



Exclusivités sur les droits audio-visuels et politiques de concurrence : quels outils de régulation des marchés

Frédéric Marty

► To cite this version:

Frédéric Marty. Exclusivités sur les droits audio-visuels et politiques de concurrence : quels outils de régulation des marchés. 2011. halshs-00614348

HAL Id: halshs-00614348

<https://shs.hal.science/halshs-00614348>

Preprint submitted on 11 Aug 2011

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.

Exclusivités sur les droits audio-visuels et politiques de concurrence : quels outils de régulation des marchés¹ ?

Frédéric MARTY

Chargé de recherche CNRS

CNRS – GREDEG (Université de Nice Sophia-Antipolis)

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

La convergence numérique redéfinit les frontières traditionnelles entre marchés des télécommunications et marchés de l'audiovisuel. D'une part, elle remet en cause les marchés pertinents habituellement définis par les autorités de concurrence. D'autre part, elle établit des couplages entre les segments amont et aval, créant autant de complémentarités entre des biens et services relevant, à l'origine, de marchés distincts...

Ce faisant, elle produit des effets ambivalents sur la concurrence et sur le bien-être du consommateur, en favorisant la mise sur le marché de nouveaux biens et services et en accroissant la diversité des choix qui lui sont offerts. Elle contribue, en outre, à éroder les positions dominantes existantes sur les marchés traditionnels au travers de nouvelles entrées. Cependant, la remise en cause des frontières traditionnelles entre industries n'est pas sans induire quelques risques pour la concurrence. Parmi ces derniers, deux ont particulièrement retenus l'attention des autorités. Un premier risque correspond à un possible cloisonnement

¹ Une première version de ce texte a été présentée lors des 5^{èmes} journées d'économie de la culture et de la communication organisées à Paris (Centre Pompidou) en février 2011 sur le thème « Culture-médias & numérique : nouvelles questions de concurrence(s) ».

Une version abrégée et sensiblement modifiée de ce document de travail est publiée dans le numéro 3-2011 de la revue *Concurrences* sous le titre « Convergence numérique et risques de forclusion : quel partage des rôles entre politiques de concurrence et régulation sectorielle ? ».

Cet article s'articule avec un ensemble de travaux menés avec Patrice Bougette, Julien Pillot et Patrice Reis (GREDEG, CNRS-Université de Nice Sophia-Antipolis) sur l'impact concurrentiel des clauses d'exclusivité dans les marchés de haute technologie. Ce dernier a donné lieu la publication d'un article dans la revue *Concurrences* et à une communication dans le cadre du colloque annuel de la *German Law and Economics Association* (Bougette et al., 2010a et 2010b).

L'auteur tient à adresser ses remerciements les plus chaleureux à Julien Pillot pour ses commentaires et la précision de sa relecture.

vertical du marché. Celui-ci peut découler de l'intégration verticale des acteurs ou de la généralisation de clauses d'exclusivité. Le marché serait alors susceptible de se structurer selon un modèle de silos, rendant le consommateur captif au profit de quelques opérateurs. Un second risque tiendrait à la possibilité de déploiement de stratégies d'éviction anticoncurrentielle et de préemption des marchés au profit des opérateurs dominants. Une telle dynamique pourrait d'autant plus facilement s'observer que les consommateurs font face à des coûts de changements d'opérateurs élevés. Or, une telle situation est d'autant plus probable dans les marchés concernés par la convergence numérique que les consommateurs sont exposés à différents risques de verrouillages tant techniques que commerciaux. Tirant profit d'une telle situation, des opérateurs puissants sur un marché donné peuvent développer des stratégies de levier conduisant à conforter leur position – en érigeant des barrières à l'encontre des entrants actuels ou potentiels – voire à préempter des marchés connexes en phase d'émergence.

Le cas de la télévision payante constitue un exemple particulièrement représentatif des secteurs caractérisés par une telle convergence. La concurrence entre opérateurs pour distribuer des chaînes particulièrement attractives pour les téléspectateurs ou encore entre éditeurs de chaînes ou concepteurs de bouquets pour disposer de l'exclusivité sur des programmes audiovisuels considérés comme « *premiums*² » peut être lue comme participant d'un processus de *cut-throat competition*. Des stratégies de préemption anticoncurrentielle, visant à l'exclusion des concurrents (y compris ceux opérant à partir d'autres plateformes), ou d'augmentation des coûts des rivaux, peuvent en dériver (Matteucci et al., 2006).

Il est donc particulièrement intéressant de s'appuyer sur l'exemple de ce marché pour apprécier dans quelle mesure (ou selon quelles conditions) la convergence peut rabattre les cartes du jeu concurrentiel dans le secteur ou, au contraire, consolider les positions dominantes ; si ce n'est favoriser la préemption de marchés connexes. En effet, aux côtés des acteurs traditionnels de la télévision payante opèrent désormais des entreprises issues du monde des télécommunications, lesquelles peuvent faire le choix d'un modèle de d'intégration verticale visant à proposer aux abonnés des chaînes propriétaires et des contenus exclusifs, dans le but de différencier leur offre. Les incertitudes, début 2011, sur la pérennité de la stratégie de l'opérateur historique français des télécommunications, ne doivent pas occulter le fait que les fournisseurs d'accès Internet constituent une menace significative pour les opérateurs

² Un contenu audiovisuel est considéré comme tel dès lors qu'il est susceptible de susciter un abonnement ou qu'il n'est pas tenu comme substituable à des contenus « concurrents » pour le téléspectateur.

traditionnels du marché du marché de la télévision payante. Non seulement les offres *triple play* permettent de concurrencer directement CanalSat dans les zones de couverture ADSL mais cette technologie offre aux firmes de télécommunications de nombreux avantages en matière d'usages non linéaires de la télévision (télévision de rattrapage et vidéo à la demande). La concurrence exercée par les fournisseurs d'accès peut s'avérer des plus significatives dans la perspective du déploiement des réseaux de fibre optique.

La décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 de l'Autorité de la concurrence relatives à des pratiques dans le secteur de la télévision payante illustre de tels enjeux. Les exclusivités négociées par le groupe Canal + avec les éditeurs des chaînes les plus attractives, son contrôle de certains contenus audiovisuels particulièrement attractifs pour les consommateurs (*blockbusters* hollywoodiens ou championnats de football³) ainsi que l'exclusivité sur ses chaînes propriétaires sont-elles de nature à verrouiller le marché de la télévision payante ? Sont-elles susceptibles de préempter, au travers de leurs extensions, le marché émergent de la fibre optique et des usages non linéaires ? La décision de l'Autorité – une demande d'un supplément d'instruction –, témoigne de la prise en considération de deux risques symétriques dans le cas des marchés de convergence. Le premier tiendrait à une intervention trop précoce qui pourrait porter atteinte à la dynamique des marchés et au processus même d'innovation et de concurrence. Le second serait une intervention trop tardive, potentiellement vaine, dans la mesure où le dommage à la concurrence pourrait s'avérer effectif et irréversible.

Ce faisant, il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'une intervention *ex ante* précédant la mise en œuvre des règles de concurrence. Une telle intervention doit-elle émaner d'un régulateur sectoriel comme le proposa le rapport Hagelsteen (2010) pour le marché de gros de la télévision payante ? Peut-elle se faire au travers des instruments à disposition de l'Autorité de la Concurrence ?

Pour apporter quelques éléments de réponse à cette question, nous nous proposons, en nous appuyant principalement sur le cas de la télévision payante, de montrer, dans une première partie, que les modalités traditionnelles de mise en œuvre des règles de concurrence ne permettent qu'imparfaitement de maîtriser les risques propres aux marchés de convergence numérique. Nous envisageons donc dans une seconde partie l'opportunité d'une intervention

³ Sans oublier le fait que le rôle du groupe Canal Plus dans le financement des films français et européen lui offre des droits de télédiffusion prioritaires.

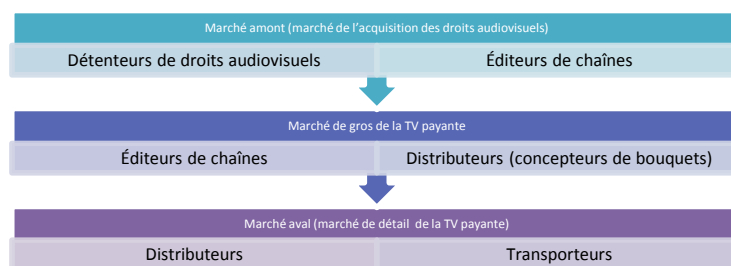
ex ante et montrons que celle-ci peut être réalisée, dans une certaine mesure, soit par un régulateur sectoriel, soit par l'Autorité de la Concurrence.

I - Convergence numérique et risques concurrentiels

Les risques concurrentiels liés à la convergence numérique peuvent prendre deux formes. La première tient au risque de développement d'une concurrence en tuyaux d'orgues, résultant de l'intégration verticale des opérateurs et des coûts de changements d'opérateur existant au détriment des consommateurs. La seconde passe par des stratégies de préemption de contenus essentiels. Celles-ci sont susceptibles de conduire à la forclusion des marchés non seulement dans le cadre d'une même plateforme technologique mais aussi au détriment des opérateurs susceptibles d'utiliser d'autres plateformes. Les clauses d'exclusivité jouent, par ce biais, un rôle particulièrement déterminant dans le domaine des marchés émergents de haute technologie (Bougette et al., 2010a). Elles peuvent servir de substituts à des stratégies d'intégration verticale mais aussi de supports à des stratégies de verrouillage anticoncurrentiel. Malgré des effets favorables à l'efficacité, la mise en œuvre de ces clauses peut participer de stratégies de levier d'autant plus préjudiciables en termes concurrentiels que les marchés de convergence numérique se caractérisent, comme nous le verrons, par de fortes complémentarités et relations d'interdépendance (Pénard, 2006). Ainsi, le jeu sur les clauses d'exclusivités peut, si elles portent sur l'aval, priver les concurrents d'accès aux consommateurs ou, si elles portent sur l'amont, considérablement accroître leurs coûts.

a) Des risques de verrouillage des marchés

Les clauses d'exclusivité dans les marchés de la télévision payante fournissent un exemple particulièrement intéressant pour analyser les risques concurrentiels qui caractérisent ces derniers. Le marché de l'audiovisuel se caractérise par l'imbrication de trois à quatre segments successifs (cf. figure *infra*).



Un premier marché met en contact les détenteurs de droits audiovisuels avec les éditeurs de chaînes qui jouent donc le rôle d'agrégateurs de contenus. Sur ce marché amont, le groupe

Canal Plus détient une position de force. Il est signataire d'*output deals* avec cinq des sept *majors* américaines et détient une part appréciable des droits sportifs dont neuf des douze lots de la LFP pour la période 2008-2012.

Un deuxième marché correspond au marché intermédiaire de gros de la télévision payante. Il met en contact les éditeurs de chaînes avec des distributeurs qui vont rassembler et commercialiser ces dernières sous forme de bouquets. A nouveau, Canal Plus détient une position de marché appréciable au travers des chaînes qu'il édite lui-même et au travers d'un vaste réseau d'exclusivités. En effet, sur les 60 chaînes thématiques payantes disponibles fin 2008, Canal Plus détenait des exclusivités sur 35 d'entre elles pour la diffusion par satellite, 33 pour l'ADSL et 30 pour la fibre⁴.

Un troisième marché, situé en aval, correspond au marché de détail de la télévision payante. Il relie les distributeurs de chaînes aux abonnés, soit directement, comme dans le modèle traditionnel de la télévision payante, soit par l'intermédiaire d'un transporteur, par exemple un fournisseur d'accès Internet (FAI). Quand ces derniers acteurs sont cantonnés à un rôle purement technique de transporteur du signal, le lien commercial se fait directement entre le distributeur et l'abonné. Il est symétriquement possible de faire le choix d'une différenciation de son offre passant par la remontée le long de la chaîne de valeur par l'intermédiaire de l'édition de chaînes *propriétaires* et la négociation d'exclusivités sur des contenus audiovisuels attractifs pour les téléspectateurs.

Cette tendance à l'intégration verticale visant au contrôle des contenus avait déjà été observée dans le secteur de la télévision payante même avant la convergence numérique. La concurrence entre les différents acteurs du marché se fait en effet en grande partie au travers de l'obtention de clauses d'exclusivité, ne serait que dans la mesure où les offres techniques sont des plus similaires. Les éditeurs sont conduits à verser des primes d'exclusivité particulièrement élevées aux détenteurs de droits. L'acquisition de ces contenus peut représenter entre 70 et 80 % des coûts des opérateurs (Matteucci et al., 2006). Le niveau particulièrement élevé de ces derniers constitue autant d'incitations à l'intégration verticale ou horizontale, comme en témoigna en France la prise de contrôle de TPS par CanalSat. S'il

⁴ Qui plus est, les chaînes couvertes par ces exclusivités sont considérées par l'Autorité de la Concurrence comme les plus attractives pour les téléspectateurs. Autorité de la Concurrence, décision n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante.

induit des risques en termes concurrentiels, ce modèle basé sur les exclusivités n'en présente pas moins quelques avantages en termes de bien-être pour le consommateur.

Tout d'abord, le niveau élevé des primes d'exclusivité participe du financement de la création et constitue un élément essentiel de l'équilibre économique de certaines disciplines sportives. Ensuite, l'impact économique même des clauses d'exclusivité ne doit pas être uniquement appréhendé sous l'angle des restrictions de concurrence. L'Ecole de Chicago avait établi que de telles clauses – qui supposaient une indemnisation pour la renonciation à des transactions potentielles – ne pouvaient faire sens économiquement que si et seulement si, elles étaient porteuses de gains d'efficience (Bork, 1978). Cependant, les travaux menés depuis les années quatre-vingt dans le cadre de la nouvelle économie industrielle montrent qu'une exclusion inefficace est possible au travers du jeu sur les clauses d'exclusivité dès lors que certaines conditions de marché sont réunies (Lubeck, 2010). Cela est particulièrement le cas dès lors que des externalités négatives sur des biens et services complémentaires dérivent des clauses d'exclusivité en question ou que les caractéristiques de la concurrence sur le marché aval renforcent le pouvoir de forclusion des clauses d'exclusivité.

Compte tenu des possibles effets anticoncurrentiels des clauses d'exclusivité, il convient de s'attacher, pour le cas de la télévision payante, aux risques de forclusion qui pourraient dériver de leur développement.

L'économie du secteur a été (re)modélisée par les engagements pris dans le cadre de la fusion entre TPS et CanalSat en 2006⁵. Ceux-ci conduisirent le groupe Canal Plus à limiter ses exclusivités, en mettant notamment certaines des chaînes concernées à disposition des plateformes concurrentes jusqu'en 2012. Les opérateurs de télécommunications optèrent dans ce cadre pour deux types de stratégies. SFR et Iliad (Free) se concentrèrent principalement sur un rôle de transporteur. Ils combinent une offre de base constituée de chaînes gratuites et la commercialisation des offres de Canal Plus, Orange suivit une stratégie d'intégration verticale venant concurrencer Canal Plus tant sur le marché amont de l'acquisition des droits audiovisuels que sur le marché de gros de l'édition de chaînes. Elle acquit, sur le marché amont, une partie des lots de la LFP et conclut deux *output deals* avec des majors américaines tirant profit des limitations posées à Canal Plus en termes de clauses d'exclusivités suite à la fusion avec TPS. Le modèle mis en place par l'opérateur historique des télécommunications

⁵ Décision du ministre en charge de l'économie et des finances du 30 août 2006 relative à la fusion CanalSat / TPS. Notons que l'Autorité de la concurrence étudie le respect desdits engagements. Sa décision est attendue pour le premier semestre 2011 (voir son communiqué de presse du 16 novembre 2010).

se distingue en outre par le fait que ses chaînes *propriétaires* ne sont pas disponibles sur l'ensemble des plateformes et pour les FAI concurrents mais seulement pour ses propres abonnés. Ce faisant, se mit en place un système de double exclusivité combinant exclusivités de transport et d'édition.

Cette double exclusivité induisait quelques risques pour la concurrence. En effet, comme le soulignait le rapport Hagelsteen, l'amortissement de la prime d'exclusivité versée aux ayants-droits aurait dû conduire à renoncer à imposer une exclusivité de transport qui a pour effet mécanique de réduire le nombre de téléspectateurs potentiels. L'exclusivité de transport peut faire sens en termes de maximisation du revenu par abonné (dans l'hypothèse – au final non vérifiée – où une part significative des abonnés ADSL d'Orange opterait pour les chaînes proposées). Elle peut également faire sens en termes de renforcement de la position de l'entreprise sur le marché de l'ADSL. Un risque concurrentiel pourrait alors être mis en exergue. L'acquisition de « contenus essentiels » à la constitution d'une offre économiquement viable pourrait conduire à un effet de levier permettant de consolider sa position de marché sur le haut débit (Pillot, 2009). Si cette stratégie s'était généralisée aux différents acteurs du marché, le jeu sur les clauses d'exclusivité sur les contenus ou sur la distribution de certains biens et service, couplé aux effets de réseau particulièrement élevés dans l'industrie⁶, auraient pu contribuer à l'émergence d'un modèle de marché cloisonné verticalement selon une logique de silos (Gunther, 2010).

Un tel schéma aurait pu conduire à l'éviction des opérateurs les moins puissants. En effet, ces derniers sont les moins attractifs en termes de portefeuille de clientèle et ils ne peuvent en tout état de cause amortir les droits acquis que sur une base plus étroite. Le consommateur serait inexorablement pénalisé dans un tel scénario. Il le serait d'abord en termes de diversité des choix et par l'accroissement des coûts de changements d'opérateur (notamment au point de vue des contenus précédemment acquis et par la perte des avantages liés à l'ancienneté). Il le serait, à terme, par l'affaiblissement inexorable de la concurrence qui caractériserait une telle configuration étroitement oligopolistique de l'industrie⁷ ; affaiblissement qui serait encore

⁶ L'importance des rendements croissants d'adoption dans les marchés considérés fait que la puissance de marché d'un opérateur donné se caractérise par de très forts phénomènes de rétroaction positive. Le fait qu'une plateforme donnée devienne dominante la rend encore plus attractive pour les consommateurs mais aussi les développeurs et autres acteurs du marché. Ce faisant, la dominance s'auto-renforce spontanément quand la marginalisation d'un acteur ou d'un standard s'aggrave inexorablement (Shapiro et Varian, 1998).

⁷ Les risques de verrouillages anticoncurrentiels liés au développement de tels modèles de silos apparaissent également dans le domaine des jeux vidéo (Pillot, 2010).

amplifié par la « différenciation » des offres de contenus⁸. Face à de tels risques, l'AdlC avait proposé une intervention du législateur en vue d'encadrer les exclusivités de transport⁹. Il s'agissait même d'interdire ces dernières aux FAI ou du moins de les limiter à un à deux ans pour les seuls services innovants.

Le changement de stratégie d'Orange, initié par le rapprochement de sa chaîne cinéma et séries avec son homologue du groupe Canal plus et souligné par les incertitudes existantes quant au devenir de sa chaîne consacrée aux sports, semble remettre en question le scénario de l'intégration verticale des opérateurs de télécommunications et lever les incertitudes liées au déploiement du modèle de la double exclusivité. Ce changement de stratégies appelle cependant deux remarques.

La première tient à la question de la possibilité d'une réelle concurrence intra ou inter-plateformes du fait du niveau élevé de valorisation des droits audiovisuels. Les exemples étrangers, notamment britanniques, et l'expérience de la concurrence entre CanalSat et TPS peuvent mettre en doute la soutenabilité d'une telle concurrence. Il est d'ailleurs à relever que le rapport Hagelsteen de janvier 2010 s'interrogeait, dans le cadre de la proposition de l'Autorité de la concurrence de recourir à la législation pour encadrer les exclusivités de transport, non seulement sur l'effet réel du modèle de la double exclusivité sur le marché mais aussi sur la probabilité du risque de voir effectivement se développer une structuration du marché selon un modèle de silos. Sur le premier point, il convient de souligner que seulement 7,3 % des abonnés d'Orange ont finalement souscrits aux offres en question, alors que l'offre « Neuf TV sélection » avait été souscrite par 16,2 % des abonnés de SFR¹⁰. Sur le second point, le rapport considérait que, non seulement, il était peu probable qu'Orange soit en

⁸ Relevons que le modèle de la double exclusivité a également été adopté pour la commercialisation de l'iPhone. Orange détenait non seulement une exclusivité de distribution mais était également opérateur exclusif. Non seulement l'accès à l'iPhone, terminal pour lequel il n'existait pas à l'origine de substitut, supposait un abonnement à un opérateur donné mais le consommateur faisait face à des coûts significatifs pour pouvoir éventuellement changer d'opérateur (coût du *désimlockage*). Le risque de développement d'un modèle de silos aurait également été significatif si ce modèle s'était généralisé aux concurrents d'Orange. Le risque de marginalisation des opérateurs dotés de la base de clientèle la plus étroite était important dans la mesure où ces derniers sont les moins attractifs pour les fabricants de terminaux. En outre, les consommateurs risquaient d'être progressivement « enfermés » dans autant d'écosystèmes *fermés* dans la mesure où un changement ultérieur d'opérateur pouvait se traduire par la perte de contenus (par exemple musicaux) du fait de problèmes d'interopérabilité.

Conseil de la Concurrence, décision n°08-MC-01 du 18 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones. Pour une synthèse sur l'affaire iPhone voir Marty (2010).

⁹ Autorité de la concurrence, avis n°09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services.

¹⁰ Autorité de la Concurrence, décision n°10-D-32, *op. cit.*, §281.

mesure d'accentuer sa stratégie d'intégration mais que ses concurrents n'avaient visiblement ni la volonté, ni la capacité de la suivre dans cette stratégie¹¹.

La seconde remarque est consubstantiellement liée à la première. Ne risque-t-on pas d'assister à des forclusions de marchés par le seul jeu de la concurrence pour l'acquisition des droits audio-visuels les plus attractifs (Géradin, 2005) ? En effet, la fin de la question de la double exclusivité ne signifie pas pour autant que l'ensemble des risques concurrentiels liés aux exclusivités portant sur les contenus soit désormais levé. L'extension des clauses d'exclusivité de Canal Plus à la fibre optique peut être susceptible de conduire à une préemption de cette nouvelle plateforme. Il convient donc de s'attacher aux risques de forclusion du marché voire de préemption du marché émergent de la fibre au travers de l'assèchement du marché amont des contenus.

A l'instar des risques de cloisonnement vertical des marchés, les risques de préemption des marchés ou de verrouillage des positions dominantes acquises sont particulièrement significatifs sur les marchés concernés par la convergence numérique. L'opérateur disposant de la base de clientèle la plus large peut consolider sa position dominante plus aisément encore que dans un autre type de marché. Cela peut se faire non seulement par le jeu des effets de réseaux, particulièrement importants sur les marchés considérés, mais aussi par l'intermédiaire des clauses d'exclusivité¹². Cette dynamique déjà observée pour le marché de la télévision payante peut s'avérer d'autant plus forte que les marchés de convergence numérique se caractérisent par des coûts de changement d'opérateurs élevés (Klemperer, 1987) et que les effets de réseau, tant directs qu'indirects, sont particulièrement importants (Shapiro, 1999).

Ce second type de risque concurrentiel n'est en effet pas à négliger dans la mesure où l'opérateur disposant de la base d'abonnés la plus large peut aisément adopter une ligne de conduite pouvant conduire à l'éviction de ses concurrents ou au verrouillage des marchés sur lesquels il opère. En effet, la prime d'exclusivité qu'il est susceptible de proposer sera

¹¹ Il convient cependant de discuter ce point en considérant que l'opérateur historique a pu tirer quelques enseignements des premiers résultats de sa politique de double exclusivité en termes de gains additionnels et a pu également mettre ses derniers en balance avec le risque d'une intervention des autorités de concurrence, eu égard à la positions prises par ces dernières dans l'affaire de l'*iPhone*.

¹² Comme nous l'avons noté, de telles stratégies passent principalement par le contrôle de droits audiovisuels sur des contenus essentiels à l'attractivité des offres aux yeux des consommateurs. Il en va ainsi de certaines grandes productions cinématographiques américaines et de certaines compétitions sportives aux premiers rangs desquelles les championnats nationaux majeurs de football (Angleterre, Espagne, Italie, Allemagne,...). Pour une synthèse sur l'application des règles européennes de concurrence au domaine sportif, se reporter à Budzinski (2011).

potentiellement d'autant plus élevée qu'elle pourra être amortie sur une large base de clientèle. La prise en compte d'un tel risque était particulièrement prégnante dans la décision du Conseil de la concurrence n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 qui conduisit à la suspension de la procédure d'attribution des droits audiovisuels sur le football français par la Ligue¹³. Bien que Canal Plus ne fût pas le mieux disant sur chacun des trois lots mis aux enchères pour la période 2004-2008, ce dernier acquit l'ensemble de ces derniers au travers du versement d'une surprime conditionnée à une telle obtention. Si une telle clause permettait d'intéresser la Ligue à la valeur additionnelle créée par l'obtention par un seul acteur de l'ensemble des lots, il n'en demeure pas moins que la surprime proposée par l'opérateur dominant pouvait également être lue comme une prime d'éviction anticoncurrentielle...

En outre, l'éviction de la concurrence sur le segment aval peut faire sens économiquement pour l'opérateur dominant dans la mesure où elle permet non seulement de consolider son pouvoir de négociation en amont vis-à-vis des détenteurs de droits audiovisuels mais aussi sa position dominante même en rendant plus difficiles de nouvelles entrées sur son segment de marché (Carlton et Waldman, 2002). En effet, l'éviction des firmes opérant en aval prévient le risque de voir sa position dominante en amont contestée par ces dernières par le biais d'une stratégie d'intégration verticale. Une telle éviction permet même d'entraver l'entrée de nouveaux acteurs sur son propre segment en éliminant autant de débouchés potentiels en aval pour ces derniers.

Ainsi si les exclusivités ne sont pas prohibées *per se* du fait de leurs effets favorables sur les incitations à l'innovation et la protection induite des investissements contre d'éventuels risques de hold-up contractuel ou de parasitisme (Perrot, 2010a), il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent servir de levier dans le cadre de stratégies de forclusion anticoncurrentielle (Rey et Tirole, 1999). En effet, l'élévation de la valeur des droits sur les contenus *premium* a pour effet d'accroître les barrières à l'entrée sur le marché. Les nouveaux entrants, ainsi que les opérateurs ne pouvant amortir leurs coûts d'acquisition sur une large base d'abonnés, sont particulièrement pénalisés par la montée des enchères sur les droits (Parsons et Freiden, 1998). Dans ce cadre, il est possible de considérer que la concurrence se joue en amont du marché. L'assèchement du marché des droits, au travers de la mise en œuvre de clauses d'exclusivité, peut avoir pour effet la forclusion du marché aval. Le fait pour un opérateur dominant de surenchérir sur de tels droits peut conduire un schéma d'éviction

¹³ Conseil de la concurrence, décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS.

anticoncurrentielle fondé sur une logique d'augmentation des coûts des rivaux (Aghion et Bolton, 1987).

Les marchés de convergence numérique se prêtent bien à des stratégies reposant sur la conclusion d'exclusivités avec des éditeurs de contenus. Dès lors qu'une « minorité de blocage » est acquise en termes de pourcentage des droits détenus, les nouveaux entrants ne peuvent disposer d'un portefeuille minimal de droits *premiums* leur permettant de différencier leurs offres auprès des téléspectateurs (Salinger, 1988). Les gains associés à une potentielle éviction de la concurrence sont d'ailleurs d'autant plus élevés qu'en cas de réussite l'entreprise dominante se situera en situation de monopsonne et n'aura plus, à ce titre, à verser aux ayant-droits une prime en contrepartie de l'exclusivité (de Fontenay et Gans, 2004). Ainsi, les titulaires de droits sur des contenus *premiums* ont-ils tout intérêt à la préservation à long terme d'une concurrence sur le marché aval.

Ce faisant, il serait possible de considérer que les niveaux de valorisation des droits sur les contenus *premiums* ne sont pas tant la cause que la conséquence du faible niveau de concurrence intra mais aussi inter-plateformes. Ces derniers fonctionneraient à la fois comme un outil d'éviction – via l'augmentation des coûts des rivaux - et comme une barrière à l'entrée vis-à-vis de nouveaux entrants tant sur les marchés amont qu'aval¹⁴. Le niveau élevé des droits – couplé à la faible part de ces derniers disponible sur le marché -, la nécessité de compenser les coûts de changements d'opérateurs et le handicap induit par les effets de réseaux font qu'un concurrent potentiel ne pourra que très difficilement être aussi efficace que l'opérateur dominant.

Un risque d'éviction anticoncurrentielle basée sur l'assèchement des marchés de gros des droits sur les contenus audiovisuels n'est donc pas à écarter, comme en témoigne, par exemple, la décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 de l'Autorité de la Concurrence relative au secteur de la télévision payante. Celle-ci conduisit à un renvoi à l'instruction de l'affaire « *aux fins de recueillir les éléments nécessaires pour apprécier l'existence d'un risque de préemption des modes de diffusion et des services futurs de télévision payante, de nature à figer la situation concurrentielle sur les marchés aval de la télévision payante, et, partant d'éliminer les sources de concurrence potentielles susceptibles de remettre en cause les positions des acteurs du marché* » (§374). Le risque est que la tendance au monopsonne,

¹⁴ Le coût d'acquisition des droits audiovisuels joue le même rôle que les coûts fixes pour d'autres marchés. La part de « demande libre » risque d'être trop faible pour amortir ces derniers (Perrot, 2010b).

déjà caractéristique de la concurrence intra-plateforme (Ibanez-Colomo, 2007), ne s’observe également dans le cadre de la concurrence inter-plateformes via les effets de levier induits par le jeu sur les clauses d’exclusivité portant sur les contenus *premiums*¹⁵.

Les enjeux concurrentiels sont donc d’autant plus critiques que l’extension des clauses d’exclusivité dans le cadre de la convergence numérique risque de permettre la forclusion de marchés connexes (Bernheim et Whinston, 1998). Celle-ci serait d’autant plus profitable à l’entreprise dominante qu’elle consoliderait sa position sur son marché d’origine, dès lors que l’on considère les menaces d’entrées proviennent essentiellement d’opérateurs du marché connexe considéré (Sidak et Teece, 2009).

b. Des difficultés de mise en œuvre des règles de concurrence dans les marchés émergents

Si l’action des autorités de concurrence dans les secteurs considérés est indispensable, elle se heurte néanmoins à un certain nombre d’écueils. Un premier ensemble tient aux délais mêmes de traitement des cas. Un deuxième a trait aux difficultés de caractériser les marchés pertinents concernés. Un troisième ensemble a trait aux difficultés de caractérisation des effets des pratiques. Enfin, une dernière dimension à prendre en considération tient à la difficulté d’emploi des mesures conservatoires. Ces différentes dimensions témoignent de la difficulté d’établir une balance des effets pro et anticoncurrentiels de ces clauses sur l’ensemble de la chaîne de la valeur dans le cadre d’un exercice prospectif.

Du moment de l’intervention

La première difficulté est liée au moment de l’intervention. Deux risques symétriques sont à considérer. Une intervention trop précoce serait susceptible de porter préjudice au consommateur en entravant le processus de marché et la dynamique d’innovation. L’Autorité a d’ailleurs souligné ce point dans son avis n°10-A-29 du 14 décembre relatif au fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne. Celle-ci insiste notamment sur « *les risques qu’entraîneraient une intervention réglementaire trop rigide ou trop précoce* » (§354). En d’autres termes, sur des marchés caractérisés par un fort degré de

¹⁵ Comme le relève l’Autorité de la concurrence dans sa décision n°10-D-32, les risques d’éviction sont dans le cas d’espèce d’autant plus élevés que Canal Plus contrôle via ses exclusivités des contenus particulièrement attractifs (§292), que son pouvoir de négociation est particulièrement fort notamment du fait de sa large base de clientèle (§293) et que les abonnés font face à des coûts élevés de changement d’opérateurs (§294). En d’autres termes, l’économie du secteur correspond au portrait-robot des configurations de marché dans lesquelles une éviction anticoncurrentielle peut procéder des clauses d’exclusivité, tel que le dessine la littérature économique.

turbulence, des phénomènes concentration du pouvoir économique peuvent être observés à court terme mais n'appellent pas obligatoirement d'intervention des autorités de concurrence (§360). Non seulement, la dominance est le fruit des mérites de l'entreprise concernée, de ses capacités d'innovation et de ses investissements passés mais elle peut s'avérer de plus éminemment transitoire. Une intervention trop hâtive pourrait être préjudiciable aux consommateurs.

Une telle approche suppose néanmoins de faire sienne l'hypothèse de l'existence d'un degré de turbulence suffisant sur les marchés pour que les positions dominantes soient transitoires et non pérennes. Si les marchés sont autorégulateurs, le coût du faux positif est indubitablement supérieur à celui du faux négatif. L'observation d'un surprofit dans la branche considérée constitue un efficace signal pour susciter de nouvelles entrées sur le marché (Easterbrook, 1984). La perspective change radicalement dès lors que l'on considère que la dominance a pour effet de réduire l'éventail des choix offerts aux consommateurs et que celle-ci peut s'avérer non pas transitoire mais pérenne. Auquel cas, la forclusion des marchés pourrait s'avérer irrémédiable.

Symétriquement, une éventuelle intervention précoce expose l'autorité au risque de sanctionner à tort des entreprises ne s'étant pas rendues coupables de pratiques anticoncurrentielles. Un tel risque est d'autant plus fort qu'il ne saurait alors être question de pouvoir mesurer les effets concrets des pratiques en cause sur le bien-être du consommateur. Comme l'indiquait N. Kroes (2008), alors Commissaire européenne à la concurrence, le rôle des autorités de concurrence est d'établir un *scenario* raisonnable et convaincant pouvant montrer de quelle façon la pratique en cause est susceptible de porter préjudice au consommateur, réduirait l'effectivité le droit de la concurrence et amoindrirait ses capacités dissuasives. Attendre que l'éviction soit effective s'avèrerait, dans cet esprit, non seulement vain mais également insuffisant en termes de dissuasion des pratiques anticoncurrentielles. Tout d'abord, l'éviction d'un concurrent peut induire un dommage irréversible à la concurrence dès lors que les barrières à l'entrée sur le marché sont importantes (*First you cannot resuscitate a corpse. No matter how effective the regulatory intervention, if it only happens after exit has occurred, then the damage to the market may be permanent*). Ensuite, les pratiques d'éviction ne visent pas univoquement à provoquer la sortie des concurrents de la branche, elles peuvent viser exclusivement à leur affaiblissement, à leur confinement dans

un seul compartiment de marché voire à leur adresser un signal visant à les discipliner en termes de prix ou de stratégie produit¹⁶.

Cette position dérive directement de la pratique décisionnelle de la Commission. A ce titre, la décision Wanadoo (COMP/38.223) du 16 juillet 2003, témoigne d'un tel arbitrage. « *A cet égard, il y a lieu de rappeler que rien dans l'article 82 du Traité ou de la jurisprudence communautaire en la matière ne prévoit d'exception d'application des règles de concurrence aux secteurs n'ayant pas encore atteint une phase de complète maturité ou qui seraient considérés comme des marchés 'émergents'. Faire dépendre l'application des règles de concurrence d'une stabilisation complète du marché reviendrait à priver les autorités de concurrence de la faculté d'intervenir en temps utile avant que les abus constatés n'aient exercé la plénitude de leurs effets et que les positions acquises indûment ne soient ainsi définitivement consolidées*¹⁷ ». Comme tout marché émergent, il est normal d'observer, comme nous l'avons relevé, qu'en phase de décollage, un acteur détienne une position de dominance forte. En théorie, la turbulence concurrentielle devrait remettre en cause les positions acquises. Cependant, les caractéristiques des marchés de convergence numérique peuvent rendre de telles positions plus pérennes voire irréversibles et donc justifier une intervention des autorités en charge de l'application des règles de concurrence, au risque de s'exposer à un risque de *faux positif*.

Des difficultés de caractériser les pratiques et d'estimer la dynamique concurrentielle future

La difficulté de définir les marchés pertinents et de caractériser les pratiques constitue un autre trait des marchés de convergence numérique, notamment dès lors que sont couplés des biens et des services relevant de marchés différents ou éventuellement offerts séparément ou dans le cadre de couplages différents par d'autres opérateurs. De la même façon, si les marchés pertinents sont définis à partir de la substituabilité des biens et services aux yeux des consommateurs, les caractères émergents et convergents des marchés considérés induisent des difficultés spécifiques. L'évaluation de la puissance de marché de chaque opérateur est d'autant plus difficile à réaliser que les parts de marché sont très variables et très différentes selon le marché pertinent qui est retenu. L'exemple d'une demande de mesures conservatoires

¹⁶ Un exemple de cantonnement de nouveaux entrants dans un compartiment de marché donné par un opérateur dominant peut être apporté par le cas des opérateurs virtuels de téléphonie mobile.

Conseil de la concurrence, avis n°08-A-16 du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile.

¹⁷ Considérant 301 de la décision du 16 juillet 2003. Repris notamment par le Conseil de la Concurrence dans sa décision n°04-MC-01 du 15 avril 2004, relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9Telecom, portant sur l'offre *MaLigne TV* de France Télécom (§41).

de VirginMega à l'encontre d'Apple en 2004 pour des pratiques alléguées de levier concurrentiel entre la plateforme de téléchargement de musique en ligne iTunes et l'iPod est ici particulièrement caractéristique¹⁸. L'évaluation des pratiques par le Conseil de la concurrence était d'autant plus difficile que les parts de marchés sur le marché du téléchargement n'étaient que peu significatives du fait de la récente apparition des plateformes de téléchargement légal dans le courant de l'année 2004 et des incertitudes qui prévalaient encore sur la substituabilité des baladeurs numériques à disque dur ou à mémoire flash pour les consommateurs (Marty et Pillot, 2009).

De plus, une intervention des autorités de concurrence dans de tels contextes se heurte à l'écueil de la prévision de la dynamique future du marché ou du moins de l'établissement d'un scénario contrefactuel permettant d'estimer quelle aurait été la situation du marché en l'absence de mise en œuvre des pratiques en cause.

Un parallèle peut être tracé avec l'avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le marché de la publicité en ligne. L'Autorité a notamment dû caractériser le marché de la publicité liée à la recherche sur Internet comme un marché pertinent en le distinguant du marché de la publicité lié à l'affichage. La ligne de partage a été établie à partir des objectifs assignés à chaque type de publicité pour les clients, « performance » dans le premier cas, « notoriété » pour le second, dans la mesure où il est situé bien plus en amont dans le tunnel décisionnel menant à l'acte d'achat¹⁹. Seconde difficulté rencontrée pour définir le marché, l'impossibilité de réaliser, dans le cas d'espèce, le test du monopoleur hypothétique²⁰, notamment du fait du caractère biface du marché²¹. L'Autorité dut dès lors procéder par itérations en partant du périmètre le plus étroit possible (le produit de référence et son substitut le plus proche) et observer les coefficients de diversion de la demande au gré des augmentations de prix. Il faut alors augmenter le périmètre des produits intégrés au marché jusqu'à ce qu'un monopoleur hypothétique puisse opérer une augmentation de prix rentable (§178). Les autres difficultés, comme nous l'avons noté, sont liées à l'évaluation de ce qu'aurait pu être la situation du

¹⁸ Conseil de la Concurrence, décision n° 04-D-54 du 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.

¹⁹ La définition de ce marché pertinent a cependant nécessité de considérer d'autres types de publicités, telles la publicité contextuelle (*retargeting*). L'Autorité a fait le choix d'écarter cette dernière en se basant sur le fait que l'internaute n'est pas dans ce cas dans une situation de recherche active (il s'agit en effet d'une technique de *rattrapage*) et qu'elle ne permet pas, pour les annonceurs d'identifier les nouveaux besoins du consommateur ou du lui présenter d'autres produits que ceux pour lesquels une recherche – dont on ne connaît l'issue – avait été réalisée.

²⁰ Le test SNIPP, Small but Significant and Non transitory Increase in Prices.

²¹ Pour une présentation de l'analyse économique des marchés bifaces, se rapporter à Wauthy (2008).

marché en l'absence de déploiement de la stratégie actuelle de Google (basée notamment sur les services gratuits proposés aux internautes) ou à la prise en considération des menaces concurrentielles pesant sur les ressources publicitaires de ce dernier par l'intermédiaire de Facebook, pouvant tirer profit d'un ciblage encore plus fin des prospects mais ne représentant (pour l'heure ?) qu'une part de marché de la publicité en ligne marginale.

En d'autres termes, l'identification des marchés pertinents, la caractérisation des effets des pratiques sur le marché et l'évaluation de la dynamique concurrentielle future constituent autant d'écueils pour la mise en œuvre des règles de concurrence sur une base *ex post* pour gérer les risques concurrentiels propres aux marchés émergents de convergence numérique.

Un exemple, déjà ancien, est particulièrement caractéristique de ces difficultés. Il s'agit du cas de la fusion entre AOL et Time Warner en 2000. Nous avons vu que la maîtrise des contenus pouvait apparaître comme une pièce maîtresse dans la concurrence. De telles craintes d'une extension de la position dominante à partir du marché de la musique en ligne animèrent la Commission européenne²². Celle-ci exigea des mesures correctives significatives pour accepter l'opération notifiée. Or, l'échec de cette fusion montra que de telles craintes étaient en fait prématurées par rapport à la dynamique des marchés considérés.

Des limites de l'instrument des mesures conservatoires

Le traitement des situations d'urgence dans lesquelles des dommages possiblement irréversibles à la concurrence peuvent advenir peut être réalisé au travers de mesures conservatoires que l'Autorité de concurrence peut prononcer en attente d'une décision sur le fond. Les spécificités des marchés émergents et les limites posées par le législateur vont également contraindre le recours à cet instrument.

L'Autorité peut recourir aux mesures conservatoires pour prévenir une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles doivent permettre d'éviter que des dommages irréversibles ne soient causés à la concurrence avant qu'une décision ne soit rendue sur le fond. Elles doivent donc être strictement limitées à ce qui est nécessaire et doivent « geler » la situation en l'attente d'une décision finale.

²² La logique des marchés bifaces peut alors vite être interprétée comme participant d'un tel levier. En effet, pour la Commission, « AOL pourr[ait] utiliser la musique en ligne comme plateforme pour attirer de nouveaux abonnés en nombre suffisant pour parvenir à une position dominante sur le marché de l'accès à l'Internet par ligne commutée » (Commission européenne, aff. M.1845, AOL/ Time Warner, 11 octobre 2000, pt.83). Voir Wilhelm et Delhaise (2006).

Cependant, dans les secteurs émergents, des mesures conservatoires qui viendraient suspendre un accord d'exclusivité n'ont pas seulement des effets transitoires mais définitifs. A ce titre, le précédent de l'iPhone est significatif. La suspension de l'exclusivité en décembre 2008 a produit des effets irréversibles, lesquels justifiaient le recours ultérieur d'Apple et d'Orange à une procédure négociée²³. La suspension – même provisoire – d'une exclusivité dans des marchés émergents produit des effets irréversibles quand bien même il ne s'agit pas d'une décision définitive sur le fond (Marty, 2010a).

En outre, les mesures conservatoires ne doivent pas être prononcées afin de prévenir un risque potentiel d'atteinte à la concurrence²⁴. Elles n'ont pas également à être mises en œuvre dans l'objectif d'influer sur la dynamique future du marché ou de contrôler la stratégie d'un opérateur donné, fût-il dominant. A ce titre, les décisions du Conseil de la Concurrence relatives à des demandes de mesures conservatoires prises sur la base de risques de forclusion des marchés ADSL²⁵ ou des droits de diffusions du football²⁶ doivent être relues sous l'éclairage de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 juin 2004²⁷. Si l'Autorité peut prévenir par l'intermédiaire de mesures conservatoires un risque lié à des restrictions de concurrence introduites lors des phases d'émergence de marchés (pouvant donner lieu à une préemption au profit de l'opérateur dominant), il n'en demeure pas moins qu'il ne peut fonder son action sur *« 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 »*.

En d'autres termes, même si l'Autorité n'est pas tenue de constater avec une rigueur comparable et un même degré de certitude que pour une décision au fond, elle doit baser sa décision sur *« une présomption d'infraction raisonnablement forte »*. Le recours aux mesures conservatoires est donc particulièrement contraint dès lors qu'il viserait à prévenir *ex ante* des risques potentiels pour la concurrence.

II – Quelle ligne de partage entre concurrence et régulation?

²³ Autorité de la Concurrence, décision n°10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones.

²⁴ Autorité de la Concurrence, décision n°09-D-15 du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre Unik).

²⁵ Conseil de la concurrence, décision n°00-MC-01 du 18 février 2000, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau.

²⁶ Conseil de la concurrence, décision n°03-MC-01 du 23 janvier 2003, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS.

²⁷ Cour d'appel de Paris, 1^{ère} chambre, section H, arrêt du 29 juin 2004, 04/08236.

Une intervention *ex ante* peut donc apparaître comme à même de prévenir les risques concurrentiels liés à la convergence numérique. Celle-ci est, dans le cadre de la distinction canonique entre régulation sectorielle et mise en œuvre des règles de concurrence, attribuée à la première citée (Choné, 2008). Cependant, la pratique de l'Autorité de la concurrence montre que cette dernière peut prendre à sa charge une partie significative de telles interventions au travers des instruments du droit de la concurrence à sa disposition.

a. De la nécessité d'une régulation ex ante?

Eu égard aux difficultés liées à la seule mise en œuvre des règles de concurrence *ex post* dans le cadre de la répression des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence elle-même (dans le cadre de son avis n°09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services) puis le Rapport Hagelsteen avaient conclu à l'opportunité de mettre en place une régulation *ex ante*²⁸.

Les instruments *ex post* à disposition de l'Autorité de la concurrence pour traiter des risques concurrentiels liés à la dynamique des marchés de convergence numérique peuvent, dans une certaine mesure, se révéler insuffisants. Ce faisant, l'Autorité a souligné, au travers de différents avis, l'opportunité d'édicter de nouveaux textes législatifs ou de mettre en place des instruments de régulation *ex ante* des marchés concernés²⁹. A d'autres occasions, l'Autorité a insisté sur l'opportunité de s'accorder un recul additionnel vis-à-vis de l'évolution des marchés considérés. Cela fut notamment le cas pour l'avis de décembre 2009 sur le livre numérique ou pour l'avis n° 09-A-56 du 18 décembre 2009 relatif à la publicité en ligne.

²⁸ Il est à relever qu'au niveau européen la question des clauses d'exclusivité sur des contenus audiovisuels a fait l'objet de règles spécifiques conduisant notamment au travers de la directive *télévision sans frontières* à encadrer les cessions de droits exclusifs sur des événements d'importance majeure. Le cas des droits sportifs fait notamment l'objet d'une attention particulière dans la mesure où le contrôle de ces derniers est dans certains cas la variable clé de la concurrence entre les groupes de télévision payante (Commission européenne, 2007a).

²⁹ L'exemple des enchères relatives aux droits audiovisuels du championnat français de football de Ligue 1 et de la coupe de la ligue de 2004 à 2007 peut être mis en exergue. L'obtention par Canal Plus de l'ensemble des lots au travers du versement d'une surprime à la ligue avait conduit le Conseil de la concurrence à prononcer des mesures conservatoires pour prévenir une possible éviction de TPS (décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS). La décision du Conseil fut suivie d'une évolution du cadre législatif (Loi du 1^{er} août 2003, dite *Loi Lamour*) sur la commercialisation des droits audiovisuels par les ligues professionnelles. Le Conseil fut alors saisi dans le cadre de ses compétences consultatives sur un projet de décret découlant de cette loi (avis n° 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives). La question tenait aux risques liés à l'obtention de l'ensemble des lots à un seul opérateur. Si une telle obtention se fait au travers du versement d'une surprime l'éviction anticoncurrentielle est possible. A l'inverse, si le même opérateur est le mieux disant sur l'ensemble des lots, une interdiction législative serait contre-productive en termes économiques. Le Conseil a alors considéré qu'une limitation des droits exclusifs à trois ans constitue le meilleur garde-fou (Perrot, 2006).

La solution d'une intervention du législateur, proposée par l'Autorité dans son avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 ne va pas pour autant d'elle-même. La principale d'entre elles est relative au risque, dans un secteur des plus mouvants, que la législation s'avère obsolète dès avant sa mise en œuvre et qu'elle ne produise de ce fait des effets contreproductifs. La nécessité de le faire évoluer pourrait de plus induire, comme le soulignait le rapport Hagelsteen, une insécurité juridique pour les opérateurs³⁰. Cependant, le rapport concluait, malgré les difficultés précitées, à l'intérêt de se doter d'un cadre législatif permettant de placer les exclusivités de transport et d'accès sous la surveillance d'une autorité de régulation sectorielle³¹. Il proposait, à ce titre, de confier la régulation du marché de gros à l'ARCEP et celle du marché de la distribution au CSA auquel serait confié des missions d'analyse et de surveillance des marchés.

Les objectifs assignés à la régulation sont de deux ordres. Il s'agit tout d'abord, d'éviter la concurrence stérile pour l'acquisition des droits sur les contenus, laquelle peut, comme nous l'avons vu, conduire à la forclusion des marchés au travers d'un schéma d'augmentation des coûts des rivaux. Il s'agit ensuite de favoriser une différenciation des offres par d'autres moyens que les contenus. Une telle évolution serait susceptible de réduire la dépendance des éditeurs vis-à-vis des distributeurs dominants, de favoriser le développement d'innovations techniques³². Elle pourrait également jouer sur la répartition de la valeur entre les différents maillons de l'industrie, en permettant d'accroître la marge des transporteurs, lesquels doivent consentir de lourds investissements pour développer leur réseau.

Le contrôle porterait particulièrement sur la puissance de marché des distributeurs intégrés verticalement. Le rapport insiste notamment sur le fait que les obstacles à l'ouverture du marché de gros résident moins dans l'existence d'exclusivité de distribution que dans les modalités de ces dernières. Celles-ci recouvrent en fait l'ampleur des relations d'exclusivités nouées entre Canal Plus et les éditeurs, considérant la fin en 2012 des engagements souscrits dans le cadre de la fusion CanalSat / TPS – qui avaient permis à des distributeurs émergents

³⁰ Rappelons que la notion d'insécurité juridique peut se définir au travers d'un manque de lisibilité de la règle de droit et de prévisibilité des décisions de justice qui en découlent. Par extension, une évolution trop rapide et peu prévisible des règles peut créer une telle insécurité pour les opérateurs de marché dans la mesure où ces derniers ne peuvent plus prévoir précisément les flux de ressources associés à leurs investissements.

³¹ Le recours au législateur est nécessaire du point de vue juridique dans la mesure où une régulation ex ante crée des obligations à la charge de personnes privées, où les compétences des autorités administratives indépendantes sont définies par la loi et où le dispositif, pour être efficace, devrait être assorti de sanctions, lesquelles ne peuvent pas être mises en place par un acte de nature réglementaire (Hagelsteen, 2010).

³² Il faudrait que ces dernières apparaissent comme suffisamment significatives aux yeux des téléspectateurs pour devenir le principal facteur de différenciation entre les offres. L'introduction de la 3D pourrait servir de test pour jauger de l'importance de la différenciation technique pour les consommateurs.

de confectionner leurs propres bouquets sur la base des chaînes dégroupées dans ce cadre - , la question des exclusivités internes au groupe Canal Plus³³, la durée des exclusivités mais également le niveau même des primes d'exclusivité versées.

Il convient également de relever que les propositions du rapport Hagelsteen allaient dans le sens d'un encadrement tarifaire, lequel ne peut être mis en œuvre par l'Autorité de la Concurrence³⁴. En effet, le problème économique posé par l'intégration verticale n'est pas sans lien avec la situation observée dans les industries de réseaux. Un opérateur intégré verticalement peut évincer ses concurrents en leur refusant l'accès des infrastructures essentielles (dans un cas il peut s'agir des actifs de réseaux, dans l'autre des contenus *premiums*) ou au travers de prix d'accès excessifs³⁵. Se posent également les mêmes questions liées aux distorsions dans les choix des différents segments du groupe intégré (Lowe et al., 2007). Par exemple, dans le secteur électrique, le gestionnaire du réseau de transport pouvait refuser d'acheminer de l'électricité d'un concurrent de la filiale de production de son propre groupe mettant en balance les gains à son seul niveau (en termes de tarification du transport) et ceux de l'ensemble du groupe (perte de gains sur le segment de la production). Un éditeur de chaîne *premium* peut dans ce cadre refuser de contracter ou le faire dans des termes déséquilibrés avec des distributeurs n'appartenant pas au même groupe que lui. Comme le relève le rapport « *son comportement n'est plus guidé par la rémunération qu'il pourrait tirer de la chaîne en tant qu'éditeur, mais par les profits qu'il peut retirer de sa distribution exclusive et de l'éviction des autres distributeurs* ».

A l'instar, du secteur de l'énergie, les prescriptions vont dans le sens d'un certain *unbundling*, en l'occurrence un *dégroupage* reprenant par maints égards la logique de la théorie des facilités essentielles. La logique est alors de pérenniser dans le cadre d'une régulation *ex ante*, la logique des mesures correctives imposées dans le cadre de la fusion CanalSat et TPS, au travers d'injonctions d'offrir des chaînes à des distributeurs tiers. Cette obligation pourrait porter sur toute chaîne éditée par un acteur puissant sur le marché de gros. A la différence de ce précédent, la proposition du rapport Hagelsteen, proposait d'aller au-delà de la seule injonction de proposer certaines chaînes sur une base *dégroupée* à tout distributeur qui en ferait la demande, sans discrimination. Une régulation *ex ante* devrait s'étendre aux tarifs de

³³ Sur lesquelles l'Autorité a demandé un complément d'instruction dans le cadre de sa décision n° 10-D-32.

³⁴ Notons que dans le cadre d'une procédure d'engagements, celle-ci peut prendre acte de propositions tarifaires.

³⁵ La logique économique à l'œuvre peut alors être celle d'un ciseau tarifaire (ou de compression des marges) résultant d'un trop faible écart entre le prix d'un bien amont essentiel à l'activité en aval et le niveau de prix sur ce segment. Pour une synthèse sur les stratégies de ciseau tarifaire, voir Marty (2011a).

dégroupage, pour prévenir la mise en œuvre de stratégies de compression des marges. Pour les éditeurs non adossés, le contrôle *ex ante* devrait porter sur le montant de la prime d'exclusivité. L'idée est de prévenir le risque qu'un distributeur dominant propose des contreparties financières trop élevées pour bénéficier de l'exclusivité dans une logique d'augmentation des coûts des rivaux. Pour ce qui est du marché de gros, la proposition du rapport est de mettre en œuvre une régulation sur le modèle de celui de l'accès aux infrastructures de télécommunications fondée sur une fourchette de prix.

Ainsi, les instruments de régulation disponibles prennent principalement la forme d'injonctions d'offrir. De tels dispositifs ont été notamment mis en œuvre à l'étranger dans le cadre d'une régulation sectorielle mais aussi par l'intermédiaire de mesures correctives relevant du droit de la concurrence, principalement dans le cadre du contrôle préalable des concentrations, comme en témoignèrent les engagements pris dans le cadre de la fusion entre CanalSat et TPS.

b. Du rôle de l'Autorité de la concurrence dans ce cadre

En effet, les propositions du rapport Haglesteen s'inscrivent à la fois dans la logique de l'action de l'OfCom britannique mais aussi dans celles de mesures correctives imposées par des autorités en charge de l'application des règles de concurrence.

L'exemple britannique est ici particulièrement révélateur. Le régulateur sectoriel des télécommunications, l'OfCom, dispose de très larges attributions. Il est responsable, conjointement avec l'OFT (*Office of Fair Trading*) de la mise en œuvre des règles de concurrence dans son domaine de compétence. De plus, ses missions ont été élargies pour tenir compte du processus de convergence numérique. Ainsi, se dessine un partage des rôles des plus originaux vis-à-vis de la situation française. Une décision de mars 2010, relative aux droits audiovisuels sur le championnat anglais de football et sur les *blockbusters* fournit une illustration de la façon dont une autorité sectorielle peut prévenir le risque de forclusion liée à l'assèchement du marché des droits (Sher, 2010). Pour maintenir une situation de concurrence effective et permettre l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs, l'OfCom a imposé le dégroupage de ces droits et leur mise sur le marché à un prix de gros régulé³⁶. Il s'agit à la fois de permettre à l'opérateur dominant de dégager un rendement suffisant de ses

³⁶ Dès 1996, l'OFT conclut à l'effet de verrouillage anticoncurrentiel lié à la position dominante de BSkyB sur l'offre de contenus à forte valeur ajoutée. Celle-ci prit en un ensemble d'engagements consistant à fournir une offre non discriminatoire à ses concurrents en aval et à ne pas mettre en œuvre un système de tarification qui pourrait avoir pour effet d'affaiblir la rentabilité de ses derniers.

investissements pour ne pas dégrader ses incitations et à un concurrent aussi efficace que lui de se maintenir sur le marché³⁷.

Une telle logique de *must-offer* n'est pas l'apanage des seuls régulateurs sectoriels. Elle peut être mise en œuvre au travers de l'activation des règles de concurrence. Non seulement des exigences de dégroupage ont souvent conditionné l'autorisation de projets de fusions-acquisitions dans le secteur, mais la Commission de la concurrence espagnole a utilisé de telles injonctions dans une décision du 14 avril 2010 portant sur les droits du championnat de football espagnol, prise sur la base de l'article 101 du TFUE. Dans le cas d'espèce, la Commission limita les exclusivités dont bénéficiaient Sogecable et Mediapro à trois ans tout en les enjoignant à donner un accès à ces programmes aux opérateurs exploitant des canaux alternatifs de diffusion tels le *streaming* ou la télévision sur téléphone portable (Tresandi-Blanco, 2010).

La majeure partie des injonctions de ce type provient cependant des conditions posées dans le cadre du contrôle des concentrations. Il en fut par exemple ainsi de la décision de la Commission européenne relative au projet de concentration entre NewsCorp et Telepiu en Italie³⁸. La fusion des deux opérateurs de télévision par satellite – en grande partie conséquente à l'élévation du niveau des droits sur le championnat italien de football – ne fut acceptée par la Commission que moyennant un ensemble d'engagements tenant à la suppression de certaines clauses d'exclusivité, à la réduction du périmètre de certaines d'entre elles et à la mise à disposition, sur une base dégroupée, de certains droits pour animer un marché de gros. Cette logique de « régulation indirecte » du marché de la télévision payante au travers des mesures correctives exigées dans le cadre du contrôle des concentrations (par le biais de mise des droits sur un marché secondaire au profit d'opérateurs d'autres types de plateformes ou de réduction de la durée des clauses d'exclusivité) se retrouve dans de nombreuses décisions³⁹.

³⁷ L'OfCom privilégie une approche permettant de ne pas faire dépendre le prix de gros du coût d'acquisition des droits de diffusion. Il s'agit à la fois de ne pas affecter les intérêts des ayant-droits et de ne pas s'exposer à des stratégies indirectes d'augmentation des coûts des rivaux, en fournissant une fourchette de prix donnée par le prix de détail de la chaîne (auquel on retranche le coût de commercialisation) et par les coûts effectivement supportés par l'éditeur, accrus d'un coefficient de marge (Hagelsteen, 2010).

³⁸ Commission européenne, décision du 2 avril 2003, aff. – COMP/M.2876

³⁹ Par exemple, UEFA Champions League, 23 juillet 2003, COMP C237.98 pour le dégroupage ; Bundesliga, 19 janvier 2005, COMP C-2/3.214 pour les limitations de la portée des droits exclusifs.

Ainsi, l'application des règles de concurrence peut-elle se substituer, au moins transitoirement, à une régulation sectorielle⁴⁰. Il apparaît, en outre, que la mise en place d'une telle régulation *ex ante* ne va pas de soi. En effet, dans le cadre de la politique européenne, la régulation spécialisée ne doit constituer que l'exception alors que la politique de concurrence est la règle. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour mettre en place une telle régulation sectorielle, si l'on suit les recommandations de la Commission relative aux marchés des télécommunications (Commission européenne, 2007b). Il est tout d'abord nécessaire de démontrer l'existence de barrières à l'entrée entravant le développement de la concurrence. Il est ensuite nécessaire de mettre en évidence l'absence de dynamisme concurrentiel du marché considéré. Il est enfin nécessaire d'établir l'incapacité des instruments du droit de la concurrence à y remédier et de démontrer le caractère proportionné des exigences induites par une régulation sectorielle avec les problèmes de concurrence identifiés.

Face aux limites de la solution régulatoire, l'Autorité de la Concurrence dispose d'outils d'action pertinents pour maîtriser les risques concurrentiels propres aux marchés de convergence numérique. Un premier outil tient au contrôle des clauses d'exclusivités conclues au profit des opérateurs dominants. Un deuxième levier peut tenir aux mesures correctives négociées dans le cadre d'engagements. Un troisième moyen, enfin, réside dans l'exercice de ses compétences consultatives. En effet, l'Autorité peut exercer une influence significative sur la stratégie des acteurs du marché en donnant quelques indications quant à la possible conformité de la dynamique du marché avec les règles de concurrence.

L'évaluation au cas par cas des clauses d'exclusivité quant à leur durée, leur champ, leur adéquation aux investissements consentis et aux risques pris constitue un premier niveau d'analyse pour les autorités en charge de l'application des règles de concurrence. La pratique décisionnelle de l'Autorité a progressivement dégagé un ensemble de critères permettant de réaliser une évaluation au cas par cas de leur proportionnalité⁴¹. Quatre éléments sont pris en

⁴⁰ Se pose fréquemment la question de la pérennisation des engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration au travers d'une régulation sectorielle, possibilité envisagée en Italie à la suite des engagements liés à la fusion NewsCorp / Telepiu (Ibanez-Colomo, 2007). Il s'agit d'une question revêtant une actualité particulière en France à l'approche de 2012, date de fin des engagements pris par Canal Plus à la suite de la prise de contrôle de TPS.

⁴¹ Si une telle évaluation casuistique conduit parfois à une remise en cause des clauses d'exclusivité comme l'a montré le cas de l'iPhone (décision n°08-MC-01 du 18 décembre 2008), dans d'autres cas, les clauses furent validées par l'Autorité (décision n°08-D-10, *Télévision de rattrapage*, 7 mai 2008). Celle-ci a considéré, en l'espèce, que le champ de l'exclusivité était restreint tant en termes de plages de programmes (18-24h) que de contenus concernés (exclusion des contenus premiums), s'avérait d'une durée limitée (deux ans), était équilibrée entre les deux partenaires et laissait des alternatives aux téléspectateurs (Perrot, 2010b).

considération. Le premier tient au champ de l'exclusivité, le deuxième à sa durée, le troisième aux contreparties de l'accord de partenariat et enfin le quatrième aux effets de l'exclusivité sur la concurrence (Gunther, 2010). L'évaluation des clauses d'exclusivité met en balance leurs effets restrictifs sur la concurrence avec les gains d'efficience qui peuvent y être associés. Sur le premier volet, l'Autorité prend par exemple en considération le niveau des barrières à l'entrée ou l'intensité de la concurrence sur le marché aval. Sur le second, il est possible de développer des analyses en termes d'effets externes ou de complémentarité entre les biens et services.

L'Autorité de la Concurrence peut également peser sur la dynamique sectorielle au travers des procédures d'engagements (Autorité de la Concurrence, 2009). En effet, les entreprises, pour échapper à une sanction au titre de la répression des abus de position dominante peuvent proposer un ensemble de mesures correctives permettant de résoudre les préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité. Si après négociation, l'Autorité accepte les engagements finaux de l'entreprise, elle peut prendre une décision les rendant obligatoires. Ainsi, les engagements pris sur la base de l'article 9 du règlement européen 1/2003 jouent le même rôle que les mesures correctives dans le cadre de l'acceptation sous condition d'un projet de concentration. De telles procédures font l'objet d'un recours croissant de la part des entreprises. En effet, de tels mécanismes permettent d'aligner leurs intérêts avec ceux des autorités en charge de l'application des règles de concurrence. Elles peuvent échapper par ce biais à une sanction pécuniaire. De plus, la décision rendant leurs engagements obligatoires ne vaut pas reconnaissance de culpabilité ; ce qui peut constituer une efficace protection contre d'éventuelles actions de suite en dommages et intérêts. L'autorité, quant à elle, peut mettre fin, au travers d'une telle procédure négociée, à un ensemble de pratiques préjudiciables à la concurrence. Cependant, les engagements peuvent également être utilisés à des fins de *régulation* de la concurrence ou du moins d'influence sur son développement futur. Un tel recours peut par exemple être observé dans le domaine énergétique⁴², pour lequel on observe un recours croissant à des engagements conduisant à des cessions d'actifs (notamment d'actifs de transports) ou à la limitation du périmètre des contrats de long terme, considérés par la Commission comme des leviers de forclusion des marchés (Scholz et Purps, 2010).

Le recours à ces engagements peut poser questions. Il en est particulièrement ainsi de la proportionnalité des remèdes qui en découlent (Monti, 2008). Dans le cadre de mesures

⁴² Notons cependant que la cession éventuelle d'actifs de transport dans le cadre de mesures correctives dans le domaine des télécommunications se heurterait à de nombreuses difficultés.

correctives imposées dans le cadre d'une décision contentieuse rendue sur le fond (article 7 du règlement n°1/2003) un contrôle de proportionnalité aux problèmes de concurrence est requis. Dans le cas de l'article 9, le contrôle de proportionnalité par l'autorité en charge de l'application des règles de concurrence peut s'avérer limité à la seule vérification que les engagements volontairement proposés par l'entreprise permettent bien de résoudre le problème de concurrence. Dans la logique de l'arrêt de la Cour de Justice Alrosa du 29 juin 2010⁴³, l'autorité en charge de l'application des règles de concurrence n'a pas à vérifier si les engagements proposés volontairement par les firmes vont au-delà de ce qui est nécessaire ou qu'il existe des moyens moins contraignants pour y parvenir⁴⁴. Le contrôle de proportionnalité « se limite à la vérification que les engagements en question répondent aux préoccupations dont elle a informé les entreprises concernées et que ces dernières n'ont pas offert d'engagements moins contraignants répondant d'une façon aussi adéquate à ses préoccupations ». Par conséquent, il n'appartient pas à la Commission de « rechercher elle-même des solutions moins rigoureuses ou plus modérées que les engagements qui lui ont été proposés ». En d'autres termes, la Cour considère que dans la mesure où les engagements sont proposés volontairement par les entreprises, la Commission n'a pas à rechercher si des solutions moins contraignantes peuvent exister ou si les engagements n'excèdent pas ce qu'elle serait susceptible de réclamer, comme remèdes, dans le cadre d'une procédure sur la

⁴³ Cour de Justice de l'Union Européenne, arrêt du 29 juin 2010, aff. C-441/07P, Commission / Alrosa.

⁴⁴ La question de la proportionnalité des engagements au problème de concurrence identifiés par l'autorité en charge de l'application des règles de concurrence a fait l'objet de débats. Une première réponse apportée par le Tribunal en 2007 a été remise en cause par la Cour de Justice en 2010, dans le cadre de l'affaire Alrosa (Kipiani, 2010). En l'espèce, la Commission avait accepté des engagements pour mettre fin à des poursuites liées à un accord de vente de diamants entre Alrosa, deuxième producteur mondial et De Beers, premier producteur. Les engagements proposés, et rendus obligatoires par la Commission, conduisaient les deux entreprises à s'interdire à échanger des diamants et ce sans limitation de durée. La Commission ne se tenait pas comme obligée, dans le cadre de ses premières décisions relatives à l'application de l'article 9 du règlement n°1/2003, à se substituer à l'entreprise proposant des engagements pour lui indiquer que des solutions moins contraignantes ou de moindre ampleur permettraient de résoudre le problème de concurrence ayant conduit à l'ouverture de la procédure. Dans son arrêt, le Tribunal (Tribunal de Première Instance, 11 juillet 2007) avait considéré que la Commission, lorsqu'elle acceptait des engagements proposés par des entreprises, devait s'assurer que ces derniers ne dépassent pas ce qui est approprié et nécessaire pour résoudre le problème de concurrence (§ 98 et 102) et correspondent à la solution la moins contraignante disponible. Face aux risques d'une utilisation de la procédure d'engagements à des fins de régulation de la concurrence (et non plus seulement de remédiation à des situations non conformes aux règles de concurrence), le Tribunal considérait que l'application de l'article 9 ne pouvait donner lieu à des mesures correctives qui pourraient être considérées comme disproportionnées dans le cadre de l'article 7 (Schweitzer, 2008). Cette interprétation, écartée par la Cour de Justice, est cependant celle retenue par l'Autorité de la concurrence française, laquelle indique dans son communiqué de procédure relatif à la procédure d'engagements que « l'Autorité ne rend pas obligatoires des engagements qui excèdent la résolution des préoccupations de concurrence » (§39). Une application de cette logique peut être trouvée dans les engagements proposés par Google dans le cadre de l'affaire sur le déréférencement par son service de publicité de la société NavX (Autorité de la concurrence, décision n°10-D-30 du 28 octobre 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet). Les engagements proposés par la société doivent être, selon elle, proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées. Elle ne peut donc rendre obligatoires des engagements allant au-delà de ce qui est nécessaire pour résoudre celles-ci.

base de l'article 7 du même règlement n°1/2003 (Barbier de la Serre, 2011). Peut être ainsi induit un risque d'*overfixing*, à l'instar de celui mis en évidence en matière de mesures correctives imposées dans le cas du contrôle des concentrations (Farrell, 2003).

L'enjeu de la proportionnalité des mesures correctives est d'autant plus crucial que les procédures d'engagements sont de plus en plus utilisées pour mettre un terme aux contentieux initiés sur la base de l'article 102. L'absence de contrôle de proportionnalité des engagements proposés par les entreprises pourrait induire le risque que l'application des règles de concurrence ne se fasse plus seulement dans la logique de sanctionner *ex post* une pratique anticoncurrentielle donnée mais puisse viser à modifier la structure d'un marché donné (cas des remèdes structurels) ou à peser sur la dynamique future de ce dernier ou sur la stratégie de l'opérateur dominant (cas des remèdes comportementaux). Les procédures d'engagements pourraient donc être activées comme des leviers d'utilisation de l'article 102 du TFUE dans une logique de régulation de la concurrence, au travers de laquelle les autorités en charge de l'application des règles de concurrence prendraient à leur charge des missions relevant sur le principe d'un régulateur sectoriel (Ibanez-Colomo, 2007).

Un dernier canal d'influence, le plus récent mais non le moins prometteur, des autorités de la concurrence sur la dynamique concurrentielle tient à l'exercice de leurs compétences consultatives. Pour ne prendre que le cas de l'Autorité française, deux avis récents (avis n°10-A-13 du 14 juin 2010 sur l'utilisation croisée des bases de clientèles et avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le marché de la publicité en ligne) montrent de quelle façon l'autorité peut peser sur la concurrence dans un secteur émergent au travers d'un acte consultatif. Par exemple, l'Autorité a indiqué, que l'objet de son avis sur le marché de la publicité en ligne était d'éclairer le fonctionnement du secteur en fournissant un « guide de lecture des comportements qui pourraient, au regard des circonstances qui leur sont propres et de leur impact sur le marché, constituer ou non des abus de position dominante⁴⁵ ».

Il est indubitable que le fait de rendre publique l'évaluation qu'est susceptible de faire l'Autorité des pratiques de marché d'un opérateur donné est de nature à modifier les anticipations des acteurs du marché et donc à influencer significativement sur la dynamique concurrentielle de ce dernier. Il est d'ailleurs à relever que la saisine de l'Autorité était motivée par la question de l'opportunité d'adopter des mesures de régulation pour répondre de manière préventive aux difficultés concurrentielles du secteur de la publicité en ligne. Au

⁴⁵ Autorité de la Concurrence, Avis n°10-A-29, §297.

travers de sa réponse – la capacité du droit de la concurrence à « prévenir, corriger ou sanctionner certains comportements relevant de l’abus de position dominante et de mettre ainsi des bornes aux agissements de Google susceptibles d’endommager une compétition effective entre les acteurs⁴⁶ », l’Autorité considère que les outils à sa disposition lui permettent de prévenir les risques concurrentiels induits par la dynamique concurrentielle de tels marchés sans que le recours à un encadrement législatif ou à une régulation sectorielle ne soient nécessaires⁴⁷.

Le recours à une procédure d’avis peut produire des effets d’autant plus significatifs qu’elle a donné lieu, dans le cas d’espèce, à de *quasi engagements* de la part de l’opérateur dominant (Marty, 2011b). Il en va par exemple ainsi de la limitation volontaire par Google de la durée des clauses d’exclusivité négociées avec certaines bibliothèques en contrepartie de la numérisation de leur fonds documentaire⁴⁸ ou de la reprise en France d’engagements proposés à l’autorité de concurrence italienne⁴⁹. La question du contrôle juridictionnel des engagements, déjà posée comme nous l’avons vu avec l’arrêt Alrosa pour ce qui de leur proportionnalité, n’apparaît que plus critique dans le cadre de telles procédures consultatives et non contentieuses.

Si les procédures négociées et l’utilisation des compétences consultatives permettent aux autorités en charge de l’application des règles de concurrence d’intervenir *ex ante* sur les marchés, il est également possible, dans le cadre de procédures contentieuses traditionnelles, d’agir avant qu’un dommage à la concurrence n’intervienne. En effet, un abus de position dominante peut être sanctionné même si un dommage effectif à la concurrence n’a pas été démontré. En d’autres termes, une entreprise dominante peut faire l’objet d’une sanction du moment où ses pratiques induisent un risque potentiel pour la pérennité d’une structure de marché de concurrence effective⁵⁰.

⁴⁶ Autorité de la Concurrence, avis n°10-A-29, §349, souligné par l’auteur.

⁴⁷ « Dans ces conditions, l’Autorité de la concurrence ne recommande pas la mise en place d’un cadre de régulation d’ensemble »

Autorité de la Concurrence, avis n°10-A-29, §362.

⁴⁸ « Google semble d’ailleurs en avoir pris conscience en précisant au cours de l’instruction qu’elle n’appliquerait pas cette clause ».

Autorité de la Concurrence, avis n°10-A-29, §305.

⁴⁹ « L’autorité de la concurrence française veillera à ce que ces engagements, que Google annonce avoir déjà mis en œuvre, soient respectés en France ».

Autorité de la Concurrence, avis n°10-A-29, §384.

⁵⁰ Un abus peut même être retenu dès lors qu’une entreprise dominante n’a pas pris de mesures préventives de nature à éviter de mettre en péril une telle structure.

L'arrêt *Deutsche Telekom*, rendu en octobre 2010 par la Cour de Justice⁵¹, semble aller à l'encontre des objectifs affichés par la Commission en février 2009 dans le cadre de sa communication sur les pratiques d'éviction mises en œuvres par les opérateurs dominants (Commission européenne, 2009). En effet, dans cette affaire de ciseau tarifaire en matière d'accès à la boucle locale de télécommunications pour les fournisseurs d'accès Internet, la Cour considère que « *la seule existence d'une pratique tarifaire d'une entreprise dominante conduisant à la compression des marges de concurrents au moins aussi efficaces [constitue] une pratique abusive au sens de l'article 102 TFUE sans que la démonstration d'un effet anticoncurrentiel soit nécessaire*⁵² ».

En d'autres termes, il est possible d'activer les règles de concurrence dès lors qu'il existe un risque potentiel pour la préservation de la structure de concurrence⁵³. La seule démonstration qu'une pratique émanant d'un opérateur dominant est susceptible d'affecter la pérennité d'une structure de concurrence effective, en rendant plus difficile le maintien de ses concurrents sur le marché ou en entravant de nouvelles entrées potentielles, suffit à caractériser un abus de position dominante et donc à permettre une intervention des autorités en charge de la mise en œuvre des règles de concurrence pour prévenir un tel risque⁵⁴. Ce faisant, la capacité des autorités de la concurrence à piloter la dynamique industrielle d'un secteur donné apparaît-elle comme particulièrement significative dans le cadre des politiques de concurrence européennes.

Le « pilotage » de la dynamique des marchés de convergence numérique par les outils du droit de la concurrence en général, et par le traitement des clauses d'exclusivité en particulier, conduit à formuler un certain nombre de questions tenant aux difficultés de mise en œuvre des règles de concurrence mais aussi à leurs finalités.

⁵¹ Cour de Justice, aff. C-280/08P, *Deutsche Telekom AG/ Commission*, 14 octobre 2010.

⁵² Cour de Justice, *Deutsche Telekom*, §250 et 251, souligné par l'auteur.

⁵³ “*The [anticompetitive] effect referred to in the case law...does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement of Article 102EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect*”.

Tribunal de Première Instance, 30 septembre 2003, aff. T-203/01, *Michelin / Commission (Michelin II)*, §239.

⁵⁴ Notons cependant que s'il est établi que la pratique n'a aucun effet sur les concurrents, en ce sens qu'elle ne rend pas la pénétration du marché plus difficile, cette dernière ne peut être sanctionnée sur la base de l'article 102 (*Deutsche Telekom*, §253.). En d'autres termes, même si l'article 102 peut être mis en œuvre sur la base d'un effet potentiel et non effectif sur la concurrence, il est nécessaire de démontrer la réalité de ce dernier (De la Mano, 2010).

Le premier aspect de la question tient à des considérations de nature pratique. Face aux risques induits, les outils du droit de la concurrence sont-ils à même d'apporter les réponses idoines? L'exemple du traitement des clauses d'exclusivité dans le domaine des contenus audiovisuels est particulièrement représentatif de tels questionnements. L'examen de la pratique décisionnelle de l'Autorité semble montrer que la propension à les accepter est d'autant plus forte que le service rendu paraît innovant et que les investissements consentis sont élevés. Si cette position va dans le sens d'une conciliation des objectifs de protection d'une structure de concurrence effective et de maintien des incitations à l'investissement et à l'innovation des opérateurs dominants, il n'en demeure pas moins qu'elle rencontre un certain nombre de difficultés de mise en œuvre. D'une part, l'annulation de la décision du Conseil de la Concurrence relative aux mesures conservatoires pour la distribution de l'iPhone⁵⁵ par la Cour de Cassation en février 2010⁵⁶ témoigne des risques de décisions divergentes basées sur l'évaluation des investissements consentis, des risques pris par les parties contractantes et des flux de ressources additionnels liés à la mise en œuvre desdites clauses (Marty, 2010a).

De la même façon, accorder un traitement préférentiel aux exclusivités portant sur des services innovants pose le problème – déjà connu en matière d'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle (Marty et Pillot, 2010) – de définition de la nouveauté d'un bien ou service donné. Définir des critères objectifs pour une nouveauté technique et *a fortiori* commerciale n'est pas chose aisée. Parallèlement, la pratique décisionnelle européenne, notamment au travers des arrêts IMS de 2004 et Microsoft de 2007, tend à conduire à une définition relativement vague et donc porteuse d'un certain degré d'insécurité juridique d'une nouveauté potentielle. Il convient également de considérer une dernière dimension d'ordre technique afférente à la durée même de la procédure devant l'Autorité de la concurrence – notamment pour de telles questions où il s'agit d'évaluer la portée et les effets de clauses d'exclusivités – eu égard à la turbulence propre aux marchés de convergence numérique. Dans sa décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à la télévision payante, l'Autorité a demandé un supplément d'instruction pour évaluer les risques d'éviction anticoncurrentielle liés aux clauses d'exclusivité dont dispose le groupe Canal Plus, suite notamment à une saisine de France Télécom du 5 novembre 2008. Cependant, avant même qu'une décision sur le fond ne soit rendue, France Télécom et Canal Plus ont annoncé en janvier 2011, leurs décisions de rapprocher leurs chaînes respectives spécialisées dans les

⁵⁵ Conseil de la Concurrence, décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à la distribution des iPhone.

⁵⁶ Cour de Cassation, arrêt n° 226 FS-D du 16 février 2010 sur le pourvoi formé par contre l'arrêt du 4 février 2009 de la Cour d'appel de Paris.

films et les séries télévisées de type *premium*... La décision risque d'être rendue alors que la donne concurrentielle aura été bouleversée par les changements de stratégies des firmes.

Un second ensemble de questions tient aux finalités mêmes poursuivies par la politique de concurrence dans les secteurs considérés. S'agit-il, dans une certaine mesure, de prendre en charge des objectifs de régulation de la concurrence en favorisant l'entrée ou le maintien sur le marché de concurrents à l'opérateur dominant ? Un traitement asymétrique des clauses d'exclusivité négociées par les différents types d'opérateurs pourrait aller dans ce sens. Permettre aux nouveaux entrants de disposer d'exclusivités de plus longue durée ou ne pas leur imposer de dégroupage pourrait participer d'une telle régulation asymétrique de la concurrence. Or, si au moins sur le principe, de telles obligations asymétriques ne posent pas de problèmes dans les secteurs anciennement monopolistiques astreints à un encadrement sectoriel, elles peuvent faire débat dans le domaine de l'application du droit de la concurrence. Une dernière question porte sur la question du dégroupage sur la nature de type *must offer* de certains contenus premium.

Ces droits peuvent-ils réellement être considérés comme des *facilités essentielles* ? L'OfCom dans son *Pay TV Statement* de mars 2010 relatif au dégroupage de certains des droits de BSkyB semblait aller dans ce sens dès lors qu'il est tenu pour acquis que « *new content distribution platforms will not develop if they are denied access to key must-have content* ». Il en était de même pour le Conseil de la concurrence quand il suspendit en 2003 la procédure d'enchères de la LFP, considérant que l'attribution de l'ensemble des lots à Canal Plus était susceptible de susciter un monopole sur un contenu indispensable à l'exercice de la concurrence⁵⁷. La logique sous jacente est alors identique à celle qui préside à l'activation de la théorie des facilités essentielles (Marty et Pillot, 2009). Un opérateur dominant pourrait avoir obligation d'offrir à ses concurrents sur le marché aval des droits d'accès – dans des conditions non discriminatoires - à certains de ses contenus dès lors qu'un refus non objectivement justifié aurait pour effet d'empêcher l'accès à un marché secondaire d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle.

La décision du Conseil de la concurrence n°03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à une demande de mesures conservatoires de TPS à l'encontre de l'exclusivité détenue par Canal Plus sur les droits du football semble pouvoir être lue dans ce cadre. L'exclusion de TPS des droits sur ces contenus avait été interprétée comme susceptible d'entraver son développement

⁵⁷ Conseil de la concurrence, décision n° 03-MC-01, *op. cit.*,

et de mettre en cause sa pérennité même sur le marché, et ce d'autant qu'il s'agissait en l'espèce d'une cessation de fourniture.

Est donc posée la question de l'encadrement des clauses d'exclusivité dont sont titulaires les opérateurs dominants. Si la pratique des autorités de concurrence va indubitablement dans le sens d'une évaluation au cas par cas des effets des clauses, il n'en demeure pas moins que celles-ci induisent inévitablement des risques potentiels d'éviction pour les opérateurs marginaux. Cependant, une interdiction *per se* ou une trop faible prise en considération des gains d'efficacité potentiels liés à ces pratiques pourrait conduire à des décisions allant à l'encontre du bien-être du consommateur et à une application particulièrement extensive de l'article 102 dans le domaine de l'industrie des médias⁵⁸.

La question des exclusivités conduit, ce faisant, à mettre en lumière des questions se situant à la confluence de la concurrence et d'autres politiques publiques.

Par exemple, est-il de l'intérêt des ayant-droits de faire face à un opérateur dominant sur les marchés aval ? Est-ce la situation la plus souhaitable au point de vue collectif en termes d'incitations ? Il est possible de considérer un arbitrage entre court terme et long terme pour les détenteurs des droits, mettant en balance par exemple le niveau de la prime d'exclusivité et les risques potentiels liés à l'apparition d'une situation de monopsonie. Il est également possible de souligner l'intérêt de ces derniers à bénéficier du marché le plus concurrentiel possible en aval. Les gains liés à cette dernière situation – mis en évidence par Arrow (1962) – ne sont-ils pas démultipliés par la convergence numérique ? En effet, celle-ci permet de favoriser des modes de consommations de plus en plus diversifiés. Elle peut donc favoriser l'application de redevances différenciées en fonction des valeurs d'usages, lesquelles ne peuvent qu'aller dans le sens de la maximisation du surplus global (Matteucci et al., 2006).

De la même façon, il est possible de considérer que la régulation de l'industrie des médias, y compris par l'intermédiaire des règles de concurrence, ne répond pas seulement à un objectif de maximisation du bien-être du consommateur. Elle peut participer d'une volonté de promotion et de préservation d'un certain degré de pluralisme (Ibanez-Colomo, 2007). Si cet objectif va bien au-delà du périmètre de la politique économique *stricto sensu*, il n'est pas étranger à la politique de la concurrence, dès lors que les finalités de celle-ci ne sont plus

⁵⁸ "First and foremost, a ban on exclusivity would be the most intrusive option on intellectual property rights (and more generally on property rights). This option would go far beyond the 'exceptional circumstances' laid down in Magill-IMS Health under which the exercise of intellectual property rights may be abusive" (Ibanez-Colomo, 2007).

limitées à celle que lui a assignée l'Ecole de Chicago, à savoir la maximisation du bien-être du consommateur⁵⁹. Dès lors que l'on se place dans une perspective ordo-libérale, les notions de préservation de l'éventail des choix des consommateurs et d'accès au marché des concurrents revêtent une valeur propre qui se doit d'être protégée par la gouvernance économique publique en général et la politique de concurrence en particulier (Marty, 2010b).

Aghion P. and Bolton P., (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *American Economic Review*, vol.77, n°3, pp. 388-401

Arrow K.J., (1962), "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", in Nelson R., (ed.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press.

Autorité de la concurrence, (2009), *Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence*.

Barbier de la Serre E., (2011), « L'Autorité prend ses distances avec l'Arrêt Alrosa », *Revue Lamy de la Concurrence*, chronique Droit processuel de la concurrence, n° 26, janvier-mars, pp.81-82.

Bernheim B.D. and Whinston M.D., (1998), "Exclusive Dealing", *Journal of Political Economy*, vol.106, n° 1, pp.64-103

Bork R., (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York

Bougette P., Marty F., Pillot J. et Reis P., (2010a), « Appréciation des clauses d'exclusivité par les autorités de la concurrence : Le cas des marchés de haute technologie », *Concurrences*, n°3-2010, pp.65-74.

⁵⁹ La limitation de la portée des clauses d'exclusivité peut non seulement répondre à des considérations tenant aux potentiels effets anticoncurrentiels de celles-ci, mais également aux risques de privations d'accès de certains téléspectateurs à des contenus, dès lors que ces derniers sont instrumentalisés pour devenir des leviers d'abonnement à certains services. La logique n'est plus seulement celle de la maximisation du bien-être économique mais devient consubstantiellement reliée au droit à l'information (Chantepie, 2006).

Bougette P., Marty F., Pillot J. and Reis P., (2010b), “The Antitrust Assessment of Exclusive Agreements: The High-Tech Industry”, 8th Annual Conference of the German Association of Law and Economics, European Business School, Wiesbaden, December.

Budzinski O., (2011), “The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets”, *Working Paper*, University of Southern Denmark, <http://ssrn.com/abstract=1746948>

Carlton D. and Waldman M., (2002), “The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries”, *Rand Journal of Economics*, vol.33, n°2, pp.194-220.

Chantepie P., (2006), « L'accès : convergence des régulations des plates-formes numériques ? », in Greffe X. (s.d.), *Création et diversité au miroir des industries culturelles*, La Documentation Française, Paris, pp. 373-411.

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

Commission européenne, (2007a), “The EU and Sports : Background and Context”, Commission Staff Working Paper accompagnant le Livre Blanc de la Commission sur le Sport, SEC(2007)395.

Commission européenne, (2007b), *Recommandation du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante*, 2007/879/CE.

Commission européenne, (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, Communication de la Commission, 2009/C45/02, JOUE, 24 février, pp. C45/7-C45/20.

De la Mano M., (2010), “Competitive effects of rebates: seeking economic and legal consistency”, *CRA Conference – Panel on rebates*, Bruxelles, 8 décembre

Easterbrook F., (1984), “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, vol.63, n°1.

Farrell J., (2003), “Negotiation and Merger Remedies: Some Problems”, in Lévêque F. and Shelanski H., (eds.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*.

Fontenay (de) C. and Gans J., (2004), “Can Vertical Integration by a Monopsonist Harm Consumer Welfare?”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 22, n° 6, pp. 821-834.

Géradin D., (2005), “Access to Content by New Media Platforms: a Review of Competition Law Problems”, *European Law Review*, vol.30, p.67 et s.

Gunther J.-P., (2010), « Les stratégies verticales », *Concurrences*, n°4-2010.

Ibanez-Colomo P., (2007), “Saving the Monospony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector”, *Global Competition Law Centre Working Paper*, n°01/07, College of Europe, Bruges, 32p.

Hagelsteen M-D. et Lallet A., (2010), *Les exclusivités de distribution et de transport dans le secteur de la télévision payante*, Rapport au Premier Ministre, Paris, janvier, 54p.

Kipiani P., (2010), « Arrêt Alrosa: le premier arrêt de la Cour de Justice en matière d’engagements en droit européen de la concurrence », *Journal de droit européen*, n°172, p.153 et s.

Klemperer P., (1987), “Markets with Consumers’ Switching Costs”, *Quarterly Journal of Economics*, vol.102, n° 2, pp.265-297.

Kroes N., (2008), “Exclusionary abuses of dominance – the European Commission’s enforcement priorities”, *Fordham University Symposium*, SPEECH/08/457, New York, 25th September.

Lowe P., Pucinkaite I., Webster W. and Lindberg P., (2007), “Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry”, *Competition Policy Newsletter*, n°1-2007, spring, pp. 23-34.

Lubek J., (2010), « Comment apprécier les effets des exclusivités en matière de distribution ? », *Concurrences*, n°4-2010.

Marty F., (2010a), « Règles de concurrence, clauses d’exclusivité et sécurité juridique: le cas de l’iPhone », *Revue Economique et Sociale*, n°2010-2, volume 68, juin.

Marty F., (2010b), « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », *Document de travail OFCE*, n° 2010-30, novembre, 31p.

Marty F., (2011a), « Les stratégies de ciseau tarifaire : analyse économique et mise en perspective des pratiques décisionnelles européenne et américaine », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 27, à paraître.

Marty F., (2011b), « L’Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission ouvre des enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google », *Concurrences*, chronique *Pratiques Unilatérales*, n°1-2011

Marty F. et Pillot J., (2009), « Intangibles, facilités essentielles et contentieux concurrentiel », *Document de travail du GREDEG*, n° 2009-04, décembre, p.12 et s.

Marty F. et Pillot J., (2010), « Divergences transatlantiques en matière d’application de la théorie des facilités essentielles aux actifs immatériels », *Revue d’Economie Industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres, pp.277-300.

Matteucci N., Nicita A. et Ramello G.B., (2006), « Concurrence dans le marché de la télévision payante en Europe à l’ère de la convergence », *Réseaux*, 2006/5, n°139, pp.19-47.

Monti G., (2008), “Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 8/2008, London School of Economics and Political Science, 25p

Parsons P.R. and Freiden R.M., (1998), *The Cable and Satellite Television Industries*, Allyn and Bacon, Boston.

Pénard T., (2006), « Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet? », *Revue Internationale de Droit Economique*, pp. 57-88.

Perrot A., (2006), « La politique de concurrence est-elle l’ennemie des contenus culturels ? Une illustration par le secteur des médias », in Greffe X. (s.d.), *Création et diversité au miroir des industries culturelles*, La Documentation Française, Paris, pp. 413-430.

Perrot A., (2010a), « Aux marges de la propriété intellectuelle : la lutte contre le parasitisme », *conférence à la Cour de Cassation*, Paris, 31 mai.

Perrot A., (2010b), « Relations verticales et contrats d’exclusivité », *Concurrences*, n°4-2010.

Pillot J., (2009), « La valeur marchande du produit ‘Ligue 1’ risque-t-elle de se déprécier ? », *Revue Lamy du Droit de l’Immatériel*, n°48, avril, pp.46-49.

Pillot J., (2010), «Dématérialisation des contenus et mesures techniques de protection: les industriels du jeu vidéo jouent-ils le jeu?», *Revue Lamy du Droit de l’Immatériel*, vol.61, n° 6, juin, pp. 57-63.

Rey P. and Tirole J., (1999), “A Primer on Foreclosure”, *Handbook of Industrial Organization*, vol.3, North-Holland, Amsterdam

Salinger M.A., (1988), “Vertical Merger and Market Foreclosure”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 103, n°2, pp. 345-356

Shapiro C., (1999), “Exclusivity in Network Industries”, *George Mason Law Review*, vol. 7, n° 3, pp. 1-11.

Shapiro C. and Varian H., (1998), *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press.

Sher I., (2010), “The UK Office of Communications imposes price control in order to open up the wholesale pay TV market”, *e-competition*, n°31454, mars

Scholz U. and Purps S., (2010), “The application of EU competition law in the energy sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, December, 16p

Schweitzer H., (2008), “Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law”, *EUI Working Paper*, LAW 2008/22, European University Institute, 28p.

Sidak J. and Teece D., (2009), “Dynamic Competition in Antitrust Law”, *Journal of Competition Law and Economics*, vol.5, n° 4, pp.581-631.

Tresandi Blanco A., (2010), “The Spanish Competition Commission Limits the Duration of Contracts Concluded Between Broadcasters and Football Clubs for Acquisition and the Resale of Football Broadcasting Rights for Spanish League and Cup Matches as well as Pooling Agreement between Broadcasters to Three Years”, *e-competition*, n°31460, 14 avril.

Wauthy X., (2008), « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *Reflets et Perspectives de la Vie Economique*, tome XLVII, 2008/1, pp.37-52.

Wilhelm P. et Delhaise A.-S., (2006), « Les *two-sided markets* », *Revue Lamy de la Concurrence*, octobre-décembre, n°9, p.106 et s.