilité ne puisse être (encore davantage) compromise par des acteurs occupant (ou susceptibles d'occuper) une position dominante et qui utiliseraient les DRM de manière abusive.

⁵ Le texte de la décision de la Commission européenne dans l'affaire *Microsoft* en 2004 peut être consulté sur le site <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/fr.pdf>