

**Avis n° 09-A-56 du 18 décembre 2009
relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la
communication portant sur le livre numérique**

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 19 mai 2009, sous le numéro 09/0071 A, par laquelle le ministre de la culture et de la communication a saisi l'Autorité de la concurrence pour avis au sujet des différents dispositifs permettant une éventuelle mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique ;

Vu l'article 81 instituant la Communauté européenne, devenu l'article 101 du TFUE à compter du 1^{er} décembre 2009 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment son article L. 462-1 ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants du ministère de la culture et de la communication entendus au cours de la séance du 20 octobre 2009 ;

Les représentants du ministère de la culture et de la communication, du syndicat national de l'édition, du syndicat de la librairie française, et de la société Amazon (France), entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte l'avis suivant :

1. Par lettre enregistrée le 19 mai 2009, le ministre de la culture et de la communication a saisi, pour avis, l’Autorité de la concurrence au sujet des différents dispositifs susceptibles de permettre la mise en place d’un système de prix unique pour le livre numérique, à l’instar du système existant actuellement pour le livre papier. Le ministre souhaiterait connaître les conditions dans lesquelles les éditeurs pourraient imposer aux détaillants les prix de vente des livres numériques, que ce soit par voie contractuelle, en permettant le recours des acteurs à des contrats de mandat, ou par voie réglementaire, en adoptant un décret d’exemption sur le fondement de l’article L. 420-4 du code de commerce. Le ministre demande également à l’Autorité de la concurrence de se prononcer sur une éventuelle recevabilité d’une telle demande d’exemption.
2. Compte tenu de la saisine du ministre de la culture et de la communication, centrée sur les relations entre éditeurs et détaillants, notamment sur la question de la fixation du prix du livre numérique, le présent avis ne traite pas des questions de numérisation des livres, de droits d’auteur, ni de référencement par les moteurs de recherche, qui ne paraissent pouvoir influencer qu’indirectement sur ces relations.
3. Le présent avis s’attachera à présenter, dans un premier temps, le contexte de la saisine de l’Autorité en présentant le marché émergent du livre numérique et les enjeux identifiés par les acteurs en ce qui concerne l’éventuelle adoption d’un régime de prix unique (I). L’Autorité s’interrogera ensuite sur l’opportunité d’une telle adoption à ce stade de développement du marché (II), puis sur sa faisabilité d’un point de vue pratique et juridique (III), avant d’émettre des recommandations (IV).

I. L’avènement du livre numérique

4. Après avoir présenté le marché, encore largement émergent, du livre numérique (A), seront examinés les enjeux identifiés par les acteurs autour du régime de fixation du prix (B).

A. LE LIVRE NUMERIQUE : UN MARCHE EMERGENT

5. Le marché du livre papier est un marché mature, bénéficiant d’un cadre juridique propre. Le marché du livre numérique n’est, pour l’instant, qu’à un stade embryonnaire de son développement.

1. CADRE JURIDIQUE

Textes applicables au livre « papier »

La situation avant 1981

6. Jusqu’en 1979, le système en vigueur en France consistait en une pratique de prix conseillés par les éditeurs. Les libraires appliquaient en général ces prix conseillés mais étaient libres de vendre les livres à un prix inférieur ou supérieur à ce niveau. L’arrêté du 23 février 1979 (dit « arrêté Monory ») a mis fin au système des prix conseillés et instauré un régime de liberté des prix du livre avec un système de « prix net », le détaillant pouvant alors fixer librement le prix de vente de ses livres.

La loi du 10 août 1981 dite « loi Lang »

7. La loi Lang n° 81-766 du 10 août 1981, entrée en application le 1er janvier 1982, a instauré le système du prix unique du livre « papier » qui consiste dans le fait que chaque livre a un prix fixé par l'éditeur ou par l'importateur et que ce prix s'impose à tous les détaillants.
8. Cette loi a fait l'objet de plusieurs contestations juridiques lors de son entrée en vigueur, notamment de la part des grands distributeurs qui refusaient de l'appliquer. C'est pourquoi le gouvernement a pris, le 29 décembre 1982, un décret instaurant des sanctions pénales en cas d'infraction à la loi. La validité de ce décret a été confirmée par le Conseil d'Etat le 8 février 1985. La Cour de justice des communautés européennes a également reconnu¹ à plusieurs reprises la conformité de la loi de 1981 avec le traité de Rome. La compatibilité de la loi du 10 août 1981 avec la réglementation européenne a été par ailleurs évoquée favorablement au début des années 2000 par le Conseil de l'Union Européenne (résolution du 12 février 2001 concernant l'application des systèmes nationaux de fixation du prix du livre) et le Parlement européen (résolution du 16 mai 2002 contenant des recommandations à la Commission en vue de l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne relative à un système de prix imposés pour les livres).
9. Il est important de rappeler que la loi Lang ne fixe pas à proprement parler le niveau de prix des livres. En effet, il revient à l'éditeur, ou à l'importateur, en vertu de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi, de déterminer librement le prix de vente au public de chaque titre qu'il édite ou importe. Il fixe également les éventuels changements de tarif et est tenu d'en informer les détaillants et le public.

Fonctionnement du dispositif

10. La loi Lang était assortie de deux décrets d'application du 3 décembre 1981² et du 8 août 1985³, ainsi que d'un décret du 29 mai 1985 prévoyant des sanctions pénales, et d'arrêtés⁴ venant préciser certains points. L'article 278 bis 6° du code général des impôts prévoit le taux de TVA applicable au livre. Une circulaire⁵ est venue préciser le prix des livres édités hors de France et proposés à la vente en France et une autre circulaire du 30 décembre 1981 relative au prix du livre a indiqué que le champ d'application de la loi Lang était identique à celui déterminé par la définition du livre contenue, à l'origine, dans l'instruction en date du 30 décembre 1971 de la direction générale des impôts pour l'application du taux réduit de la TVA, remplacée depuis par l'instruction fiscale du 12 mai 2005⁶. Un protocole d'accord sur les usages commerciaux de l'édition avec la librairie a été signé par le Syndicat de la Librairie Française, le Syndicat National de l'Édition et le Syndicat des distributeurs de Loisirs concernant les remises dues aux libraires en rémunération de la qualité de leurs services.

¹ Arrêt du 10 janvier 1985, Association des Centres distributeurs E. Leclerc et autres contre SARL « Au blé vert » et autres ; affaire 229/83. Arrêt du 23 octobre 1986, affaire 355/85. Arrêt du 9 avril 1987, affaire 160/86. Arrêt 14 juillet 1988, affaire 254/87. Arrêt du 3 octobre 2000, Echirolles Distribution SA contre Association du Dauphiné, affaire C-9/99.

² Portant modification du régime de dépôt légal.

³ Pris pour l'application de la loi n° 81-766 en ce qui concerne les livres scolaires.

⁴ Arrêté du 12 janvier 1995 fixant les mentions obligatoires figurant sur les déclarations accompagnant le dépôt légal des documents imprimés, graphiques et photographiques ; arrêté du 12 janvier 1995 fixant les mentions obligatoires devant figurer sur les documents imprimés, graphiques et photographiques soumis au dépôt légal.

⁵ Circulaire du 10 janvier 1990.

⁶ BOI 3 C-4-05 n° 82 du 12 mai 2005.

Régime du prix des livres dans d'autres pays

11. Les régimes de prix des livres « papier » dans les autres pays peuvent se regrouper en deux catégories : d'une part, les systèmes de prix libres et, d'autre part, les systèmes dans lesquels les éditeurs fixent les prix, qui peuvent être encadrés soit par une disposition législative, souvent inspirée de la loi Lang, soit par des accords interprofessionnels, même si cette dernière voie tend depuis plusieurs années à être abandonnée.
12. De manière synthétique, on peut regrouper les différents régimes de prix de la manière suivante :

	REGIME DE PRIX LIBRES		REGIMES DE PRIX FIXES	
Europe	Belgique, Danemark, Irlande, Royaume Uni, Suisse	<i>Régime de prix libre ayant succédé à des accords interprofessionnels imposant ou autorisant la fixation d'un prix unique</i>	Allemagne*, Autriche*, Grèce*, Pays-Bas*, Espagne, Italie, Portugal	<i>Disposition Législative</i>
	Pologne, Suède		Hongrie, Norvège	<i>Accords interprofessionnels</i>
Hors Europe	Afrique du Sud, Canada, Etats-Unis, Israël		Argentine, Corée du Sud, Japon, Mexique	<i>Disposition législative</i>

** Pays pour lesquels des accords interprofessionnels ont été remplacés par une disposition législative*

13. Les dispositions prévues par les pays ayant un régime de prix fixes présentent différentes variantes, portant notamment sur le fait que le prix fixe est une obligation ou une possibilité pour les éditeurs, sur la durée du prix fixe, le montant du rabais autorisé, le délai de parution en club, le nombre de dérogations, l'application aux ventes réalisées par Internet.

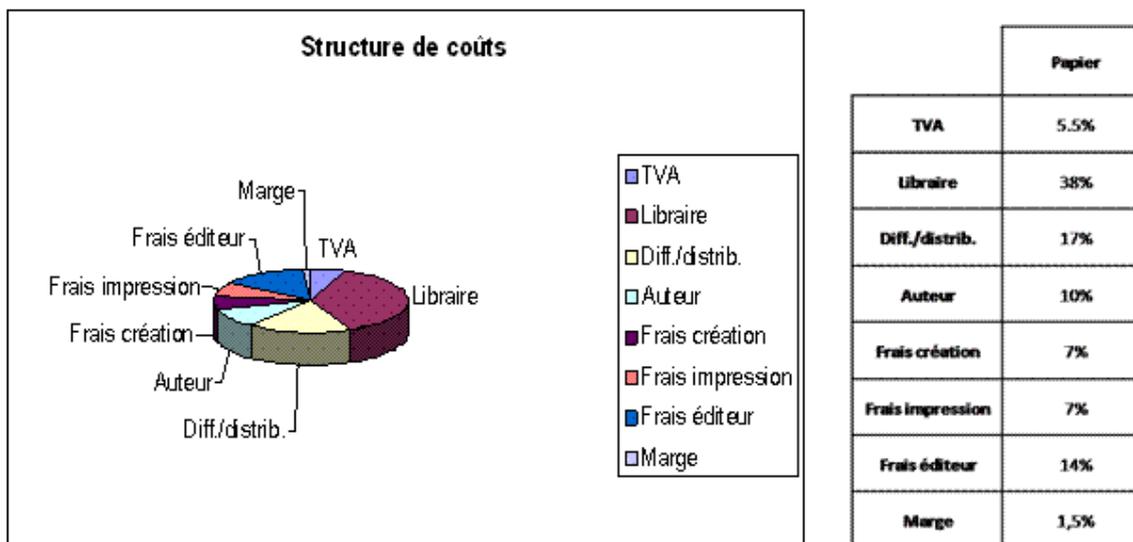
Régime actuel du prix du livre numérique

14. Actuellement, le livre numérique ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique en France. Dans les faits, pour les quelques acteurs intervenant déjà sur ce marché, le prix du livre numérique est fixé généralement par l'éditeur dans le cadre d'un contrat de mandat. Il existe aussi parfois quelques contrats qui laissent au diffuseur la liberté de pratiquer le prix qu'il souhaite, l'éditeur se limitant à des prix conseillés. En l'état actuel, il ne semble pas exister de système de prix unique du livre numérique dans d'autres pays.
15. Les contrats d'édition en vigueur peuvent traiter sous différents aspects du numérique. Certains prévoient expressément la cession de droits pour le numérique depuis environ 10 à 15 ans. Pour les contrats plus anciens, une clause d'avenir pouvait prévoir la cession des droits sur tout support futur, ce qui nécessite généralement la rédaction d'un avenant pour déterminer la rémunération d'une exploitation numérique. Certains contrats n'avaient pas du tout de clause d'avenir et un avenant contractuel doit, dans ce cas, organiser la cession des droits numériques.

2. PRESENTATION DU MARCHE

Quelques éléments de référence sur le livre « papier »

16. 60 000 livres environ sont publiés en France chaque année, faisant vivre un nombre de 2 000 auteurs de profession. La chaîne du livre fait intervenir plusieurs acteurs :
- l'auteur, qui conçoit l'œuvre ;
 - l'éditeur, qui a plusieurs rôles : sélectionner parmi les manuscrits reçus ceux qui vont être publiés, mettre en forme le manuscrit afin qu'il devienne un livre, diffuser l'œuvre auprès du grand public, via des diffuseurs et distributeurs ;
 - l'imprimeur ;
 - le diffuseur, qui se charge de la politique commerciale nécessaire à la commercialisation du livre ;
 - le distributeur, chargé de la distribution logistique du livre ;
 - et en bout de chaîne, avant le lecteur, le détaillant ou la bibliothèque. Le libraire a plusieurs fonctions : faire découvrir des œuvres nouvelles, maintenir un fonds varié et conseiller les lecteurs.
17. La filière du livre est la filière la plus riche en termes de références (près de 600 000 dans le domaine de la distribution en général. En moyenne, la librairie représente près de 24,4 % de la vente au détail de livres en France, puis viennent les grandes surfaces spécialisées (21,2 %), les grandes surfaces non spécialisées 21,4 %, la vente par internet (7,9 %), les VPC et clubs (16,3 %) ⁷, etc. Dans certains domaines, comme la poésie, le réseau de libraires constitue le principal canal de distribution.
18. En moyenne, les coûts d'un livre papier se répartissent de la manière suivante ⁸ :



⁷ Source : TNS-Sofres pour CNL/OEL, achats de livres d'un panel de 10 000 personnes de 15 ans et + (hors livres scolaires et encyclopédies en fascicules), répartition des ventes de livres par lieu d'achat en valeur (2007).

⁸ Source SNE.

Le livre numérique : un marché embryonnaire

19. En France, le livre numérique existe depuis plus de 10 ans, mais le marché ne commence à se développer que depuis 3 ans. Certains secteurs de l'édition passent plus aisément au numérique. Il en est ainsi pour les encyclopédies, les livres scientifiques, techniques ou juridiques, les guides, et les livres de recettes de cuisine. A ce jour, les ventes de livres numériques représentent un volume et un chiffre d'affaires très faibles : le téléchargement de livres en ligne ne pèse pas plus de 0,1 % dans le chiffre d'affaires total des ventes de livres en France (qui est d'environ 5 milliards d'euros en 2008).

Le livre numérique aujourd'hui

20. Le livre numérique vendu actuellement se présente généralement sous la forme d'un fichier, avec différents formats possibles (XML/e-pub, lit, pdf, prc, etc.), contenant une œuvre sous droit ou libre de droit et téléchargeable. Pour les œuvres sous droit, le fichier peut être protégé par un DRM (digital right management, dispositif contre le piratage). A ce stade, le contenu se limite le plus souvent au livre papier numérisé. Il peut être assorti de fonctions liées au format numérique : recherche dans le texte, liens hypertexte renvoyant à des définitions, etc.
21. Le prix d'un livre numérique varie en moyenne entre le prix du livre « papier » et un prix environ deux fois moindre. Selon les acteurs interrogés, la réduction serait en moyenne de l'ordre de - 20 % par rapport à un livre « papier » et les attentes des consommateurs se situeraient entre - 20 % et - 40 %.
22. Si les fichiers avaient initialement vocation à être lus sur écran d'ordinateur, des dispositifs de lecture adaptés sont apparus au cours des derniers mois. Ces « tablettes de lecture » adoptent pour la plupart un système d'affichage non rétro-éclairé, adapté à la lecture sur une longue durée. Ils sont portatifs, avec des durées d'autonomie plus ou moins importantes (jusqu'à plusieurs jours de lecture) et peuvent être assortis de fonctions telle que la connectivité à Internet. Le prix d'un lecteur est de plusieurs centaines d'euros.

Les acteurs

23. Actuellement, le marché est organisé de la façon suivante : les éditeurs ont leurs fichiers « natifs », qu'ils confient ainsi que les éléments de PLV (publicité sur lieux de vente) aux distributeurs (ces derniers font souvent partie du même groupe). Les distributeurs peuvent changer le format du fichier et le cas échéant leur adjoindre des DRM. Sur le site Internet du libraire apparaissent les informations générales liées au livre, ainsi que les informations qui lui proviennent du distributeur numérique. Lorsque le client passe une commande, une information cryptée part chez le distributeur (l'identité du distributeur étant en principe inconnue du lecteur), qui envoie le fichier au client.
24. La chaîne du livre numérique est calquée, en l'état actuel des choses, sur celle du livre « papier ». Elle se compose de la façon suivante :
- les éditeurs traditionnels qui souhaitent proposer une offre numérique et qui transfèrent leur catalogue en format numérique ;
 - les distributeurs chargés de la distribution des fichiers aux clients ; ils les conservent et gèrent les accès ;
 - les diffuseurs, qui ont le même rôle que pour le livre physique ;
 - les agrégateurs, qui rassemblent des livres de différentes sources, de différents éditeurs ; l'agrégateur peut intervenir à un autre stade de la chaîne ;

- les libraires, qui mettent à disposition les livres numériques sur un site Internet, et parfois dans des points d'accès physique dans des librairies ;
- les bibliothèques achètent déjà des livres numériques. Une bibliothèque peut passer plusieurs contrats auprès de différents agrégateurs qui proposent en général une offre spécifique sous forme de bouquet. Quelques acteurs proposent une offre de bibliothèques numériques.

25. Actuellement, les principaux acteurs du marché du livre numérique sont les suivants :

- les éditeurs : ce sont les mêmes que pour les livres physiques. Un éditeur peut parfois céder ses droits à un éditeur spécialisé en numérique, mais il s'agit d'un phénomène marginal ;
- les distributeurs : jusqu'à présent, ils étaient différents des distributeurs de livres papier, mais cette différence tend à s'estomper. Les principaux sont :
 - Numilog (du groupe Hachette), 40 000 titres disponibles ;
 - Cyberlibris : environ 12 000 titres disponibles ;
 - I-Kiosque : nouvel acteur, éditeur à compte d'auteur principalement ;
 - E-pagine : appartient à Tite Live qui détient 50 % des logiciels de gestion de librairies ;
 - E-Plateforme : distributeur d'Editis, numéro deux de l'édition française, qui s'est associé avec une centaine de maisons d'édition dont Média Participation, Michelin, Michel Lafon et Quebecor ;
 - Eden-Livres, qui regroupe les maisons d'édition Gallimard, Flammarion et La Martinière ;
 - Caim : portail à l'origine de revues en sciences humaines et sociales qui développe désormais une offre de livres numériques.
- les détaillants : la librairie traditionnelle est peu présente, excepté environ une vingtaine de librairies, la FNAC, et Chapitre.com qui proposent la vente de livres numériques. Amazon et Google ont par ailleurs annoncé leur entrée prochaine sur le marché (cf. § 37). Certains acteurs ne proposent à ce jour qu'une offre gratuite de livres numériques en permettant le téléchargement de livres relevant du domaine public (par exemple, Feedbooks). Les fournisseurs d'accès à Internet commencent à développer également des offres pour leurs clients.

26. Des intervenants spécifiques au numérique interviennent, par exemple, au stade de la production de fichiers (par exemple Feedbooks), des prestataires de service agrégeant les contenus, des fabricants de tablettes de lecture (par exemple, Sony avec son produit « Reader », Bookeen avec son « Cybook » ou encore Amazon avec son « Kindle ») ou de nouveaux intermédiaires tels que Google proposant un référencement des œuvres numériques.

Coûts afférents au livre numérique

27. A ce jour, le marché n'étant pas suffisamment développé, il n'est pas possible d'établir avec précision les coûts du livre numérique. Certains acteurs estiment que, contrairement à une idée reçue, le numérique n'allège pas fortement les coûts. Les conclusions du rapport de M. Bruno Patino remis le 30 juin 2008 sur le livre numérique partagent cette opinion⁹.

⁹ P. 47 du rapport Patino.

Certains considèrent même que les coûts liés au livre numérique seraient actuellement plus élevés que pour le livre « papier », l'état embryonnaire du marché ne permettant pas encore d'amortir les coûts fixes sur des volumes importants de ventes, même si le coût marginal d'un livre numérique a vocation à devenir extrêmement faible.

28. Sans être exhaustif, les principaux postes de coûts d'un livre numérique sont pour certains supportés par les éditeurs, pour d'autres par les intermédiaires. D'autres enfin sont à la charge des libraires :
- les éditeurs supportent des coûts d'adaptation au format numérique : éventuelle numérisation de l'ouvrage, création d'un index interactif, insertion de liens hypertexte, coûts d'adaptation des contrats avec les auteurs, gestion des droits spécifiques aux livres numériques, coûts de gestion avec les distributeurs et diffuseurs, etc. ;
 - les intermédiaires supportent des coûts de diffusion commerciale, d'hébergement, de gestion et d'échange des données, de DRM, de développement d'applications et de logiciels permettant de faire fonctionner la distribution de livres numériques selon des formats, des canaux et des modèles commerciaux variés ;
 - les coûts supportés par les libraires pour le numérique concernent la vente en ligne : développement et maintenance d'un site Internet, développement des moyens de paiement ;
 - il existe enfin des coûts de service après vente (SAV), supportés à la fois par le libraire (problème de commande ou d'utilisation des livres, informations générales) et par le distributeur (problème dans un fichier par exemple).
29. A terme, le livre numérique a vocation à dégager des économies d'échelle supérieures au livre « papier ». Des économies substantielles paraissent notamment pouvoir être obtenues sur les postes tels que l'impression, la diffusion / distribution, et vraisemblablement la mise à disposition par les détaillants. Les précédents de la musique en ligne et de la vidéo à la demande (VOD) laissent présager une telle évolution.

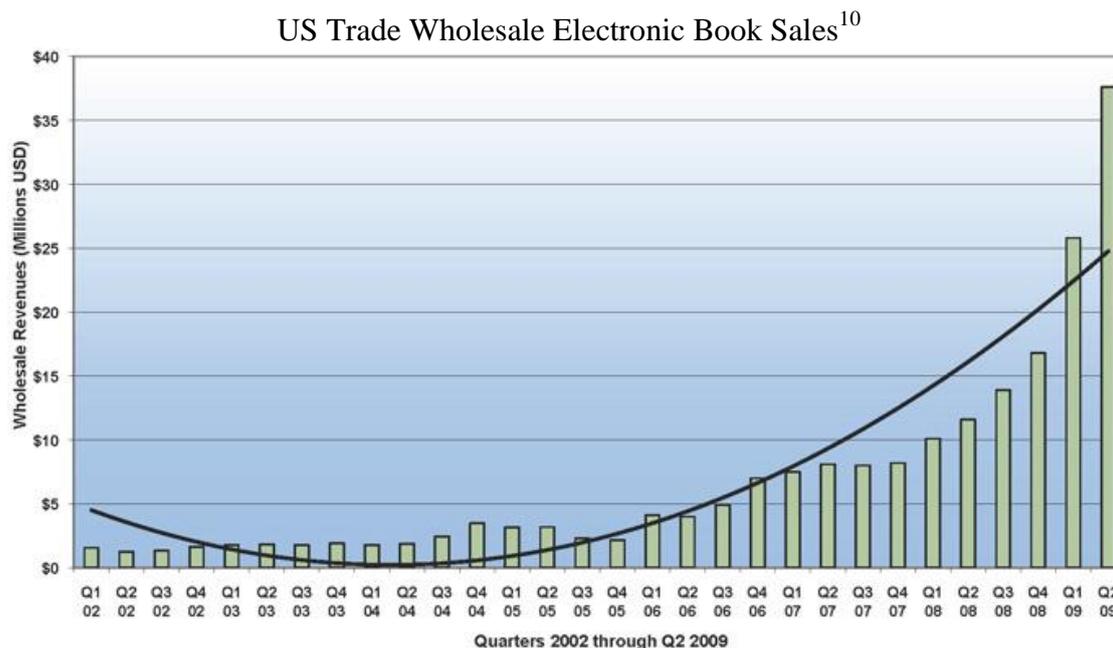
Perspectives d'évolution du livre numérique

30. L'avenir de l'organisation du marché du livre numérique est peu prévisible à ce jour. Certains craignent que l'éditeur ne soit plus au centre de la chaîne du livre, que des distributeurs puissants prennent leur place, entraînant à terme la disparition des libraires. L'exemple d'Amazon au Royaume-Uni, qui a déréférencé un grand éditeur qui n'acceptait pas son prix, met en avant le risque de déstabilisation de la chaîne traditionnelle du livre par la vente en ligne, qui est amenée à se généraliser avec le livre numérique. Cette déstabilisation peut également résulter d'une certaine désintermédiation, par exemple à travers la pratique de la vente directe par l'éditeur ou au contraire de l'édition par le détaillant.
31. Le livre numérique lui-même est un objet aux frontières mal définies et dont les évolutions sont difficiles à anticiper. L'émancipation du contenu (l'écrit) vis-à-vis de son contenant (le livre) peut en effet conduire à des contenus hybrides (avec de la musique, de la vidéo, etc.), à de nouvelles formes d'interaction avec l'écrit (comme celles qui se sont développées sur Internet) et à de nouveaux modes de tarification (téléchargement à la page, au chapitre, location pour une durée limitée, consultation en ligne, abonnement, offre en bouquet, etc.).
32. Il n'est pas non plus possible d'établir dès aujourd'hui s'il existe ou non un marché spécifique du livre numérique, les usages n'étant pas encore suffisamment développés par

rapport au livre papier. Actuellement, le marché est de dimension limitée. Son développement dépendra notamment des avancées technologiques (ergonomie des tablettes de lecture) et des modes de commercialisation (système de prix adopté, interopérabilité entre les fichiers et les lecteurs, etc.).

Exemples étrangers

33. Aux Etats-Unis et au Japon, le marché du livre numérique s’est développé plus rapidement qu’en France. Par exemple, le marché américain révèle une réelle progression des ventes de livres électroniques depuis le début de l’année 2009, comme l’illustre le tableau suivant regroupant les revenus des grossistes de livres numériques :



34. Il est à noter que les chiffres de ventes au détail peuvent représenter le double des chiffres ci-dessus étant donné les remises effectuées aux grossistes. Selon l’association des éditeurs américains, au premier trimestre 2009, les ventes de livres numériques représentaient 2,4 % du marché du livre global, contre une moyenne de 0,6 % l’année précédente.
35. Concernant les ventes de tablettes de lecture, le cabinet Forrester Research estime que trois millions de Kindle d’Amazon pourraient être vendus en 2009 aux Etats-Unis. Les ventes pourraient doubler en 2010, pour atteindre un total de dix millions en fin d’année prochaine. Le groupe prévoit qu’Amazon occupera 60 % du marché en 2009, contre 35 % pour Sony.

Amazon, Google et Apple

36. Aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, Amazon détient une part prépondérante du marché du livre papier. Le modèle d’Amazon se caractérise schématiquement par la combinaison,

¹⁰ Source IDPF, http://www.idpf.org/doc_library/industrystats.htm. Les données ci-dessus ne représentent que les ventes américaines de livres numériques par le biais de grossistes. Ces données ne concernent qu’environ 12 à 15 éditeurs et n’incluent pas les ventes aux bibliothèques, les ventes de livres scolaires ou professionnels. Pour cette étude, un livre numérique est défini comme tout livre distribué électroniquement par internet ou sur des supports de lecture dédiés.

d'une part, de niveaux de prix attractifs sur les livres les plus lus et, d'autre part, d'un nombre important de références disponibles.

37. Amazon a récemment lancé une tablette de lecture numérique, le Kindle, d'abord aux Etats-Unis et depuis octobre 2009 en Europe, et une activité de vente de fichiers de livres numériques sur son site Internet. Ces fichiers (« Kindle books ») adoptent un format propre à Amazon, qui ne peut être lu que sur sa tablette Kindle ou sur ordinateur PC, grâce à un logiciel propre à Amazon, et depuis peu sur le téléphone iPhone d'Apple. Aux Etats-Unis, Amazon a créé la référence sur le marché, en vendant les nouveautés de livres numériques à 9,99 \$. Les éditeurs semblent en avoir accepté le principe et les concurrents s'être alignés. Ce tarif attractif, par rapport à une moyenne pour une nouveauté papier de 26 \$, a permis à Amazon de capter rapidement des parts de marché. Aujourd'hui, les livres numériques vendus par Amazon sont tous en langue anglaise.
38. Google a annoncé récemment le lancement de « Google édition », en 2010. Au vu des informations disponibles, il semble qu'il s'agisse d'un service de vente en ligne de livres numériques, dont la logique serait sensiblement différente de celle d'Amazon. D'une part, Google pratiquerait les prix qui lui seraient indiqués par l'éditeur et, d'autre part, le format des fichiers serait interopérable avec les différentes tablettes de lecture existantes.
39. Enfin, Apple pourrait prochainement lancer une tablette multifonctions, permettant notamment la lecture de livres numériques.

B. LES ENJEUX IDENTIFIES PAR LES ACTEURS CONCERNANT LE REGIME DE FIXATION DU PRIX DU LIVRE NUMERIQUE

40. Interrogés sur le régime de fixation de prix à adopter pour le livre numérique, les différents acteurs intéressés mettent en avant des arguments souvent opposés. Avant de les passer en revue, sont rappelés ci-dessous les objectifs qui étaient visés, pour le livre papier, par l'adoption de la loi Lang.

Rappel des objectifs de la loi Lang

41. En 1981, M. Jack Lang, ministre de la Culture, avait énoncé ainsi¹¹ devant l'Assemblée nationale les objectifs de la loi :

« Ce régime dérogatoire est fondé sur le refus de considérer le livre comme un produit marchand banalisé et sur la volonté d'infléchir les mécanismes du marché pour assurer la prise en compte de sa nature de bien culturel qui ne saurait être soumise aux seules exigences de rentabilité immédiate.

Le prix unique du livre doit permettre :

- *l'égalité des citoyens devant le livre, qui sera vendu au même prix sur tout le territoire national ;*
- *le maintien d'un réseau décentralisé très dense de distribution, notamment dans les zones défavorisées ;*
- *le soutien au pluralisme dans la création et l'édition en particulier pour les ouvrages difficiles ».*

42. M. Hervé Gaymard a été chargé par le ministre de la culture et de la communication de faire une évaluation de la loi relative au prix du livre. Un rapport¹² a été rendu en mars

¹¹ Jack Lang, ministre de la culture, 1981, lors de la présentation du projet de loi devant l'Assemblée nationale.

¹² Rapport d'Hervé Gaymard, sur la situation du livre- Evaluation de la loi relative au prix du livre et questions prospectives. Mars 2009.

2009 ; il conclut à un bilan très largement positif de la loi Lang. Selon ce rapport, les objectifs de la loi auraient été atteints ; celle-ci aurait permis, d'une part, le maintien et le développement du réseau de diffusion des livres, et, d'autre part, aurait favorisé la diversité de la création éditoriale. Le rapport Gaymard conclut également que cette loi n'a pas eu d'effets inflationnistes sur les prix de vente et qu'elle a été positive pour le développement du marché. Cette évaluation est partagée par une très large majorité des acteurs du secteur du livre qui estiment que la loi Lang permet un équilibre plutôt vertueux de la filière du livre.

43. De la même manière, le rapport Patino a fait un bilan positif de la loi Lang, soulignant qu'elle a permis à « *l'industrie du livre de conserver un réseau dense et diversifié de librairies à même de présenter une offre elle-même diversifiée, et d'éviter la concentration des acteurs de la vente et le resserrement d'une offre sur les titres les plus porteurs.* » Le même rapport estime que la stabilité du marché du livre en France est due à la loi Lang. Il met cependant en exergue la fragilité de ce même marché, avant d'arriver à la conclusion suivante : « *voilà pourquoi, il est essentiel que cette loi perdure dans l'univers physique, où elle exerce des effets structurants et demeure la condition essentielle de bon fonctionnement du secteur.* »
44. Inversement, il est à noter qu'une étude commandée par l'Office of Fair Trading (l'autorité de concurrence du Royaume-Uni), et réalisée par le Centre for Competition Policy de l'université d'East Anglia, portant sur l'évolution du secteur du livre, en termes de productivité des différents opérateurs, du nombre de revendeurs, de diversité des publications, depuis 1997 (abrogation du Net Book Agreement), conclut au bilan positif du régime de liberté du prix du livre en vigueur au Royaume-Uni.

Acteurs favorables à la mise en place d'un régime de prix unique pour le livre numérique

45. Les différents acteurs entendus lors de l'instruction et qui se sont montrés favorables à la mise en place d'un régime de prix unique sont des éditeurs, des libraires et des auteurs de la chaîne traditionnelle du livre. Ces acteurs soulignent la singularité de la nature même du livre papier, « bien pas comme les autres », qui a conduit à l'adoption de mesures pour protéger la diversité culturelle française. Ils sont en général favorables à ce que les éditeurs conservent la maîtrise du prix de vente pour les mêmes raisons que celles qui ont conduit à l'adoption de la loi Lang pour le livre « papier ».
46. Ces professionnels indiquent qu'une différence de traitement de l'œuvre numérique par rapport à celle imprimée n'est pas souhaitable et entraînerait un effet de cannibalisation sur les ventes de livres papier. En particulier, la loi Lang a permis de maintenir un réseau de proximité offrant un large accès au livre. Les acteurs traditionnels souhaitent éviter un bouleversement brutal et profond de l'économie du livre physique, dû au développement non régulé du livre numérique, qui pourrait entraîner une réduction du nombre de détaillants.
47. Plusieurs acteurs rappellent que d'autres secteurs culturels ne bénéficiant pas d'une telle régulation de prix ont vu un appauvrissement de leur offre. Tel aurait été le cas, selon eux, de la musique, pour laquelle l'arrivée du numérique aurait réduit la diversité de l'offre du fait d'une concurrence accrue sur les prix, qui s'est traduite par le fait que les acteurs détenant une puissance économique et technologique ont pu imposer les prix à l'ensemble du marché.
48. Selon certains, une concurrence par les prix pour le livre entraînerait une raréfaction du nombre de livres disponibles, en favorisant les ouvrages à rotation rapide au détriment

d'œuvres de création originale ou d'œuvres jugées plus difficiles, qui ont une rotation lente. C'est pourquoi un grand nombre d'acteurs souhaitent que soit substituée à une possible concurrence par les prix une concurrence par la qualité de service pour les livres numériques, comme pour le livre papier, avec le même système de péréquation, dans lequel le prix des ouvrages à rotation rapide permet à des ouvrages à rotation plus lente d'exister sans avoir un prix inaccessible pour l'acheteur. En outre, la fixation d'un prix unique préserverait les achats d'impulsion en dispensant l'acheteur de comparer les prix d'un point de vente à un autre.

49. Il a été fréquemment évoqué un risque de concentration du secteur autour d'acteurs très puissants qui fixeraient le prix du marché pour les livres numériques, voire se serviraient des livres numériques comme produits d'appel pour augmenter les ventes d'autres biens. L'exemple américain a souvent été cité comme exemple à ne pas suivre : dans ce pays, Amazon y aurait fixé, seul, le prix des livres numériques pour l'ensemble du marché en obligeant, du fait de sa position sur le marché, l'ensemble de ses concurrents à s'aligner sur ces prix bas. Face à des acteurs pour qui le souci primordial serait la rentabilité et non la diversité culturelle, il n'est pas certain qu'une offre concurrente centrée sur la qualité et la mise à disposition d'ouvrages d'accès plus difficile soit viable.
50. En outre, certains estiment que des différences de traitement entre le livre papier et le livre numérique pourraient brouiller la perception du lecteur et inciter au piratage. Ils rappellent par ailleurs que dans le domaine du livre papier, l'évolution du prix a été favorable aux consommateurs en augmentant moins vite que l'indice des prix à la consommation ; une telle évolution des prix pourrait donc avoir lieu pour le livre numérique au profit du consommateur.
51. La mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique permettrait également, selon certains acteurs, de maintenir une assiette stable de rémunération pour les auteurs, car les éditeurs seraient les seuls à connaître la portée économique du travail de création. Il convient de rappeler que les droits d'auteur ont pour assiette le prix de vente final à l'acheteur du livre papier.
52. Enfin, la définition d'un cadre juridique clair pour le marché du livre numérique encore balbutiant est de nature à favoriser l'investissement des acteurs et le développement d'une offre légale, qui est la seule garantie contre le piratage.

Acteurs défavorables à la mise en place d'un régime de prix unique pour le livre numérique

53. Les acteurs interrogés qui se sont montrés défavorables à la mise en place d'un tel régime sont principalement des nouveaux acteurs du livre, notamment de nouveaux intervenants issus du monde Internet.
54. Ces acteurs font remarquer que, dans un monde globalisé, un système de prix unique pour le livre numérique risque de rendre ce dernier moins concurrentiel que d'autres objets culturels dématérialisés. Ils considèrent que la maîtrise par l'éditeur du prix de vente d'un livre numérique n'est pas pertinente, du fait de sa dématérialisation.
55. Certains acteurs concèdent que le livre numérique en tant que livre numérisé fidèle à l'œuvre papier originale pourrait être soumis à un prix fixe afin de ne pas « cannibaliser » les ventes de livres papier, mais pensent toutefois que les autres formes de commercialisation d'un livre numérique devraient bénéficier d'un système de prix libres pour plus de souplesse.

56. Selon certains de ces acteurs, la maîtrise du prix au détail par l'éditeur n'ira pas forcément dans le sens du développement du marché. Un prix imposé par l'éditeur risque de figer les modes de tarification proposés au client final. Or, le numérique offre de nouvelles perspectives de tarification (offres multi-éditeurs, location, consultation, abonnement, etc.), que seuls des acteurs en contact direct avec les consommateurs seront à même d'imaginer, à condition d'en avoir la possibilité. Le prix devrait dans ce raisonnement rester un élément de négociation entre les parties et les détaillants devraient pouvoir rester libres de fixer le prix de vente, celui-ci étant un élément important pour répondre aux attentes des consommateurs et développer la demande.

II. Opportunité d'un régime de prix unique pour le livre numérique

57. La saisine du ministre porte sur l'adoption possible d'un régime spécifique pour le livre numérique. Dans la présente partie de son avis, l'Autorité examinera l'opportunité d'une telle adoption, d'abord en soulignant que les objectifs poursuivis pour le livre papier lors de l'adoption de la loi Lang ne sont pas pleinement transposables au livre numérique (A), puis en identifiant les risques qui peuvent effectivement peser sur la diversité éditoriale du fait de l'avènement du livre numérique (B). Compte tenu des garanties qu'apportent cependant le phénomène dit de « longue traîne » et la coexistence de différents modèles promus par les acteurs majeurs du marché, l'Autorité conclura que la mise en place d'un cadre trop rigide serait prématurée à un stade aussi embryonnaire du marché (C).

A. LOI LANG ET LIVRE NUMERIQUE

La saisine du ministre de la culture et de la communication

58. La demande d'avis du ministre de la culture et de la communication fait suite à la remise du rapport de M. Bruno Patino sur le livre numérique dont une des conclusions était la suivante :

« Il appartient donc aux pouvoirs publics de promouvoir une politique résolue de régulation du marché visant à garantir, d'une part la capacité des détenteurs de droits éditoriaux à fixer leur prix final, d'autre part, mais dans le même ordre d'idée, à établir des mécanismes de maximisation de la valeur de leurs droits ».

59. La saisine part de cette conclusion, en indiquant que le niveau de prix auquel les œuvres seront proposées aux lecteurs sera important pour le développement équilibré du secteur économique d'avenir que représente le livre numérique. Le niveau de prix affectera tous les acteurs de la chaîne du livre et principalement les éditeurs et libraires.
60. Devant l'Autorité, le représentant du ministre de la culture et de la communication a précisé les deux objectifs recherchés par la régulation envisagée.

(i) Tout d'abord, le ministère souhaite accompagner l'adaptation de la chaîne du livre, dans sa transition entre la situation actuelle, où prédomine le livre « papier », et l'avènement progressif du numérique. L'objectif est de ne pas reproduire la situation de la musique, pour laquelle un virage trop brusque a conduit, selon les représentants du ministre, à une destruction de valeur pour certains des acteurs traditionnels. Ceci implique non seulement de prendre en compte le risque de « cannibalisation » du livre « papier » par le livre numérique, mais aussi de permettre aux acteurs actuels de la chaîne du livre de se repositionner sur le marché du numérique.

(ii) Ensuite, le ministère entend favoriser la diversité culturelle. Afin d'éviter un appauvrissement de l'offre pour le numérique, il est nécessaire, selon le ministère, d'éviter

un système dans lequel seuls les quelques livres très lus seraient mis en avant et bénéficieraient d'un prix attractif, tandis que l'écrasante majorité des autres livres seraient difficilement accessibles et/ou vendus à un prix élevé. Ceci entraînerait la remise en cause du système de péréquation propre au livre, dans lequel les éditeurs équilibrent leur activité entre les livres à grand tirage et les ouvrages plus confidentiels. Selon le ministère, il convient à cette fin d'éviter qu'un petit nombre d'acteurs acquière une puissance économique trop grande sur le marché.

Objectifs de la loi Lang et livre numérique

61. Les trois objectifs définis pour le livre papier lors de l'adoption de la loi Lang et rappelés au paragraphe 43 n'apparaissent pas transposables dans leur ensemble au livre numérique.
62. Le premier objectif, qui cherche à garantir l'égal accès des citoyens au livre numérique sur le territoire, semble largement atteint par la possibilité d'accéder à toute plate-forme de vente en ligne depuis n'importe quel point du territoire disposant d'un accès à Internet.
63. Le deuxième objectif, qui vise la préservation de la densité du réseau constitué par les librairies physiques, ne peut être recherché en tant que tel à l'ère numérique, dans la mesure où les contenus ont vocation à être vendus en ligne. Il peut certes exister un risque de cannibalisation de la vente de livres « papier » en librairie par la vente en ligne de livres numériques, mais il n'est pas certain, compte tenu des inconnues sur les usages, que le prix soit un facteur déterminant d'arbitrage entre les deux. D'autres facteurs, tel que l'ergonomie des tablettes de lecture, sont de nature à accélérer, ou au contraire à ralentir, la migration de la consommation du papier vers le numérique indépendamment des prix pratiqués. En outre, il n'est pas à exclure que le numérique permette un accès facilité à des références de livres, ce qui pourrait accroître la demande de livres « papier ». En définitive, tant les produits (livre numérique et livre « papier ») que les modes de commercialisation (en ligne et « en dur ») pourraient n'être que partiellement substituables et présenter un degré non négligeable de complémentarité.
64. Seul le troisième objectif, qui souhaite favoriser la préservation de la diversité de l'offre des œuvres proposées aux lecteurs en se fondant sur un système de péréquation entre les différents titres pour les éditeurs, paraît pouvoir être recherché.
65. Les objectifs recherchés lors de l'adoption de la loi Lang sont donc en partie différents de ceux qui peuvent être poursuivis aujourd'hui en ce qui concerne le livre numérique. En outre, à la différence de ce dernier, le livre « papier » constituait un produit mature lors de l'adoption de la loi Lang. Ceci amène l'Autorité à s'interroger sur l'opportunité d'étendre le régime de prix unique au-delà de son périmètre actuel et plus généralement d'adopter dès aujourd'hui un régime spécifique au livre numérique.

B. RISQUES SUR LA DIVERSITE EDITORIALE

66. Compte tenu de cette différence de maturité et d'objectifs recherchés entre, d'une part, le livre « papier » lors de l'adoption de la loi Lang et, d'autre part, le livre numérique aujourd'hui, il paraît utile d'examiner de manière circonstanciée les risques que peut présenter l'avènement du livre numérique en ce qui concerne la diversité éditoriale.

Préemption du marché et exclusivités

67. L'exemple du Royaume-Uni et des Etats-Unis tend à indiquer que les pays sans système de régulation des prix des livres physiques ont vu le nombre de librairies physiques diminuer et des acteurs puissants, tel Amazon, émerger grâce à la vente en ligne. Or, ce phénomène de concentration rapide paraît d'autant plus vraisemblable concernant le livre numérique

que ce dernier : (i) a essentiellement vocation à être vendu sur Internet ; (ii) peut s'accompagner d'exclusivités favorisant encore la concentration.

68. Sur ce second point, l'analyse des offres de livres numériques, sur le marché naissant en France mais un peu plus développé aux Etats-Unis, montre que des exclusivités tant technologiques que contractuelles peuvent se mettre en place. Ces exclusivités se situent à différents niveaux : l'éditeur peut mettre en place une exclusivité de ventes de certaines de ses œuvres auprès de certains détaillants, l'exclusivité peut concerner le format, le logiciel de lecture, la tablette de lecture.
69. Il n'existe pas encore de format normalisé. Le format .ePub, développé en Amérique du Nord par un consortium nommé IDPF (International Digital Publishing forum), est à ce jour recommandé par un certain nombre d'intervenants car il est ouvert et interopérable. Ce format pourrait devenir le format standard, mais ce n'est pas le cas aujourd'hui. A ce jour, l'autre format fréquemment utilisé est le pdf, mais une « guerre des standards » est en cours et certains formats sont propriétaires.
70. Un exemple de système fermé à plusieurs niveaux concerne la commercialisation du Kindle d'Amazon aux Etats-Unis : les fichiers vendus sur le site Internet d'Amazon (« Kindle books ») ne peuvent être lus que sur la tablette de lecture vendue par Amazon ou sur ordinateur PC – et depuis peu également sur l'iPhone (cf. § 36). De la même manière, aux Etats-Unis, Barnes & Nobles a mis en place un système avec un format propriétaire, un logiciel spécifique, une tablette de lecture spécifique et un lieu d'achat unique. En France, un accord a lié Hachette (éditeur), la Fnac (détaillant) et Sony (fabricant de tablette de lecture) qui prévoyait que Sony réservait l'exclusivité des ventes de sa tablette de lecture à la FNAC et que Hachette réservait l'exclusivité de ses nouveautés aux tablettes de lecture Sony, qui avaient alors un format fermé (il est depuis cet été passé à un format ouvert interopérable). Cet accord a été très mal perçu par le monde du livre et il y a été mis fin.
71. De telles exclusivités peuvent dans certains cas restreindre la concurrence et limiter l'accessibilité des contenus aux consommateurs. Dans la musique en ligne, Apple a lié un format de fichiers protégé par des DRM exclusifs à ses baladeurs iPod, et a réussi à rapidement devenir le numéro un avec sa plate-forme iTunes. Sa place de leader, acquise certes par l'innovation, mais aussi sans doute dans une certaine mesure grâce à ces exclusivités et à l'effet de levier entre le baladeur et la plate-forme, s'est maintenue même après la démocratisation des offres interopérables à base de MP3.
72. De tels systèmes d'intégration verticale pourraient, dans le cadre du livre numérique, favoriser la concentration du pouvoir économique de certains détaillants. Le pouvoir qui leur serait conféré pourrait également les conduire, par le biais de ces exclusivités, à ériger des barrières artificielles à l'entrée pour les concurrents. De plus, une telle organisation du marché « en silos » peut freiner le développement du marché en restreignant artificiellement les quantités.

Capacité limitée du droit de la concurrence à intervenir

73. Comme le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont eu l'occasion de le souligner, « des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur un segment de marché naissant revêtent un caractère certain de gravité, en raison du caractère potentiellement structurant qu'elles peuvent avoir »¹³. De ce fait, la capacité du droit de la concurrence à sanctionner

¹³ Décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne.

la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, voire à les prévenir dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires, pourrait permettre de limiter les risques de préemption du marché, encore embryonnaire, du livre numérique.

74. En pratique, la mise en œuvre du droit de la concurrence suppose cependant que la pratique incriminée puisse relever, soit de la qualification d'entente anticoncurrentielle, soit de celle d'abus de position dominante. Il résulte de ce second point que, si le droit de la concurrence peut sanctionner l'exploitation abusive d'une position établie de domination du marché, il n'est en revanche pas nécessairement outillé pour prévenir l'acquisition, par une entreprise ou un groupe d'entreprise, d'une telle position. C'est ainsi que le Conseil de la concurrence n'a pas accordé, dans sa décision n° [04-D-54](#) du 9 novembre 2004, les mesures conservatoires demandées par la société VirginMega tendant à pouvoir utiliser le DRM employé par Apple pour sa plate-forme de musique en ligne iTunes, au motif que celle-ci ne pouvait être regardée comme une facilité essentielle à un stade, à l'époque naissant, de développement du marché. Le Conseil a en effet indiqué que *« de nombreux facteurs, autres que son interopérabilité avec les baladeurs iPod, peuvent expliquer le différentiel constaté entre les niveaux de ventes d'iTunes Music Store et des autres plates-formes »*.
75. Au surplus, le droit de la concurrence ne sanctionne que l'exploitation abusive d'une position dominante, et non la seule détention d'une telle position. Des exclusivités, même lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise en position dominante, ne sont pas nécessairement illicites : leurs effets sur la concurrence sont à apprécier selon le cas d'espèce, et à mettre en regard d'éventuels gains d'efficacité, notamment d'un éventuel renforcement de la dynamique concurrentielle entre des filières verticalement intégrées. A ce titre, dans sa décision n° [04-D-54](#) précitée, le Conseil de la concurrence a estimé que *« sans méconnaître les inconvénients liés à l'absence de compatibilité entre logiciels et matériels pour les usagers des sites de téléchargement, [le Conseil de la concurrence] ne peut que relever que des situations de ce type sont récurrentes dans les secteurs liés aux technologies de l'information, où les innovations se succèdent à un rythme élevé. Ces ajustements des marchés aux innovations ne révèlent pas nécessairement des atteintes au droit de la concurrence »*.

Impact sur la diversité éditoriale

76. Une éventuelle concentration rapide du marché pourrait par ailleurs s'accompagner de l'imposition de standards de prix au niveau du détail. Ainsi, Amazon aux États-Unis pourrait être en passe d'imposer un tel standard commercial en tarifant les nouveautés de livres numériques à 9,99 \$. L'exemple du site iTunes d'Apple, qui propose lui aussi des titres musicaux à un prix uniforme, tend à indiquer que ces standards de marché peuvent être stables sur des périodes relativement longues et que les positions des acteurs évoluent faiblement malgré le caractère émergent du marché.
77. Cette organisation du marché pourrait avoir plusieurs conséquences sur la capacité des éditeurs à faire jouer la péréquation entre les ouvrages grand public et les ouvrages plus confidentiels et finalement à favoriser la diversité de la création.
78. En premier lieu, le pouvoir de négociation des éditeurs se trouverait globalement réduit par cette configuration du marché : d'une part, un éditeur pourrait difficilement se permettre d'être déréférencé auprès d'un acteur qui occupe une part significative sur le marché de détail et, d'autre part, la discussion sur le prix de gros entre éditeur et détaillant serait nécessairement encadrée par le prix de détail uniforme pratiqué par ce dernier.

79. En second lieu, les ouvrages plus confidentiels que les livres grand public ne seraient pas mis en avant par les principaux détaillants et pourraient donc plus difficilement atteindre l'équilibre économique : d'une part, ces ouvrages ne sont pas forcément adaptés au prix uniforme compte tenu des volumes plus limités et, d'autre part, les grands canaux de distribution en ligne peuvent générer des volumes de vente tels sur les « best seller » que la vente d'ouvrages plus confidentiels, et *a fortiori* leur promotion, ne peut être compétitive.
80. Compte tenu de la capacité limitée du droit de la concurrence à intervenir sur un marché naissant en l'absence de position établie, il peut être légitime, au nom de l'objectif de maintien de la diversité éditoriale, de chercher à limiter les risques d'une préemption rapide du marché par un acteur ou un petit nombre d'acteurs.

C. EFFETS POSITIFS DE LA NUMERISATION SUR LE DEVELOPPEMENT DU MARCHE

Effet de « longue traîne »

81. Par rapport au livre « papier », le livre numérique se distingue par de nouveaux facteurs de risque, mais aussi par des effets propres au monde numérique qui peuvent être favorables à la diversité éditoriale.
82. En premier lieu, il est communément admis que le monde numérique présente un effet de « longue traîne »¹⁴, selon lequel les produits représentant un faible volume de ventes peuvent collectivement représenter une part de marché aussi importante, voire plus importante que les produits faisant l'objet des meilleures ventes. Selon cette approche, « *tous les produits peuvent avoir leur chance* », de sorte que la vente en ligne de livres numériques peut avoir pour effet de favoriser les marchés de niche et par conséquent la diversité éditoriale.
83. La réalité de ce phénomène a été nuancée par une étude menée par Pierre-Jean Benghozi et Françoise Benhamou¹⁵. Cette étude conclut que les données ne confortent pour l'instant qu'à la marge l'hypothèse de la « longue traîne », notamment dans le secteur du livre physique : « *On constate ainsi que la vente en ligne joue un rôle très mineur pour le livre [physique] et qu'il n'agit que comme un circuit complémentaire qui n'apporte pas de changement majeur dans les structures des ventes. (...) Mais l'effet supposé de la longue traîne - c'est-à-dire le renversement des modèles d'affaires, où les petits tirages atteindraient une rentabilité inédite et se développeraient massivement - n'est pas prouvé.* » Cette analyse est cependant à relativiser dans la mesure où elle ne porte que sur le livre « papier ».
84. En second lieu, le coût d'édition d'un ouvrage numérique étant en principe plus faible que celui d'un livre papier, la diversité de la création devrait s'en trouver mécaniquement accrue. Des ouvrages pourraient par exemple être traduits dans un nombre plus important de langues, même pour un public étroit, ce qui pourrait participer à leur équilibre économique. Ce phénomène est susceptible de compenser au moins en partie la perte éventuelle de la faculté de péréquation de l'éditeur.

Coexistence des différents modèles

85. Les premiers développements du marché ne permettent pas par ailleurs de prédire que le scénario le plus probable soit celui d'une concentration rapide du marché et de la

¹⁴ Chris Anderson, « The Long Tail », Wired, Issue 12.10, October 2004.

¹⁵ « Longue traîne : levier numérique de la diversité culturelle ? », MCC-DEPS, Culture Prospective n° 2008-1, http://www2.culture.gouv.fr/culture/deps/2008/pubepm_cprospective.html.

généralisation d'un modèle uniforme. Si un acteur comme Amazon semble promouvoir, au moins à ce stade, un système où le détaillant fixe un prix standardisé sur le marché et met en place des exclusivités techniques entre les fichiers et les tablettes de lecture, il apparaît que Google, qui doit lancer son service dans le courant de l'année prochaine, semble privilégier un système techniquement ouvert et interopérable, dans lequel les éditeurs auraient la faculté de fixer le prix.

86. La diversité des modèles, promus par des acteurs majeurs, offre une garantie raisonnable de ne pas voir un de ces acteurs ou un de ces modèles structurer de manière irréversible le marché du livre numérique. Par exemple, l'existence de modèles ouverts peut favoriser l'arrivée de nouveaux entrants et limiter la dépendance des éditeurs à l'égard d'un petit nombre de détaillants. A long terme, cela rend peu crédible la généralisation des exclusivités, dont l'existence à court et moyen terme pourrait ainsi traduire une guerre des standards.

Prise en compte du caractère embryonnaire du marché

87. A ce jour, il est difficile de prévoir les orientations que prendra le marché du livre numérique, tant au niveau du produit lui-même que de ses modes de commercialisation. Quelle que soit la voie que retiendra le gouvernement pour accompagner l'essor du livre numérique, il paraît indispensable de prendre soigneusement en compte le caractère embryonnaire du marché.
88. Incontestablement, le commerce en ligne de livres numériques ouvre de nouvelles opportunités dans la fourniture de biens culturels écrits, à la fois sur un plan technique et commercial. Pour permettre aux acteurs d'innover et de tester le marché, il est donc primordial de ne pas figer arbitrairement le modèle ni de freiner les initiatives. La mise en place prématurée d'un cadre trop rigide risquerait de ralentir le développement du marché du livre numérique français en comparaison avec d'autres pays. Ce risque est d'autant plus important que la nature dématérialisée du livre numérique favorise les possibilités d'échanges transfrontaliers et ne permet pas de raisonner dans un cadre strictement national.
89. Au demeurant, la diversité des approches promues par les principaux acteurs constitue un gage d'ouverture du marché. A court terme, le risque d'une concentration rapide de ce dernier et d'imposition de standards de prix au détriment de la diversité éditoriale s'en trouve réduit. De façon plus générale, le monde numérique, par exemple au travers du phénomène de « longue traîne », paraît présenter des caractéristiques intrinsèques potentiellement favorables à la diversité de la création.
90. Compte tenu de ce qui précède, l'Autorité de la concurrence recommande qu'une période d'observation soit respectée, durant laquelle aucun dispositif spécifique ne serait défini pour le livre numérique et où les différents modèles pourraient cohabiter (fixation des prix par le détaillant ou par l'éditeur, système technique ouvert ou fermé). Une période d'un à deux ans permettrait d'évaluer les différents modèles et de bénéficier, au terme de cette phase d'observation, de retours d'expérience pour envisager les suites à donner.

III. Faisabilité d'un régime de prix unique pour le livre numérique

91. Avant d'examiner les différentes possibilités qui pourraient être envisagées pour la mise en place d'un régime de prix unique pour le livre numérique (B), il est important de rappeler que la notion de prix unique s'oppose par principe aux notions de liberté des prix et de la concurrence (A).

A. PROBLEMATIQUE DU PRIX UNIQUE

92. L'ordonnance n° 86-1283 du 1^{er} décembre 1986 a instauré un principe général de liberté des prix, repris dans l'article L. 410-2 du code de commerce : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».
93. La notion même de prix unique du livre, qui est en fait un prix imposé par l'éditeur, vient à l'encontre de ce principe général de liberté des prix et du principe de libre concurrence qui existent tant en droit interne qu'en droit communautaire. Les distributeurs peuvent en effet jouer un rôle important dans l'animation du jeu concurrentiel, qu'il s'agisse de concurrence intra-marque ou inter-marques, à condition toutefois de disposer de l'autonomie suffisante par rapport aux fournisseurs. Or, la liberté de fixation des prix est un élément essentiel de cette autonomie et donc du jeu concurrentiel.
94. C'est dans cette logique que tant l'article L. 420-1 du code de commerce que le §1 de l'article 101 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (anciennement article 81 du traité CE) interdisent les ententes anticoncurrentielles, et particulièrement celles portant sur les prix. Une pratique de prix imposés est considérée comme une atteinte particulièrement grave à la concurrence. Ainsi, le règlement n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales¹⁶, ainsi que les lignes directrices¹⁷ y afférentes, énoncent que les clauses de prix imposés constituent des restrictions caractérisées, et ne peuvent donc en principe bénéficier de l'exemption par catégorie prévue à l'article 101 § 3 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), y compris pour des sociétés ayant une part de marché inférieure à 30 %¹⁸.
95. Des exceptions à ce principe sont possibles tant en droit français qu'en droit communautaire. Ainsi, la loi Lang permettant aux pouvoirs publics d'instaurer un régime de prix unique imposé par l'éditeur à l'ensemble de la chaîne aval du livre, bien qu'allant à l'encontre du principe de liberté des prix et de libre concurrence, a toutefois été admis en droit interne et communautaire au regard d'objectifs d'intérêt général (cf. §8).

B. EVALUATION DES DIFFERENTES SOLUTIONS

96. Le rapport Patino envisage deux solutions possibles pour permettre aux détenteurs de droits de jouer un rôle central dans la détermination des prix : (i) l'hypothèse d'un décret d'exemption pris sur la base de l'article L. 420-4 du code de commerce, (ii) la mise en place de contrats de mandat entre les éditeurs et les détaillants, permettant à l'éditeur de fixer le prix de revente des livres numériques dont il confie la négociation au mandataire pour son compte.

1. LES SOLUTIONS LEGISLATIVES ET REGLEMENTAIRES

97. Les différentes possibilités juridiques sont d'abord décrites, puis analysées au regard des objectifs recherchés.

¹⁶ Article 4 du règlement.

¹⁷ Point 47 des lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01 du 13 octobre 2000).

¹⁸ La Commission mène actuellement un exercice de révision de ce règlement et de ces lignes directrices. Le projet actuel prévoit que la présomption selon laquelle des pratiques de prix imposés sont anticoncurrentielles peut être renversée, à condition toutefois de montrer que les effets négatifs sur la concurrence sont compensés par des gains d'efficacité, dont une part équitable est retransmise au consommateur.

a. Les différentes solutions théoriquement possibles

98. Plusieurs types d'exemptions sont possibles en droit français et en droit communautaire. L'objectif des exemptions *ex ante* est d'apporter une certaine sécurité juridique aux acteurs. Il existe aussi une exemption individuelle *ex post*.

L'exemption collective en droit interne par décret

99. Pour des accords de distribution qui ne répondraient pas aux conditions du contrat d'agence, les dispositions de l'article L. 420-4 II du code de commerce autorisent le gouvernement à prendre par décret une décision d'exemption d'accords individuels ou de catégories d'accords qui tomberaient sinon sous le coup de la prohibition des ententes : « *Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence* ». L'article R. 420-2 du même code établit la procédure à suivre : le projet de décret d'exemption doit être établi par le ministre de l'économie, puis soumis, un mois plus tard (au cours duquel les observations des tiers sont recueillies), à l'avis conforme de l'Autorité de la concurrence.
100. A ce jour, seuls deux décrets d'exemption¹⁹ ont été adoptés, concernant tous les deux le domaine agricole. Le contenu de ces décrets est le suivant : ils délimitent un champ d'application restreint, prévoient les conditions pour que les accords interprofessionnels ainsi passés soient exemptés, leur durée, la liste des restrictions de concurrence acceptables et la notification desdits accords.
101. Cette solution permettrait, à tout le moins, de sécuriser les professionnels en déterminant *a priori* quels accords peuvent répondre aux critères de l'exemption, même si ces exemptions n'offrent pas une sécurité illimitée dans le temps. Un décret d'exemption offre en outre la possibilité d'être révisé de manière relativement simple. Cette souplesse peut être utile dans le contexte d'un marché naissant.

L'exemption par catégorie en droit communautaire

102. L'article 2 du règlement n°2790/1999 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 101 §3 TFUE, prévoit que « *l'article 81, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords ou pratiques concertées qui sont conclus entre deux ou plus de deux entreprises dont chacune opère, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services (ci-après dénommés «accords verticaux»)*. » Dans le cas où le commerce entre Etats membres serait affecté par des accords verticaux entre les professionnels du livre numérique qui ne rempliraient pas, par exemple, les conditions d'un véritable contrat d'agence, de tels accords pourraient entrer dans le champ d'application de ce règlement. Cependant, l'article 4 du même règlement prévoit que l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente. Cette restriction caractérisée (« clause noire ») empêcherait donc toute exemption collective en droit communautaire de contrat de distribution verticale comportant des prix

¹⁹ D. n° 96-499 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs bénéficiant de signes de qualité dans le domaine agricole ; D. n° 96-500 du 7 juin 1996, relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise. L'adoption et l'extension d'accords dans le secteur agricole a en outre fait l'objet de dispositions législatives spéciales précisant les modalités de mise en œuvre de l'article L. 420-4 du code de commerce à ces accords (code rural, article L. 632-2 s.).

imposés. Ce principe est maintenu dans le projet de règlement que la commission européenne a soumis à consultation publique, en vue de régir les relations verticales après expiration du règlement n° 2790/1999.

103. En dehors de ces deux solutions qui étaient envisagées par la saisine du ministre de la culture et de la communication, une autre solution pourrait consister en une exemption individuelle *ex post*.

Exemption ex post pour progrès économique

104. Cette exemption au principe général de liberté des prix est prévue à l'article L. 420-4 I 2° du code de commerce : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : (...) dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.* »

105. Le droit communautaire prévoit également une possibilité d'exemption individuelle au titre du paragraphe 3 de l'article 81, dans les mêmes conditions que l'exemption par catégorie.

106. A la différence de l'exemption par décret, cette solution individuelle vise les cas où des contrats, accords interprofessionnels ou pratiques prévoyant la fixation de prix par les éditeurs seraient soumis à l'examen de l'Autorité de la concurrence ou de la Commission européenne au titre de la répression des pratiques anticoncurrentielles.

Exemption ex ante par existence d'un texte législatif

107. C'est la première exemption citée par l'article L. 420-4 I 1° du code de commerce, qui prévoit que : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : 1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application* ».

108. La solution qui vient naturellement à l'esprit pour instaurer un régime de prix unique du livre numérique est d'étendre la loi déjà existante sur le livre « papier », c'est-à-dire la loi Lang, pour inclure dans son champ d'application le livre numérique. Cette solution a le mérite de proposer un cadre clair, évitant les débordements de ce régime de prix unique qui ne doit rester qu'une exception au vu du principe de libre concurrence et de liberté des prix. Cette solution permettrait de maintenir une certaine autonomie des libraires dans la sélection des livres et leur promotion. Elle offrirait en outre un cadre stable pour le développement d'une offre légale.

109. Si une telle solution était adoptée, elle nécessiterait l'aménagement de certains des textes applicables aujourd'hui au livre papier. Par exemple, l'article 5 de la loi Lang prévoyant la possibilité de soldes après un délai de stock devrait être aménagé pour inclure le livre numérique qui par essence n'a pas de stock. De même, pour les modalités d'apposition de prix prévues par le décret du 3 décembre 1981, des aménagements devraient alors être réalisés. Mais c'est surtout la circulaire du 30 décembre 1981 qui devrait alors être amendée car il lui revenait de déterminer le champ d'application de la loi du 10 août 1981 ;

dans ce but, elle renvoyait à une instruction fiscale de 1971, remplacée depuis par l'instruction fiscale du 12 mai 2005 (cf. §10).

110. Une alternative pourrait consister en l'adoption d'un texte spécifique à côté de la loi Lang, propre au livre numérique, pouvant renvoyer pour partie au texte de la loi Lang.

b. Analyse de ces solutions

111. Ces différentes solutions soulèvent chacune des problèmes d'opportunité et de faisabilité.

Incompatibilité avec le droit communautaire

112. Une mesure étatique peut être elle-même incompatible avec le droit communautaire. Il résulte d'une jurisprudence constante que les Etats Membres ne sauraient priver d'effet utile les règles communautaires de concurrence par des mesures qui rendent impératives ou renforcent les effets de pratiques anticoncurrentielles d'entreprises ou favorisent lesdites pratiques. Les autorités nationales doivent donc refuser de faire jouer l'article L. 420-4 I 1° du code de commerce dans le cas où le texte français viendrait à être contraire au Traité de fonctionnement de l'Union Européenne, au nom de la primauté du droit communautaire.
113. Les traités européens contiennent des dispositions permettant de prendre en compte la spécificité des produits culturels (paragraphe 4 de l'article 167 du TFUE, anciennement article 151 du Traité CE). Comme cela a été abordé précédemment (cf. §8), le droit communautaire a validé à plusieurs reprises la conformité de la loi Lang²⁰ ou d'autres systèmes de prix imposés dans d'autres Etats membres.
114. Néanmoins, se pose la question de savoir si une position différente de celle adoptée pour le livre « papier » ne doit pas potentiellement être préférée pour le livre numérique. La motivation ayant conduit à l'acceptation d'une dérogation au principe général de libre concurrence pour le livre « papier » ne paraît en effet pas directement transposable au livre numérique, comme cela a été souligné. Par ailleurs, il est peu crédible qu'une politique harmonisée en matière de prix unique du livre numérique émerge à l'échelle communautaire étant donné que cette harmonisation n'a pas été possible jusqu'à présent sur le livre « papier », comme l'atteste le projet de directive²¹ relative à un système de prix imposés pour les livres, resté sans suite.
115. La territorialité du texte, qui n'aurait vocation qu'à s'appliquer en France, constitue un second obstacle. Cette difficulté se faisait moins ressentir dans le cadre de la loi Lang réglementant le prix du livre « papier », du fait de la nature physique même du livre papier impliquant nécessairement des coûts importants de stockage et de livraison. L'article premier²² de cette loi, validé au plan communautaire, évitait tout contournement abusif de la part d'un opérateur agissant dans l'espace économique européen.
116. Or, dans le domaine du commerce en ligne, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 « sur le commerce électronique » prévoit dans son article 3.2 : « *Les Etats Membres ne peuvent,*

²⁰ Notamment arrêt de la CJCE du 10 janvier 1985, Leclerc.

²¹ Résolution du 16 mai 2002 contenant des recommandations à la Commission en vue de l'élaboration d'une directive du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne relative à un système de prix imposés pour les livres.

²² Article 1^{er} de loi 10 août 1981 : « *Dans le cas où l'importation concerne des livres édités en France, le prix de vente au public fixé par l'importateur est au moins égal à celui qui a été fixé par l'éditeur.*

Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux livres importés en provenance d'un Etat membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen, sauf si des éléments objectifs, notamment l'absence de commercialisation effective dans cet Etat, établissent que l'opération a eu pour objet de soustraire la vente au public aux dispositions du quatrième alinéa du présent article. ».

pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat Membre ». Il en résulte que les textes nationaux ne pourront s'opposer à ce qu'un détaillant propose des livres français hors du territoire et concurrence donc les détaillants installés en France, qui eux seraient soumis à un régime de prix unique.

L'impossibilité d'imposer des restrictions territoriales

117. Compte tenu de ce qui précède, les éditeurs pourraient être amenés, pour faire respecter le régime de prix unique hors de France, et ce quelle que soit la modalité par laquelle il aura été instauré en France, à imposer par voie contractuelle des clauses de restriction territoriale ou de clientèle limitant la commercialisation d'une œuvre à un pays donné. En pratique, cela consisterait par exemple à empêcher qu'un site d'un autre Etat membre puisse proposer un site de vente en ligne de livres numériques en français aux potentiels acheteurs situés sur le territoire français. Des clauses de ce type sont déjà envisagées dans certains contrats. Des moyens techniques permettent de faire respecter de telles clauses en déterminant la géolocalisation d'un acheteur via son adresse IP, son adresse de facturation, ou la nationalité de la carte bancaire...
118. Du point de vue de la grille d'analyse des autorités de concurrence en matière de restrictions verticales, des contrats conclus avec des détaillants de l'Union Européenne mettant en place de restrictions territoriales pourraient être vues comme des interdictions des ventes passives²³. Or, de telles interdictions constituent une restriction caractérisée conformément à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 sur les accords verticaux, et ne peuvent donc bénéficier d'une exemption.
119. Pour éviter la qualification d'entente anticoncurrentielle à l'égard des détaillants des autres Etats membres, les éditeurs seraient alors dans l'obligation, s'ils veulent imposer leur prix à ces acteurs, de conclure avec eux des contrats d'agence (cf. développements ci-dessous sur les solutions contractuelles).

Problème de définition de la notion de livre numérique

120. Une question préliminaire à l'adoption d'un texte spécifique ou à la mise en place d'un décret d'exemption collective est celle de la définition même du livre numérique. En effet, la seule définition légale du livre existant à ce jour est une définition fiscale, issue à l'origine de l'instruction du 30 décembre 1971 (3C-14-71), le livre papier bénéficiant du taux de TVA réduit : « *Un livre est un ensemble imprimé, illustré ou non, publié sous un titre, ayant pour objet la reproduction d'une œuvre de l'esprit d'un ou plusieurs auteurs en vue de l'enseignement, de la diffusion de la pensée et de la culture (...)* ». Cette définition a été modifiée par l'instruction fiscale du 12 mai 2005, afin de substituer à la notion centrale de contenu rédactionnel, celle d'apport éditorial, ce qui a modifié le champ d'application de la loi Lang. Même la définition du livre papier a rencontré des problèmes de frontières, notamment avec les albums de coloriage, les partitions de musique, les cartes routières...
121. A ce jour, les professionnels et les pouvoirs publics n'ont pu se mettre d'accord sur une définition commune du livre numérique. C'est pourquoi la profession s'est dirigée pour l'instant vers la solution des contrats de mandat et non vers une modification de la loi

²³ Les lignes directrices sur les restrictions verticales développent la notion de vente passive aux points 50 et 51 : « *En général, le recours à Internet n'est pas considéré comme une forme de vente active vers ces territoires ou à ces clientèles car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. Le fait qu'il puisse avoir des effets en dehors du territoire ou de la clientèle affectés à un distributeur est le résultat de cette technique, à savoir un accès facile à partir de n'importe quel lieu. Si un client visite sur internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive.* ».

Lang. Un projet serait cependant en cours d'un point de vue fiscal pour permettre d'englober le livre numérique simple fac-similé du livre papier, mais cette notion prévoirait nécessairement la mise à disposition sur un support et ne pourrait donc pas concerner le téléchargement ou la consultation en ligne, principal mode de commercialisation du livre numérique. Cette difficulté de définition pose également un problème au regard des droits d'auteurs.

122. Le syndicat national de l'édition a proposé²⁴ une modification de la définition fiscale du livre pour englober le livre numérique. Cette définition est reconnue comme étant une bonne base de travail, mais elle ne fait pas l'objet d'un consensus, les acteurs la considérant comme perfectible. La difficulté est d'arriver à une définition suffisamment large pour englober des formes de livres numériques à ce jour encore inconnues, tout en formalisant une frontière avec des œuvres proches telles que la vidéo, la musique, les blogs, les bases de données, les contenus évolutifs et participatifs. Le problème du livre numérique consiste dans le fait que le contenu s'émancipe de son contenant sans que l'on sache comment s'orienter la commercialisation du contenu, alors que la loi Lang réglementait à la fois le contenu et le contenant. Certains acteurs craignent que l'adoption d'un texte ne bloque l'évolution vers des formes de commercialisations futures.
123. Ces difficultés n'apparaissent néanmoins pas dirimantes. Si un texte était adopté, il confierait seulement à l'éditeur la détermination du niveau de prix qu'il souhaite voir appliquer. La loi Lang ne recense pas non plus l'ensemble des différents modes de commercialisation du livre papier ; elle laisse le soin à l'éditeur d'en déterminer le prix. Le numérique créera et est en train de créer, inévitablement de nouveaux types de commercialisation (téléchargement à la page, au chapitre, location pour une durée limitée, consultation en ligne, offre en bouquet...). Certes, il est impossible de prévoir aujourd'hui ce que le marché créera demain. Mais l'adoption d'un texte laissera la liberté à l'éditeur de fixer un prix pour chacun de ces modes de commercialisation en fonction de l'offre qu'il souhaite proposer et privilégier, en restant à l'écoute des attentes des consommateurs.
124. En revanche, la loi Lang est venue encadrer un produit existant depuis longtemps alors que le livre numérique ne constitue à ce jour qu'un produit émergent. C'est pourquoi certains acteurs s'opposent même à l'établissement d'une définition qui sera, selon eux, vite obsolète et créera un cadre trop rigide risquant d'enfermer le livre numérique et de freiner le développement de ce marché en France.
125. Ces développements renvoient aux considérations exprimées plus haut à la fois sur la difficulté et le risque d'une intervention des pouvoirs publics sur un marché encore embryonnaire. A cet égard, si le recours à la loi était retenu par le ministre de la culture, une solution temporaire pourrait consister dans un premier temps à n'appliquer le texte qu'au livre numérisé, assorti le cas échéant de fonctionnalités supplémentaires permises par le support numérique. En effet, à ce jour, la très grande majorité des livres numériques proposés à la vente ou offerts gratuitement ne consiste qu'en une simple numérisation d'un

²⁴ Proposition du 13 janvier 2009 du SNE : « Un livre est un ensemble de données textuelles, graphiques ou sonores résultant d'un travail éditorial, publié sous un titre à une date déterminée et ayant pour objet la reproduction d'une œuvre de l'esprit d'un ou plusieurs auteurs en vue de l'enseignement, de la diffusion de la pensée et de la culture.

Cet ensemble destiné à être lu peut être présenté sous la forme d'éléments assemblés ou réunis par tout procédé d'impression ou numérique éventuellement interactif, sous réserve que ces éléments aient le même objet et que leur réunion soit nécessaire à l'unité de l'œuvre. Ils ne peuvent faire l'objet d'une vente séparée que s'ils sont destinés à former un ensemble ou s'ils en constituent une mise à jour.

Cet ensemble conserve la nature de livre lorsque la surface cumulée des espaces consacrés à la publicité et des blancs intégrés au texte en vue de l'utilisation par le lecteur est au plus égale au tiers de la surface totale de l'ensemble, abstraction faite de la reliure ou de tout procédé équivalent. ».

livre papier avec, selon le cas, quelques enrichissements tels que des liens hypertexte, des recherches plein texte, qui ne dénaturent en rien l'œuvre initiale. Une définition d'un tel contenu serait alors plus aisée et permettrait d'éviter que deux systèmes de prix, l'un imposé l'autre libre, coexistent pour un même contenu et ne conduisent à une éventuelle « cannibalisation » du livre papier par le livre numérique. L'éditeur resterait libre d'adopter des prix différents pour le livre papier et le livre numérisé.

Difficulté à réunir les conditions d'une exemption

126. La solution consistant en l'exemption individuelle *ex post* ou l'exemption collective *ex ante* par décret, suppose de réunir les conditions prévues dans l'article L. 420-4 I 2° du code de commerce, à savoir « *assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ». Les conditions sont sensiblement les mêmes en droit communautaire (article 101 § 3 du TFUE).
127. Pour réunir ces conditions, il convient de conduire un bilan économique des accords. Les accords seront examinés pour vérifier (i) s'ils contribuent à l'amélioration de la production ou de la distribution ou encore au progrès technique ou économique, (ii) à condition en outre qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit réservée aux utilisateurs, (iii) et que ces accords n'imposent pas d'inutiles restrictions ni qu'ils aboutissent, pour une partie substantielle des produits en cause, à l'élimination de la concurrence.
128. Sans préjuger d'une évaluation approfondie, il paraît difficile que des accords dans lesquels les éditeurs imposeraient un prix de vente aux détaillants puissent bénéficier de l'exemption au titre du progrès économique. Les objectifs annoncés par le ministère de la culture relèvent en effet plus d'objectifs d'intérêt général que de véritables justifications économiques.

Limites découlant du nécessaire volontariat des accords

129. Une autre difficulté que rencontrerait la solution contractuelle ou celle mixte se fondant sur des accords exemptés par décret, résiderait dans le fait qu'elle est fondée sur des accords entre les professionnels. Ceci implique que les professionnels du secteur aient la volonté de conclure des accords dans lesquels les éditeurs conserveraient la maîtrise du prix de vente final. Or, à ce jour, certains acteurs refusent le principe même de prix unique et pourraient donc ne pas signer des accords où ils se verraient imposer le prix de vente par les éditeurs. Ces acteurs sont souvent des acteurs importants pour les éditeurs, étant donné le volume de ventes qu'ils représentent et il est envisageable que, de ce fait, les éditeurs acceptent des accords particuliers avec ces gros opérateurs. Ainsi, pourraient coexister des accords dans lesquels des prix de vente sont imposés aux petits détaillants et des accords plus souples sans prix unique. Ces accords seraient soumis en quelque sorte au bon vouloir de ces gros opérateurs.
130. Ce problème de volontariat des accords s'illustre par l'exemple au Royaume Uni du Net book agreement (NBA), accord entre professionnels qui régissait le commerce du livre au Royaume-Uni depuis 1900, et qui a été suspendu en septembre 1995 par la Publishers' association du fait de la sortie de l'accord de deux grands groupes d'édition et d'une grande chaîne de librairie.
131. En raison de ce problème de volontariat, la solution du décret ne semble pas être une solution efficace à long terme si des détaillants devaient acquérir un fort pouvoir de

négociation. Cette limite vaut d'ailleurs également pour l'option consistant à imposer le prix unique par voie contractuelle.

2. LES SOLUTIONS CONTRACTUELLES

132. La notion de « contrat d'agence », seule solution contractuelle compatible avec la fixation du prix par l'éditeur, est d'abord présentée. Des exemples de clauses pouvant être compatibles avec cette notion de contrat d'agence sont ensuite passés en revue.

a. Les contrats d'agence

Présentation

133. Tant en droit interne qu'en droit communautaire, les ententes sur les prix sont considérées comme portant une atteinte grave à la concurrence. Pour qu'une entente soit prohibée tant en droit interne qu'en droit communautaire, un accord de volonté des parties à l'accord est nécessaire, ce qui implique une autonomie de leur volonté. Dans un contrat de mandat, le mandataire perd l'autonomie de sa volonté au profit du mandant. Les obligations imposées au mandataire quant aux contrats qu'il conclut pour le compte du commettant ne relèvent donc pas de l'article L. 420-1 du code de commerce ni de l'article 101§1 du TFUE.
134. Les contrats de mandat appartiennent, en droit communautaire, à la catégorie plus vaste des « contrats d'agence ». Les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales définissent les contrats d'agence de la manière suivante : « *Les contrats d'agence couvrent les cas dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est investie du pouvoir de négocier et/ ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de : l'achat de biens ou de services par le commettant ou de l'achat de biens ou de services fournis par le commettant* »²⁵.
135. Le facteur déterminant pour apprécier si un contrat rentre dans cette définition réside dans le risque commercial et financier que supporte l'agent en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. Ce risque doit être nul ou négligeable. Les contrats d'agence ne répondant pas strictement à cette condition peuvent tomber sous le coup de l'article 101§1 du TFUE (en cas d'affectation du commerce entre Etats membres). Dans cette hypothèse, les clauses de prix imposées sont en principe considérées comme anticoncurrentielles, comme indiqué plus haut.
136. Le Tribunal de première instance des communautés européennes a précisé, dans un arrêt du 15 septembre 2005, Daimler Chrysler²⁶ « *que les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant (...)* Dès lors, lorsqu'un agent, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique les instructions qui lui sont imparties par son commettant, les interdictions édictées par l'article 81, paragraphe 1, CE sont inapplicables dans les rapports entre l'agent et son commettant, avec lequel il forme une unité économique »²⁷. L'appréciation de l'applicabilité du droit des ententes à des contrats d'agence se fait donc au regard des risques supportés par l'agent et de son autonomie dans la détermination de sa stratégie commerciale.

²⁵ Point 12 des lignes directrices sur les accords verticaux précitées.

²⁶ Affaire T-325/01.

²⁷ Paragraphes 87 et 88.

137. En droit interne, l'Autorité de la concurrence apprécie les accords verticaux en utilisant le règlement d'exemption communautaire et les lignes directrices comme un « guide d'analyse utile ». Il en résulte que la qualification de contrat d'agence repose sur les mêmes bases en droit interne et en droit communautaire.
138. Il résulte de ce qui précède que des contrats entre éditeurs et détaillants contenant des clauses de prix imposés pourraient échapper à la prohibition des ententes à condition de pouvoir être qualifiés de « contrat d'agence » au sens de la définition qui précède.

Le contrat de mandat / de commission

139. Une solution envisagée dans la saisine consiste à favoriser la mise en place de contrats de mandat, dans lesquels les éditeurs ou distributeurs (mandants) fixeraient le prix de vente des livres numériques aux détaillants (mandataires). A noter qu'en droit français, ces contrats seraient plutôt qualifiés de contrats de commission et non de mandat, car dans le schéma envisagé, le détaillant agirait pour son compte et en son nom propre, et non pour celui de l'éditeur mandant.
140. Comme indiqué plus haut, ce type de contrat implique que le commissionnaire n'exerce pas d'activité économique indépendante en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. Concrètement, l'éditeur/ distributeur aura la capacité de fixer le champ d'activité du détaillant et sa stratégie commerciale, notamment en termes de prix et de conditions de mise à disposition des livres numériques.
141. Pour le livre « papier », le libraire dispose aujourd'hui de la liberté de faire sa sélection et de mettre en avant une œuvre plutôt qu'une autre. Dans sa saisine, le ministre souligne sa volonté de conserver ce principe pour le livre numérique : « *Il est, en effet, très important que les libraires, même mandataires, puissent conserver la pleine responsabilité de la sélection de leur assortiment et la promotion des ouvrages, responsabilité qui est le fondement même de leur rôle traditionnel dans l'économie de la création.* » Une exigence minimale formulée par le ministère de la culture serait que le mandant n'impose des obligations que pour son catalogue, et non sur sa mise en avant par le détaillant dans son assortiment.
142. C'est pourquoi le contrat de mandat en vigueur dans le secteur de la presse ne semble pas correspondre aux attentes d'une partie de la profession ; ce contrat ne laisse en effet aucune autonomie aux points de vente de presse dans l'élaboration de leur politique commerciale.
143. En réalité, l'objectif d'autonomie poursuivi par le ministre et certains acteurs interrogés est contradictoire avec l'essence même du contrat de mandat. Si un détaillant accepte d'être mandataire d'un éditeur ou distributeur, il devra perdre cette liberté de sélection et, dans une certaine mesure, de promotion.
144. Cette perte d'autonomie a conduit certains acteurs interrogés à indiquer qu'ils ne souhaitaient pas la mise en place de contrats de mandat. D'autres refusent la mise en place de tels contrats car ils sont opposés au fait même que ce soit l'éditeur qui fixe le prix des livres numériques quel que soit le mode de commercialisation (téléchargement intégral, consultation de page...). Certains acteurs du monde numérique estiment qu'ils sont plus à même de connaître les techniques de promotion des ventes sur internet que les éditeurs traditionnels du livre papier.

Le contrat de courtier / d'apporteur d'affaires

145. Une solution alternative au contrat de mandat ou de commission pourrait consister à séparer les fonctions de vendeur et de prescripteur du libraire. Il s'agirait de mettre en place des contrats entre les éditeurs ou distributeurs et les libraires dans lesquels ces

derniers ne concluraient pas de vente avec les consommateurs finals. Le rôle des sites Internet des libraires se limiterait à la promotion des œuvres, à un rôle de prescripteur de livres numériques, ce qui leur laisserait une plus grande autonomie dans le choix des œuvres mises en avant et dans leur promotion. L'internaute intéressé par l'achat d'une œuvre ainsi mise en avant sur le site d'un libraire cliquerait par exemple sur le lien apparaissant sur le site dudit libraire et serait renvoyé au site du distributeur ou de l'éditeur qui conclurait alors la vente. Le libraire toucherait ainsi une commission, par exemple, au nombre de ventes conclues par son intermédiaire et/ ou au nombre de clics.

146. Ce contrat de courtier ou d'apporteur d'affaires ne restreindrait pas a priori - cela dépendrait évidemment de son contenu et des pratiques observées - la concurrence et ne relèverait donc pas d'une entente anticoncurrentielle. Quelques contrats de ce type sont déjà en vigueur. Outre le fait de garantir une certaine liberté au libraire et de préserver son rôle de « passeur », ce type de contrat d'apporteur d'affaires présente aussi l'avantage de réduire l'investissement à réaliser par les libraires qui souhaiteraient se lancer dans la commercialisation de livres numériques. Les coûts de mise en place d'un tel site seraient moindres que ceux occasionnés par l'établissement d'un site de vente. Cependant, ce contrat, sauf clauses contraires, pourrait aller à l'encontre du souhait des libraires de garder la maîtrise de leurs fichiers clients afin d'éviter que l'éditeur/ distributeur ne se passe d'eux en utilisant directement ce fichier.

Conclusion

147. Aucune solution contractuelle ne permet de reproduire, pour le livre numérique, les relations actuellement en vigueur entre détaillants et éditeurs ou distributeurs pour le livre « papier ». Seule la maîtrise du prix par le libraire est compatible avec l'objectif de permettre à ce dernier de conserver la pleine responsabilité de la sélection de son assortiment et de la promotion des ouvrages qu'il est amené à vendre. La fixation du prix par l'éditeur implique quant à elle, ou bien une perte d'autonomie du libraire (hypothèse du contrat de mandat ou de commission), ou bien une séparation entre les fonctions de prescripteur et de vendeur aujourd'hui assumées par ce dernier (hypothèse du contrat de courtier ou d'apporteur d'affaires).
148. Il reviendra au ministre de la culture et de la communication d'estimer, au vu notamment du présent avis, les avantages et les inconvénients des différentes solutions contractuelles possibles.

b. Exemples de clauses pouvant relever d'un contrat d'agence

149. Dans ce qui suit, sont examinées les conditions dans lesquelles des contrats entre détaillants et éditeurs ou distributeurs peuvent respecter les exigences d'un vrai contrat d'agence. Etant conduite dans le cadre d'un avis, l'analyse reste générale. Une analyse au cas par cas tenant compte de la réalité économique devra être menée au vu des clauses contractuelles et des pratiques constatées.
150. Cet examen répond à la demande du ministre de voir préciser « *les conditions dans lesquelles [des contrats de mandat] pourraient être mis en place entre éditeurs de fichiers numériques et libraires, sans risque d'être prohibés par le droit de la concurrence ni d'être requalifiés par le juge* ». Il ne s'agit aucunement pour l'Autorité de la concurrence d'encourager les acteurs à déformer artificiellement le cadre de leurs relations dans le but de respecter un formalisme juridique qui ne refléterait pas une réalité économique et commerciale.

Risque commercial et financier négligeable

151. Les lignes directrices²⁸ sur les restrictions verticales prévoient que le risque commercial et financier de l'agent soit négligeable en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné. « *Deux types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour l'appréciation de la véritable nature d'un contrat d'agence : tout d'abord les risques directement liés aux contrats conclus et/ ou négociés par l'agent pour le compte du commettant (...); ensuite les risques liés aux investissements spécifiques au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et / ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables s'ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou si les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes lors de l'abandon du domaine d'activité considéré* »²⁹. Ces deux types de risques doivent être négligeables pour l'agent. On considère alors que l'agent n'exerce pas d'activité économique indépendante en ce qui concerne les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné.
152. De manière générale, les obligations suivantes vont plutôt dans le sens d'un vrai contrat d'agence si elles sont supportées par le mandant (éditeur ou distributeur) : stockage des fichiers numériques, fonctionnement de la plateforme de distribution (à distinguer du site internet de vente en ligne)... en fonction de la nature des obligations à la charge du e-libraire. Les risques commerciaux et financiers sont variables, le secteur étant pour l'instant très mouvant. Ils dépendent de la taille du détaillant, de la préexistence ou non d'un site internet de vente en ligne, de la solution choisie.
153. Dans le cadre des contrats de mandat envisagés pour le livre numérique, les détaillants, dans un monde dématérialisé dans lequel les éditeurs ne souhaitent pas leur transférer les fichiers, ne seront pas propriétaires des fichiers, ce qui va dans le sens d'un véritable contrat de mandat.
154. D'autres obligations sont de nature à rendre plus difficile la qualification de contrats d'agence.. En premier lieu, le détaillant « *ne devra pas être tenu, directement ou indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes de l'éditeur ou diffuseur*³⁰ ». La diffusion par le mandant de sa PLV numérique à charge pour le détaillant de l'utiliser ne semble pas exiger un investissement de la part du détaillant et pourrait donc être envisageable.
155. De même, la création et l'exploitation « *d'un service après-vente* » devront être « *remboursé[es] intégralement par le commettant* ». Un service clientèle « front office » pour aider le client avant la vente paraît en revanche relever des obligations du détaillant en tant que mandataire. Transférer la responsabilité complète du SAV au détaillant pourrait d'autant plus être contesté que seul l'éditeur ou le distributeur assurera l'hébergement des fichiers effectivement transférés.
156. Le fait pour le détaillant de réaliser « *des investissements spécifiques au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel* » pourrait faire perdre la qualité de contrat d'agence. Il pourrait en être ainsi de la mise en place *ab initio* d'un site Internet pour la vente de livres numériques nécessitant un investissement de plus ou moins grande ampleur selon que le détaillant décide d'utiliser une plateforme de vente en « marque blanche » fournie par un autre prestataire ou préfère créer sa propre plateforme numérique.

²⁸ Points 12 à 20 des lignes directrices précitées.

²⁹ Point 14 des lignes directrices précitées.

³⁰ Point 16 des lignes directrices précitées.

Dans certains cas, le détaillant dispose préalablement d'un site Internet de vente en ligne pour les livres papier, les investissements pour la rendre interopérable avec la vente de livres numériques seront probablement moins élevés. De même, une mutualisation des coûts liés à la création et gestion d'un site de vente en ligne peut être gérée en passant par une offre commune d'un regroupement de libraires ou d'un syndicat (exemple de l'initiative du SLF mais non encore opérationnelle). Les coûts d'un tel site seront sans doute réduits au vu des évolutions technologiques futures.

157. Les contrats de mandat ne devront pas faire assumer au détaillant « *la responsabilité en cas de non exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée* ». Ainsi, le fait que le détaillant garantisse le bon paiement ou se porte du croire du client final pourrait aller à l'encontre de cette exigence. Le fait de faire supporter tous les frais d'un litige avec le client final concernant le téléchargement d'œuvre numérique sans distinguer ce qui relève d'une éventuelle faute du détaillant est contraire à la notion de véritable contrat d'agence.
158. Les lignes directrices indiquent³¹ que « *si l'agent assume un ou plusieurs des risques et coûts précités, l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au contrat d'agence comme à tout autre accord vertical* ».

Autonomie limitée

159. Pour que les relations entre les différents étages de la filière relèvent d'un contrat de mandat, l'éditeur/ distributeur devra avoir la capacité de fixer le champ d'activité du détaillant et être à même de déterminer sa stratégie commerciale parmi lesquelles le prix et les conditions auxquels le détaillant devra vendre les livres numériques. En ce sens, les détaillants mandataires formeront une même unité économique avec le mandant.
160. Les obligations suivantes vont dans le sens d'un véritable contrat de mandat : le fait que le diffuseur décide seul de l'offre de livres numériques commercialisés par le détaillant, l'obligation pour le détaillant de commercialiser sur son site Internet l'ensemble des livres numériques transmis par le diffuseur, la possibilité de retrait d'un livre numérique, l'agrément de la plateforme commerciale du détaillant ou la détermination des conditions techniques de téléchargement, le respect du prix de vente défini par l'éditeur corrélé de l'interdiction de pratiquer de sa propre initiative rabais, remise ou ristourne, la maîtrise et le contrôle des opérations promotionnelles par le mandant, le respect des dates de mises à disposition définies par le mandant, l'obligation d'utiliser la PLV mise à disposition par le mandant.
161. Cette dernière obligation n'empêcherait pas en principe le détaillant d'avoir une politique d'animation des ventes, choisissant parmi l'ensemble des PLV à sa disposition, les titres qu'il souhaite promouvoir, sauf ordre contraire d'un mandant. Le libraire devra se distinguer des autres détaillants en proposant un vrai service de qualité notamment en termes de conseil et d'animation de son site de vente en ligne. Cette qualité de service est aussi dans l'intérêt de l'éditeur qui voit certains de ses ouvrages promus grâce à certains libraires, les titres confidentiels ne développant leur diffusion que grâce au travail des libraires sur les ouvrages de fonds. Le numérique peut prolonger la disponibilité de certains ouvrages dont la réimpression coûte cher.
162. La question de la qualification d'un contrat de mandat se pose concernant la possibilité pour le détaillant de pouvoir refuser de commercialiser certains titres contraires à son

³¹ Point 17 des lignes directrices précitées.

éthique et du refus de ce dernier de transférer ses fichiers clientèles aux éditeurs ou distributeurs.

IV. Synthèse et recommandations

163. S'il ne fait pas de doute que la transition vers le numérique aura un impact sur les acteurs de la chaîne traditionnelle du livre, il est impossible de prévoir, à un stade aussi peu avancé du marché, ce que sera demain un livre numérique ni les modalités selon lesquelles il sera mis à disposition du public. Sans contester la légitimité qu'il peut y avoir à s'interroger sur la politique culturelle adéquate pour le livre numérique, il convient, dans ce cadre, de garder à l'esprit le caractère tout à fait embryonnaire de ce marché. A cet égard, **l'Autorité de la concurrence estime qu'il est primordial de permettre aux acteurs d'innover et de tester le marché**, et par conséquent de ne pas mettre en place de façon prématurée un cadre qui pourrait se révéler trop rigide ou rapidement obsolète, et qui risquerait au final de ralentir le développement du marché.
164. **Le contexte dans lequel intervient la demande du ministre est par ailleurs très différent de celui qui a présidé à l'adoption de la loi Lang en 1981.** Non seulement le livre « papier » était alors un produit mature, contrairement à la situation actuelle du livre numérique, mais encore les objectifs qui ont guidé l'adoption d'un régime de prix unique pour le livre papier ne semblent pas directement transposables au livre numérique. D'une part, la densité du réseau de libraires sur le territoire ne paraît pas pouvoir constituer un facteur d'accessibilité des consommateurs au livre numérique, celui-ci ayant vocation à être mis à disposition en ligne. D'autre part, la diversité de la création et sa mise en avant auprès du public paraissent pouvoir être naturellement favorisées dans un monde numérique, pour au moins deux raisons : (i) la diminution du coût d'édition, de traduction et de diffusion des ouvrages et (ii) le phénomène de « longue traîne », qui favorise la coexistence d'un nombre considérable de références et parfois l'émergence de marchés de niche.
165. Pour autant, l'exemple du Royaume-Uni et des Etats-Unis tend à indiquer que les pays sans système de régulation des prix du livre papier ont vu le nombre de libraires diminuer et des acteurs puissants émerger. Le précédent de la musique en ligne montre également que des positions fortes et durables peuvent se prendre rapidement sur ce type de marché, que ce soit par le biais d'exclusivités techniques ou commerciales, ou simplement par des innovations déterminantes, susceptibles de conférer un avantage de *first mover*.
166. Or, il n'est pas à exclure que la prééminence d'un seul ou d'un petit groupe d'acteurs puisse structurer fortement la chaîne du livre numérique. Des éditeurs largement soumis aux conditions des détaillants pourraient être conduits à concentrer leur activité sur les ouvrages grand public, au détriment des ouvrages plus difficiles et plus confidentiels. Compte tenu de la capacité parfois limitée du droit de la concurrence à intervenir de façon préventive sur un marché naissant, **il peut être légitime, au nom de l'objectif de maintien de la diversité éditoriale, de chercher à limiter les risques d'une préemption rapide du marché par un acteur ou un petit nombre d'acteurs.**
167. **Les premiers développements du marché ne permettent cependant pas de prédire qu'un tel scénario de préemption soit le plus probable.** Si un acteur comme Amazon semble promouvoir, au moins pour certains fichiers, un système où le détaillant fixe un prix standardisé sur le marché et met en place des exclusivités techniques entre les fichiers et les tablettes de lecture, il apparaît que Google, qui doit lancer son service dans le courant de l'année prochaine, semble privilégier un système techniquement ouvert et interopérable, dans lequel les éditeurs auraient la faculté de fixer le prix.

168. La coexistence des différents modèles offre une garantie raisonnable de ne pas voir le marché se structurer de manière irréversible selon un schéma défavorable à la diversité éditoriale, tout en permettant aux acteurs d'innover et de tester le marché. C'est pourquoi **l'Autorité de la concurrence recommande qu'une période d'observation soit respectée, durant laquelle aucun dispositif spécifique ne serait défini pour le livre numérique et dans laquelle les différents modèles pourraient cohabiter** (fixation des prix par le détaillant ou par l'éditeur, système technique ouvert ou fermé). Une période d'un à deux ans permettrait d'évaluer les différents modèles et de bénéficier, au terme de cette phase d'observation, de retours d'expérience pour envisager la suite. Cette période pourrait également être mise à profit pour mener des réflexions sur les modes de rémunération des auteurs dans un monde numérique.
169. Comme le demandait le ministre de la culture et de la communication dans sa saisine, l'Autorité de la concurrence a par ailleurs examiné, dans le cadre du présent avis, plusieurs solutions susceptibles de permettre la mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique, c'est-à-dire d'un schéma dans lequel l'éditeur peut imposer le prix au détaillant. Dans cet examen, l'Autorité relève deux difficultés, communes à l'ensemble des solutions : (i) la pratique de prix imposé constituant une entrave particulièrement lourde aux règles de concurrence, elle ne paraît pouvoir être mise en œuvre que dans le cadre d'une relation dite « d'agent », dans laquelle le détaillant agit essentiellement pour le compte de l'éditeur (ou d'un intermédiaire – le distributeur) (ii) dans le secteur de la vente en ligne, un schéma de prix imposé n'est viable qu'à condition d'être mis en place à l'échelle internationale et notamment communautaire, ce qui paraît exclure toute forme d'intervention réglementaire ou législative.
170. Le contrat de mandat, ou plus précisément de commission, apparaît ainsi comme une solution possible. Dans ce cadre, les relations contractuelles entre éditeurs (ou distributeurs) et détaillants devront cependant se conformer pleinement aux exigences d'un véritable « contrat d'agence » afin de respecter le droit de la concurrence. Ceci implique la perte d'autonomie du libraire, qui ne pourra jouer son rôle de prescripteur que dans les limites que lui autorisera son mandant (éditeur ou distributeur), dont il est chargé d'appliquer la stratégie commerciale. Une variante pourrait consister à ce que le libraire joue un rôle de courtier ou d'apporteur d'affaires, dans lequel il ne réaliserait pas nécessairement la vente. Dans tous les cas, ce schéma contractuel ne paraît répondre que partiellement aux objectifs du ministre de permettre aux libraires de conserver la pleine responsabilité de la sélection de leur assortiment et la promotion des ouvrages.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Chloé Balas et l'intervention de M. Sébastien Soriano, rapporteur général adjoint, par Mme Anne Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Laurence Idot et Carol Xueref ainsi que M. Denis Payre, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot