

Deezer ramené à cinq heures

Par Jean-Baptiste Varoqueaux – janvier 2013.

1. L'affaire Deezer contre Universal nous rappelle à quel point l'offre légale sur internet est indispensable, mais aussi qu'il s'agit d'un marché jeune sur lequel travaillent autant des partisans du libre, que des contrefacteurs ou que les acteurs économiques habituels. Le choix de la meilleure politique pour amener le public à acheter plutôt qu'à voler est donc sujet à débat (I). Mais l'originalité de cette ordonnance en référé du 5 septembre 2011¹ est surtout d'avoir légitimé une contrefaçon en se prévalant de la théorie des facilités essentielles (II), dans une affaire qui concernait des droits sur des œuvres musicales et non simplement des œuvres informationnelles, toujours dans l'intérêt des consommateurs (III).

I. Le bras de fer de Deezer et d'Universal pour la meilleure politique commerciale

2. L'offre légale sur internet est un sujet sensible, à défaut d'offre légale c'est la contrefaçon qui gagne². Pour autant, peut-on tout financer par la publicité? Rien n'est moins sûr, et la solution trouvée par Deezer aura été de

1 TGI Paris, ord. réf., 5 sept. 2011, SAS Universal music France c/ SAS Blogmusik.

2 Cf. notamment à ce sujet : Olivennes (D.), *Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux*, rapport au ministre de la culture et de la communication, novembre 2007.
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/doctype/rapport_telechargement/var/storage/rapports-publics/074000726/0000.pdf, consulté le 21 janvier 2013.

proposer un service gratuit, mais restreint et financé par la publicité à côté d'un service payant libéré de ces deux contraintes.

3. La grande différence avec d'autres services de *streaming* est sa licéité, car les ayants droit, et en l'espèce Universal Music, ont consenti à cette diffusion payante et gratuite. Depuis 2008 Universal music autorisait Blogmusik (Deezer) à diffuser ses contenus, contenus qui représentaient pas moins de 50 % des 100 meilleurs hits, le contrat qui unissait les deux sociétés était donc fondamental pour l'une comme pour l'autre. Pour l'ayant droit cela permettait d'obtenir des fruits de la consommation en ligne, qui ont malheureusement tendance à tomber dans les poches des receleurs de la contrefaçon, pour Deezer cela permet d'obtenir l'autorisation de diffuser les musiques d'Universal qui sont sa matière première.

4. Des concurrents de Blogmusik se sont manifestés sur la toile, certains proposant des œuvres libres de droit, tel que Jamendo ou easyzic, mais seuls ceux qui diffusent des œuvres protégées intéressent les producteurs. Ainsi Universal avait pu imposer à ses partenaires, petits concurrents de Deezer tel que Spotify, de limiter le nombre d'écoutes gratuites, d'obliger les internautes à s'enregistrer, et finalement de réduire l'offre gratuite.

5. À vrai dire les deux sociétés n'avaient pas le même avis sur la meilleure stratégie à adopter pour amener le public à s'orienter vers l'offre payante. Baisser l'offre gratuite de Deezer aurait largement ouvert la concurrence du marché du streaming détenu alors à 90 % par cette société, mais la maintenir nuisait aux ventes d'Universal dont les rémunérations baissaient à mesure que le nombre de *deezernautes* augmentait.

6. Universal autorisa Deezer à

poursuivre son exploitation le temps des négociations aux termes desquelles l'offre qu'elle fit à son partenaire fut rejetée. Les deux sociétés étant chacune en position dominante sur leur marché, le combat du géant Deezer contre le titan Universal était engagé, chacun arguant de l'abus de position dominante de l'autre.

II. Une contrefaçon légitimée par la théorie des facilités essentielles

7. Le titan Universal avait un argument fort à faire valoir en justice : Deezer a poursuivi son exploitation au delà de la rupture des négociations, il s'agissait alors d'une contrefaçon que l'ayant droit voulait empêcher en saisissant le juge des référés. Deezer objecta que sa situation était due à l'abus de position dominante d'Universal la rupture des relations contractuelles avait pour cause le refus du premier de se soumettre à des conditions abusivement imposée par le second.

8. Selon la Cour de justice de l'union européenne³ pour qu'un refus de licence soit abusif encore faut-il caractériser la position dominante d'Universal, relever le caractère indispensable des produits d'Universal vis-à-vis de l'offre du nouveau produit sur le marché dérivé, et enfin que le refus injustifié était de nature à éliminer toute concurrence sur le marché dérivé.

9. Universal détient les droits de propriété littéraire sur une grande partie des œuvres musicales les plus consommées, 50 % des 100 hits les plus vendus, et plus généralement 30 % des parts de marché, contre 19 % pour son premier concurrent. Or la position dominante peut être appréciées de manière relative. Les droits de diffusion

sur les œuvres musicales sont nécessaires pour permettre un service de *streaming* gratuit comme payant. Ces autorisations revêtent donc un caractère indispensable pour une société comme Blogmusik dont le service consiste à diffuser ces œuvres au public. Universal est donc en position dominante et refuse de maintenir la licence qu'elle accordait à Deezer qui opère sur un marché dérivé. La difficulté ici était qu'Universal entravait le marché de l'écoute gratuite, mais favorisait la concurrence sur le marché du *streaming* en réduisant l'intérêt de l'offre faite par Blogmusik, celui-ci détenait 90 % des parts de ce marché.

10. Les conditions posées par la Cour de justice ne semblent pas vraiment respectées, le juge y faisant à peine référence. Ce refus de renouveler la licence de Deezer semble, pour autant, pas moins abusif qu'un refus de licence initiale. Le juge des référés semble donc plus souple comparé à la Cour de justice et la Cour de cassation.

11. L'affaire NMPP de 2005⁴ avait démontré que cette théorie des facilités essentielles ne devait permettre d'attribuer que l'essentiel à l'acteur en situation de dépendance, et non pas obliger l'acteur dont il dépendait de lui offrir les conditions idéales d'exercice. Une autre solution⁵ a été plus tempérée en caractérisant l'abus du droit du propriétaire d'un terrain dès lors que les seules autres solutions offertes au tiers étaient disproportionnées. Un fil commun semble conduire les solutions de l'affaire Deezer, de l'affaire NMPP et celle de 2012 : le droit de propriété peut être tempéré dès lors que le refus d'autoriser un tiers à empiéter sur ce droit est une entrave importante aux projets de ce tiers, alors que le préjudice subis par le propriétaire est faible. L'exception ne jouerait pas si d'autres solutions, même moins avantageuses, pourraient être

3 CJCE 29 avril 2004, IMS Health ; TPIUE 17 septembre 2007, Microsoft contre SUN.

4 Cass. Com. 12 juillet 2005.

5 Cass. Civ 3^e 15 février 2012.

envisagées, sous réserve que désavantage ne soit pas disproportionné. Ainsi dans l'affaire Deezer trois solutions s'offraient au prestataire de service : contrefaire, cesser d'exploiter ou accepter les conditions d'Universal. La première est la mise en œuvre de l'exception au droit de propriété, la deuxième aurait probablement condamné la Deezer et était donc disproportionnée, la troisième caractérisait l'abus d'Universal, mais ces conditions étaient-elles vraiment disproportionnées ?

12. Par ailleurs l'abus de position dominante est érigé en exception à l'action en contrefaçon engagée par le titulaire des droits, alors qu'habituellement il s'agit de forcer le contrat⁶. Cependant nous noterons l'originalité de l'affaire, les belligérants étaient antérieurement en relations contractuelles et ce n'est que peu après leur rupture qu'Universal a agi en contrefaçon, ne permettant plus que l'action par voie d'exception.

III. La progression de la théorie vers le domaine de l'art dans l'intérêt des consommateurs

13. Deux points sont encore notables, non seulement la théorie des facilités essentielles est étendue aux domaines artistiques, mais cela est légitimé par l'intérêt des consommateurs.

14. Cette ordonnance étend à des droits sur des œuvres de l'esprit artistiques la théorie des facilités essentielles originairement appliquée dans des secteurs industriels, puis à des licences sur des œuvres informationnelles tel que les bases de données et les logiciels⁷. C'est sur ce point que cette

jurisprudence est le plus critiquable, car l'ordonnance assimile des droits de propriété intellectuelle sur des œuvres artistiques, et non plus de simples œuvres informationnelles⁸, à des produits⁹.

15. Nous tempéreront l'extension en remarquant qu'il ne s'agissait que d'une ordonnance en référé et que les parties ont amiablement conclu le contentieux. C'est finalement le juge de l'évidence qui va caractériser l'abus de position dominante d'Universal, alors qu'habituellement cela requière une analyse approfondie¹⁰. Il n'est pas sûr qu'un même raisonnement puisse convaincre de plus hautes juridictions. Ainsi Deezer s'est contenté de limiter l'offre légale gratuite à 5 heures par mois, remportant ainsi le bras de fer.

16. Le juge va légitimer l'atteinte par l'intérêt du public. Comme le remarque le Professeur Caron, dès l'arrêt Magill¹¹, qui fut le premier à tempérer un droit de propriété intellectuelle par le biais de la théorie des facilités essentielles, le juge faisait référence à l'intérêt du public. L'atteinte au droit d'auteur dans l'intérêt des consommateurs est une tendance que l'on retrouve notamment dans le droit du public à l'information.

⁶ Idem.

⁷ Cass. Com. 12 juillet 2005, NMPP.

⁸ Lesbois (A.), « Refus de licence d'un catalogue de musique constitutif d'un abus de position dominante », *L'essentiel Droit de la propriété intellectuelle*, 15 novembre 2011, n° 10, p. 7.

⁹ Caron C., *Loc. Cit.*

¹⁰ Cf. Caron (C.) Note sous TGI Paris, ord. réf., 5 sept. 2011, SAS Universal music France c/ SAS Blogmusik .

¹¹ CJUE 6 avril 1995, Magill.