

Frédéric MARTY
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

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

Abstract

Digital convergence tends to redefine positions and competitive power in related industries. Inducing new entrances as well as new products and services, this phenomenon seems particularly likely to undermine existing dominant positions. At the opposite, digital convergence could also favor foreclosure strategies. As a key example of such conduct, exclusivity clauses on premium contents could lead to the preemption of emerging related markets. This paper investigates the different possibilities of intervention aiming at preventing such anticompetitive dynamic. It shows that competition authorities are able to prevent these kinds of risks, whether through interim measures or via commitment procedures.

La convergence numérique rebat les cartes du jeu concurrentiel en favorisant l'émergence de nouveaux acteurs et de nouvelles offres et en érodant les positions dominantes traditionnelles. Cependant, elle induit dans le même temps le risque de favoriser des stratégies de verrouillage anticoncurrentiel en permettant à des opérateurs de préempter des marchés connexes en phase d'émergence. La télévision payante est emblématique de telles tensions. Les exclusivités sur des contenus premiums peuvent s'avérer d'efficaces instruments de forclusion. Il s'agit donc de s'attacher aux modalités d'intervention nécessaires pour prévenir de tels risques et de montrer dans quelle mesure les autorités en charge de l'application du droit de la concurrence peuvent agir avant que le dommage à la concurrence ne soit effectif, par l'intermédiaire de mesures conservatoires ou de procédures d'engagements.

Convergence numérique et risques de forclusion des marchés : Quel partage des rôles entre politiques de concurrence et régulation sectorielle ?

1. La convergence numérique redéfinit les frontières traditionnelles entre marchés des télécommunications et marchés de l'audiovisuel, remettant en cause les marchés pertinents habituellement définis par les autorités de concurrence. Elle établit des couplages entre les segments amont et aval, et crée ainsi autant de complémentarités entre des biens et services relevant, à l'origine, de marchés distincts. Elle favorise la mise sur le marché de nouveaux biens et services, permet de nouvelles entrées et, en accroissant la diversité des choix offerts aux consommateurs, érode les positions dominantes. Cette convergence n'en induit pas moins quelques risques pour la concurrence. Il en est ainsi d'un possible cloisonnement du marché pouvant découler de l'intégration verticale des acteurs ou de la généralisation de clauses d'exclusivité. Elle risque également de favoriser le déploiement de stratégies d'éviction anticoncurrentielle et de préemption de marchés connexes en phase d'émergence par les opérateurs dominants.
2. La télévision payante est au cœur de ce processus de convergence. Elle illustre particulièrement les risques qui lui sont associés. 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*⁶⁷ peut être lue comme participant d'un processus de *cut-throat competition*. Des stratégies de préemption anticoncurrentielle, visant à l'exclusion des concurrents ou d'augmentation des coûts des rivaux, peuvent en dériver⁶⁸.
3. Un tel exemple permet d'apprécier dans quelle mesure (ou selon quelles conditions) la convergence peut rebat les cartes du jeu concurrentiel ou, au contraire, consolider voire étendre les positions dominantes. 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. Ces dernières constituent une menace concurrentielle significative pour les acteurs traditionnels du marché, à la fois par les offres *multiple plays*, par les avantages de la technologie ADSL en matière d'usages non linéaires de la télévision (télévision de rattrapage et vidéo à la demande) et à terme, via le déploiement des réseaux de fibre optique.
4. La décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 de l'Autorité de la concurrence (AdIC) relative 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

⁶⁷ 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. Il s'agit principalement des *blockbusters* hollywoodiens ou encore certains championnats de football européens. Sur la place de certains droits sportifs dans le jeu concurrentiel, voir : Commission européenne, (2007), " The EU and Sports : Background and Context ", Commission Staff Working Paper accompagnant le Livre Blanc de la Commission sur le Sport, SEC(2007)395

⁶⁸ 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.

attractifs pour les consommateurs ainsi que l'exclusivité sur ses chaînes propriétaires sont-elles de nature à verrouiller le marché de la télévision payante ? L'extension des clauses d'exclusivité pourrait-elle permettre de préempter le marché émergent de la fibre optique et des usages non linéaires ? Ce faisant, il est possible de s'interroger sur l'opportunité d'une intervention *ex ante*. Une telle intervention doit-elle émaner d'un régulateur sectoriel comme le proposa le rapport Hagelsteen en janvier 2010 pour le marché de gros de la télévision payante⁶⁹ ? Peut-elle, le cas échéant, se faire au travers des instruments à disposition de l'AdIC ?

5. Nous nous proposons de montrer, dans une première partie, que les modalités traditionnelles de mise en œuvre des règles de concurrence ne permettent que d'imparfaitement maîtriser les risques propres aux marchés de convergence numérique. Nous envisageons, dans une seconde partie, l'opportunité d'une intervention *ex ante* et montrons que celle-ci peut être réalisée, dans une certaine mesure, soit par un régulateur sectoriel, soit par l'AdIC, notamment au travers des procédures d'engagements.

I. Convergence numérique et risques concurrentiels

6. 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 firmes et des coûts de changements d'opérateur pour les consommateurs. La seconde passe par des stratégies de préemption de contenus essentiels au travers de clauses d'exclusivité⁷⁰. Si elles portent sur l'aval, elles peuvent priver les concurrents d'accès à des contenus *essentiels*. Si elles portent sur l'amont, elles peuvent considérablement accroître leurs coûts. Face à de tels risques pour la concurrence, une évaluation au cas par cas des effets de ces clauses par les autorités de concurrence est indispensable.

1. Des risques de verrouillage des marchés

7. Le marché de l'audiovisuel se caractérise par l'imbrication de trois segments successifs, mettant en évidence le caractère déterminant des dites clauses.

8. Le marché amont relie les détenteurs de droits audiovisuels aux éditeurs de chaînes, jouant le rôle d'agrégateurs de contenus. Signataire d'*output deals* avec cinq des sept *majors* américaines et détenteur d'une part appréciable des droits sportifs dont neuf des douze lots de la LFP pour la période 2008-2012, le groupe Canal Plus y détient une position de force. Le marché de gros de la télévision payante met en contact les éditeurs de chaînes avec des distributeurs, les rassemblant et les commercialisant sous forme de bouquets.

69 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.

70 Bougette P., Marty F., Pillot J. et Reis P., (2010), "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.

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, portant sur la moitié des chaînes thématiques payantes disponibles fin 2008, qu'il s'agisse du satellite, de l'ADSL ou de la fibre⁷¹. Le marché de détail de la télévision payante, enfin, met en relation 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 se cantonnent à un rôle purement technique de transporteur du signal, le lien commercial se fait directement entre le distributeur et l'abonné. Le FAI peut 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.

9. Une concurrence intra ou inter-plateformes par la différenciation conduit à verser des primes d'exclusivité particulièrement élevées aux détenteurs de droits, lesquelles peuvent représenter entre 70 et 80 % des coûts des opérateurs⁷². Les exclusivités participent à l'efficacité économique dans la mesure où elles sécurisent les investissements, participent au financement de la création et constituent un élément essentiel de l'équilibre économique de certaines disciplines sportives. Il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent s'intégrer dans une stratégie de forclusion des marchés⁷³ ou d'augmentation des coûts des rivaux⁷⁴, par assèchement du marché des droits.

10. Dans le cas français, les cartes avaient été redistribuées par les engagements pris dans le cadre de la fusion entre TPS et CanalSat en 2006⁷⁵ qui conduisirent le groupe Canal Plus à limiter ses exclusivités, en mettant notamment certaines des chaînes concernées à disposition des plateformes concurrentes jusqu'en 2012. Si certains FAI se concentrèrent sur un rôle de transporteur combinant une offre de base constituée de chaînes gratuites et la commercialisation des offres de Canal Plus, l'opérateur historique opta pour une stratégie d'intégration verticale. Concurrençant 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 une partie des lots de la LFP et conclut deux *output deals* avec des majors américaines. Ses chaînes *propriétaires* n'étant disponibles que pour ses propres abonnés, elle mit en place un système de double exclusivité combinant exclusivités de transport et d'édition. Dans la mesure où cette option l'empêchait d'amortir les primes d'exclusivité sur une base de clientèle plus large, il eut pu être craint qu'elle ne fasse sens en termes d'un renforcement de sa position dominante.

71 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.

72 Matteucci et al., (2006), *op. cit.*

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

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

75 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).

11. Si une telle stratégie avait été suivie par ses concurrents, le développement d'un modèle de marché en silos aurait été envisageable⁷⁶. Les opérateurs les moins puissants, moins attractifs en termes de portefeuille de clientèle et ne pouvant amortir les droits acquis que sur une base de clientèle plus étroite, risquaient d'être marginalisés sinon évincés⁷⁷. Le consommateur aurait été pénalisé en termes de diversité des choix.

12. Face à de tels risques, l'AdIC avait proposé une intervention du législateur en vue d'encadrer les exclusivités de transport⁷⁸. Une limitation de la durée des clauses d'exclusivité à un à deux ans pour les seuls services innovants était notamment envisagée. Cependant, la dynamique sectorielle conduisit non seulement à écarter le risque de généralisation de ce modèle aux autres FAI mais aussi à remettre en question la poursuite de cette stratégie de la part de l'opérateur historique, notamment du fait du faible nombre de ses abonnés (7,3%) souscrivant les options en question⁷⁹. Pour autant, les risques de verrouillage anticoncurrentiels des marchés au travers des accords d'exclusivité sur les contenus audiovisuels demeurent⁸⁰.

13. Dans les marchés de convergence numérique, l'opérateur disposant de la base de clientèle la plus large peut d'autant plus aisément consolider sa position dominante au travers des clauses d'exclusivité que les effets de réseaux sont particulièrement importants⁸¹ (au travers notamment de rendements croissants d'adoption) et que les coûts de changements d'opérateurs sont élevés pour les consommateurs⁸². La prise en compte d'un tel risque de forclusion 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 Ligue⁸³. 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 anticoncurrentielle⁸⁴.

14. L'éviction de concurrents sur un segment aval ou connexe peut non seulement permettre à l'opérateur dominant de consolider son pouvoir de négociation en amont vis-à-vis des détenteurs de droits audiovisuels mais aussi de rendre plus difficiles de nouvelles entrées sur son segment de marché⁸⁵. En ce sens elle peut faire sens économiquement, malgré les analyses de l'Ecole de Chicago. D'une part, le risque d'intégration verticale des firmes aval ou opérant sur un marché connexe est prévenu⁸⁶. D'autre part, cela élimine autant de débouchés pour de nouveaux entrants potentiels sur son propre segment.

15. Les clauses d'exclusivité peuvent être des leviers particulièrement efficaces de verrouillage des marchés. Dès lors qu'une " minorité de blocage " est acquise en termes de pourcentage des droits *premiums* détenus, les nouveaux entrants ne peuvent disposer d'un portefeuille minimal de droits leur permettant de différencier leurs offres auprès des téléspectateurs⁸⁷. 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'exclusivité⁸⁸. De fait, les titulaires de droits sur des contenus *premiums* auraient-ils tout intérêt à la préservation à long terme d'une concurrence sur le marché aval quand bien même renonceraient-ils à la maximisation de leur profit à court terme⁸⁹.

16. Ainsi, 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-plateformes⁹⁰. Les risques de préemption anticoncurrentielle par l'assèchement des marchés des droits peuvent être illustrés par la décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 de l'AdIC relative au secteur de la télévision payante, insistant sur " [...] 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). La tendance au monopsonne, déjà caractéristique de la concurrence intra-plateforme⁹¹, pourrait donc également s'observer dans le cadre de la concurrence inter-plateformes via de tels effets de levier⁹².

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

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

78 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.

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

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

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

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

83 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.

84 Aghion P. and Bolton P., (1987), *op. cit.*

85 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.

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

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

88 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.

89 Les détenteurs de droits ont d'autant plus intérêt à la préservation d'un marché concurrentiel que la convergence numérique favorise des modes de consommations différenciés et peut permettre d'appliquer des redevances différenciées allant dans le sens de la maximisation du surplus global.

90 Matteucci et al., (2006), *op. cit.*

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

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

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

17. Face aux risques de forclusion et de préemption des marchés, l'utilisation des règles de concurrence se heurte à des difficultés tenant à la dynamique même des marchés concernés. Se posent en effet des questions relatives à l'opportunité d'une intervention précoces ou encore aux modalités de recours à des mesures conservatoires.

18. Une intervention lors de la phase d'émergence est susceptible de porter préjudice au consommateur en entravant le processus de marché et la dynamique d'innovation. L'AdIC a souligné, dans son avis n°10-A-29 du 14 décembre 2010 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne, 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 turbulence, des phénomènes de concentration du pouvoir économique peuvent être observés en phase de décollage mais n'appellent pas obligatoirement d'intervention des autorités de concurrence (§360). La dominance, peut non seulement être le fruit des mérites de l'entreprise concernée mais peut en outre s'avérer éminemment transitoire dans de telles configurations de marché. 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 irréversible⁹³. Dans sa décision Wanadoo (COMP/38.223) du 16 juillet 2003, la Commission avait d'ailleurs insisté sur le fait que les règles de concurrence pouvaient être activées dans des marchés émergents pour prévenir de tels effets irréremédiables sur le jeu de la concurrence.

19. Même sans conduire à la sortie du marché de compétiteurs, de telles stratégies peuvent porter préjudice aux consommateurs au travers de l'affaiblissement de firmes concurrentes, de leur confinement dans un segment marginal du marché voire par l'émission d'un signal visant à les discipliner en termes de prix ou de stratégie produit. La prévention de tels risques passe traditionnellement par le prononcé de mesures conservatoires en l'attente d'une décision sur le fond. Celles-ci peuvent être utilisées 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. Cependant, dans les secteurs émergents, des mesures conservatoires qui viendraient suspendre un accord d'exclusivité n'ont pas seulement des effets transitoires mais définitifs, comme le montra le cas de l'*iPhone*⁹⁴.

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

94 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*.

20. En outre, les mesures conservatoires ne doivent être prononcées qu'afin de prévenir un risque potentiel d'atteinte à la concurrence⁹⁵. Elles n'ont pas 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. Comme le releva la Cour d'appel dans le cas des droits de diffusion du football, "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*⁹⁶". En d'autres termes, même si l'Autorité n'est pas tenue à une rigueur comparable que pour une décision au fond, elle doit baser sa décision sur "une présomption d'infraction raisonnablement forte".

II. Quelle ligne de partage entre concurrence et régulation?

21. Si, au vu des risques de forclusions et de préemption, une intervention *ex ante* semble apparaître comme la plus à même de prévenir les risques concurrentiels aux clauses d'exclusivité dans les marchés de convergence numérique, un recours à la régulation sectorielle pourrait être préconisé⁹⁷. Cependant, la pratique décisionnelle de l'AdIC montre que les instruments du droit de la concurrence permettent d'en maîtriser une part significative.

1. De la nécessité d'une régulation *ex ante* ?

22. Une intervention *ex ante* peut être envisagée pour prévenir les risques de forclusion tenant aux exclusivités en général et à la préemption des contenus audiovisuels les plus attractifs en particulier.

23. Celle-ci peut revêtir la forme d'un texte législatif ou d'une régulation sectorielle. Les droits du championnat français de football illustrent cette première possibilité. L'obtention par Canal Plus de l'ensemble des lots au travers du versement d'une surprime à la Ligue dans le cadre 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 avait conduit le Conseil de la concurrence à prononcer des mesures conservatoires pour prévenir une possible éviction de TPS⁹⁸. Cette décision fut suivie d'une évolution du cadre législatif⁹⁹.

95 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).

96 Cour d'appel de Paris, 1ère chambre, section H, arrêt du 29 juin 2004, 04/08236 sur 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.

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

98 Cons Conc., 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

99 Loi du 1er août 2003, dite Loi Lamour, sur la commercialisation des droits audiovisuels par les ligues professionnelles.

sur laquelle il fut saisi pour avis¹⁰⁰. S'il ne s'agissait pas d'interdire à un groupe audiovisuel d'acquérir l'ensemble des lots, si ce dernier s'avérait le moins disant sur l'ensemble d'entre eux, il convenait d'éviter que sa sélection ne procède du versement d'une surprime et que les droits exclusifs soient limités à trois ans pour ne pas figer les positions de marché. Cependant, dans 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. En effet, la solution d'une intervention du législateur, peut induire des risques en elle-même. Dans un secteur turbulent, une loi risque d'être obsolète dès avant son application et de s'avérer ainsi contreproductive.

24. Une réglementation sectorielle peut également être envisagée. Le rapport Hagelsteen proposait de placer les exclusivités de transport et d'accès sous la surveillance d'une autorité de régulation sectorielle. 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.

25. Dans l'esprit du rapport, la régulation viserait à la fois à prévenir une concurrence stérile pour l'acquisition des droits sur les contenus et favoriser une différenciation des offres par d'autres moyens que les contenus. Elle pourrait réduire la dépendance des éditeurs vis-à-vis des distributeurs dominants, de favoriser le développement d'innovations techniques et 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 rapport préconisait un contrôle *ex ante* de la puissance de marché des distributeurs intégrés verticalement. Il proposait à cette fin un encadrement tarifaire du marché de gros, dans la mesure où le détenteur de droits peut évincer ses concurrents en leur refusant l'accès à des contenus essentiels ou en leur imposant des prix d'accès excessifs¹⁰¹. La problématique des clauses d'exclusivité dans l'industrie audiovisuelle se rapproche à ce titre de celle de l'intégration verticale des industries de réseaux et de la théorie des facilités essentielles...

26. Dans ce cadre, une solution de nature régulatoire pourrait tenir en l'*unbundling* de ces droits exclusifs, en l'occurrence un *dégroupage*. La logique serait de pérenniser dans le cadre d'une régulation *ex ante*, l'esprit des mesures correctives imposées dans le cadre du contrôle des concentrations, au travers d'injonctions d'offrir des chaînes à des distributeurs tiers et de l'étendre aux tarifs de dégroupage, pour prévenir la mise en œuvre de stratégies de compression des marges. Un éventuel contrôle pourrait porter sur le montant des primes d'exclusivité, afin de contrecarrer d'éventuelles stratégies d'augmentation des coûts des rivaux. Le rapport préconisait

¹⁰⁰ Cons. Conc, 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

¹⁰¹ 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 ; voir : Cour de Justice, aff. C-280/08P, Deutsche Telekom AG / Commission, 14 octobre 2010.

enfin de mettre en œuvre une régulation du marché de gros sur le modèle de celui de l'accès aux infrastructures de télécommunications fondée sur une fourchette de prix, dans l'esprit des pratiques du régulateur britannique l'OfCom¹⁰².

27. Les instruments de régulation privilégiés en la matière demeurent donc des injonctions d'offrir. Or, si celles-ci peuvent émaner de décisions de régulateurs sectoriels, elles peuvent également procéder des règles de concurrence qu'il s'agisse de décisions relatives au contrôle des concentrations ou de décisions contentieuses.

2. Du rôle de l'Autorité de la concurrence

28. En effet, les mesures correctives imposées par des autorités en charge de l'application des règles de concurrence peuvent participer d'une logique de *régulation de la concurrence*.

29. Une régulation spécialisée *ex ante* ne va pas en effet d'elle-même. Dans le cadre de la politique européenne, elle ne doit constituer que l'exception, la politique de concurrence étant la règle. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour la mettre en place. Il est nécessaire de démontrer l'existence de barrières à l'entrée entravant le développement de la concurrence, de mettre en évidence l'absence de dynamisme concurrentiel du marché considéré et d'établir l'incapacité des instruments du droit de la concurrence à y remédier (ou de démontrer le caractère proportionné des exigences induites par une régulation sectorielle avec les problèmes de concurrence identifiés).

30. La pratique décisionnelle de l'AdIC montre que le droit de la concurrence peut fournir les outils idoines pour maîtriser les risques concurrentiels propres aux marchés de convergence numérique. Un premier outil tient aux mesures correctives exigées dans le cadre du contrôle des concentrations, un deuxième, dans un cadre contentieux, à celui de l'encadrement des clauses d'exclusivités conclues au profit des opérateurs dominants, un troisième peut tenir aux engagements rendus obligatoires dans le cadre de procédures négociées et un quatrième, enfin, réside dans l'exercice de ses compétences consultatives.

31. Les injonctions de type *must-offer* ne sont pas l'apanage des seuls régulateurs sectoriels. La majeure partie des injonctions de ce type provient 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 Italie. La fusion des deux opérateurs de télévision par satellite – en grande partie consécutive à l'élévation du niveau des droits sur le championnat italien de football – ne fut acceptée 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

¹⁰² 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.

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 décisions.

32. Ces injonctions peuvent aussi être prononcées dans le cadre de décisions relatives à la répression des pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, la Commission de la concurrence espagnole y a eu recours dans une décision du 14 avril 2010 portant sur les droits du championnat de football, 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 portable¹⁰³. Globalement, les autorités de concurrence évaluent les clauses d'exclusivité au cas par cas en considérant successivement leur durée, leur champ, leur adéquation aux investissements consentis et aux risques pris par les contractants. Il s'agit de mettre en balance leurs effets restrictifs sur la concurrence avec les gains d'efficacité qui peuvent y être associés. L'AdIC a pu ainsi reconnaître un bilan positif pour de telles clauses, par exemple pour la télévision de rattrapage¹⁰⁴.

33. L'AdIC peut également peser sur la dynamique sectorielle au travers des procédures d'engagements. Pour échapper à une sanction au titre de la répression des abus de position dominante, les entreprises peuvent proposer un ensemble de mesures correctives permettant de répondre aux préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité¹⁰⁵. Si après négociation, ceux-ci sont acceptés, ils sont rendus obligatoires par voie de décision. Ces engagements jouent le même rôle que les mesures correctives dans le cadre de l'acceptation sous condition d'un projet de concentration. Ils posent les mêmes questions de proportionnalité dans la mesure où ils peuvent également traduire une propension à la *régulation* de la concurrence¹⁰⁶.

34. Au niveau européen, le contrôle de proportionnalité des mesures correctives applicable dans le cadre des procédures négociées (article 9 du règlement n° 1/2003) semble plus limité que celui en vigueur pour les mesures correctives imposées dans le cadre d'une procédure pleinement contentieuse (article 7 de ce même règlement). Il se limite dans le premier cas à la seule vérification que les engagements volontairement proposés par l'entreprise permettent bien de résoudre le problème de concurrence identifiés sans vérifier s'ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire ou s'il existe des moyens moins contraignants pour parvenir au même résultat¹⁰⁷.

103 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.

104 Cons. Conc., décision n°08-D-10, *Télévision de rattrapage*, 7 mai 2008.

105 Marty F. et Reis P., (2011), " Perspectives juridiques et économiques sur les procédures négociées en droit de la concurrence ", *Les Dossiers de la Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 4, mars 2011, pp. 17-45.

106 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.

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

Un risque d'*overfixing*, comparable à celui mis en évidence en matière de mesures correctives imposées dans le cas du contrôle des concentrations¹⁰⁸. Au travers d'engagements largement définis, des règles de concurrence pourraient se substituer – au moins partiellement – aux instruments de régulation sectorielle¹⁰⁹.

35. Un dernier canal d'influence passe par l'activation des compétences consultatives des autorités de concurrence. Deux avis récents de l'AdIC portant sur l'utilisation croisée de bases de clientèles et sur le marché de la publicité en ligne en constituent des exemples emblématiques¹¹⁰. 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 dominante*"¹¹¹. Rendre publique l'évaluation qu'est susceptible de faire l'AdIC 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 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 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 acteurs*"¹¹², l'AdIC 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 nécessaires¹¹³.

36. 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 dominant¹¹⁴, telles la limitation volontaire par Google de la durée des clauses d'exclusivité négociées avec certaines bibliothèques en contrepartie de la numérisation de leur fonds documentaire ou la reprise en France d'engagements proposés à l'autorité de concurrence italienne. 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.

108 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*.

109 Ibanez Colomo P., (2007), *op. cit.*

110 Avis n°10-A-13 du 14 juin 2010 n°10-A-29 du 14 décembre 2010.

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

112 Autorité de la Concurrence, avis n°10-A-29, §349.

113 " 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.

114 Marty F., (2011), " 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.

III. Conclusion

37. En conclusion, il apparaît que le traitement des exclusivités dans le domaine des marchés de convergence numérique témoigne d'un souci particulier de prévention de l'éviction de firmes de la frange concurrentielle. L'accent mis sur les abus d'éviction pose la question des finalités mêmes de la politique de concurrence. S'agit-il, aux côtés de l'objectif de maximisation du bien-être du consommateur, 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.

38. Une autre question porte sur la question du dégroupage, sur la nature de type *must offer* de certains contenus *premiums*. Ceux-ci peuvent-ils réellement être considérés comme des *facilités essentielles*¹¹⁵ ? Si une telle logique était suivie, un opérateur dominant pourrait avoir obligation d'offrir à ses concurrents sur le marché aval des droits d'accès à ces derniers – dans des conditions non discriminatoires. 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 pourrait être ainsi lue. L'exclusivité obtenue au détriment de TPS aurait été susceptible d'entraver son développement et surtout de mettre en cause sa pérennité même sur le marché...

39. Est donc posée la question de l'encadrement des clauses d'exclusivité. 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 médias¹¹⁶.

De façon générale le traitement dans la pratique décisionnelle des clauses d'exclusivité négociées par les opérateurs dominants peut être questionné. Un opérateur doté d'un pouvoir de marché peut être sanctionné pour abus de position dominante avant même qu'un dommage à la concurrence n'intervienne. Il suffit que ses pratiques induisent un risque potentiel pour la pérennité d'une structure de marché de concurrence effective¹¹⁷. Ainsi, des mesures correctives peuvent être prononcées avant que les pratiques n'aient produit l'intégralité de leurs effets sur le marché en cause. Si la politique de concurrence ne repose pas exclusivement sur la démonstration des effets anticoncurrentiels des pratiques visées, il semble que ceci soit particulièrement le cas dans le secteur des médias. L'accès au marché constitue une problématique centrale d'une politique participant également d'une volonté de promotion et de préservation d'un certain degré de pluralisme¹¹⁸. ■

115 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* "

116 "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 P., (2007), *op. cit.*

117 Cour de Justice, aff. C-280/08P, Deutsche Telekom AG/ Commission, 14 octobre 2010, § 250-251 : " *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* ".

118 Ibanez Colomo P., (2007), *op. cit.*