



**HAL**  
open science

## Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie

Patrice Bougette, Frédéric Marty, Julien Pillot, Patrice Reis

► **To cite this version:**

Patrice Bougette, Frédéric Marty, Julien Pillot, Patrice Reis. Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie. *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2010, 3-2010, pp.65-74. halshs-00511447

**HAL Id: halshs-00511447**

**<https://shs.hal.science/halshs-00511447>**

Submitted on 10 Apr 2012

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie

---

**Doctrines** | Concurrences N° 3-2010 – pp. 65-74

### **Patrice BOUGETTE**

patrice.bougette@gredeg.cnrs.fr

| *Maître de conférences en sciences économiques*  
GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis CNRS

### **Frédéric MARTY**

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

| *Chargé de recherche*  
GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis CNRS

### **Julien PILLOT**

julien.pillot@gredeg.cnrs.fr

| *Allocataire-moniteur en sciences économiques*  
GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis CNRS

### **Patrice REIS**

patrice.reis@gredeg.cnrs.fr

| *Maître de conférences en droit privé*  
GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis CNRS

**Patrice BOUGETTE**  
patrice.bougette@gredeg.cnrs.fr

Maître de conférences en sciences économiques  
GREDEG – Université de Nice  
Sophia-Antipolis CNRS

**Frédéric MARTY**  
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche  
GREDEG – Université de Nice  
Sophia-Antipolis CNRS

**Julien PILLOT**  
julien.pillot@gredeg.cnrs.fr

Allocataire-moniteur en sciences économiques  
GREDEG – Université de Nice  
Sophia-Antipolis CNRS

**Patrice REIS**  
patrice.reis@gredeg.cnrs.fr

Maître de conférences en droit privé  
GREDEG – Université de Nice  
Sophia-Antipolis CNRS

## Abstract

*The iPhone case illustrates the issue of exclusive dealing in high tech sectors. Previous law cases on broadcasting right restrictions highlighted the risk of anticompetitive foreclosure through such contractual clauses. This paper aims at confronting the French competition authorities' decisions with controversial debates in the field of economic theory. If on one hand such exclusive agreements foster incentives to invest and innovate, on the other hand they can be considered as exclusionary practices.*

L'affaire de l'exclusivité d'Orange sur les terminaux iPhone met en relief la problématique des clauses d'exclusivité dans le domaine des industries de haute technologie. Les contentieux déjà noués sur les droits audiovisuels avaient illustré les risques induits par ces dispositifs contractuels en termes de verrouillage du marché. Il s'agit dans le cadre de cet article de confronter la pratique décisionnelle des autorités nationales de la concurrence avec les controverses de la théorie économique. Les clauses d'exclusivité sont certes bénéfiques en termes d'incitations à l'investissement et à l'innovation mais peuvent s'avérer des vecteurs de stratégie d'éviction anticoncurrentielle.

NDLR : Sur ce sujet, voir aussi l'article de Gauthier Duflos et Etienne Pfister dans ce même numéro, rubrique Droit & Economie : « Accords de fourniture exclusive et concurrence : Principes d'analyse et application au cas iPhone »

# Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie

1. Statuant sur un pourvoi relatif aux mesures conservatoires dans l'affaire de l'exclusivité de l'iPhone, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 16 février 2010, que “la suspension de l'exclusivité d'Orange sur l'iPhone n'avait pas été suffisamment motivée”<sup>1</sup>. Cette affaire témoigne des difficultés à tracer la frontière, tant aux points de vue économiques que juridiques, entre ce qui favorise ou freine la concurrence en matière d'accords d'exclusivité dans les marchés de haute technologie mais aussi du caractère stratégique même de ces clauses sur ces marchés<sup>2</sup>. Obtenir une exclusivité accroît les incitations à investir et à innover, en particulier sur des marchés émergents. Ces derniers peuvent être définis comme étant des marchés en phase de démarrage présentant un fort degré d'incertitude quant à leur dynamique concurrentielle future<sup>3</sup>. Ce manque de prévisibilité incite à la prudence en matière d'éventuelles interventions des autorités de la concurrence, avec un risque de caractériser de façon infondée, certaines pratiques de marché comme anticoncurrentielles<sup>4</sup>. Elle témoigne également de la difficulté de tracer une ligne de partage entre mise en œuvre des règles de concurrence et régulation sectorielle. En effet, se pose la question de l'articulation entre interventions *ex post* sur la base de violations des règles de concurrence et encadrement *ex ante* de ces marchés, notamment par les autorités de régulation sectorielle. De plus, il n'est pas acquis que des positions dominantes actuelles soient pérennes dans le temps dans des marchés caractérisés par une forte turbulence. Il en va particulièrement ainsi du fait de l'évolution technologique et de la convergence potentielle ou effective de nombreux marchés, notamment dans le secteur des technologies de l'information et de la communication. Les marchés de télécommunications, de droits télévisuels, du livre numérique et des communications électroniques associant la distribution de contenus et de services de type *Triple play* (Internet, télévision et téléphonie fixe) voire de *Quadruple play* (associant en plus des précédents la téléphonie mobile)<sup>5</sup> s'inscrivent dans telle dynamique de convergence.

2. La convergence numérique crée un couplage entre l'amont et l'aval, induisant des pratiques de ventes liées. Cette convergence peut impliquer de la part de l'opérateur dominant une stratégie d'extension du pouvoir de marché par effet de levier<sup>6</sup>. Par exemple, le bénéficiaire d'une exclusivité en matière de distribution de terminaux téléphoniques de type *smartphone* peut être en position de préempter le marché des contenus tout en consolidant sa position de marché en amont. Il s'agit dès lors de prévenir le risque qu'un opérateur puissant soit en mesure d'acquiescer et de conserver, sur une autre base que celle des mérites, une position dominante pérenne sur un

- 1 Cass. Com., 16 février 2010, FS-D, n° 09-11.968, D. 18-2-2010, obs. E. Chevré ; Cons. Conc., déc. n° 08-MC-01, 17 décembre 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones ; confirmée par la Cour d'appel de Paris, 4 février 2009.
- 2 C. Roquilly, “Le cas de l'iPhone en tant qu'illustration du rôle des ressources juridiques et de la capacité juridique dans le management de l'innovation”, *M@n@gement*, 12(2), 2009, 142-175.
- 3 P. Crocioni, “Leveraging of Market Power in Emerging Markets: A Review of Cases, Literature, and a Suggested Framework”, *Journal of Competition Law & Economics*, 4(2), 2007, 449-534.
- 4 R. Coase, “Industrial Organization: A Proposal for Research”, in FuchsV., ed., *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, 1972, p.59-67.
- 5 Sur la convergence et les risques induits par cette dernière dans le cadre de la *quadruple play* voir Aut. Conc. avis n°10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle. Avec le développement de telles offres, la convergence peut s'avérer non seulement tarifaire mais aussi technique, avec le développement de pr estations de type *femtocell* permettant d'utiliser la connexion haut débit de son domicile pour passer des communications avec des téléphones portables (§174). Le risque de verrouillage induit par le mouvement de convergence pourrait alors concerner l'ensemble d'un foyer (§181).
- 6 L'avis n°10-A-13 *op. cit.* insiste sur les risques induits par des stratégies de levier reposant sur des offres de couplage des produits et sur l'utilisation croisée des différentes bases de clientèles détenues par les opérateurs (§10).

marché complémentaire émergent. En effet, s'il devait en résulter une généralisation des stratégies d'intégration verticale revenant à structurer le marché selon un modèle de silos<sup>7</sup>, il serait à craindre que les positions dominantes s'avèrent difficilement contestables tant en amont qu'en aval. Un consommateur passant d'un opérateur à un autre subirait des coûts de changement d'autant plus élevés que ces derniers porteraient également sur les contenus. A ce risque de forclusion s'ajoutent des difficultés de qualification des comportements par les autorités de la concurrence. En raison des spécificités de ces marchés, la qualification et la sanction des pratiques des opérateurs risquent de conduire à des décisions infondées aux conséquences préjudiciables<sup>8</sup>.

3. Ainsi, les fortes mutations technologiques sur ces industries impliquent des problèmes récurrents de définition du marché pertinent<sup>9</sup> et de traitement des pratiques anticoncurrentielles<sup>10</sup>. Est alors posée la question de la sécurité juridique, tant pour les parties impliquées que pour les autorités de la concurrence françaises (Autorité de la Concurrence ou AdIC, Cour d'appel de Paris et Chambre commerciale de la Cour de cassation). Le traitement des clauses d'exclusivité sur de tels marchés témoigne de la difficulté d'apprécier leur impact en termes de bien-être. Ce dernier doit prendre en compte la nature même du marché. Nous verrons que leur caractère émergent peut expliquer en soi le recours à de telles clauses qui ne seront pas nécessairement anticoncurrentielles. Appliquer dès lors une analyse classique en ignorant la nature du marché pourrait aboutir à une sévérité injustifiée. En France, l'exemple récent de l'affaire *iPhone* atteste de la nécessité d'appréhender avec prudence les clauses d'exclusivité dans de telles configurations de marché<sup>11</sup>. La décision du Conseil de la concurrence, confirmée par la Cour d'appel de Paris, avait en l'espèce conduit à suspendre la double exclusivité d'Orange avant d'être au final censurée par la Cour de cassation, alors même qu'Apple et Orange avaient déjà recouru à une procédure d'engagements<sup>12</sup>.

4. Il convient alors de procéder dans un premier temps à une analyse économique et juridique des clauses d'exclusivité sur ce type de marchés (I.) avant d'étudier leur traitement par les autorités françaises de la concurrence (II.).

7 Risque de cloisonnement vertical pouvant être aggravé par l'utilisation de clauses d'exclusivité. Voir par exemple Aut. Conc., avis n° 09-A-56, 18 décembre 2009, relatif à une demande d'avis du ministre de la culture et de la communication portant sur le livre numérique.

8 Voir F. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, 63(1), 1984, 1-40. Voir également G. Manne et J. Wright, "Innovation and the Limits of Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, 6(1), 153-202.

9 L. Vogel et J. Vogel, "Comment intégrer les notions de demande et d'élasticités pour définir le marché pertinent ?", *Concurrences*, n° 4-2009.

10 V. Sélinsky, "Stratégies de conquête du marché dans les secteurs à haute technologie et mesures correctives appropriées", *RLC 2005/2*, n° 115.

11 Le contentieux noué en France ne fait bien entendu pas figure de cas isolé, Apple ayant à de très rares exceptions près (Italie) initialement promu un modèle de distribution exclusive pour ses terminaux. Cette stratégie a donné cependant lieu à un certain nombre de poursuites concurrentielles du fait des risques de forclusion. Voir par exemple, un cas allemand. P. Lintsmeier et M. Lichtnegger, "A German Court Rules on the Exclusive iPhone Distribution Agreement (Apple/T-Mobile)", *e-Competition*, n° 21442, décembre 2007.

12 Déc. Aut. Conc. 10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

## I. L'analyse économique et juridique des clauses d'exclusivité

5. Les apports de l'économie industrielle en matière d'analyse des effets des clauses d'exclusivité sur les marchés émergents (1.) n'ont pas été sans conséquences sur l'évolution de l'analyse juridique de ces dernières (2.).

### 1. Les effets économiques de l'exclusivité sur les marchés émergents

6. L'exclusivité permet en principe d'assurer la récompense de la prise de risque et d'inciter à l'innovation, élément crucial sur des marchés émergents. L'analyse économique conduit donc à s'interroger sur les spécificités inhérentes à ces marchés (1.1.) avant de pouvoir déterminer les effets pro et anticoncurrentiels des clauses d'exclusivité en la matière (1.2). L'effet net des clauses d'exclusivité reste controversé et dépend des caractéristiques spécifiques des contrats et de l'environnement concurrentiel.

#### 1.1. Les spécificités des marchés émergents du point de vue de l'analyse économique

7. Les marchés émergents présentent plusieurs spécificités du point de vue de l'analyse économique. Une première caractéristique réside dans l'importance des externalités de réseau. En effet, les marchés émergents sont souvent basés sur des réseaux interconnectés<sup>13</sup>. Un nombre toujours plus élevé d'utilisateurs accroît pour tous l'utilité des services proposés (externalité directe ou effets club). Des externalités de réseau dites *indirectes* sont également fortes dans ces marchés. Dans ce cas-là, la valeur du réseau augmente non pas avec le nombre d'utilisateurs mais avec le nombre de fournisseurs de services complémentaires, d'applications (TV, *Smartphone*, réseaux sociaux, PC, etc.). L'accroissement de ces derniers augmente l'attractivité de tels réseaux, notamment lorsque ce marché présente les caractéristiques d'un marché bi-face<sup>14</sup>. Si ces externalités sont positives, elles peuvent néanmoins conduire à un risque de verrouillage des consommateurs. Rendus captifs, du fait des effets de réseau dont ils bénéficient, ces derniers pourraient renoncer à changer d'opérateurs, même si une offre plus attractive leur était proposée, en raison de coûts élevés de changement (*switching costs*). Même si les autorités de la concurrence doivent être vigilantes sur cet effet, la littérature économique récente montre qu'il ne joue que dans des circonstances restrictives<sup>15</sup>.

13 Voir par exemple C. Shapiro et H.R. Varian, *Economie de l'information*, De Boeck, 1999, p. 164-165.

14 P. Crocioni, *op. cit.*, p. 500.

15 "Despite being rarely observed, technology lock-in remains influential in competition policy", D.S. Spulber, "Unlocking Technology: Innovation and Antitrust", *Journal of Competition Law and Economics*, 4(4), May 2008, p.915-966.

Il apparaît que la coordination plus ou moins grande entre consommateurs et les incitations des entreprises à rendre leurs produits compatibles les uns aux autres rendent d'autant plus difficile un verrouillage technologique définitif<sup>16</sup>.

8. Un deuxième trait particulier de ce type de marché tient à l'importance des innovations et des investissements, lesquels conditionnent l'efficacité dynamique. Ces dernières peuvent ainsi se retrouver sous plusieurs formes sur des marchés émergents : *i*) des investissements en R-D mais aussi en droits de propriété intellectuelle pour protéger les innovations ; *ii*) une concurrence s'exerçant moins par les prix que par des services innovants ; *iii*) en conséquence d'investissements élevés, présence de coûts fixes importants et des coûts marginaux relativement bas (économies d'échelle); enfin *iv*) des services caractérisés par un fort degré de complexité, de complémentarité et/ou de comptabilité. Ainsi, un marché émergent est plus propice à des comportements anticoncurrentiels aux effets rapidement néfastes. Symétriquement, des interventions mal appropriées des autorités peuvent dissuader l'innovation, freiner l'investissement et nuire aux consommateurs sur une longue période.

9. Replacée dans un cadre théorique de cycle de vie, cette dynamique affecte tant les produits que les industries elles-mêmes. Tout d'abord, le cycle de vie du produit se trouve raccourci en raison des constantes évolutions technologiques. Rentabiliser le produit devient une question de temps. En effet, la phase de lancement revêt une importance majeure dans la mesure où les firmes innovantes doivent se démarquer très rapidement des produits concurrents au moyen de campagnes promotionnelles efficaces. Ensuite, la dynamique innovatrice de l'industrie confère de nouvelles opportunités y compris pour des opérateurs économiques initialement éloignés des frontières du marché en cause<sup>17</sup>. L'entrée d'un nouvel opérateur avec une innovation maintient une concurrence dynamique potentielle avec les entreprises déjà en place.

10. Enfin, les innovations font directement écho aux préférences des consommateurs. En effet, l'innovation technologique peut à la fois résulter d'un processus de découverte continu (*technology-push*) ou de la volonté de répondre favorablement à de nouveaux besoins de consommation (*demand-pull*), comme l'illustrent van den Ende et Dolfsma pour l'industrie informatique<sup>18</sup>. Pour illustrer, la sortie de l'*iPhone* revêtait une dimension

*demand-pull* qui consistait à proposer à partir d'un téléphone mobile de nouveaux services tenant en premier lieu à un accès intuitif à Internet et à la lecture de fichiers multimédia. À ce titre, l'appréhension des fluctuations dans les préférences des consommateurs devient un enjeu déterminant qu'une concurrence dynamique est supposée résoudre. Au regard des spécificités des marchés émergents, il convient de tenter de déterminer l'impact concurrentiel de l'adoption de clauses d'exclusivité dans un tel environnement

## 1.2. Impact des clauses d'exclusivité sur les incitations des entreprises innovantes

11. Alors que les thèses de l'École de Harvard dans les années 1950 condamnaient systématiquement les exclusivités, l'École de Chicago souligna, dans les années 1970, l'inutilité de sanctionner de telles clauses. Leur efficacité réside avant tout dans le renforcement des incitations des parties à investir<sup>19</sup>. L'exclusivité conforte les anticipations des firmes quant à leur retour sur investissement et à la rémunération de leur prise de risque. Les entreprises s'assurent par ce biais des débouchés ou *inputs* exclusifs valorisant leurs produits. Les exclusivités permettent ensuite de partager les risques et de sécuriser les investissements face au risque de *hold-up* de l'un des deux contractants ou de parasitisme de la part d'un concurrent. Ainsi, les secteurs à forte intensité en R-D, ou supposant de lourds investissements promotionnels, sont naturellement propices à ce type de clauses.

12. Par ailleurs, les clauses d'exclusivité sont adaptées au lancement de nouveaux produits, surtout quand le cycle de vie de ces derniers est raccourci par l'évolution technologique. Sans ces clauses, les distributeurs pourraient être insuffisamment incités à promouvoir ces produits auprès des clients potentiels<sup>20</sup>. À ce titre, l'exclusivité accordée sur l'*iPhone* procurait à Apple un meilleur contrôle de son produit et devait garantir une qualité de service plus élevée aux consommateurs. L'asymétrie d'information dont peut être victime un fabricant souhaitant maintenir une image de marque élevée sur un secteur *high-tech* illustre l'intérêt de recourir à des clauses d'exclusivité<sup>21</sup>.

13. Critiquant ces thèses de l'École de Chicago, la *Nouvelle économie industrielle* s'est fondée sur les apports de la théorie des jeux<sup>22</sup>. Elle a pu mettre l'accent sur les dommages à la concurrence liés aux clauses d'exclusivité, sur leurs effets restrictifs sur l'entrée et sur leur possible dimension stratégique. Tout d'abord, les gains d'efficacité liés à ces clauses peuvent être remis en cause dès lors que l'entrée sur le marché induit des coûts fixes élevés et qu'un entrant potentiel devrait rapidement se constituer une indispensable et large base de clientèle<sup>23</sup>. Ces conditions sont caractéristiques

16 Par coordination entre consommateurs, Spulber renvoie à deux cas. Lorsque le marché concerné comprend un petit nombre de consommateurs, ces derniers peuvent s'engager dans une négociation à la Coase, ce que Spulber appelle « *coordination in the small* ». Ils peuvent coordonner leurs décisions d'adoption des innovations à la lumière de tout avantage mutuel issu de la consommation. À l'opposé, lorsque les consommateurs sont nombreux, les firmes peuvent utiliser plusieurs instruments pour coordonner leur choix (d'ordre spontané) d'Hayek, ce que Spulber dénomme « *coordination in the large* ». La coordination des consommateurs et des firmes internalise en définitive les avantages du réseau. Voir aussi D. F. Spulber, "Consumer Coordination in the Small and in the Large: Implications for Antitrust in Markets with Network Effects", *Journal of Competition Law and Economics*, 4(2), 2008, 207-262.

17 J. Sidak et D. Teece, Dynamic Competition in Antitrust Law, *Journal of Competition Law and Economics*, 5 (4), 2009, p. 581-63.

18 J. Van den Ende et W. Do Ifsma, "Technology-push, Demand-pull and the Shaping of Technological Paradigms – Patterns in the Development of Computing Technology", *Journal of Evolutionary Economics*, 2005, 15(1), p. 83-99.

19 Voir le modèle de négociation de D. Meza et M. Selvaggi, "Exclusive Contracts Foster Relationship-Specific Investment", *RAND Journal of Economics*, 2007, 38(1), p. 85-89.

20 D.A. Andritsos et C.S. Tang, "Launching New Products through Exclusive Sales Channels", *European Journal of Operational Research*, 2010, 204, p. 366-75.

21 D. Martimort, "Exclusive Dealing, Common Agency, and Multiprincipals Incentive Theory", *RAND Journal of Economics*, 1996, 27:1, p. 1-31.

22 J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, M.A., 1989, The MIT Press

23 Cons. Conc., *Rapport Annuel 2007*, spéc. p. 90-120.

des marchés émergents puisque les externalités de réseau y jouent un rôle déterminant. De même, une telle clause est susceptible, sous certaines conditions, d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents plus efficaces que les parties contractantes<sup>24</sup>. De tels accords peuvent accroître le pouvoir de marché des parties sur des marchés connexes<sup>25</sup> notamment sur des produits liés à ceux concernés par l'exclusivité. Cette stratégie de levier permet de profiter d'une position de force sur un marché pour en verrouiller un second.

14. Les clauses d'exclusivité sont d'autant plus attractives que le marché est étroit et que les coûts de recherche de partenaires commerciaux sont élevés<sup>26</sup>. Ainsi, si de telles clauses étaient légitimes lors du lancement de l'*iPhone*, leur durée ne se justifiait plus sur le plan de l'analyse économique, en raison de l'existence de *Smartphones* alternatifs<sup>27</sup>. L'exclusivité peut aussi participer à une stratégie d'éviction des concurrents existants, profitant ainsi d'un manque de coordination des acheteurs<sup>28</sup>. Si ces derniers anticipent l'acceptation de ces clauses par leurs concurrents, pour quelle raison n'adopteraient-ils pas cette même stratégie. De même, en présence d'économies d'échelle, une entreprise peut se servir de l'exclusivité pour évincer un concurrent en jouant sur les externalités entre clients<sup>29</sup>.

15. Enfin, l'intensité de la concurrence en aval est l'une des caractéristiques qui influe sur le résultat des pratiques exclusives<sup>30</sup>. Une concurrence suffisamment forte entre distributeurs réduit *de facto* la capacité d'un opérateur à recourir à des contrats d'exclusivité. Le marché de la téléphonie mobile n'ayant pas été exempt de pratiques anticoncurrentielles<sup>31</sup>, l'intensité de la concurrence peut être insuffisante pour réduire les incitations à faire appel à de tels contrats. L'entrée d'un quatrième acteur sur ce marché pourrait *a priori* modifier les stratégies commerciales des opérateurs en place<sup>32</sup>.

16. A la méfiance actuelle de l'analyse économique envers les effets possibles de certaines exclusivités répond une méfiance similaire du droit de la concurrence.

## 2. L'analyse juridique des clauses d'exclusivité

17. Ces clauses sont, *a priori*, antinomiques de la concurrence dans la mesure où elles limitent la liberté d'initiative de leur débiteur. Cette limitation consentie n'est pas dénuée d'effets sur les tiers et sur le marché. La question de leur validité au regard du droit de la concurrence a été posée très tôt, démontrant l'influence du droit de la concurrence sur le droit des contrats<sup>33</sup>. L'article L. 420-3 C. Com. met en avant la nullité de tout accord ou clause concernant la prohibition des ententes et des abus de position dominante.

18. Cependant cette affirmation, en insistant uniquement sur l'aspect négatif de l'obligation d'exclusivité, ne résiste pas à une analyse juridique plus fine. L'exclusivité peut avoir certaines vertus, ce qui explique que les autorités aient rappelé que ces restrictions verticales ne pouvaient pas être prohibées *per se*. Il n'existe ainsi pas de préjugé quant à la conformité à l'article L. 420-1 C. Com. des exclusivités de distribution. Le traitement de cette obligation repose alors sur un examen au cas par cas au regard de quatre critères cumulatifs liés à "*leur durée, leur champ d'application, les justifications techniques sur lesquelles elles reposent, les contreparties économiques auxquelles elles peuvent donner droit*"<sup>34</sup>. Cet examen indique si une clause d'exclusivité est susceptible de constituer, en fait ou en droit, une barrière artificielle à l'entrée. Concernant les abus de position dominante, les autorités chargées de la concurrence ont rappelé dans le cadre de l'affaire *KalibraXE* leur approche des exclusivités en soulignant qu'elles ne sont tolérées que dans la mesure de l'avantage économique qu'elles confèrent<sup>35</sup>, ce qui constitue une référence implicite à la règle de raison. Les restrictions inhérentes à l'exclusivité ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer le progrès économique dans l'intérêt de l'utilisateur final. Cette exigence de proportionnalité permet de considérer que la durée se doit d'être "*juste et utile*"<sup>36</sup> afin de maintenir des incitations à investir sur des marchés émergents. Le contrôle de la durée ne peut donc aller jusqu'à condamner toute idée de rentabilité économique<sup>37</sup>. L'appréciation d'une durée "*juste et utile*" de l'exclusivité contractuelle ne peut donc être que casuistique dans la mesure où elle dépend des circonstances de fait propres au marché en cause qui est, ici, à un stade encore embryonnaire. Cependant, une telle appréciation au cas par cas peut générer une certaine forme d'insécurité juridique conduisant à la nécessaire intervention des autorités de la concurrence.

24 J.M. Abitua et J. Wright, "Exclusive Dealing with Imperfect Downstream Competition", *International Journal of Industrial Organization*, 2008, 26:1, p. 227-46.

25 B.D. Bernheim et M.D. Whinston, "Exclusive Dealing", *Journal of Political Economy*, 1998, 106:1, p. 64-103.

26 N. Matouschek et P. Ramezani, "The Role of Exclusive Contracts in Facilitating Market Transactions", *Journal of Industrial Economics*, 2007, 55:2, p. 347-71.

27 Relevons que l'ARCEP dans son avis n° 2008-1175 du 4 novembre 2008 rendu dans le cadre de la décision du Conseil de la concurrence relative aux mesures conservatoires avait considéré que les caractéristiques de l'*iPhone* semblaient devoir être – à moyen terme – répliquables par des équipementiers concurrents.

28 E.B. Rasmusen, J.M. Ramseyer et J.S. Wiley, "Naked Exclusion", *American Economic Review*, 1991, 81:5, p. 1137-45 et ses critiques I.R. Segal et M.D. Whinston, "Naked Exclusion: Comment", *American Economic Review*, 2000, 90:1, p. 296-309.

29 D. Spector, "Are Exclusive Contracts Anticompetitive", *document de travail, Paris-Jourdan*, avril 2004.

30 C. Fumagalli et M. Motta, "Exclusive Dealing and Entry, when Buyers Compete", *American Economic Review*, 2006, 96:3, p. 785-95.

31 Cons. Conc., déc. n° 05-D-65, 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile ; F. Venayre, "Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels", *RLC 2006/6*, n° 417.

32 H. Kitamura, "Exclusionary Vertical Contracts with Multiple Entrants", *International Journal of Industrial Organization*, à paraître en 2010.

33 Influence soulignée par la doctrine, voir notamment F. Dreiffuss-Netter, "Droit de la concurrence et droit des obligations", *RTD civ.* 1990, p. 369 ; B. Fages et J. Mestre, L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat in "L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations", *RTD com.* 1998, p. 11 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des obligations in "Droit de la concurrence et droit privé", *JCP E* 3/2000, p. 11 ; D. Bosco, *L'obligation d'exclusivité*, Ed. Bruylant, 2008, 619 pages.

34 Aut. Conc., avis n° 09-A-42, 7 juillet 2009, sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services, § 130 et s. ; D. 2009, Act. Lég. 1816, obs. E. Chevrier.

35 Cons. Conc., déc. n° 07-MC-01 du 25 avril 2007, *société KalibraXE c/ EDF*, comm. A. Waschmann, *Concurrences*, n° 3-2007, p. 99 ; Cons. Conc., *Rapport Annuel 2007*, spéc. p. 89.

36 J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ 2001, n° 157.

37 M. Behar-Touchais, "L'ordre concurrentiel et le droit des contrats" in *L'Ordre concurrentiel, mélanges A. Pirovano*, Ed. Frison-Roche, 2003, p. 236 et spéc. p. 243.

19. Au niveau européen, la mise en place de règlements d'exemptions est une réponse à ce souci. Ces derniers offrent une "présomption de légalité"<sup>38</sup> fondée sur des critères tenant certes à la durée mais surtout au pouvoir de marché. Le règlement n° 2790/1999 sur les restrictions verticales<sup>39</sup> validait les accords d'exclusivité à la condition qu'ils ne comportent pas des restrictions caractérisées. Ce règlement<sup>40</sup> a été remplacé au 1<sup>er</sup> juin 2010 par le nouveau règlement du 20 avril 2010. Ce dernier élargit le champ d'application du seuil de 30 % de part de marché permettant de bénéficier de l'exemption en retenant non seulement la part de marché du fournisseur mais aussi celle de l'acheteur. Selon l'article 3 du nouveau règlement, l'exemption ne pourrait jouer qu'à la condition "que la part de marché détenue par chacune des entreprises parties à l'accord ne dépasse pas 30 % de tout marché en cause affecté par l'accord". Cette nécessité de prise en compte de la puissance de l'acheteur a été soulignée par l'AdIC, dans le cadre des marchés émergents, dans son avis du 28 septembre 2009 relatif à la révision du règlement sur les restrictions verticales, dans lequel elle faisait explicitement référence à l'affaire de l'*iPhone*. En deçà d'un seuil de 30 %, tout accord vertical restrictif est présumé remplir les conditions tenant à la contribution au progrès économique prévues par l'article 101 § 3 du TFUE. Au-delà de ce seuil, l'AdIC effectue une analyse au cas par cas.

20. Le règlement du 20 avril 2010, en étendant le seuil de part de marché aux acheteurs, conduit à mieux prendre en compte les risques avérés de verrouillage ou de forclusion. Ces risques ont été mis en exergue par l'AdIC dans le secteur des hautes technologies, notamment en ce qui concerne le livre numérique et le téléchargement de musique digitale<sup>41</sup>. En effet, sur les marchés émergents, les clauses d'exclusivité permettent le couplage, c'est-à-dire une convergence entre plusieurs prestations ou biens, relevant *a priori* de marchés distincts. Par exemple, dans le cas de l'*iPhone*, il ne s'agissait pas simplement de considérer le marché du seul terminal mais bien les interconnexions entre ce segment, celui des applications et celui des services de téléphonie mobile. Ces liens étaient rendus possibles par une convergence numérique propre à renforcer l'étendue des effets induits par les clauses d'exclusivité accordées à un opérateur. De même, la convergence numérique à l'œuvre dans le secteur de la télévision payante, du fait de la généralisation de l'accès à l'Internet à haut débit et du développement concomitant

d'offres *Triple play*, accroît l'attractivité de l'offre de certains opérateurs bénéficiant d'exclusivités sur la retransmission de certains contenus via leurs chaînes<sup>42</sup>. L'exclusivité pourrait être, dans ce cas, de nature à geler ou à accroître les positions acquises par les opérateurs sur le marché en décourageant les consommateurs à changer de fournisseur d'accès<sup>43</sup>, notamment si la durée de l'exclusivité ne s'avère pas être "juste et utile".

21. Ainsi, sur les marchés émergents, le verrouillage pourrait rapidement devenir définitif, rendant difficile l'analyse des circonstances concrètes de mise en œuvre des accords d'exclusivité. La question primordiale de la durée "juste et utile" de l'exclusivité connaît ici deux écueils majeurs. Une intervention trop rapide de l'AdIC, en portant atteinte à la durée de la clause, risquerait de nuire à l'investissement et aux innovations alors qu'une intervention tardive ne permettrait plus d'éviter la forclusion du marché.

## II. Les difficultés rencontrées par les autorités nationales de la concurrence dans les secteurs à haute technologie

22. L'analyse de la jurisprudence des autorités nationales démontre l'existence de deux difficultés significatives. La première concerne l'évaluation du dommage à l'économie (1.), la seconde l'adéquation des mesures prises dans les secteurs émergents (2.).

### 1. Une difficile évaluation du dommage à l'économie

23. Une telle évaluation suppose au préalable la définition du marché pertinent avant de pouvoir déterminer les effets actuels ou potentiels des pratiques mises en œuvre. En droit interne, les sanctions prononcées doivent tenir compte du dommage causé à l'économie. Celui-ci doit être caractérisé par un faisceau d'indices, notamment "l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, la durée et les effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques"<sup>44</sup>.

24. L'affaire *iPhone* atteste des difficultés de définition des frontières du marché, lesquelles sont accentuées par les caractères innovant et mouvant des secteurs en cause. Cette question se pose avec moins d'acuité sur des marchés

38 D. Bosco, *L'obligation d'exclusivité*, op. cit., spéc. p. 97 et s. ; N. Petit et M. Abenheim, "L'exemption des engagements d'exclusivité, quelle(s) part(s) de marché", *Concurrences*, n° 3-2009, p. 39-48.

39 Règlement (CE) n° 2790/99 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, § 3 CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées a expiré le 31 mai 2010, JOCE n° L-336 du 29 décembre 1999, p. 21 ; Communication n° 2000/C-291/01 de la Commission du 13 octobre 2000 portant lignes directrices sur les restrictions verticales, JOCE n° C-291 du 13 octobre 2000, p. 1 ; CJCE 2 avril 2009, affaire C-260/07, *Concurrences*, n° 2-2009, p. 99.

40 Règlement CE n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 § 3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE L. 142 du 23 avril 2010, p. 1, voir l'avis de l'AdIC sur ce projet Aut. Conc., avis, 28 septembre 2009, sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales.

41 Aut. Conc., avis n° 09-A-42 du 07 juillet 2009, op. cit. ; Aut. Conc., avis n° 09-A-56, 18 décembre 2009, relatif à une demande d'avis du ministre de la Culture et de la Communication portant sur le livre numérique ; Cons. Conc. déc. n° 04-D-54, 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques ; Cons. Conc., *Rapport Annuel 2007*, spéc. p. 90-120.

42 Voir le rapport de M-D Hagelsteen et A. Lallet, *Les exclusivités de distribution et de transport dans le secteur de la télévision payante*, La Documentation française, 11 janvier 2010, 54 pages.

43 Comme le relève l'Ofcom l'autorité sectorielle des télécommunications britannique, des exclusivités sur certains contenus télévisuels par des opérateurs dominants sur le marché de la télévision payante peut constituer des barrières à l'entrée irréversibles pour des plateformes alternatives, notamment liées à la télévision par Internet ou par téléphone mobile : "[...] new content distribution platforms will not develop if they are denied access to key must-have content". OfCom, *Pay TV Statement*, 31 mars 2010.

44 CA Paris, 30 mars 2004, *BOCCRF*, 15 juin 2004, p. 466.





et des technologies<sup>73</sup>. Symétriquement une intervention trop tardive des autorités risquerait de vider les mesures conservatoires de leur sens.

36. En outre, ces mesures doivent se limiter à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence et répondre à une atteinte effective à l'économie. Elles ne peuvent donc aucunement conduire à encadrer la stratégie future d'un opérateur<sup>74</sup>. Dans sa décision *Unik*, l'AdIC rappelait que les mesures conservatoires ne visent pas à prévenir un risque de perturbation potentielle du jeu concurrentiel<sup>75</sup>. Les limites à l'utilisation des mesures conservatoires expliquent que les engagements viennent les compléter de plus en plus fréquemment.

37. La procédure d'engagements apparaît de plus en plus comme la voie privilégiée de règlement des affaires relatives à des risques de verrouillage par des opérateurs dominants<sup>76</sup>. Plus particulièrement, un nombre croissant de contentieux ayant donné lieu à des mesures conservatoires est clos par des engagements<sup>77</sup>. Ces derniers permettent à la fois d'accélérer la réponse aux "préoccupations de concurrence" et "de créer les conditions de l'émergence de nouveaux acteurs"<sup>78</sup>. Ils rendent possible la mise en œuvre de solutions relativement souples et adaptées à des problèmes de concurrence sur des environnements changeants<sup>79</sup>. L'implication des tiers dans la procédure, au travers des tests de marché, contribue également à cette recherche de solutions innovantes et aptes à rétablir rapidement un jeu concurrentiel non faussé. Cependant, si les engagements visent essentiellement à prévenir le risque de verrouillage de l'accès à des ressources essentielles pour des concurrents actuels ou potentiels, ils peuvent également avoir pour effet de favoriser leur entrée et leur développement<sup>80</sup>, en renforçant la contestabilité du marché.

38. La procédure d'engagements n'en présente pas moins un certain nombre de risques. Tout d'abord, cette procédure ne suppose pas une notification des griefs dans la mesure où il n'y a pas de qualification juridique des pratiques en cause. La notion de préoccupation de concurrence ne correspond effectivement pas à une qualification de pratique anticoncurrentielle. Ensuite, elle ne requiert pas une analyse sur le fond des effets des pratiques en cause sur l'économie. Ce faisant, il existe un risque significatif de mesures correctives allant au-delà de ce qui est nécessaire pour répondre aux préoccupations de concurrence (*overfixing*). De la même façon, on ne saurait écarter la résurgence de

faux-positifs, en d'autres termes d'erreur de type 1. Tout d'abord, en l'absence d'une évaluation sur le fond<sup>81</sup>, des dynamiques de marché inédites peuvent être plus facilement assimilées à des pratiques anticoncurrentielles. D'autre part, si des mesures conservatoires ont été préalablement prononcées, une entreprise peut décider de s'engager dans cette procédure, en dépit de sa propre évaluation des effets réels de ses pratiques. Elle peut considérer d'une part que la suspension de l'exclusivité a déjà eu des effets irréversibles sur le marché et que d'autre part elle a tout à gagner à afficher une volonté de coopération avec l'autorité<sup>82</sup>.

39. Un autre risque mérite d'être souligné. Il concerne la possible utilisation stratégique des procédures d'engagements tant de la part des entreprises que de l'AdIC dans un cadre d'information incomplète et imparfaite. D'un côté, l'entreprise qui est amenée à prendre les engagements va avoir tendance à minorer la portée de ces derniers afin de sauvegarder ses propres intérêts. La défense d'intérêts propres conduit aussi les tiers dans le cadre des tests de marché à requérir des engagements allant au-delà des préoccupations de concurrence<sup>83</sup>. D'un autre côté, l'AdIC peut accueillir d'autant plus favorablement les propositions d'engagements qu'une instruction sur le fond s'avérerait des plus complexes et que ces derniers lui permettent de peser sur la dynamique du marché considéré<sup>84</sup>.

40. Au-delà de la mise en œuvre des mesures conservatoires et de la procédure d'engagement, l'AdIC peut proposer, dans le cadre de ses attributions consultatives, des solutions alternatives permettant de définir *ex ante* un cadre permettant aux acteurs du marché de sécuriser leur stratégie en matière de droits exclusifs. Dans le cadre de cette mission consultative, les avis de l'AdIC sont considérés par le législateur parallèlement à ceux des Autorités de Régulation Sectorielles (ARS)<sup>85</sup>. L'articulation entre les interventions des types d'autorités peut également passer – comme nous l'avons vu pour l'*iPhone* – par des avis formulés par les ARS compétentes dans le cadre des activités contentieuses de l'AdIC. Il convient dès lors de s'attacher à leurs modalités respectives d'intervention<sup>86</sup>. Les ARS ont une plus forte capacité à agir *ex ante* sur les structures de marché ou à suivre le comportement des entreprises sur la durée du fait

73 V. Sélinsky, "Stratégies de conquête du marché dans les secteurs à haute technologie et mesures correctives appropriées", *op. cit.*, p. 1.

74 Cour d'appel de Paris, 04/08236 du 29 juin 2004 relatif à la télévision sur l'ADSL.

75 Aut. Conc., déc. n° 09-D-15 du 2 avril 2009, "Unik", *op. cit.*, § 67.

76 A. Wachsmann et B. Thomas, "Exclusivité – engagements : l'Autorité de la concurrence accepte les engagements de Photomaton", *Concurrences*, n° 1-2010, p. 105-107.

77 *iPhone*, *op. cit.* ; Solutel, n° 07-MC-03, 7 juin 2007 et n° 08-D-21, 7 octobre 2008 ; Direct Énergie, n° 07-MC-04, 28 juin 2007 et n° 07-D-43, 10 décembre 2007.

78 Cons. Conc., *Rapport Annuel 2007*, p. 116 citant les engagements d'EDF, déc. n° 07-D-43, *op. cit.*

79 N. Petit, "How Much Discretion Do, and Should Competition Authorities Enjoy in the Course of their Enforcement Activities? A Multi-Jurisdictional Assessment", *Concurrences*, n° 1-2010, p. 44-62.

80 Cons. Conc., avis n° 06-A-13, 13 juillet 2006, relatif au rapprochement entre Canal Sat et TPS.

81 Par exemple, les modèles fournis par l'économie industrielle permettent facilement de construire un scénario de pratiques d'éviction alors que la prise en compte des gains d'efficacité liés aux pratiques concernées suppose un examen approfondi. Ainsi, Sévy relève que "il n'est pas difficile de construire une théorie de l'exclusion lorsqu'une entreprise détient une facilité présumée essentielle ou opère à partir de contrats d'exclusivité". D. Sévy, "Procédures négociées : une perspective d'économiste", *Concurrences*, n° 2-2008.

82 D. Sévy, "Procédures négociées : une perspective d'économiste", *op. cit.*

83 L'arrêt *Festina* (Cour d'appel de Paris, 16 octobre 2007) précise qu'une "décision d'engagement n'intervient pas pour satisfaire une demande d'une partie plaignante mais pour préserver l'ordre public économique". De la même façon, les concurrents peuvent parfois essayer d'instrumentaliser les tests de marchés pour affaiblir la position de marché de l'entreprise proposant des engagements.

84 D. Waelbroeck, "The Development of a New Settlement Culture in Competition Cases - What is Left to the Courts?", in C. Gheur et N. Petit, (eds), *Alternative enforcement techniques in EC Competition Law*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 234.

85 Aut. Conc., avis n° 09-A-42, 7 juillet 2009, *op. cit.* ; Aut. Conc., avis n° 08-A-16 du 30 juillet 2008 relative à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile.

86 P. Choné, "L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle", in D. Encoua et R. Guesnerie, (s.d.), *Les Politiques de la Concurrence*, complément B, La Documentation Française, Paris, 2006, p. 209-232.

de leur champ de compétences plus restreint<sup>87</sup>. Cependant, cette distinction canonique doit être mise en perspective par rapport à la pratique de l'AdIC. Elle n'est guère tenue à se cantonner à une stricte approche *ex post*. D'une part, les mesures conservatoires ne visent pas à sanctionner une pratique anticoncurrentielle mais à prévenir un risque pour la concurrence. D'autre part, une procédure d'engagements influe sur les comportements futurs des acteurs du marché et/ou sur la structure de celui-ci. En outre, le droit de la concurrence ne comporte pas seulement un aspect coercitif, il vise aussi à promouvoir la concurrence.

41. Au niveau français, il apparaît que, dans le domaine considéré, la ligne de partage résulte principalement des circonstances, l'AdIC intervenant dès lors qu'un segment de marché donné ne fait pas l'objet d'une régulation spécifique ou que le régulateur ne dispose pas des compétences juridiques idoines<sup>88</sup>. Il en a été ainsi par exemple en matière de droits audiovisuels<sup>89</sup>. La suspension de la procédure d'attribution à Canal Plus de l'intégralité des droits de diffusion du football français par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 correspond à une telle logique. Il s'agissait – avant même que la décision d'attribution ne produise ses effets – de prévenir un risque sur la dynamique future des marchés considérés. Dans la mesure où le régulateur sectoriel – en l'occurrence le CSA – ne disposait pas des compétences juridiques pour intervenir lui-même, le Conseil l'avait sollicité pour avis le 17 décembre 2002 pour établir un scénario prospectif d'évolution du marché. Dans le cas d'espèce, le risque résidait en une possible éviction, à long terme, des concurrents de l'opérateur dominant en les écartant de l'accès à des droits déterminants pour l'attractivité de leurs offres. Cependant, si les avis des ARS occupent une large place dans les analyses de l'AdIC, il n'en demeure pas moins qu'elle n'est jamais tenue par ces derniers comme a pu le confirmer la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 2004. La Cour a ici précisé que *“l'existence d'un scénario prospectif d'évolution négative du marché fut-il présenté par le régulateur sectoriel ne suffit pas à justifier l'intervention ex ante”*. Non seulement, la politique de concurrence dépasse le périmètre des préoccupations sectorielles mais l'AdIC, en matière de mesures conservatoires, doit se baser sur une forte présomption d'infraction au droit de la concurrence.

42. Il apparaît donc que la réponse apportée aux risques de forclusion et d'éviction anticoncurrentielle liées à la mise en œuvre de clauses d'exclusivité dans les marchés émergents pose la question de la définition du niveau le plus pertinent de contrôle et, de façon plus générale, celle de l'articulation entre les interventions du législateur, du régulateur sectoriel

et de l'autorité de la concurrence. Il convient, à ce propos, de relever que l'articulation entre AC et ARS revêt des formes diverses selon les contextes nationaux. Par exemple, dans le cas du Royaume-Uni, les affaires d'exclusivité relatives tant au secteur de la téléphonie mobile qu'à celui des contenus audiovisuels, sont sous la responsabilité partagée du régulateur sectoriel (OfCom) et de l'autorité de concurrence (*Office of Fair Trading*). Cependant, il apparaît que le premier cité joue un rôle primordial pour les affaires de concurrence affectant son domaine de compétence<sup>90</sup>. Seconde spécificité, l'OfCom a vu ses compétences étendues du fait du processus de convergence numérique vers les droits télévisuels<sup>91</sup>. Une de ses décisions de mars 2010 est d'autant plus intéressante pour notre propos qu'elle porte sur le risque de cloisonnement vertical des marchés par le biais de clauses d'exclusivité relatives à des contenus audiovisuels *“premium”* (championnat de football de *Premier League*, *blockbusters hollywoodiens*). Pour maintenir une concurrence effective sur le secteur et favoriser l'émergence de nouvelles offres, l'OfCom a imposé la mise à disposition desdits contenus aux concurrents de BSkyB à un tarif de gros devant permettre à la fois à BSkyB de disposer de retours suffisants pour ne pas dégrader de façon excessive ses incitations à l'investissement et à un concurrent efficace d'être en mesure de le concurrencer sur les prix de détail. Si une telle régulation des tarifs ne saurait être imposée par l'AdIC dans le cas français, il convient cependant de relever que celle-ci peut, lorsqu'une entreprise propose des engagements relatifs à des prix, en donner néanmoins acte, faute de pouvoir formellement les accepter<sup>92</sup>.

### III. Conclusion

43. Il ressort de l'analyse du traitement des clauses d'exclusivité dans les marchés émergents que l'appréciation des clauses par les autorités de la concurrence va dépendre étroitement des anticipations formées par ces dernières quant à la dynamique de concurrence potentielle sur le marché considéré. Alors que la théorie économique préconise une évaluation au cas par cas de ces pratiques – pour pouvoir faire une balance entre effets anticoncurrentiels et gains d'efficacité –, les autorités sont souvent conduites à intervenir *ex ante* pour prévenir un éventuel dommage irréversible à l'économie. L'asymétrie d'information en défaveur de l'autorité peut conduire à des décisions sous-optimales. Le recours à des procédures d'engagements peut alors paraître comme susceptible de répondre à la fois aux difficultés liées aux délais de traitement des affaires et à un tel déficit informationnel pour obtenir de la part des entreprises des mesures correctives de nature à prévenir ou à faire cesser le dommage à l'économie.

87 A. Perrot, “Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence”, *Revue française d'économie*, 16(4), 81-112.

88 Rappelons que pour le secteur des télécommunications, la régulation *ex ante* relève du régime de l'exception. Une régulation spécifique ne se justifie que dans le cas de situation de marché ne permettant pas le développement d'une concurrence effective. Conformément aux recommandations de la Commission européenne du 17 décembre 2007, la régulation sectorielle ne se justifie que si trois conditions cumulatives sont réunies, à savoir l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence sur le marché considéré et l'insuffisance du droit de la concurrence pour y remédier. Aut. Conc., avis n°10-A-12 du 9 juin 2010 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles.

89 P. Choné, “L'articulation des politiques de concurrence et de régulation sectorielle”, *op. cit.*

90 I. Sher, “The UK Office of Communications Imposes Price Control in order to Open up the Wholesale Pay TV Market”, *e-Competition*, n° 31454, mars 2010.

91 P.-A. Buigues, “Competition Policy versus Sector-Specific Regulation in Network Industries – The EU Experience”, *UNCTAD's 7th session of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy*, Genève, 2006.

92 J.-P. Gunther, “Engagements devant le Conseil de la concurrence : un commentaire du communiqué de procédures du Conseil de la concurrence du 3 avril 2008”, *Concurrences*, n° 2-2008. Voir à titre d'exemple Cons. Conc., déc. n° 07-D-31, du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën.

44. Cependant, la dynamique propre aux marchés considérés complexifie la tâche des autorités. Celles-ci doivent prendre en compte de façon croissante le fait que la contestabilité des marchés issus de la convergence numérique dépend non seulement de la maîtrise d'une technologie mais aussi de l'accès à des contenus ou à des équipements considérés comme essentiels par les consommateurs. Ainsi, ces autorités doivent concilier au cas par cas la préservation des incitations à investir des opérateurs dominants et la nécessaire protection de la concurrence en garantissant l'accès au marché<sup>93</sup>. Cet objectif d'accès peut, dans certains cas, se traduire par des pratiques pouvant s'apparenter à une «régulation asymétrique<sup>94</sup>» de la concurrence. Il en va par exemple ainsi lorsque les droits exclusifs d'un opérateur dominant sont limités à une plus courte durée que celle à laquelle pourrait prétendre un opérateur de moindre importance<sup>95</sup>. Cette approche peut générer cependant une insécurité juridique pour des opérateurs puissants. En effet, le manque de prévisibilité concernant le champ et la durée exacte de l'exclusivité admissible peut être un frein à l'investissement. Cette situation peut être corrigée par le biais d'une pratique décisionnelle révélant progressivement les critères utilisés par les autorités de concurrence. Ces derniers peuvent par exemple tenir aux modalités d'évaluation des flux de ressources additionnels liés aux exclusivités ou être déduits par les entreprises au travers des engagements acceptés par l'AdIC dans des dossiers comparables. Nonobstant ces éléments, la sécurisation des investissements peut nécessiter l'établissement d'un cadre réglementaire ou législatif permettant aux entreprises de disposer d'une lisibilité suffisante quant à la validité des clauses d'exclusivité notamment en matière de durée<sup>96</sup>. La prise de position de l'AdIC sur l'opportunité d'instaurer une régulation des marchés de gros pour le secteur de la télévision payante pourrait s'analyser dans ce cadre<sup>97</sup>.

45. Il se dégage de l'examen de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence que la durée des clauses d'exclusivité est communément définie à partir d'une évaluation casuistique des investissements réalisés, des risques encourus et des espérances de ressources additionnelles correspondantes aux biens ou services faisant l'objet du contrat. À titre d'exemple, en matière de droits télévisuels, la pratique tend à des exclusivités d'une durée de trois ou

quatre ans sans que cela ne soit limité à un cadre strictement national. En effet, la Commission de la concurrence espagnole, dans le cadre d'une décision du 14 avril 2010, a imposé une durée maximale des exclusivités portant sur les droits de retransmission de la *Liga* de trois ans, assortie d'une injonction portant sur la vente dégroupée de certaines rencontres, et ce afin de favoriser des offreurs opérant sur des canaux alternatifs de diffusion (*streaming*, diffusion sur téléphones mobiles, etc.)<sup>98</sup>. En matière de téléphonie mobile, tant l'avis de l'ARCEP que la décision de l'AdIC relatifs à la durée de l'exclusivité sur les terminaux de type *iPhone* convergent vers une durée de l'exclusivité de trois à six mois. En effet, en raison des fortes spécificités du marché, un terminal téléphonique a un cycle de vie de neuf à douze mois.

46. Ainsi, le traitement des clauses d'exclusivité sur les marchés émergents témoigne de la difficulté à laquelle doivent faire face les autorités de la concurrence pour garantir la préservation d'une structure de concurrence effective. Si la dynamique sectorielle risque de se traduire par un cloisonnement vertical du marché, il n'en demeure pas moins qu'un traitement trop restrictif des clauses d'exclusivité serait inopportun. Celui-ci risquerait de se traduire par de moindres incitations à l'investissement et à l'innovation et à un ralentissement du progrès technologique. Face aux risques symétriques constitués par le développement d'un modèle de silos difficilement contestable et un sacrifice de l'efficacité dynamique sur l'autel de l'efficacité allocative, il est nécessaire pour les autorités de la concurrence de concilier des approches fondées sur l'évaluation des effets économiques des pratiques avec des procédures permettant des solutions plus rapides et plus flexibles. L'exclusivité n'est pas rejetée en elle-même mais suppose d'avoir une durée strictement proportionnée aux pratiques du secteur, eu égard notamment aux investissements engagés et au cycle de vie des produits. Ce faisant, les critères mis en œuvre dans le cadre des procédures d'engagements doivent donner, malgré l'absence de décision sur le fond, des règles permettant aux entreprises de pouvoir évaluer *ex ante* l'appréciation de leurs clauses contractuelles par le droit de la concurrence<sup>99</sup>. ■

93 Est posée en filigrane la question de la capacité d'un opérateur dominant à défendre ses positions que cela soit sur la base des gains d'efficacité liés aux pratiques mises en œuvre mais aussi, et surtout, sur la base d'un alignement vis-à-vis des stratégies mises en œuvre par ses concurrents. Dans le cas du Quadruple play, l'AdIC indique que les éventuelles offres de convergences proposées par France Télécom devront faire l'objet d'une stricte évaluation pour jauger de leur proportionnalité à ce qui est nécessaire pour répondre à la concurrence aux risques d'éviction qui pourraient en résulter.

94 Cons. Conc., Rapport annuel 1988, spéc. p. 12.

95 Cons. Conc., avis n° 07-A-15, 9 novembre 2007 portant sur le projet de décret modifiant le décret 2004-699 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives, § 45.

96 Au-delà de la seule question des clauses d'exclusivité, l'Autorité s'est par exemple prononcée, toujours quant au risque de développement d'un modèle de cloisonnement vertical, en faveur de l'adoption de textes législatifs ou réglementaires de nature à renforcer la fluidité du marché. Les dispositifs suggérés concernent les durées et modalités d'engagements, la standardisation et la portabilité de certains services convergents (§ 199) et l'accès de Free, nouvel entrant dans le domaine de la téléphonie mobile, aux réseaux 3G pour prévenir un risque de marginalisation potentiellement irréversible (§ 185). Aut. Conc., avis n°10-A-13 du 14 juin 2010, *op. cit.*

97 Aut. Conc., avis n° 09-A-42, 7 juillet 2009, *op. cit.*, §180 et 181. Voir aussi le rapport Hagelsteen sur l'exclusivité des chaînes payantes.

98 A. Tresandi Blanco, "The Spanish Competition Commission Limits the Duration of Contracts Concluded Between Broadcasters and Football Clubs for the Acquisition and the Resale of Football Broadcasting Rights for Spanish League and Cup matches, as well as a Pooling Agreement between Broadcasters, to Three Years", *e-Competition*, n° 31460, 14 avril 2010. Comisión nacional de la competencia, AVS, MediaPro, Sogecable y Clubs de Fútbol de la 1ª y 2ª División, 14 avril 2010.

99 Par exemple, dans le cas de l'*iPhone* une exclusivité de trois mois pour les nouveaux modèles peut être acceptée, à l'inverse des trois années (au maximum cinq) sur lesquelles s'étaient initialement entendus Apple et Orange. Voir en ce sens L. Nicolas-Vullierme, "La Cour de cassation casse, un mois après l'acceptation des engagements l'arrêt de la Cour d'appel de Paris relatif aux mesures de conservatoires pour défaut de base légale", *Concurrences*, chronique Ententes, n° 2-2010, p. 65-66.

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

## Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege*, *Cartel Profiles in the EU*...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



## Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHÉL, Penelope PAPANDEPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY  
Mireille DANY  
Marie-Claude MITCHELL  
Jacqueline RIFFAULT-SILK

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier FERRIÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### RÉGULATIONS

Joëlle ADDA  
Emmanuel GUILLAUME  
Jean-Paul TRAN THIET

### SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne  
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

## Revue Concurrences | Review Concurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	395 €	472,42 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

## Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	575 €	687,7 €
---	-------	---------

## Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	745 €	891,02 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i>	845 €	1010,62 €

## Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : ..... e-mail : .....

Institution | *Institution* : .....

Rue | *Street* : ..... Ville | *City* : .....

Code postal | *Zip Code* : ..... Pays | *Country* : .....

N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* : .....

## Formulaire à retourner à | Send your order to

### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)  
Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France**