

5<sup>èmes</sup> journées d'économie de la culture et de la communication

## Culture-médias & numérique : nouvelles questions de concurrence(s)

*Convergence numérique et redéfinition des marchés pertinents : quel partage des rôles entre politiques de concurrence et régulation sectorielle ?*

Frédéric MARTY

CNRS – GREDEG (Université de Nice Sophia-Antipolis)

Paris, Centre Georges Pompidou - 8 février 2011

# Convergence numérique et concurrence

- La convergence numérique redéfinit les frontières traditionnelles entre marchés des télécommunications et de l'audiovisuel.
- Elle est porteuse de gains de bien-être pour le consommateur et accroît l'éventail de ses choix (nouveaux biens et services).
- Elle peut dynamiser la concurrence sur les marchés considérés en favorisant de nouvelles entrées.

# Des risques concurrentiels induits

- La convergence n'en suscite pas moins des risques concurrentiels
  - Un risque de cloisonnement vertical du marché (modèle de silos)
  - Des risques d'éviction anticoncurrentielle et de préemption des marchés au profit des opérateurs dominants
    - Ces derniers sont d'autant plus élevés que les coûts de changements d'opérateurs sont importants (verrouillages techniques et commerciaux)

# Des risques concurrentiels induits

- Une illustration : le marché de la télévision payante
  - La convergence peut-elle rabattre les cartes du jeu concurrentiel (nouvelles entrées sur le marché de l'édition et de la distribution) ?
  - Ne risque-t-elle pas de favoriser la préemption du marché de la fibre optique par le jeu de l'extension des clauses d'exclusivité?

# Quelles réponses ?

- Des risques symétriques
  - Intervenir trop précocement au risque de porter atteinte à la dynamique des marchés et au processus d'innovation
  - Intervenir trop tard quand le dommage à la concurrence est irréversible
- Quelles modalités d'intervention : activation des règles de concurrence ou régulation *ex ante* ?

# Trame de l'intervention

1. Convergence numérique et risques concurrentiels
  - a. De possibles verrouillages des marchés : une application au secteur de la télévision payante
  - b. Des difficultés de mise en œuvre des règles de concurrence dans les marchés émergents
2. Quelle ligne de partage entre concurrence et régulation sectorielle?
  - a. Quels outils d'intervention *ex ante*?
  - b. Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

# I - Convergence numérique et risques concurrentiels

## a) Des risques de verrouillage des marchés

- Double exclusivité et risque de développement d'un modèle de silos
- Risques de préemption du marché au travers de l'assèchement du marché amont des contenus
  - Éviction de concurrents aussi efficaces que l'opérateur dominant sur le marché aval
  - Consolidation de la position dominante sur le marché amont

# I - Convergence numérique et risques concurrentiels

## a) Des risques de verrouillage des marchés

- Un modèle observé dans le domaine de la télévision payante
  - Surenchères en matière d'acquisition des droits sur les contenus « premium »
  - Logique d'augmentation des coûts des rivaux
  - Un risque de disparition de la concurrence inter-plateformes après la disparition de la concurrence intra-plateforme
  - Effet d'éviction d'autant plus élevé que les coûts de changement d'opérateur et les effets de réseau sont importants



# I – Convergence numérique et risques concurrentiels

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

- Une intervention trop précoce, susceptible de porter préjudice au consommateur en entravant le processus de marché et la dynamique d'innovation (voir avis n° 10-A-29, publicité en ligne)
- Une intervention trop tardive, quand l'éviction anticoncurrentielle est effective et souvent irréversible

*(you cannot resuscitate a corpse : N. Kroes, (2008), « Exclusionary abuses of dominance »)*

# I – Convergence numérique et risques concurrentiels

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

- Des difficultés spécifiques
  - Définition des marchés pertinents
    - Biens et services couplés relevant de différents marchés
    - Substituabilité aux yeux des consommateurs
    - Appréciation des positions de marché
  - Evaluation de l'effet des pratiques
    - Anticipation de la dynamique future du marché

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

### a) Quels instruments d'intervention *ex ante*?

- Les limites de l'intervention de l'Autorité de concurrence à des fins préventives
  - Les mesures conservatoires ont des effets irréversibles sur les marchés émergents et ne peuvent servir à encadrer la stratégie future d'un opérateur donné (Cour d'appel de Paris, juin 2004, TV sur ADSL)
  - Intérêt dans certaines situations d'une régulation *ex ante* voire de nouveaux textes législatifs (n°09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les exclusivités)
  - Des marchés émergents pouvant justifier une période d'observation (n°09-A-56 du 18 décembre 2009 sur le livre numérique)

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

b) Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

- Les exclusivités sur les contenus premiums posent un problème spécifique, du fait de la convergence.
- Leur contrôle peut permettre à un opérateur d'évincer la concurrence sur son marché d'origine et sur les marchés connexes (fibre, n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, TV payante).
- Avis de l'AdIC n° 09-A-42 du 7 juillet 2009: limitation des exclusivités à un ou deux ans, en fonction du degré d'innovation commerciale ou technique.
- Une régulation *ex ante* du marché de gros des chaînes de TV payante ?

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

### b) Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

- Une régulation nécessaire selon le rapport Hagelsteen:
  - Éviter la concurrence stérile pour l'acquisition des droits sur les contenus
  - Préemption des droits sur les contenus et verrouillage des marchés
  - Favoriser une différenciation par d'autres moyens que les contenus
  - Proposition d'une régulation par le CSA

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

b) Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

- Quels outils de régulation *ex ante* ?
  - Des injonctions d'offrir (*must-offer*)
    - Un groupe verticalement intégré doit offrir certains de ses contenus premiums aux concurrents qui en feraient la demande
    - Logique de dégroupage
    - Présent dans les mesures correctives (Comision nacional de la competencia espagnole, 14 avril 2010) ou les engagements dans des cas de fusions-acquisitions (Conseil de la concurrence, C+/TPS, janv. 2007, Commission, NewsCorp / Telepiu, avril 2004)
  - Décision OfCom / BSkyB de mars 2010
    - Mise à disposition des contenus
    - Prix de gros régulé

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

b) Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

- Quelle ligne de partage concurrence / régulation ?
  - La régulation sectorielle doit être l'exception
  - Trois conditions cumulatives
    1. Existence de barrières à l'entrée entravant le développement de la concurrence
    2. Absence de dynamisme concurrentiel du marché considéré
    3. Incapacité des instruments du droit de la concurrence à y remédier

## II – Quelle(s) ligne(s) de partage entre concurrence et régulation?

b) Quels enseignements tirer du cas des contenus audiovisuels?

- Quel rôle pour l'Autorité de la concurrence en l'absence d'une régulation sectorielle ?
  - Une évaluation au cas par cas des clauses d'exclusivité (durée, champ, investissements consentis....).
  - Une capacité d'influence sur la dynamique concurrentielle via les procédures d'engagements... mais aussi les compétences consultatives.
    - Avis sur l'utilisation croisée des bases de clientèles (n°10-A-13 du 14 juin 2010)
    - Avis sur le marché de la publicité en ligne (n°10-A-29 du 14 décembre 2010)



# Quelques questions ouvertes

- La position des autorités de concurrence vis-à-vis des clauses d'exclusivité
  - Propension à les accepter d'autant plus forte que le service rendu paraît innovant et que les investissements consentis sont élevés
  - Les difficultés de l'exercice
    - Évaluation des investissements et des risques (n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008, iPhone)
    - Durée des procédures et dynamique des marchés (n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, TV payante)
  - Flou associé à la notion d'innovation

# Quelques questions ouvertes

- Une régulation asymétrique des clauses d'exclusivité au profit des nouveaux entrants ?
- Les contenus premiums peuvent-ils réellement être considérés comme des *facilités essentielles* ?
  - OfCom, Pay TV Statement, march 2010
    - *New content distribution platforms will not develop if they are denied access to key must-have content.*
    - Une obligation d'offrir des 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 ?