

Vol. 27, n° 3

Problématique du contrat de distribution du livre électronique sur le marché japonais – Le marché du livre au Japon

Tomoko Inaba*

Introduction	1209
1. Le contrat liant l'auteur et l'éditeur	1210
1.1 Le contrat de publication post-réforme de 2014	1212
1.2 Une controverse persistant jusqu'à l'achèvement de la réforme	1214
2. Le contrat entre l'éditeur et le distributeur	1216
2.1 La fixation du prix de revente pour les livres sous format papier	1217
2.2 La règle du prix applicable aux livres électroniques	1219

© Tomoko Inaba, 2015.

* L'auteure est avocate à la Cour et pratique le droit chez Shou Law Office de Tokyo. L'auteure tient à remercier Bruno Gavel, juriste de formation diplômé du Master Droit comparé / droits étrangers de l'université Panthéon-Assas de Paris pour la vérification de la version française de son article.

Introduction

En 2013, le chiffre d'affaires des livres numériques, au sein du marché japonais, a atteint la somme de quatre-vingt-treize milliards six cents millions de yens et celui des magazines numériques sept milliards sept cents millions de yens¹, soit un montant total cumulé pour l'édition électronique avoisinant les cent un milliards trois cents millions de yens. Au cœur même de ce secteur de l'édition numérique, le marché des plateformes de téléchargement en ligne progresse rapidement tandis que celui du livre numérique destiné à l'ordinateur s'est drastiquement réduit. D'un autre côté, les chiffres d'affaires des livres et des magazines sous format papier, s'élèvent respectivement à sept cent quatre-vingt-cinq milliards cent millions et huit cent quatre-vingt-dix-sept milliards deux cents millions de yens, soit un montant total, pour l'édition imprimée, de mille six cent quatre-vingt-deux milliards trois cents millions de yens. De fait, le volume du marché des livres et magazines sous format papier demeure toujours considérablement important. Cependant, celui-ci connaît une diminution constante par rapport à son pic de 1996, estimé à deux mille six-cent-cinquante-six milliards quatre cents millions de yens, représentant ainsi une diminution de 37 %².

Corrélativement à l'accroissement très rapide du marché des livres numériques et la diminution continue de celui des livres et magazines sous format papier, le nombre des librairies vient à décroître lui aussi, passant de 21,495 points de vente en 2000 à 14,241 en 2013. À l'inverse, plusieurs sociétés ont, les unes après les autres, fait le choix d'entrer sur le marché des distributeurs en ligne. La concurrence est devenue féroce entre les plateformes de téléchargement en ligne qui, à l'origine, ne sont pas des maisons d'édition, telles iBookstore, Kindlestore ou Google Play books, et les plateformes de téléchargement japonaises, telles Kobo, Kinoppy ou Honto. En octobre 2013, la part du marché de Kindlestore représentait 55,2 %, iBookstore arrivait en deuxième position avec un volume de

1. En ligne : <<https://www.impressbm.co.jp/news/140624/ebook2014>>.

2. En ligne : <<http://www7b.biglobe.ne.jp/~yama88/info.html>>.

vente de 17,5 %, Kinoppy, géré par la chaîne japonaise de librairies Kinokuniya, 13,5 %, et Kobo, géré par le site de commerce en ligne japonais Rakuten, 11,9 %³. Concernant les maisons d'édition, à l'instar des librairies, leur nombre est également en constante diminution, 3,588 maisons ayant été dénombrées en 2013, pour 4,424 en 2001. De fait, les plus touchées sont les petites et moyennes maisons d'édition qui ne sont pas en mesure de s'adapter et supporter la concurrence de l'édition numérique⁴.

À l'heure où l'édition numérique semble sur le point de remplacer l'édition papier, le législateur japonais a décidé, durant le courant de l'année 2014, de modifier les dispositions portant sur le contrat d'édition entre l'éditeur et l'auteur, au sein de la Loi sur le droit d'auteur⁵ afin que l'éditeur puisse faire face aux bouleversements créés par l'édition numérique⁶. Ainsi, si ces dispositions sur le contrat d'édition concernant l'auteur et la maison d'édition ont permis, pour l'heure, de résoudre certains points en amont, la question du contrat de distribution entre l'éditeur et la plateforme de téléchargement en ligne, en aval, reste toujours en suspens.

1. Le contrat liant l'auteur et l'éditeur

En terme de protection ou de droits accordés à l'éditeur – chaque pays ayant son propre système juridique – cette matière constitue, de fait, l'un des domaines ne faisant pas l'objet d'une unification sur le plan international.

En 1934, le législateur nippon introduisit dans l'ancienne Loi sur le droit d'auteur un système dit de l'« établissement du droit de publication ». Ce système consistait à créer un régime de contrat spécial par lequel l'auteur accorde un droit de publication, de la nature d'un droit réel, pour l'édition, à destination de la partie contractante, à savoir l'éditeur. À la conclusion d'un contrat de publication avec un titulaire de ce droit, l'éditeur jouit alors d'un droit exclusif de reproduire un texte original de l'œuvre, par écrit ou tirage via procédé typographique, ou tout autre processus mécanique ou chimique, aux fins de distribution. Eu égard à l'importance du rôle joué par l'éditeur, chargé de la confection et de la publication, ce régime éta-

3. En ligne : <<http://ascii.jp/elem/000/000/867/867324/index-2.html>>.

4. En ligne : <<http://www.lbook.co.jp/>>.

5. En ligne : <<http://www.cric.or.jp/english/clj/index.html>>.

6. Loi n° 35-2014, adoptée le 25 avril 2014 et publiée le 14 mai 2014.

blit ainsi un droit réel semblable à un usufruit né du contrat de publication, différent des droits voisins du droit d'auteur.

En dehors de cette possibilité qu'offre l'« établissement du droit de publication par voie de contrat » sous les conditions de l'article 79 et suivants du Chapitre III, « Droit de publication », de la loi du 6 mai 1970 sur le droit d'auteur, l'éditeur souhaitant contracter avec le titulaire du droit peut opter pour i) soit un contrat de licence basé sur le droit commun du contrat et l'article 63 de la loi du droit d'auteur, ii) soit un contrat de cession du droit d'auteur ou de reproduction.

Or, au Japon, sauf stipulation contraire prévue par la loi, la présence d'un contrat écrit n'est pas, en principe, une condition nécessaire à la formation du contrat, ces trois types de contrats ne faisant pas exception. De nos jours, la tendance est à la raréfaction des contrats non écrits, même si ceux-ci restent encore nombreux. Cependant, l'interprétation par laquelle un contrat non écrit produirait un effet réel, d'après la volonté tacite des parties contractantes, n'étant pas conforme, il convient en général, d'après la jurisprudence, de considérer celui-ci comme un contrat de licence.

À la différence des pratiques existant dans d'autres pays en ce domaine, au Japon, la conclusion d'un contrat de cession des droits d'auteur ou de reproduction entre l'éditeur et l'auteur est plutôt rare. Ainsi, avant la réforme de 2014, ce système de l'« établissement du droit de publication », inadapté dans le cadre de l'édition numérique, était délaissé par les parties contractantes en raison du manque de liberté que celui-ci offrait, notamment du fait que, entre autres, la sous-licence n'était pas autorisée, le contrat de licence prévalant.

Cependant, le licencié, même exclusif, ne jouissant pas du droit d'auteur et n'ayant pas, de ce fait, la faculté d'agir en cas de contrefaçon, la plupart des éditeurs ne pouvaient pas déposer d'action en contrefaçon. Par ailleurs, même si l'éditeur pouvait agir en cas de contrefaçon sur la base du contrat de publication, il ne faisait pas cesser la reproduction au sein du serveur et la mise à disposition du public en ligne, car la loi prévoyait que l'objet du contrat en matière de droit de reproduction ne concernait que les textes et dessins originaux d'une œuvre mise par écrit ou par procédé de tirage typographique ou similaire.

Face aux problèmes pratiques mentionnés ci-dessus, diverses propositions ont été faites, pendant l'examen de la réforme de cette loi, afin de faire face à l'évolution née de l'édition numérique, pour

finale­ment aboutir à la modification du régime du contrat de publi­cation en élargissant son champ d'application à l'édition numérique.

1.1 Le contrat de publication post-réforme de 2014

La loi a été modifiée en 2014 pour que non seulement l'édition par procédé typographique mais aussi l'édition numérique consti­tuent l'objet d'un contrat de publication.

Il existe deux formes de distribution commerciale pour les livres numériques : d'une part, celui mis sur le marché sous forme de support numérique tel, entre autres, le CD-ROM (les livres numé­riques sous forme de paquets)⁷ et, d'autre part, celui distribué par voie de transmission de données en ligne (livres électroniques sous forme de transmission de données en ligne)⁸. Le droit de publication concernant la première forme de distribution est prévu au 1^o de l'article 80, alinéa 1, alors que la seconde dépend du 2^o du même alinéa.

Le titulaire du droit de publication dispose désormais, selon les stipulations figurant au contrat – outre le droit exclusif de reproduction d'un texte original d'une œuvre sur un support papier aux fins de distribution qui existait déjà –, du droit exclusif de reproduction d'une œuvre originale, enregistrée sur un dispositif de stockage, visualisable sur l'écran d'un ordinateur ainsi que la distribution des exemplaires, ou le droit exclusif de transmission des données en ligne auprès du public en utilisant un exemplaire enregistré sur un dispositif de stockage.

L'objet du droit de publication se définit comme une œuvre originale éditée sous forme d'un texte ou d'une image, ou affichée sur un écran, ce qui signifie, *de facto*, que les disques sonores et audiovisuels sont exclus de son champ d'application.

Sauf stipulation contraire figurant expressément dans le contrat de publication, le titulaire du droit mentionné au 1^o de l'article 80 alinéa 1 doit respecter l'obligation de publier, de façon conti-

7. Œuvre enregistrée sur un dispositif de stockage utilisant un ordinateur pour être affiché à l'écran sous la forme d'un écrit ou d'une image et vouée à la distribution au public des exemplaires enregistrés sur ce dispositif (article 79 alinéa 1, 1^o de l'article 80 alinéa 1).

8. Œuvre enregistrée sur un dispositif de stockage utilisant un ordinateur pour être affiché à l'écran sous la forme d'un écrit ou d'une image et vouée à la transmission de données en ligne des exemplaires enregistrés sur ce dispositif au public (article 79 alinéa 1, 2^o de l'article 80 alinéa 1).

nue, une œuvre dans un délai de 6 mois à compter du jour de la remise du manuscrit final et le titulaire du droit stipulé au 2^o de l'article 80 alinéa 1 doit, lui, respecter l'obligation de transmettre les données en ligne, à la disposition du public, de façon continue, au jour de la délivrance de ce manuscrit final, en contrepartie du droit réel qui lui a été conféré (article 81). Dans les deux cas, les droits de publication expirent, sauf stipulation contraire figurant expressément dans le contrat, à la fin d'une période de 3 ans à compter du premier acte de publication (article 83).

Si, avant la réforme, le détenteur du droit de publication se voyait interdire le consentement d'une sous-licence de reproduction, la réforme autorise désormais, suivant l'accord du titulaire du droit d'auteur, à ce que celui-ci puisse consentir, sous forme de sous-licence, la reproduction ou la transmission de données au public des plateformes de téléchargement (article 80 alinéa 3). Le contrat conclu entre le titulaire du droit de publication et le tiers conformément à la loi est un contrat de concession et la règle sur le contrat de licence stipulé dans la Loi du droit d'auteur s'applique (article 80 alinéa 4, article 63). Le concessionnaire peut utiliser une œuvre faisant l'objet d'une autorisation selon la manière et les conditions qui lui ont été accordées (article 63 alinéa 2) mais ne peut pas céder le droit d'exploitation sans consentement du titulaire du droit de publication (alinéa 2 du même article). De fait, si le concessionnaire mettait un contenu à la disposition du public en ligne un nombre de fois supérieur à celui qui a été déterminé dans le contrat passé avec le titulaire du droit ou s'il enregistrerait ce contenu sur un autre serveur que celui déterminé dans le contrat passé avec le titulaire du droit, cela ne constituerait alors qu'une violation des termes du contrat, et non un acte de contrefaçon (alinéa 5 du même article).

À moins que la plateforme de téléchargement en ligne ne conclue directement un contrat de publication avec l'auteur ou un contrat de cession du droit d'auteur, le détenteur du droit de publication ne pourra pas agir en justice à l'encontre du « contrevenant » ou de la plateforme de téléchargement autre que celle présente au contrat en vue d'interdire la publication en raison même du fait qu'il a reçu l'autorisation d'utiliser l'œuvre par le biais d'une licence.

En outre, si l'établissement du droit de publication n'a pas été enregistré⁹, cet établissement du droit ne sera pas opposable aux

9. En ligne : <http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/seidokaisetsu/toroku_seido/faq.html>.

tiers. Dans le cas présent, le tiers correspond à toute autre personne que la partie contractante ou l'ayant droit, qui revendique d'un intérêt légitime le fait que l'enregistrement fasse défaut (article 88). Or, puisque celui qui reproduit sans autorisation une œuvre ne correspond pas à cette définition du tiers, le titulaire du droit de publication peut agir en contrefaçon ou en réparation du préjudice causé à l'encontre d'un contrefacteur n'ayant pas procédé à l'enregistrement. Cependant, dans le cas où le droit de publication a été attribué à plusieurs éditeurs, et qu'il n'y a pas eu d'enregistrement préalable, ces derniers ne peuvent mutuellement agir l'un contre l'autre en contrefaçon ou en réparation du préjudice causé.

1.2 Une controverse persistant jusqu'à l'achèvement de la réforme¹⁰

Jusqu'à ce que la mesure précédemment mentionnée soit finalement mise en œuvre, d'autres projets furent discutés et étudiés au cours de cette réforme, dont, notamment, la création d'un nouveau droit voisin, l'introduction d'un droit à agir en cas de contrefaçon conféré à des concessionnaires exclusifs ou l'emploi d'un contrat de cession sans modification de la loi.

La première solution envisagée fut celle de créer un nouveau droit voisin du droit d'auteur. Ce droit voisin aurait consisté à conférer à celui qui aurait réalisé une publication d'une œuvre, indépendamment du détenteur du droit d'auteur, le privilège d'octroyer une licence de publication à un tiers ou d'intenter une action en contrefaçon. Bien que les éditeurs japonais aient insisté pour que ce droit soit établi, le législateur renonça finalement à l'inclure dans la réforme.

L'essence de la protection du droit voisin réside dans les deux raisons suivantes : premièrement, considérer que ce qui fait l'objet de la protection du droit voisin l'est au titre d'une « quasi-originalité » ; deuxièmement, estimer que celui qui communique une œuvre au public a la qualité d'être protégé. Certes, il peut sembler que l'éditeur satisfasse à ces deux critères de protection en raison même de la « quasi-originalité » inhérente à son travail d'édition et de la prise en charge, à ses frais, de la présentation de l'œuvre au public.

À titre indicatif, la loi anglaise attribue à l'éditeur un droit d'auteur sur l'arrangement typographique de l'édition publiée dis-

10. En ligne : <http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/shuppan/h25_01/pdf/shiryo_3.pdf>.

tinct du droit d'auteur pour une œuvre (articles 8 et 15 du *Copyright, Designs and Patents Act* 1988¹¹). Cependant, les maisons d'édition sont particulièrement nombreuses au Japon et leur envergure varie. Par conséquent, toutes ne démontrent pas cette forme de « quasi-originalité » dans leur édition et la prise en charge de la communication d'une œuvre au public peut être particulièrement variable.

Du côté des auteurs, ceux-ci s'opposaient fortement à ce qu'un droit voisin soit accordé à l'éditeur. En effet, il n'aurait pas été possible de faire la distinction entre le manuscrit, dont le droit d'auteur appartiendrait à l'auteur, et l'impression, dont le droit voisin appartiendrait à l'éditeur (en particulier, celui des *mangas*). De plus, certains auteurs craignaient que l'éditeur puisse agir librement en intentant une action en contrefaçon sans consultation de l'auteur. Enfin, face au risque d'augmentation des dépenses en raison de la pluralité des titulaires du droit, voire même celui de se retrouver face à une absence d'autorisation, le législateur ne se montra pas favorable à l'idée d'établir un nouveau droit voisin.

La deuxième proposition était de donner au concessionnaire exclusif du droit de publication le droit d'intenter une action en contrefaçon. Cette solution n'a pas été retenue par le législateur. Dans le système juridique japonais, le concessionnaire, même exclusif, d'un brevet, d'une marque et d'une œuvre ne dispose pas du droit d'agir en contrefaçon. Ainsi, le législateur ne trouvait aucune raison justifiant que seul le concessionnaire exclusif dans le domaine de l'édition puisse bénéficier d'un traitement préférentiel. À titre d'information, il existe cependant, dans la jurisprudence, des cas où la demande de cessation de la contrefaçon, déposée par le concessionnaire, au lieu du titulaire du droit, ont été admises, par voie d'action oblique.

La dernière solution envisagée était, sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures au niveau de la loi, de se familiariser avec la pratique du contrat de cession, qui restait rare jusqu'à maintenant, en délaissant la pratique actuelle des contrats de concession. Cette solution est celle qui a été adoptée par de nombreux pays dans lesquels il n'existe pas de dispositions législatives particulières pour la protection des éditeurs.

Avec le contrat sur l'établissement du droit de publication maintenant modifié, il est possible d'envisager dorénavant le déve-

11. En ligne : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/8>>.

loppement de l'édition numérique. Cependant, même si le législateur a donné une nouvelle arme de droit réel à l'éditeur pour lutter contre la contrefaçon, la sévérité que démontre ce dernier à l'encontre des contrefacteurs reste, à l'heure actuelle, un fait opaque et dont il faudra attendre le plein développement de l'activité pour en tirer des conclusions.

De fait, il apparaît notamment que sa mise en œuvre sur les territoires étrangers ne soit pas effective. S'agissant de la loi applicable à l'exécution du droit d'auteur, il est courant que ce soit celle du pays où la protection est réclamée qui s'applique (article 5 alinéa 2 de la Convention de Berne). Cependant, le droit dont l'éditeur peut jouir n'est pas internationalement unifié. Même si l'éditeur et l'auteur ont conclu un contrat de publication conformément à la loi japonaise, un doute reste sur le fait que l'éditeur puisse ne pas bénéficier d'une protection suffisante dans un pays où n'existerait pas un régime similaire à celui existant au Japon.

Les contenus japonais rencontrant du succès au niveau international, à l'instar, par exemple, des *mangas*, sont traduits immédiatement après leur publication en langues étrangères et diffusés au public en ligne. Il apparaît alors que le contrat de cession soit plus efficace que le contrat d'établissement du droit de publication en terme d'application au niveau international, en particulier dans les pays où le régime de protection accordée à l'édition n'est pas le même. Les auteurs et les éditeurs japonais se montrent ainsi tous les deux réticents à la mise en œuvre de leur droit à l'étranger et cette tendance pourrait malheureusement se poursuivre.

2. Le contrat entre l'éditeur et le distributeur

Le problème au sujet de la concurrence sur le contrat entre l'éditeur et le distributeur (en l'occurrence, la plateforme de téléchargement) n'a manifestement pas encore été soulevé sur le marché japonais du livre électronique, comme cela est le cas en ce moment aux États-Unis¹² et en Europe¹³.

12. En ligne : <<http://la-rem.eu/2013/12/18/apple-juge-coupable-dentente-illegale-sur-le-marche-du-livre-numerique/>>.

<<http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>>.

<<http://www.justice.gov/atr/cases/f299200/299275.pdf>>.

13. En ligne : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39847/39847_26804_4.pdf> et <europa.eu/rapid/press-release_IP-13-746_fr.pdf>.

Le point de départ de cette problématique remonte à la pratique d'Amazon, qui avait abaissé le prix des livres électroniques au détail à 9,99 dollars. Pour faire face à cette manœuvre stratégique, Apple et cinq grandes maisons d'édition ont modifié leur contrat initialement fondé sur un modèle de distribution en gros en un contrat d'agence, selon lequel le prix au détail serait déterminé par les maisons d'édition, en combinaison avec une clause dite « de la nation la plus favorisée (NPF) », en vue d'augmenter le prix de vente au détail des livres électroniques. Le 10 juillet 2013, la United States District Court Southern District of New York a décidé que l'entente conclue entre Apple et ces cinq maisons d'édition constituait une entente illícite. Alors que les éditeurs avaient trouvé un arrangement avec le Département de la Justice avant la décision rendue, la société Apple, elle, a fait appel de cette décision.

L'autorité japonaise de la concurrence (JFTC), elle, s'en remet actuellement au principe de la liberté contractuelle et de la libre concurrence relativement à ce problème. La question soulevée ici est alors de savoir si la même pratique se fait sur le marché japonais du livre électronique. La JFTC pourrait-elle alors commencer le même type d'enquête sur cette pratique ? Celle-ci pourrait alors se référer et être influencée par les débats qui ont entouré la fixation du prix de revente pour les livres sous format papier.

2.1 La fixation du prix de revente pour les livres sous format papier

La loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947 ou loi anti-monopole (*Antimonopoly Act*¹⁴) interdit la pratique de la fixation du prix de revente (article 19 ; article 2, alinéa 9, 4°). Celle-ci est illégale, sauf raison légitime, étant qualifiée de pratique commerciale déloyale en raison de l'entrave à la concurrence qu'elle constitue en éliminant les prix concurrentiels de mêmes marques entre les distributeurs. Pourtant, les six produits suivants, livres, journaux, magazines, disques, bandes magnétiques et disques compacts pour l'enregistrement de la musique, dans la seule limite de cette liste, sont exemptés de cette règle sur la fixation du prix de revente. Ainsi, l'éditeur peut imposer aux distributeurs un prix au détail fixe pour les livres (article 23).

14. En ligne : <http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html>.

Les partisans de l'exemption pour les livres la justifient par les deux raisons principales suivantes : le maintien de la culture sans disparité entre les régions et la protection de la diversité culturelle. La pratique de la fixation du prix de revente permettrait à quelque librairie que ce soit, s'installant n'importe où sur le territoire, de fournir des livres à un prix unique, quelle que soit la région. Cette pratique serait ainsi considérée concurrentielle car elle assurerait un développement uniforme de la culture sur l'ensemble du territoire. En plus, cela permettrait également aux auteurs de maintenir leur niveau de vie et, ainsi, de favoriser la création de nouveaux contenus plus variés. La fixation du prix de revente serait ainsi favorable aux consommateurs.

Cependant, dans les faits, lorsque la JFTC a désigné les livres en tant que produit exempté de la règle interdisant la fixation du prix de revente, la fixation du prix de revente dans le domaine des livres était déjà une pratique courante. Il apparaît donc que la JFTC a plus confirmé cet usage sur la fixation du prix de revente qu'elle ne l'a soutenu sur des motifs théoriques. En effet, tandis que les pays de Common law ont tendance à opter pour la liberté de détermination du prix des livres, les pays de droit civil s'orientent vers la politique de fixation du prix des livres¹⁵, signifiant ainsi qu'il n'y aurait aucun lien de causalité entre la politique de prix unique et le développement de la culture.

Or, au Japon, les livres sous format papier sont commercialisés sous forme d'un contrat de vente incluant une condition de retour de marchandise ou, au contraire, d'un contrat excluant cette clause de retour. Opter pour un contrat de vente incluant une condition de retour de marchandise revient à considérer celui-ci comme un contrat de mandat ou de vente par consignation. Puisque le contrat de mandat est un contrat par lequel le mandant (l'éditeur) donne à une autre personne, le mandataire (la librairie) le pouvoir d'accomplir des actes au nom du mandant et pour le compte du mandant, la règle interdisant la fixation du prix de revente ne s'applique pas. Il est ainsi possible de traiter ce type de contrat comme le modèle type du contrat d'agence applicable à la transaction pour les livres électroniques.

15. 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 ; Autorité de la concurrence de la République française.

D'un autre côté, il va de soi qu'avec le contrat de vente sans condition de retour, les librairies assument les risques comptables et de stocks d'invendus. De ce fait, il est possible de dire que cela équivaut au modèle de contrat de distribution en gros que l'on trouve pour l'édition numérique. Ce contrat s'applique principalement pour les parutions récentes et les livres commandés par les librairies auprès de l'éditeur. Dans un tel cas, on s'aperçoit que, si le prix de revente est fixé par les éditeurs et que les librairies prennent des risques comptables et de stocks d'invendus en achetant ces livres, ces risques s'avèrent en réalité plutôt faibles.

De plus, en raison du fait que la vente par consignation est plus courante que la vente définitive au Japon, il est fort probable que les librairies ne prennent presque pas de risque sur la question des stocks même si le livre est un produit exempté de l'interdiction sur la fixation du prix de revente. Il est ainsi possible de penser que la raison pour laquelle le système de la fixation du prix de revente a survécu jusqu'à maintenant sur le marché du livre au Japon est que celui-ci est un système relativement peu applicable à la vente. En ce sens, se pourrait-il que cette pratique de la fixation du prix de revente vienne à cesser si les librairies assumaient le risque d'invendus, sans avoir de droit sur le contrôle du prix ?

2.2 La règle du prix applicable aux livres électroniques

La JFTC a rendu public son avis sur les livres électroniques, annonçant que ceux-ci ne font pas l'objet de l'exemption de l'interdiction de fixation du prix de revente¹⁶, en mentionnant les raisons suivantes : tout d'abord, i) parce que l'exemption de l'interdiction de fixation du prix sur les six produits mentionnés plus haut n'était introduite qu'à fin de reconnaissance d'un fait issu de la pratique d'un prix unique sur ces six produits existants au moment de l'adoption de ce principe, puis ii) parce que l'exemption de fixation du prix de revente s'applique aux biens matériels, à l'inverse des livres électroniques distribués en ligne, qui sont des informations immatérielles. Cependant, ces raisons ne sont pas convaincantes.

À titre indicatif, dans les contrats de distribution en ligne des livres électroniques passés entre les plateformes de téléchargement en ligne et les librairies, il existe un modèle de commerce en gros et un modèle d'agence, bien qu'il puisse être permis de douter que cette distinction ait du sens. S'agissant des éditions numériques sous

16. En ligne : <http://www.jftc.go.jp/dk/dk_qa.html#cmsQ13>.

forme de « paquets », puisqu'un support physique est délivré, il va de soi que le contrat de vente s'applique. Cependant, s'agissant de l'édition numérique diffusée sous forme de transfert d'information, il n'est pas commun d'utiliser cette forme qui viendrait à faire assumer à ces sites de commerce en ligne les risques comptables et de stocks d'inventus pour la vente et la distribution de livres électroniques à la quantité d'informations donnée. En réalité, il est possible de voir en ces deux modèles un contrat dont les propriétés seraient celles d'un mandat et d'une licence par lequel l'éditeur donnerait aux plateformes de téléchargement, conjointement à un pouvoir de diffusion et vente de livres électroniques, une autorisation de reproduction et représentation en ligne. Au bout du compte, les plateformes de téléchargement concluent généralement un contrat d'agence avec l'éditeur. Ainsi, l'avis de la JFTC serait probablement applicable pour les livres numériques distribués sous forme de paquets, mais ne le serait que rarement pour les livres électroniques distribués en ligne.

Il est aussi permis de penser que savoir qui, du site de commerce en ligne ou de l'éditeur, a le droit de déterminer le prix de détail, dépend du contrat de distribution et n'est pas nécessairement dû à la distinction entre les modèles de contrat de distribution en gros et d'agence. La nature du contrat n'est pas la clef pour déterminer qui est le titulaire du droit de fixation du prix. Autrement dit, il est possible d'imaginer que les parties utilisent le terme de « contrat d'agence » en comparaison avec celui de « contrat de commerce en gros » afin de justifier la fixation du prix au détail par l'éditeur.

En outre, une autre question mérite réflexion. La fixation du prix par l'éditeur pour des livres électroniques diffusés en ligne est-elle justifiée ou non ? En effet, les considérations ne sont pas les mêmes que celles en matière de fixation du prix des livres sous format papier car, précisément, les formes de distribution sont tout à fait différentes entre ces deux types de livres. Alors que les livres sous format papier circulent sous forme de biens matériels, les livres électroniques, eux, circulent sous forme d'informations. La plateforme de téléchargement ne dégage pas de marge bénéficiaire entre les étapes d'achat des informations auprès des éditeurs et de revente aux consommateurs, mais reçoit une commission de ventes au détail. Or, selon les lignes directrices publiées par la JFTC le 11 juillet 1991 concernant les pratiques de distribution et de négoce dans le cadre de la loi Anti-monopole¹⁷, la fixation du prix au détail par le mandant ne

17. En ligne : <<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/ryutsutorihiki.html>>.

constitue pas une violation de la règle d'interdiction car il est admis que c'est le mandant qui agit, effectivement, commercialement, dans le cas où la vente par consignation est effectuée, alors que ce dernier en assume les risques, notamment comptables. De même, il n'est pas illégal que l'éditeur impose le prix au détail à la plateforme de téléchargement. Pour l'édition électronique, il est difficilement concevable qu'une plateforme de téléchargement prenne un risque d'inventus sur des informations et que l'éditeur, lui, en prenne un du fait de la diminution du nombre de transactions à cause d'un prix déterminé, aucun problème ne s'opposant ainsi au principe que l'éditeur détermine le prix au détail. Toutefois, dans le cas où une garantie minimum a été établie dans le contrat, ne concéder aucune réduction sur le produit malgré les efforts commerciaux de la plateforme de téléchargement serait faire supporter, de façon problématique, une part de risque à celle-ci.

D'un autre côté, une plateforme de téléchargement qui serait en position dominante sur le marché et régnerait sur les droits à l'établissement du prix soulèverait aussi un problème. Si la plateforme de téléchargement devait payer l'éditeur sous couvert de redevances déduites des frais de distributions pour la vente au détail des exemplaires, la façon dont ce prix au détail serait fixé aurait une grande influence sur les ventes de l'éditeur. Ainsi, il est possible de penser que la plateforme de téléchargement qui régenterait le droit à l'établissement du prix serait à l'origine d'une situation d'entrave à la libre concurrence en abusant de sa position dominante sur le marché. Cependant, sur le marché japonais, où les acteurs « pullulent » dans le secteur de l'édition électronique, il n'existe encore ni plateforme de téléchargement, ni éditeur à même de prétendre à cette position dominante. Au vu de la structure actuelle du marché japonais, il pourrait être préférable de s'en remettre à la liberté contractuelle des deux parties s'agissant de ce problème.

De plus, même si l'éditeur devait fixer le prix au détail, dans le cas du Japon, cela n'entraînerait pas de risque important d'augmentation du prix, ni de désavantage auprès des consommateurs. Sur le territoire nippon, en raison de la variété des acteurs, que ce soit au niveau des éditeurs ou des plateformes de téléchargement, la concurrence sur les prix fonctionne parfaitement. Pour la même raison, il est possible de penser que cet environnement est peu propice à l'apparition d'ententes illicites ou de « monopoles privés »¹⁸.

18. Dans la législation nipponne, il n'existe pas de règle correspondant à l'abus de position dominante (art 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

À ce sujet, il faut préciser qu'un problème apparaît lorsque, au sein du contrat de diffusion de livres numériques passé entre l'éditeur et la plateforme de téléchargement, une clause dite « de la nation la plus favorisée », par laquelle l'éditeur est obligé de fournir des contenus à un prix égal ou inférieur à une autre plateforme de téléchargement, a été introduite. Aux États-Unis, le tribunal new-yorkais a considéré que les actions d'Apple et des cinq maisons d'édition constituait une entente illicite dans le but d'augmenter le prix auprès des consommateurs par l'adoption de modèles de contrat d'agence contenant une clause de la nation la plus favorisée.

Certaines grandes plateformes de téléchargement et des éditeurs japonais ont déjà employé cette même forme de contrat. Cependant, aucun problème sous forme d'entente illicite se basant sur un contrat d'agence contenant une clause de la nation la plus favorisée n'a encore été soulevé au Japon, comme ce fut le cas aux États-Unis, et il est peu probable qu'une telle pratique le soit dans un futur proche, étant donné la structure du marché japonais, dépourvu de monopole.

En soi, la clause de la nation la plus favorisée est, par essence, concurrentielle car entraîne une baisse du prix au consommateur. Il est alors possible de dire que, sur le marché japonais du livre, où les éditeurs attachent une grande importance au maintien de cette pratique de la fixation du prix au détail pour la revente, employer le modèle du contrat d'agence en y incluant une clause de la nation la plus favorisée aurait ainsi une nature concurrentielle en ce qu'elle ferait corrélativement baisser le prix au consommateur.

européenne). La notion s'en rapprochant le plus dans la législation japonaise est la monopolisation privée (art 3, art 2 al 2 de loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947). Selon la définition qui lui est donnée,

Est interdite la monopolisation privée consistant en une activité d'affaires où une entité économique exclut ou contrôle les activités d'affaires d'autres entreprises, et, par ce biais cause, de façon contraire à l'intérêt public, une limitation importante de la concurrence dans un secteur de marché

(art 2 al 5 de loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947). À la différence de l'abus de position dominante, l'abus n'est pas une condition essentielle pour caractériser la monopolisation privée. Par ailleurs, il existe un concept problématique de l'abus de position de supériorité. Celui-ci consiste en l'action non justifiée où une entreprise, profitant de sa position d'abus de position de supériorité lors de négociations sur une autre partie, impose indument à cette dernière des actes déterminés (5° de l'art 2 al 9 de loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947).

Outre cette question sur la fixation du prix, cette clause soulève une autre problématique relative aux pratiques commerciales déloyales interdites par la loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolarisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947¹⁹. Celle-ci interdit les comportements déloyaux entre des entités économiques qui risqueraient de constituer une entrave à une concurrence juste et loyale. La clause de la nation la plus favorisée en elle-même, ne causant pas directement de désavantage aux éditeurs, quand bien même celle-ci aurait été incluse par la plateforme de téléchargement lors de la conclusion du contrat, n'a que peu de chance d'être considérée comme une pratique commerciale déloyale.

Il n'en reste pas moins que cette clause soulève certains problèmes. Il semble que les plateformes de téléchargement demandent aux éditeurs de respecter la clause de la nation la plus favorisée plutôt dans le but de prendre le dessus sur les autres sur le marché du livre électronique que pour créer une situation d'entente illicite. Même si cette clause ne soulève pas de problème relatif à des pratiques commerciales déloyales, il est permis de douter qu'elle soit pleinement conforme à une situation de concurrence équitable. Si une plateforme de téléchargement avait la possibilité de constamment baisser le prix de vente au détail jusqu'à un niveau parvenant à un prix concurrentiel vis-à-vis d'autres plateformes de téléchargement, ladite plateforme de téléchargement ne le fera jamais jusqu'à se mettre dans une situation désavantageuse vis-à-vis de ces diffuseurs. De fait, sur cette clause de la nation la plus favorisée, si l'on ne peut aller jusqu'à dire qu'elle conduirait à l'élimination des plateformes de téléchargement locales, il est possible de penser qu'elle puisse fausser la concurrence au sens où elle a pour effet d'assurer définitivement le prix le plus bas parmi les concurrents.

Actuellement, le commerce du livre électronique n'étant qu'à sa phase embryonnaire, la JFTC considère qu'il est nécessaire d'analyser son évolution²⁰. Ainsi, il peut sembler que le marché japonais des livres ne soit pas protégé par la JFTC, mais plutôt par la barrière de la langue.

19. Par exemple, le traitement discriminatoire injustifié, la transaction à un prix injustifié, la pratique commerciale trompeuse envers la clientèle, l'ingérence dans les opérations internes des concurrents (art 2 al 9 de la loi n° 54 sur l'interdiction de la monopolarisation privée et sur le maintien du commerce juste et équitable du 14 avril 1947), en ligne : <http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html>.

20. En ligne : <<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0113.pdf#search=%E9%9B%BB%E5%AD%90%E6%9B%B8%E7%B1%8D>>.