

3. COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Ed. de l'OCDE | *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*

**2003/4 - Vol. 5
pages 165 à 192**

ISSN 1560-7798

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-sur-le-droit-et-la-politique-de-la-concurrence-2003-4-page-165.htm>

Pour citer cet article :

« 3. Compte rendu de la discussion »,
Revue sur le droit et la politique de la concurrence, 2003/4 Vol. 5, p. 165-192.

Distribution électronique Cairn.info pour Ed. de l'OCDE.

© Ed. de l'OCDE. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Les fusions dans les médias

3. Compte rendu de la discussion

Compte rendu de la discussion

1. Introduction

Le Président ouvre la table ronde en soulignant trois points : premièrement, la définition du marché, élément crucial pour la plupart des juridictions, est entendue de manière à peu près équivalente d'un pays à l'autre ; deuxièmement, les mesures comportementales, le plus souvent définies au cas par cas, sont très usitées ; troisièmement les autorités de concurrence sont confrontées à nécessité de concilier concurrence et pluralisme, mais ont tendance à éviter cette situation. Pour certaines autorités de concurrence, promouvoir la concurrence est, en soi, bénéfique au pluralisme, et par conséquent leur rôle peut s'arrêter là. D'autres contributions notent toutefois que les autorités de concurrence se voient reprocher de ne pas protéger suffisamment le pluralisme.

Le Président décide de ne pas trop s'appesantir sur la question de la définition du marché puisqu'il existe déjà un certain consensus sur les méthodes et les résultats. Il souligne toutefois trois contributions qui abordent certains aspects particulièrement intéressants de la définition du marché : celle de l'Australie (questions relatives à l'offre) ; celle des États-Unis (discrimination par les prix) ; et celle du Royaume-Uni (différentiation des produits).

2. Cercles vertueux et effets de spirale descendante dans les marchés bipolaires

Le Président remarque que la contribution de l'Australie comprend un développement assez détaillé sur cette question, avec l'affaire *Foxtel-Optus*, dans laquelle deux grands opérateurs de télévision à péage avaient envisagé un rapprochement. Il demande à l'Australie de développer les théories du cercle vertueux et de la spirale descendante et d'explicitier l'affaire *Foxtel-Optus*.

Un délégué de l'Australie explique qu'il existe d'importants avantages au premier entrant parce qu'il peut gagner une part significative du marché des abonnés avant les autres. Cela lui confère un avantage notable pour obtenir des droits d'exclusivité sur le contenu. Certes, il est très possible que l'opérateur le plus puissant paie une prime pour en bénéficier, mais l'exclusivité, en particulier pour les films récents et le sport, représente un sérieux atout pour attirer des abonnés. Une importante base d'abonnés permet alors de dépenser plus pour

acheter du contenu, lequel contenu attire encore des abonnés, etc. Un marché de ce type peut ainsi rapidement basculer en faveur de l'acteur dominant.

On retrouve également cet effet de cercle vertueux dans d'autres médias, notamment dans la presse écrite, grâce à l'interaction entre une double source de revenus : les ventes et les recettes publicitaires. En presse généraliste, pour attirer des lecteurs, les journaux doivent proposer un contenu excellent, à moins qu'ils ne se positionnent dans un marché de niche très spécialisé. Le fait d'offrir un meilleur contenu permet d'accroître le lectorat, ce qui dope les recettes publicitaires, ce qui permet à la fois d'améliorer encore le contenu et de diminuer le prix de vente, ce qui accroît la circulation du titre, etc. Il en résulte généralement qu'on retrouve un seul journal grand public généraliste par marché géographique, plus éventuellement quelques journaux spécialisés, généralement financiers.

En 2002, les deux opérateurs australiens de télévision à péage desservant les zones urbaines, tous deux câblodistributeurs, ont soumis à l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) un projet d'accord de partage de contenus. Des deux acteurs, le plus puissant était Foxtel, filiale commune du premier opérateur australien de télécommunications (l'ancien monopole public Telstra) et du groupe News Corporation de Rupert Murdoch. Foxtel devait obtenir un accès exclusif aux contenus d'Optus, en échange de quoi il partagerait ses contenus – nettement plus attractifs – avec Optus. Aux yeux de l'ACCC, un élément a beaucoup pesé dans la balance : l'activité de télévision à péage d'Optus était en perte de vitesse, en fait prise dans une spirale descendante. L'ACCC redoutait que le déclin de l'activité télévision à péage d'Optus ne finisse par pénaliser la compétitivité du groupe dans ses autres activités à savoir la téléphonie et l'Internet large bande par câble.

L'ACCC a donc donné son agrément au rapprochement, sous réserve d'un régime d'accès très large aux contenus. Les contenus contrôlés par des acteurs australiens, généralement par Foxtel, devaient être mis à la disposition de tous les autres opérateurs de télévision à péage. L'ACCC craignait en effet que le contrôle des contenus par Foxtel ne pénalise le développement d'autres concurrents de télévision par câble. Telstra étant le premier actionnaire de Foxtel, on pouvait légitimement craindre que Foxtel ne refuse l'accès à ses contenus si cela pouvait freiner le développement non seulement d'une concurrence potentielle en matière de télévision à péage, mais aussi de concurrents à Telstra dans les marchés de l'accès Internet large bande et de la téléphonie.

3. Aspects verticaux et mainmise sur le marché

Pour aborder l'étude de ce chapitre, le Président s'appuie sur la contribution de la Finlande, qui indique au paragraphe 23 : « L'évaluation des

fusions dans la communication ne diffère en rien de l'évaluation des fusions dans les autres secteurs » (paragraphe 23). Plusieurs autres contributions vont dans le même sens. La contribution de la Finlande note également que les problèmes liés aux relations verticales sont particulièrement préoccupants dans le secteur de la communication. On peut en trouver une bonne illustration avec la fusion *Sonera-Talentum*, qui avait soulevé des problèmes de concurrence tant dans l'amont que dans l'aval.

Le délégué de la Finlande note que dans l'affaire *Sonera-Talentum*, l'autorité finlandaise de la concurrence (FCA) avait analysé le marché des médias électroniques. L'acquisition avait reçu l'agrément de la FCA sous certaines conditions, ce qui permettait ainsi à Sonera d'obtenir le contrôle conjoint de la WOW Web Brand Corporation, contrôlée jusqu'alors uniquement par Talentum.

Par cette transaction, Sonera, le premier opérateur de télécommunications en Finlande, a acquis les services web développés par Talentum, le plus grand groupe de nouveaux médias en Finlande. Dans de précédentes décisions, la FCA avait déterminé que Sonera bénéficiait d'une position dominante sur le marché des communications mobiles. Les effets concurrentiels de l'opération ont été évalués pour plusieurs marchés de produits : celui de la publicité sur Internet, celui l'acquisition de contenus web, et celui de la connexion Internet. Pour ces trois marchés, la zone géographique retenue était la Finlande.

La FCA a déterminé que la transaction produirait des freins à la concurrence et bloquerait l'entrée sur le marché. En tant que « *content packager* » (distributeur et producteur de contenus) et opérateur de télécommunications, Sonera apparaissait comme un acteur incontournable pour de nombreux producteurs de contenus souhaitant avoir accès au marché des contenus web et au nouveau marché de contenus pour mobiles. Le premier risque pour la concurrence était que Sonera favorise sa filiale conjointe pour l'acquisition et la fourniture de contenus web, ainsi que pour son savoir-faire en matière de transfert d'information et de comportement des consommateurs.

L'intégration verticale de Sonera avec un producteur de contenus aurait considérablement réduit les choix concurrentiels des petites et moyennes entreprises du secteur des nouveaux médias. Pour remédier à ce problème de concurrence, les parties se sont engagées à ce que Sonera accorde le même traitement à sa filiale commune et à ses concurrents dans l'acquisition et la fourniture de contenus web, et à ce qu'elle ne réserve pas son savoir-faire au seul bénéfice de sa filiale. Elles ont aussi promis de respecter des conditions assurant le maintien de la concurrence entre Sonera et sa filiale dans la vente d'espaces publicitaires.

Le Président souligne plusieurs aspects de la contribution du Mexique. Le premier est la liste de réglementations applicables au secteur de la communication. Il est précisé dans la contribution que, étant donné les

nombreuses réglementations visant à protéger l'intérêt public, l'autorité de concurrence peut se consacrer exclusivement à la concurrence. Pour illustrer ces questions, elle présente plusieurs cas, dont deux dans le secteur de la radio, dont l'un pose d'importants problèmes au niveau vertical. Le Président souhaite davantage de précisions sur ces fusions.

Un délégué du Mexique note que, si les réglementations actuelles sont particulièrement contraignantes, par le passé, d'importants aspects n'étaient pas réglementés au niveau des programmes de radio et de télévision. Par exemple, la loi fédérale sur la radio et la télévision ne limitait pas la concentration des concessions. Il en est résulté une forte concentration de ce marché, qui a perduré jusqu'à l'adoption de la loi sur la concurrence et à la création en 1993 d'une autorité de concurrence, la *Comisión Federal de Competencia* (CFC).

La loi sur la concurrence s'applique intégralement à l'industrie de la radiodiffusion mais a pour objet exclusif de protéger le fonctionnement de la concurrence et l'entrée sur le marché. Avant de passer à des cas spécifiques, le délégué explique que le paysage audiovisuel mexicain est dominé par deux acteurs : Televisa, qui contrôle 59 % du marché, et TV Azteca, avec 36 % du marché. Ces deux acteurs, intégrés verticalement, sont présents dans la production, la distribution et la fourniture de programmes. Dans le cas de la radiodiffusion sonore, la structure du marché diffère. La ville de Mexico, de loin de plus gros marché, compte 55 stations de radio commerciales, dont 64 % appartenant à 5 groupes, et le spectre des fréquences est saturé.

Fin 1994, Radio Centro annonçait son projet d'acquérir Radio Red. Chacun des deux groupes avait sa principale radio à Mexico. Compte tenu des préférences des annonceurs, le marché en cause a été défini comme étant celui des services de publicité par radiodiffusion sonore à Mexico.

L'acquisition faisait passer de 10 à 13 nombre des stations contrôlées par Radio Centro, soit 24 % des stations de la capitale, mais totalisant 39,2 % des recettes publicitaires et 45,6 % de l'audience radio. Ce décalage de parts s'explique principalement par l'acquisition d'un programme d'information à grand succès, « Monitor ».

La CFC a imposé un certain nombre de conditions, notamment l'élimination des clauses d'exclusivité dans les contrats d'Infored (l'entreprise productrice de Monitor) s'appliquant aux services de nouvelles, aux programmes d'information et aux événements spéciaux. Il a également été demandé à Radio Centro de ne pas lier la vente d'espace publicitaires dans ses différentes stations de radio.

L'affaire Televisa-Acir est la plus importante fusion dans le secteur de la communication que la CFC ait eu à traiter. En 2000, Televisa annonçait son intention de fusionner sa filiale Radiópolis avec Acir, l'un des premiers groupes de radiodiffusion du pays. Televisa contrôlait 59 % de parts de marché du secteur de la télévision et sa filiale Radiópolis était opérateur de plusieurs stations de radio

dans tout le pays, dont 11 % émettant à Mexico. Acir possédait également un certain nombre de stations dans le pays, dont 13 % de celles de Mexico. La CFC a estimé que le marché en cause était le marché de la publicité radio, qui présente une forte complémentarité avec celui de la publicité télévisée. La CFC a fait obstacle à cette transaction, en raison de ses effets anti-concurrentiels sur le marché en cause.

Le Président se tourne alors vers la Commission européenne et souligne deux aspects particuliers dont il n'est pas question dans d'autres contributions. La Commission indique qu'elle «... tolère l'avantage au premier entrant lorsqu'il conduit à accélérer l'émergence de nouveaux services et de nouveaux marchés, et donc lorsqu'il bénéficie aux consommateurs. Toutefois, la Commission européenne est également très vigilante à l'égard des risques de forclusion. Elle n'hésite par conséquent pas à intervenir pour assurer que l'accès au marché soit effectif et ouvert » (paragraphe 17). Le Président souhaite en savoir plus sur la manière dont on arbitre entre ces considérations statiques et dynamiques dans des situations réelles. Il cite également l'article 21 (3) de la réglementation relative au contrôle des concentrations, qui autorise les États membres à prendre les mesures appropriées pour assurer la protection du pluralisme. Le Président demande des précisions sur cet article, ainsi que des exemples de cas où il a conduit à empêcher des fusions que la Commission aurait autorisées sans lui.

Un délégué de la Commission européenne explique que l'avantage au premier entrant est un concept délicat car il est souvent compensé par des avantages au second entrant : celui-ci peut tirer des enseignements sur ce qui fonctionne bien sur le marché en question. S'agissant des arbitrages entre effets statiques et dynamiques, la Commission ne dispose pas d'une grande marge de manœuvre. L'article 2 du règlement relatif au contrôle des concentrations stipule que la Commission tiendra compte, dans son évaluation, de l'évolution du progrès technique et économique, pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. Concrètement, cela signifie que si une fusion crée ou renforce une position dominante, la Commission devra l'interdire même si elle permet aussi des gains d'efficacité.

S'agissant du pluralisme, le délégué note que l'article 21 constitue un cadre juridique clair. La Commission a compétence exclusive pour les concentrations de dimension communautaire et son évaluation porte uniquement sur la concurrence. Toutefois, dans le même temps, le règlement dispose que les États membres peuvent prendre des mesures plus sévères et plus rigoureuses pour protéger le pluralisme une fois que la Commission a statué sur la concurrence. Par exemple, dans le domaine de la presse écrite, l'espagnol PRISA, l'italien l'Espresso et le britannique Mirror Group ont notifié leur intention d'acquisition conjointe de Independent Newspaper Publishing, plc. La Commission n'a rien trouvé à redire sur le plan de la concurrence et a autorisé l'opération. Les parties en revanche, devaient satisfaire aux impératifs du Royaume-Uni concernant la

préservation de la liberté d'expression, la juste représentation des opinions, etc. Tout ce que demande la Commission en pareil cas c'est d'être informée par les autorités des États membres des conditions éventuelles imposées. La Commission s'assurera que les conditions sont proportionnées, qu'elles ont pour but de préserver le pluralisme, qu'elles ne semblent pas susceptibles d'entraîner une discrimination entre sociétés européennes et qu'elles ne risquent pas de pénaliser les flux commerciaux entre États membres.

Évoquant la contribution du Royaume-Uni, le Président note qu'elle contient un développement approfondi sur l'affaire *Carlton-Granada*, dans laquelle deux des plus importants producteurs de programmes se retrouveraient unis à l'un des premiers acheteurs de contenu au Royaume-Uni. Cette affaire a démontré que l'Office of Fair Trading (OFT) ne croit pas probablement pas aux effets de forclusion autant que d'autres autorités de la concurrence. Le Président cite un passage de la contribution : « Certes, il existe un risque qu'une telle fusion entraîne une fermeture des débouchés de distribution à des producteurs tiers, mais les groupes de communication ont tout intérêt à proposer le meilleur contenu possible pour attirer des spectateurs ou des lecteurs et, partant, des annonceurs. Dans notre analyse de l'affaire *Carlton-Granada*, nous avons conclu qu'étant donné la valeur comparative de l'offre de programmes par rapport aux recettes publicitaires et la logique de l'opérateur, qui a intérêt à attirer un maximum de spectateurs pour un coût minimum, l'application d'un quota réglementaire de productions indépendantes suffisait à atténuer le risque de fermeture du marché. » [paragraphe 8(2)]. Le Président demande dans quelle mesure c'est l'existence d'un quota de productions indépendantes qui a conduit l'OFT à relativiser le risque de fermeture de marché. On peut penser que le quota à lui seul assurerait un certain degré d'ouverture du marché pour les autres fournisseurs de contenu.

Un délégué du Royaume-Uni précise que, si l'OFT n'a pas eu d'inquiétudes suite à la première phase de l'enquête, l'opération *Carlton-Granada* doit faire l'objet d'une deuxième phase d'enquête concernant un autre aspect. *Carlton* et *Granada* ont tous deux des licences régionales d'ITV et diffusent des contenus achetés par l'intermédiaire du réseau d'ITV. L'un des problèmes était de savoir si le fait d'acquérir le contrôle du réseau d'ITV altérerait ses motivations. Le Président rappelle qu'il existe un quota minimum de 25 pour cent de création et d'acquisition de programmes indépendants. Lorsque l'affaire a été examinée, *Carlton* et *Granada* dépassaient ce minimum d'une marge confortable.

Si l'OFT ne s'est pas opposée au rapprochement *Carlton-Granada*, c'est pour plusieurs raisons. La première est que leurs recettes publicitaires étaient largement supérieures aux revenus provenant de la production de programmes, et que le nouveau groupe n'aurait pas intérêt à risquer les premières pour favoriser les seconds. Autre motif, le secteur de la production indépendante est particulièrement actif au Royaume-Uni, avec plus d'une cinquantaine de

producteurs de programmes de taille moyenne et un demi millier de petits. Cela semble indiquer qu'il n'existe pas de véritables obstacles à l'entrée dans ce secteur. Telles sont les principales raisons pour lesquelles l'OFT ne redoutait pas de forclusion verticale. Le quota de 25 % ne faisait en fait que renforcer cette certitude.

4. Mesures correctrices

Le Président rappelle que les autorités de la concurrence ont souvent recours à des mesures comportementales dans les fusions touchant au secteur de la communication. Il s'appuie sur l'exemple de l'affaire FAS, relatée dans la contribution du Danemark, dans laquelle le Conseil de la concurrence devait statuer sur la formation d'une entreprise conjointe par les trois plus grands groupes de presse du pays, ayant pour objet de fusionner leurs bases d'archives et un certain nombre d'activités affiliées. Un aspect inquiétait le Conseil : l'exclusivité au profit de la nouvelle structure, pour une période de trois ans, sur les articles produits des trois sociétés mères : il existait un risque de forclusion. L'opération n'a toutefois pas été bloquée, car les parties ont accepté que l'exclusivité de trois ans ne tienne que tant que la part de marché de l'entité nouvelle ne dépassait pas 30 % la première année, et se sont engagées à traiter sans discrimination avec les acteurs tiers à l'issue de la période d'exclusivité. Le Président pose plusieurs questions : est-il facile de veiller à la bonne exécution de cette condition ? quelles mesures au juste l'entreprise conjointe doit-elle prendre pour rester au dessous de la barre des 30 % ? que se passe-t-il si ce seuil est franchi ?

Le délégué du Danemark explique que dans l'affaire FAS, on a défini trois marchés de produits distincts : les archives d'articles ; la surveillance de la presse ; et le marché des droits d'exploitation des articles sous forme électronique, qui est celui dans lequel les sociétés mères opèrent. Le marché géographique est le Danemark. Le délégué estime que les engagements pris dans cette affaire sont relativement faciles à contrôler puisqu'ils reposent sur des critères objectifs. Il serait toutefois prématuré de conclure que c'est bien le cas. Quant à savoir si le Conseil de la concurrence examinera la part de marché de FAS à la fin 2003, le contenu exact du suivi n'est pas encore déterminé. Les concurrents se chargeront de rappeler au Conseil de surveiller cette affaire.

Se tournant alors vers le Brésil, le Président note que ce pays possède une expérience considérable en matière de fusions dans le secteur de la communication. Les deux années précédentes, plus de 62 affaires ont été analysées. Le Président s'intéresse tout particulièrement à la fusion *Globosat/ESPN* en 2000, affaire dans laquelle des risques de forclusion ont conduit à une longue liste de conditions, notamment l'élimination des clauses d'exclusivité et l'interdiction des ventes liées. Le Président souhaite savoir si a) ces conditions

sont faciles à vérifier, et b) si le marché a vu l'arrivée de nouveaux entrants ou si d'autres éléments attestent de l'ouverture du marché.

Un délégué du Brésil explique que Globosat, qui appartient au premier groupe de communication du pays (Globo), est un fournisseur de contenu et qu'il est la principale source de programmes des chaînes locales à péage au Brésil, parmi lesquelles on peut citer Sportv, une chaîne « premium » « nationale » spécialisée dans le sport. Au Brésil, ce groupe alimente deux chaînes payantes thématiques consacrées au sport : ESPN International, qui couvre essentiellement les manifestations sportives internationales, et ESPN Brésil, qui se concentre sur les compétitions nationales et le journalisme. ESPN était le principal concurrent de Sportv (Globosat) sur le marché brésilien de la télévision à péage pour la distribution de chaînes dédiées au sport et pour l'acquisition des droits de diffusion des retransmissions sportives « premium », principalement les matchs de football – championnats nationaux et régionaux. Au moment de la fusion, depuis quelques années, ESPN Brésil perdait ses droits de diffusion au profit de Globosat. De plus, ESPN Brésil n'était pas distribué par le groupe Globo, ce qui le pénalisait dans son effort pour atteindre une taille critique minimum nécessaire pour continuer à opérer.

Les parties ont défini le marché en cause comme le marché du loisir visuel passif, comprenant la télévision à péage, la télévision sans péage, la vidéo et le DVD et le cinéma. Le Secrétaire à la Surveillance de l'économie (SEAE) organisme anti-trust lié au ministère des finances, estimant cette délimitation trop large, a donné une autre définition.

La conséquence de l'acquisition était que Globosat se retrouvait en position de monopole sur le marché des chaînes de télévision de sport « premium » à péage, et en position de monopsonne sur celui de l'acquisition de droits de diffusion pour les retransmissions sportives nationales « premium ». Quelques importants obstacles à l'entrée existaient dans chacun des marchés pertinents : i) le niveau élevé des coûts irrécupérables liés à la publicité d'une nouvelle chaîne « premium » consacrée au sport ; ii) la difficulté d'accès aux programmes nationaux de sport ; iii) la difficulté d'accès aux créneaux de distribution nécessaires pour un nouvelle chaîne pour atteindre une taille critique minimale ; iv) le niveau élevé des droits de diffusion pour les rencontres sportives nationales ; et v) la forte intégration verticale du marché de la télévision à péage au Brésil.

Le groupe Globo détenait environ 63 % du marché des opérateurs de services de télévision à péage au Brésil. Si les opérateurs de télévision à péage affiliés à ce groupe refusaient de distribuer une nouvelle chaîne premium consacrée au sport, il serait difficile à un nouvel entrant d'atteindre la dimension critique minimum pour exister sur le marché de la télévision à péage au Brésil. Hormis ESPN Brésil et Globosat, aucun autre fournisseur de programmes n'a réussi à lancer une

nouvelle chaîne premium de sport au Brésil. Il ressortait clairement de l'analyse que l'exercice de sa puissance de marché par Globosat après l'acquisition est probable, notamment au regard de l'intégration verticale du groupe Globo.

La SEAE souhaitait comparer les pertes de bien-être possibles avec les gains d'efficacité possibles, mais les parties se sont refusées à fournir des éléments sur les gains d'efficacité, et ont contesté la définition du marché proposée par la SEAE. Finalement, la SEAE a suggéré un certain nombre de restrictions visant à lever la possibilité d'abus de puissance de marché par Globosat : a) interdiction à ESPN pendant une période d'au moins cinq ans de vendre l'exclusivité de la chaîne ESPN Brésil à des opérateurs de télévision à péage affiliés au groupe Globo ; b) obligation pour ESPN de vendre ESPN Brésil dans des conditions non discriminatoires à des opérateurs souhaitant distribuer la chaîne au Brésil ; c) interdiction pendant dix ans de la vente liée de chaînes par Globosat et ESPN Brésil ; d) abandon des clauses d'exclusivité pour tous les contrats Globosat ou ESPN en cours concernant des droits de diffusion d'événements sportifs nationaux sur des chaînes à péage. Outre ces restrictions, la SEAE a suggéré que le Secrétariat au droit économique (SDE), autre organisme antitrust relevant du Ministère de la justice, lance un enquête administrative sur Net Brasil (filiale de Globo) et Globosat pour déterminer si certains refus de vente, certains accords d'exclusivité et le recours aux « clauses anglaises » peuvent être considérés comme des infractions au droit de la concurrence. La SEAE compte sur les acteurs du marché de la télévision à péage au Brésil pour aider le Système brésilien pour la défense de la concurrence à veiller à la bonne application de ces conditions.

Après l'affaire *Globosat-ESPN*, la SEAE s'est attelée à mieux comprendre les fusions dans le secteur de la communication, particulièrement dans la télévision à péage et les nouveaux médias. Fin 2001, une unité consacrée aux affaires de convergence média-numérique a été créée au sein de la Coordination générale sur le commerce et les services. Les fusions dans le secteur de la communication sont, encore aujourd'hui, analysées selon les mêmes règles, les mêmes pratiques, et avec les mêmes instruments que dans les autres marchés, mais la SEAE envisage de remettre en question cet usage.

Le Président s'intéresse ensuite à Israël, qui dans sa contribution évoque le cas d'une fusion intervenue en 2002 entre deux opérateurs de télévision par câble actifs dans des marchés distincts, contrôlant environ 70 % du marché de la distribution de télévision multi-chaîne. Cette fusion soulevait des problèmes de concurrence, mais pouvait faire espérer des gains d'efficacité. Il cite la contribution : « L'autorité antitrust israélienne (IAA) a déterminé que le rapprochement produirait des gains d'efficacité et relancerait la concurrence dans les différents marchés de télécommunications grâce à au mouvement général de convergence. Ces gains d'efficacité proviendraient essentiellement de la capacité de l'entité fusionnée à devenir un acteur du marché national de

la téléphonie et de l'infrastructure Internet » (paragraphe 7). Le Président note également que l'IAA a donné son agrément à l'opération, en imposant des conditions originales : « le câblo-opérateur fusionné devra faire son entrée dans le marché de la téléphonie pendant une période prédéterminée, et devra toucher un nombre minimum de clients » (paragraphe 15). Le Président demande si ces câblo-opérateurs souhaitent effectivement entrer sur le marché de la téléphonie et s'interroge sur ce qu'il se produirait s'ils n'obtenaient pas suffisamment de clients pendant la période fixée. Il craint également que cet arrangement ne constitue un encouragement à se livrer à des pratiques de prédation pour remplir l'objectif de part de marché.

Un délégué d'Israël explique que cette affaire soulève quatre grands problèmes de concurrence. Le premier est la perte de concurrence potentielle. Ce n'est probablement pas un vrai problème car de toute façon les chances de voir un nouvel entrant sur le marché étaient faibles. Le deuxième problème est la création possible d'une puissance de monopsonne face aux fournisseurs de contenu. Ce risque n'est pas non plus très préoccupant, parce qu'il reste une société de télévision par satellite qui peut acheter des programmes. Le troisième risque était celui d'effets coordonnés entre des duopolistes, à savoir la société de télévision par satellite et le câblo-opérateur fusionné. Cette menace n'est pas prise au sérieux en raison de la forte différenciation des produits. De plus, le mouvement actuel de convergence semble indiquer l'apparition d'une forme de concurrence intragroupes.

Le quatrième problème tenait aux conditions imposées. Il y avait un risque d'abstention réciproque entre le monopole national de téléphonie et le câblo-opérateur fusionné. L'un et l'autre bénéficient depuis des années d'une position de monopole dans leurs activités respectives. Cette situation a été modifiée en 1997 lorsque les pouvoirs publics ont imposé l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie internationale. Quelques câblo-opérateurs se sont lancés dans cette activité. Exactement un an plus tard, l'ex-monopole de téléphonie annonçait son intérêt pour le marché de la distribution multichaînes de télévision et faisait une entrée relativement massive en 2000. On était en présence d'une situation de coexistence sur plusieurs marchés, qui pouvait déboucher sur un jeu stratégique caractérisé soit par l'abstention réciproque, soit par la concurrence sur tous les marchés.

Les câblo-opérateurs prévoyaient de toute façon d'étendre leur pénétration à la téléphonie locale. On ne peut donc pas dire que la situation ait été créée par l'IAA, mais l'autorité a simplement accru les chances d'exécution de ces projets.

La mesure correctrice appliquée dans ce cas était assez audacieuse, mais pas nécessairement risquée. Les câblo-opérateurs, après avoir investi quelque 70 millions d'euros (coût estimé par l'IAA de la mise à niveau du réseau câble) vont presque à coup sûr amener de la concurrence dans la téléphonie locale.

Passant à la contribution de la République tchèque, le Président s'intéresse maintenant à une fusion entre deux opérateurs de télévision par câble, *Baring Communications Equity (TES)* et *Vision Network Tsjechie Holding*. Il demande davantage d'explications sur cette fusion, et particulièrement sur les possibilités d'une concurrence accrue pour l'opérateur de télécommunications dominant.

Le délégué de la République tchèque explique que, outre le droit de la concurrence au sens strict, il existe aussi des règles particulières (réglementations sur le contenu et sur les concentrations) applicables aux fusions dans le secteur la communication, dont l'objectif est de sauvegarder le pluralisme dans les médias. Ces règles sont appliquées par le Conseil pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle, une instance administrative indépendante du gouvernement.

La fusion *Baring-Vision* a clairement donné naissance à un duopole dans le secteur de la télévision par câble. L'autorité de concurrence l'a autorisée sans imposer de conditions. Les deux entités opéraient sur des marchés géographiques différents, et la concentration entraînait le renforcement de la puissance économique et financière de l'une et de l'autre. En outre, l'éventuel accroissement de la puissance de marché était contrebalancé par la puissance de marché détenue par UPC, un important diffuseur de télévision hertzienne, et Czech Telecom, le premier opérateur de télécommunications du pays. Ces sociétés sont ou deviendront à moyenne échéance des concurrents des opérateurs de télévision par câble pour les nouvelles technologies de diffusion du signal de télévision, à savoir l'utilisation de lignes de téléphone traditionnelles adaptées au xDSL, la diffusion de flux vidéo sur l'Internet, le numérique terrestre et le Multimédia Wireless System (multimédia sans fil). Dans le cadre de l'analyse de la fusion, on a examiné la possibilité de position dominante collective entre le nouvel ensemble et UPC sur l'achat de contenu, les tarifs de la publicité et l'ensemble des ventes.

Les opérateurs de télévision par câble devront investir dans la modernisation de leur réseau afin d'offrir des services concurrents de transfert de données et de téléphonie, deux domaines clés pour maintenir de leur compétitivité. Il est probable que la fusion accroîtra le potentiel d'investissement de la nouvelle entité et l'aidera à terme à concurrencer UPC et Czech Telecom. Cette dernière possède un réseau moderne capable d'assurer un service parallèle de téléphonie, transfert de données et d'image et desservant la quasi-totalité des ménages du pays. La fusion crée les conditions d'établissement d'une infrastructure de développement similaire, capable de concurrencer l'opérateur dominant. En cela, le délégué s'associe pleinement aux arguments du délégué d'Israël.

5. Pluralisme : les autorités de concurrence doivent-elles s'occuper directement de préserver le pluralisme dans les médias ? Quelles doivent être leurs relations avec les autorités de régulation de la communication ? Quels sont les avantages et les inconvénients des restrictions sur la structure capitalistique des entreprises de communication ?

5.1. Restrictions sur la structure capitalistique des entreprises de communication

Le Président commence en rappelant que de telles restrictions existent dans de nombreux pays. Trois contributions traitent particulièrement de cet aspect : celle du Taipei chinois, celle du Japon et celle de l'Allemagne. Dans sa contribution, le Taipei chinois estime que les restrictions sur les concentrations sont les compléments naturels des lois sur la concurrence. Le Japon indique dans la sienne qu'un groupe d'étude a appelé à l'assouplissement de la législation relative aux concentrations. L'Allemagne est quant à elle très sceptique, voire très critique à l'égard des restrictions sur les concentrations.

Le délégué du Taipei chinois explique que pour empêcher une concentration excessive et pour assurer l'existence d'une pluralité de canaux d'expression des idées et des opinions, le Taipei chinois applique un processus de régulation en deux volets pour les fusions dans le marché de la télévision par câble. D'une part la Fair Trade Law, administrée par la Fair Trade Commission (FTC) exige la notification préalable des fusions au dessus d'un certain plafond de part de marché. La FTC détermine si l'ensemble des avantages économiques d'une fusion proposée sont supérieurs aux inconvénients résultant d'une éventuelle perte de concurrence. D'autre part, la Cable Broadcasting Law, administrée par le Government Information Office (GIO), stipule que les opérateurs, leurs affiliés et les opérateurs qu'ils contrôlent directement ou indirectement, sont soumis aux restrictions suivantes : 1) le nombre d'abonnés acquis ne doit pas être supérieur au tiers du nombre total d'abonnés dans le pays ; 2) le nombre d'opérateurs acquis ne doit pas être supérieur au nombre total d'opérateurs dans un district administratif donné ; et 3) le nombre d'opérateurs acquis ne doit pas être supérieur au tiers du nombre total d'opérateurs dans le pays.

La Fair Trade Law s'intéresse essentiellement au bienfait économique global produit par les gains d'efficacité, plutôt qu'à la pluralité de concurrents dans le marché en cause. Il est possible que la FTC approuve une fusion donnant naissance à une part de marché nationale supérieure à un tiers. Le législateur estime ainsi que la loi sur la concurrence n'est pas suffisante pour garantir la pluralité sur le marché de la télévision par câble et cette tâche est confiée au GIO.

Se tournant vers le Japon, le Président note qu'un groupe d'étude sur la politique audiovisuelle a publié un rapport dans lequel il est suggéré : que « au regard de l'évolution du paysage de la communication, un assouplissement

adéquat du principe interdisant de contrôler plusieurs entreprises de communication apparaît justifié... » (paragraphe 21). Il invite le Japon à présenter ses vues sur les contraintes s'appliquant aux concentrations des entreprises de communication.

Le premier représentant de la Fair Trade Commission du Japon (JTFC) concède que les limites sur la concentration de entreprises de communication se justifient par le souci de préserver la démocratie tout en protégeant la liberté d'expression. Toutefois, en termes de politique de la concurrence, la JTFC estime que les restrictions sur les concentrations s'appliquant aux entreprises de radiodiffusion doivent être réduites au minimum et qu'il faut rechercher des moyens moins contraignants pour atteindre cet objectif politique légitime au demeurant.

Un représentant du Ministère de la Gestion publique, des affaires intérieures, des postes et des télécommunications (à la fois autorité de régulation et responsable des politiques publiques en matière de télécommunications et de radiodiffusion) ajoute que les règles en matière de concentration des entreprises de communication consistent dans des plafonds de participation dans les sociétés de radiodiffusion, et ont pour objet d'assurer la pluralité et la diversité d'expression. Le ministère estime que le principe des règles limitant la concentration dans le secteur de la communication reste d'actualité. Il reconnaît toutefois qu'il y a lieu d'assouplir certains aspects de cette législation, étant donné l'évolution du paysage des médias, c'est-à-dire de la multiplication des choix offerts au téléspectateur. La législation en matière de concentration des entreprises de communication est actuellement réexaminée par le ministère.

Le principe qui justifie les règles de limitation des concentrations dans le secteur de la communication tient à la politique culturelle et la pluralité d'expression, concepts qui figurent dans la Constitution, et les règles sont relativement aisées à appliquer à des marchés de radiodiffusion bipolaires. Bien que l'on observe une multiplication des voies d'information du public, il existe toujours des risques liés à la concentration des entreprises de communication, et lorsque cette concentration se produit il est difficile de revenir en arrière. Il faut aussi souligner qu'au Japon il reste toujours des téléspectateurs qui n'accèdent qu'à un seul média, la télévision hertzienne terrestre, gratuite. La moitié de la population, faute d'abonnement câble ou satellite, n'a accès qu'au hertzien.

Le Président revient alors sur la contribution de l'Allemagne, qui tient que le contrôle des concentrations exercé au moyen de la loi sur la communication n'a pas été opérant. Cette législation n'a pas empêché qu'il n'existe que deux grands groupes de communication en Allemagne. Le Président souhaite savoir s'il faut y voir une conséquence de l'effet combiné de la loi sur la concurrence et de la loi sur la communication, ou si seule la loi sur la communication est à incriminer. Dans ce deuxième cas, est-elle simplement mal conçue, ou est-ce que les

règles concernant les concentrations dans le secteur de la communication sont intrinsèquement vouées à l'échec ?

Un délégué de l'Allemagne de l'Office fédéral des cartels (OFC) commence par préciser que si le contrôle de concentration dans le secteur de la communication a mauvaise presse, c'est uniquement en raison des restrictions relevant de la loi sur la communication, et non de l'examen au regard du droit de la concurrence. Les restrictions de la loi sur les médias s'appliquent seulement si un acteur du marché acquiert une influence dominante sur l'opinion. Il est établi que cela se produit à partir de 30 % des téléspectateurs.

Il n'y a eu en Allemagne aucun cas de fusion dans lequel les législations sur la communication et sur la concurrence soient parvenues à des conclusions opposées, l'une conduisant à autoriser, l'autre à bloquer une opération. Par exemple, le projet de coentreprise de télévision à péage entre les deux groupes privés de télévision, Bertelsmann et Kirsch a été bloqué par l'OFC, et présentait aussi des difficultés au regard de la loi sur la communication. A la lumière de l'expérience passée, on peut douter de la nécessité du filtrage supplémentaire de la loi sur la communication.

Précisément s'agissant des limites posées aux participations, le délégué souligne trois points. Premièrement, il n'existe pas en Allemagne de restrictions sur les investissements étrangers dans les entreprises de communication, ce qui contribue à créer une certaine diversité. Deuxième point, il y a eu l'expérience négative liée à la législation sur le plafond de participation dans les sociétés de télévision, lequel était fixé à 25 %. Cette loi n'a pas empêché l'émergence d'oligopoles, mais a porté atteinte à la transparence des responsabilités dans les médias, ce qui explique probablement pourquoi elle a été amendée. Troisième point, le droit de la concurrence n'interdit pas les participations croisées. Si la télévision et la presse écrite constituent des marchés distincts – sans écarter toutefois la possibilité de substitution entre différents médias – et si la concurrence est assurée sur ces marchés clairement définis, alors la diversité et la pluralité devraient être suffisantes.

Un délégué du Ministère de l'économie et de la technologie ajoute que la situation d'entreprises de communication spécifiques est du ressort exclusif des *Länder* et non des instances fédérales, et que les *Länder* se trouvent confrontés à un conflit d'intérêts. Soucieux de limiter les participations croisées, ils sont aussi désireux d'attirer les investissements des grandes entreprises de communication. Cette situation explique peut-être en partie pourquoi le contrôle des entreprises de communication n'a pas été aussi opérant qu'on aurait pu le prévoir et le souhaiter.

5.2. Certains pays sont convaincus que l'autorité de concurrence ne doit pas s'occuper de pluralisme

Le Président divise la série suivante de contributions en deux catégories. La première catégorie estime que l'autorité de concurrence ne doit pas se mêler de pluralisme ou d'autres enjeux sociaux au sens plus large, et préconise une séparation stricte entre les fonctions de régulation du secteur des médias et l'autorité de concurrence. La seconde catégorie envisage une séparation beaucoup moins nette entre la protection de la concurrence et celle du pluralisme. Les États-Unis et le Canada relèvent de la première catégorie.

Un délégué des États-Unis représentant l'autorité de régulation de la radiodiffusion sonore, télévisuelle, du câble et des télécommunications, estime que les principes de la FCC (Federal communications commission) en matière de concentration des médias ont bien rempli leur office depuis une cinquantaine ou une soixantaine d'années qu'ils existent. Cela s'explique en partie par le fait que la FCC a suivi une démarche dynamique dans la régulation du secteur de la communication. Dès le début des années 1940, la FCC a codifié la limitation du nombre de stations radio pouvant être contrôlées par une même entité émettant dans une zone donnée. Depuis lors, de nombreuses autres règles limitant les concentrations et les participations croisées ont été adoptées. Trois objectifs importants étaient visés : diversité, concurrence et localisme, sans gêner les consommateurs ni porter atteinte à la liberté d'expression, protégée par la constitution.

En 1996, l'adoption du *Telecommunications Act* a considérablement modifié le paysage de la communication au niveau des structures de capital des entreprises. La règle de participation croisée limitant le contrôle conjoint de chaînes de télévision et d'opérateurs de téléphone a été éliminée ; le plafonnement du nombre de stations radio contrôlables par un même opérateur a été supprimé, et le plafond du nombre de chaînes de télévision locale pouvant être possédées par un « network » national de télévision a été relevé. Plus important, le *Telecommunications Act* sommait la FCC de réexaminer tous les deux ans l'ensemble de ses règles en matière de concentration et de participations croisées dans le secteur des médias, afin de déterminer si elles correspondaient toujours à l'intérêt public. Ce réexamen biennal porte notamment sur l'évolution de la configuration concurrentielle dans les différentes branches du secteur des médias.

Jusqu'à une date récente, les tribunaux étaient favorables aux règles de la FCC en matière de concentration dans les médias. Toutefois, à la fin des années 90, à la suite d'une série de recours déposés par les propriétaires d'entreprises de communication, les tribunaux ont annulé les règles concernant les participations croisées entre les opérateurs de télévision hertzienne et par câble, et ont renvoyé devant une instance supérieure les règles concernant le nombre maximal

d'abonnés que peut atteindre un câblo-opérateur. Dans certaines affaires, les tribunaux ont souligné les incohérences existant entre différentes règles encadrant le contrôle des médias. Par exemple, pour déterminer le nombre de « voix » indépendantes présentes sur les marchés de télévision hertzienne locale afin d'appliquer le plafond national d'audience des télévisions nationales, la FCC n'inclut que les radiodiffuseurs locaux dans sa définition des marchés locaux, alors que lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles concernant les participations croisées, la FCC considère les autres « voix » en plus des diffuseurs de télévision locale.

En application de la loi sur les télécommunications de 1996, des décisions récentes des tribunaux, et avec la mutation rapide du secteur de la communication, la Commission a dû réexaminer l'ensemble de ses règles en matière de concentration des médias en 2003. Quelques unes des questions examinées sont abordées dans la contribution des États-Unis à cette table ronde. Par exemple, la FCC s'interroge sur la manière dont il convient de mesurer la diversité (doit-elle être mesurée en termes de points de vue, de sources, de contrôle capitalistique ou de nombre de créneaux de programmation) ; et faut-il inclure les nouveaux débouchés et les nouveaux types de médias comme l'Internet, dans le comptage du « nombre de voix » utilisé comme critère d'évaluation de la diversité ? Il faut s'attendre à d'importants changements en 2003 dans les règles encadrant la structure du capital des entreprises de communication.

Le Président observe que la contribution du Canada traite du compromis à trouver entre les exigences du droit de la concurrence et celles du pluralisme. Le Canada réaffirme que la politique de la concurrence et les politiques concernant la société au sens large doivent être bien distinctes car si elles étaient confiées à une même instance, il en résulterait trop souvent des solutions de pis-aller ne satisfaisant ni les parties en cause, ni les consommateurs ni l'ensemble du secteur. Plus loin dans la contribution, on lit également « Un certain nombre de commentaires ont stigmatisé les insuffisances perçues dans l'examen du Bureau, et notamment le fait qu'il s'intéresse exclusivement à l'impact économique d'un changement dans la structure capitalistique et perd de vue les conséquences au niveau global » (par 2). Observant que plus une démarche est puriste plus elle risque d'être jugée inadaptée, du moins par le grand public, le Président demande s'il vaut mieux parvenir à une solution de compromis en combinant les décisions de deux organismes différents ou si cette synthèse doit être opérée par la seule autorité de concurrence.

Un délégué du Canada confirme que le Bureau de la concurrence s'intéresse exclusivement aux aspects économiques des fusions d'entreprises de communication, notamment à leurs effets sur les tarifs de la publicité, à l'exclusion des problèmes de diversité. Cela signifie également que l'on considère séparément les différents marchés définis au titre de la lutte anti-

trust, même si les tenants de l'approche sectorielle média préféreraient que l'on considère plusieurs marchés simultanément.

Le Bureau de la concurrence n'est compétent que pour analyser les aspects juridiques et économiques, et n'est doté que d'un seul commissaire. En revanche, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) est un organisme constitué de plusieurs membres représentant tout un éventail de compétences, qui rend des décisions sur la base d'auditions publiques. Le CRTC est donc beaucoup mieux placé pour définir et déterminer la politique sociale et l'intérêt national. Par exemple, la loi sur la radiodiffusion dispose que le système de radiodiffusion devrait servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada.

Si le processus d'examen des fusions était confié à un seul organisme de régulation, comment s'y prendrait-il pour équilibrer l'impact d'un relèvement des tarifs par rapport à la meilleure qualité d'information que pourrait apporter cet accroissement des recettes. En s'appuyant sur deux organismes de régulation, les aspects économiques et les aspects sociaux peuvent être examinés de manière indépendante. Si une fusion a pour effet de réduire notablement la concurrence, des mesures correctrices peuvent être prises. Si elle permet aux parties de dispenser une meilleure qualité d'information sur les dossiers sociaux, un autre organisme de régulation peut évaluer cet aspect et en rendre compte. La transparence inhérente à ce modèle, car il n'y a pas de compromis à trouver dans le cadre du processus décisionnel. Il n'est pas nécessaire, comme dans la configuration à un seul organisme de régulation, de donner la priorité à l'un des enjeux plutôt qu'à l'autre pour résoudre ce conflit.

Poursuivant sur ce point, le Président demande si le fait d'avoir une commission aux effectifs plus étoffés, au lieu d'un commissaire unique, serait vraiment un plus. Le délégué du Canada répond que le commissaire ne s'occupe que des questions de concurrence. Il n'y a pas d'autre commissaire chargé des autres aspects.

Dans d'autres pays l'autorité de concurrence doit s'intéresser (même partiellement) au problème du pluralisme

Le Président note que les vues exprimées par le Canada apportent un éclairage qui pourrait être intéressant pour l'Autriche. Le paragraphe 42c de la Loi sur les cartels prévoit que les fusions d'entreprises de communication peuvent être interdites si elles portent atteinte à la diversité des médias. Comme l'explique l'Autriche dans sa contribution, cette disposition remonte à un amendement adopté en 2002 « en réaction à des vives protestations contre l'agrément obtenu pour la fusion Formil » (par 13). L'autorité fédérale de concurrence (AFC) autrichienne est appelée à faire des choix difficiles. Le Président demande comment elle compte procéder.

Le contrôle des concentrations, explique le délégué de l'Autriche, existe dans son pays 10 ans. Pendant cette période, seul un petit nombre de décisions ont dû être rendues en tenant compte de considérations spécifiques aux fusions dans les médias. L'affaire *Formil* concernait un rapprochement entre plusieurs magazines d'information. Comme les entités en question étaient contrôlées par deux grands groupes de communication, Bertelsmann et Mediaprint, l'opération entraînait des effets horizontaux. Dans son analyse des effets pro- et anti-concurrentiels, le Tribunal des cartels a d'abord rappelé les conditions qui pourraient le conduire à approuver une fusion anti-concurrentielle : 1) des avantages au niveau de la concurrence plus importants que les inconvénients liés à la domination du marché ; ou 2) une amélioration de la compétitivité des entreprises en cause, si l'économie nationale le justifie. Le tribunal a estimé qu'aucune des deux conditions n'étaient remplies.

Comme la fusion *Formil* produisait une situation de quasi monopole, le Tribunal a évoqué le danger d'une perte de diversité et d'un affaiblissement de la fonction critique des médias, particulièrement au regard de l'une des sociétés-mères. Le tribunal a conclu que l'opération pouvait porter atteinte à la pluralité des médias et a noté que les deux groupes de communication avaient de fortes chances de s'entendre et de favoriser leurs propres entreprises dans la publicité, ce qui pouvait renforcer la position dominante de Mediaprint sur le marché des journaux quotidiens. La fusion a reçu l'agrément des autorités assorti d'un certain nombre de conditions.

S'agissant la manière dont l'AFC protège la diversité et le pluralisme dans son examen des concentrations dans la communication, le délégué explique que l'AFC, qui n'existe que depuis juillet 2002, ne statue pas elle-même sur les concentrations, mais elle saisit le tribunal si elle le juge nécessaire. C'est ce qu'elle fera en cas de doute concernant le pluralisme et la diversité dans les médias. Au bout du compte, c'est au tribunal des cartels que revient la tâche difficile de concilier les deux impératifs.

Le Président se tourne alors vers le Royaume-Uni, qui dans sa contribution note que : « Du point de vue de l'OFT (Office of Fair Trading), les fusions qui concernent le secteur de la communication suivent la même procédure que celles qui interviennent dans d'autres secteurs » (paragraphe 1). Dans la situation actuelle, l'OFT ne joue aucun rôle dans les fusions entre organes de presse. En revanche, le Secrétariat d'État et la Commission de concurrence, lorsqu'ils déterminent si une opération va à l'encontre de l'intérêt public, doivent prendre en compte les aspects de pluralité, de diversité et de concurrence. De plus, le projet de loi sur la communication prévoit que l'OFT devra évaluer les effets concurrentiels des fusions entre journaux. L'Ofcom, organisme nouvellement créé de régulation des entreprises de communication, examinera l'impact des fusions d'entreprises de presse sur la pluralité et la diversité, mais l'OFT «... peut transmettre à l'Ofcom ou au Secrétariat d'État tous

éléments pertinents relatifs à la diversité et la pluralité » (paragraphe 5). Le Président demande comment la Commission de concurrence a procédé par le passé pour évaluer les aspects de pluralité et de diversité. Il demande aussi si dans l'avenir l'OFT pourra transmettre à l'Ofcom ses observations sur la pluralité et la diversité dans les fusions d'entreprises de presse si elle analyse les concentrations dans le secteur de la communication comme dans n'importe quel autre secteur.

Un délégué du Royaume-Uni explique avant tout que les entreprises de presse sont traitées de manière assez différente des entreprises de radio et de télévision, du moins au Royaume-Uni. Il n'existe pas un ensemble de règles concernant la pluralité ou la diversité de la structure capitalistique. Lorsque une fusion est notifiée, tous les points sont examinés au cas par cas, et la demande suit alors son cours à travers différentes instances. Eu égard à la nature particulière de la presse écrite, la législation prévoit un traitement particulier pour les fusions de journaux : dans ces cas, l'OFT n'intervient pas dans le renvoi devant la Commission de la concurrence. C'est le Secrétariat d'État qui saisit directement la Commission à partir de certains seuils.

Certains proposent que le contrôle des concentrations dans la presse écrite soit aligné sur celui qui se pratique pour les autres produits et les autres médias, et souhaiteraient que le gouvernement n'intervienne plus dans la politique de la concurrence. Les changements proposés représentent davantage une refonte des procédures administratives qu'une réforme de fond. Elles auraient probablement pour conséquence de diminuer le nombre d'affaires de fusions d'entreprises de presse renvoyés devant la Commission.

S'agissant du pluralisme, il importe de préciser que la Commission est tenue de considérer la nécessité de préserver une présentation objective et la libre expression des différents courants d'opinions. Par le passé, la Commission a généralement interprété cette mission comme revenant à examiner dans quelle mesure la fusion affecterait la liberté éditoriale. Depuis une trentaine d'années, ce problème ne s'est présenté que très rarement ; la plupart des fusions d'entreprises de presse ont impliqué des titres régionaux et non nationaux, et n'ont pas soulevé de problèmes particuliers, ni donné lieu au blocage d'une opération, à l'exception d'un cas intéressant. Dans cette affaire, la fusion aurait dû rapprocher deux journaux représentant les deux camps adverses dans l'opposition religieuse qui divise l'Irlande du Nord. Il semblait très peu probable qu'avec un propriétaire unique, la liberté éditoriale soit préservée de manière à ce que les opinions des deux camps soient reflétées avec objectivité.

S'agissant du rôle particulier de l'OFT dans les fusions d'organes de presse, cet organisme s'intéresse essentiellement aux problèmes de concurrence ce qui, en pratique, revient à observer les marchés de la publicité. Le système proposé

actuellement affecterait à l'Ofcom un rôle important au regard de la diversité et de la pluralité. Un autre délégué ajoute que l'OFT renverrait simplement devant l'Ofcom les affaires posant un problème de pluralisme, et s'abstiendrait de les examiner elle-même.

Le Président note qu'en Espagne, la situation paraît assez compliquée : la Cour suprême a récemment décidé de déclarer nulle une décision prise en 1994 par l'État concernant la fusion de deux opérateurs de stations de radio car «... elle ne prenait pas suffisamment en compte les considérations de « pluralisme de l'information » ». (paragraphe 4). Les autorités de concurrence doivent donc examiner le pluralisme de l'information. Pour cette raison, dans l'affaire du rapprochement de deux opérateurs de télévision à péage (Sogecable-Via Digital), le gouvernement a dû inclure dans les conditions une disposition relative au « pluralisme de l'information ». Il s'agit là d'un cas particulièrement intéressant car l'opération offrait des perspectives de gains d'efficacité – le même contenu devant être offert aux abonnés des deux groupes. Le Président souhaite entendre des explications complémentaires sur le compromis qu'il a fallu faire dans cette affaire entre gains d'efficacité et diversité.

Un délégué de l'Espagne explique que dans l'affaire *Sogecable-Via Digital*, le marché considéré était le marché national de la télévision à péage. Les marchés des droits de diffusion de cinéma et de football « premium » ont également été examinés, de même que d'autres marchés touchant à la production audiovisuelle et aux télécommunications (l'un des opérateurs était contrôlé par Telefonica, principal opérateur de téléphonie du pays). Le choix de considérer le marché de la téléphonie a été motivé par la convergence des technologies, et particulièrement par les nouvelles possibilités d'assurer différents services par différentes technologies – câble, téléphonie (ADSL) et télévision.

Les acteurs qui envisageaient un rapprochement étaient les deux principaux opérateurs de télévision à péage du marché, l'un et l'autre en difficulté financière. On pensait que le blocage de l'opération conduirait probablement à ce qu'il ne subsiste plus qu'un opérateur. On estimait également que le marché était très dynamique, étant donné la rapidité des évolutions technologiques, et qu'il ne présentait pas d'obstacles notables à l'entrée, hormis pour le contenu « premium » (football et cinéma). À l'issue de la fusion, Sogecable devait être le premier acteur en télévision à péage, les principaux concurrents restants étant des câblo-opérateurs. Par conséquent, les pouvoirs publics ont réfléchi aux mesures correctrices possibles pour compenser la disparition d'un opérateur, afin d'empêcher l'établissement ou le renforcement des barrières à l'entrée des différents marchés concernés, et de réduire l'impact négatif de l'opération sur le pluralisme et la diversité.

Pour aider les nouveaux opérateurs – et surtout les câblo-opérateurs déjà actifs dans la télévision à péage en Espagne – différentes conditions ont été

fixées, imposant la vente sans discrimination et limitant la durée de l'exclusivité des contrats de diffusion. Des mesures correctrices ont également été prévues pour faciliter l'accès aux chaînes d'information et de contenu de la plate-forme satellite, et des restrictions ont été posées aux stratégies coordonnées dans les médias.

On espérait que ces mesures auraient un impact positif sur le pluralisme. Mais le droit de la concurrence n'est pas un bon outil pour garantir le pluralisme, lequel est par ailleurs toujours difficile à définir. De plus, étant donné la rapidité de l'évolution du marché, toute règle qui vise à défendre le pluralisme doit être réexaminée périodiquement, et le cas échéant révisée. Dans les fusions affectant le secteur de la communication, l'instance de régulation sectorielle apporte l'information et dresse un rapport. C'est le gouvernement qui prend la décision finale, en tenant compte des enjeux de concurrence (y compris des gains d'efficacité) et du rapport de l'instance de régulation.

Enfin, on a veillé à assurer que les gains d'efficacité amenés par la fusion soient transmis aux consommateurs. A cet égard, il a été précisé que les coûts de la fusion (notamment liés au changement des antennes satellites et des décodeurs) ne devaient pas être supportés par les consommateurs. Cette mesure a notamment eu pour effet de conduire la nouvelle entité à conserver les anciens décodeurs, pour éviter un surcoût pour les consommateurs. Autre condition assortie à la fusion : le gel des tarifs pendant trois ans. On estimait que cette restriction n'entraverait pas l'innovation car le gel des tarifs ne s'appliquait qu'aux produits de qualité équivalente. Pour des produits différents, notamment aux bouquets comprenant davantage de chaînes, les prix pouvaient augmenter. Le respect du gel des tarifs est facile à contrôler puisque ces tarifs sont publiés.

Le Président passe à la dernière contribution, et note qu'en Irlande, la loi de 2002 sur la concurrence reconnaît dans une certaine mesure l'importance de la pluralité dans l'examen des fusions. Le traitement des fusions du secteur de la communication est particulier à deux égards. D'abord, les impératifs de notification sont plus contraignants. Deuxièmement, il existe une interaction intéressante entre l'autorité de concurrence et le ministre. La loi prévoit deux phases d'investigation. Même si à l'issue de la phase 1, l'autorité de concurrence établit que rien ne s'oppose à la fusion, le ministère peut décider d'une phase 2 d'investigation. Si cette deuxième phase ne soulève pas de problèmes, le ministère peut décider d'appliquer d'autres critères. Le Président souhaite savoir quels aspects seraient examinés dans la phase 2 si la première phase d'investigation ne mettait en évidence aucun problème, et demande dans quelle mesure les autres critères fixés par le ministre sont examinés dans le cadre d'une investigation de phase 2.

Un délégué de l'Irlande explique que l'autorité de concurrence vient de recevoir sa première notification de fusion dans le secteur de la communication, et que l'investigation de phase 1 a commencé. C'est la seule expérience de l'Irlande dans ce domaine. Concernant la question du Président sur les aspects qui seront examinés en phase 2 si la phase 1 ne révèle aucun obstacle, le délégué suggère plusieurs options. D'abord, l'autorité peut simplement procéder à une nouvelle analyse SLC (analyse de restriction substantielle de la concurrence), éventuellement de manière plus détaillée. La seconde option serait d'entreprendre une analyse de phase 2 en se concentrant sur les critères de pluralité énoncés dans la loi. Dans ce domaine, l'autorité de concurrence ne possède ni l'expertise requise, ni aucun avantage comparatif. La troisième option, qui semble la plus intéressante, serait d'assister le ministère dans l'analyse des effets de l'opération sur le pluralisme, par exemple en examinant les atouts et la compétitivité des entreprises de communication du marché pertinent, et de contribuer en même temps à affiner l'analyse de la concurrence.

6. Débat général

Un délégué des États-Unis note que le contrôle des concentrations dans le secteur de la communication se caractérise par une certaine tension qui n'existe peut-être pas dans d'autres domaines. D'une part, il est nécessaire de préserver la concurrence dans les marchés de communication, non seulement pour protéger des annonceurs, mais aussi eu égard à des considérations de pluralisme. D'autre part, il est important d'éviter toute intervention injustifiée sur le marché, a fortiori dans le domaine de la communication car des médias libres le sont aussi par rapport aux pouvoirs publics. La problématique pour les autorités de concurrence lorsqu'elles examinent les problèmes de pluralisme, c'est que, à la différence des enjeux de concurrence purs, où l'on peut appliquer des critères d'évaluation strictement économique, les critères d'évaluation du pluralisme sont beaucoup moins clairs. Combien de médias faut-il au minimum ? La réponse à cette question peut varier considérablement selon la personne qui va se prononcer.

Si on ne peut pas entièrement faire confiance au libre jeu du marché dans les médias, et si la concurrence dans la publicité n'est pas un indicateur suffisant pour la diversité des points de vue dans les médias, la meilleure solution est certainement d'ordre réglementaire, plutôt qu'un examen au cas par cas. Cela permettra du moins l'application de critères clairs et transparents, que le public pourra approuver ou désapprouver.

Un délégué du Brésil approuve les vues exprimées par le Canada et les États-Unis concernant les autorités de concurrence et le pluralisme. Il note toutefois que, si les effets de la concurrence sur les prix sont devenus le seul critère retenus dans l'analyse de la concurrence, le bien-être des consommateurs comprend d'autres dimensions, et des compromis peuvent être nécessaires. La solution

peut être d'avoir des organismes séparés, mais cela peut être compliqué. Imaginons par exemple deux journaux, qui créent une entreprise commune pour couvrir une guerre dans un pays étranger. Cela peut nuire à la diversité, mais sans cette entreprise commune, cette guerre ne pourrait peut-être pas être couverte du tout par des journalistes du pays. Ou prenons le cas d'une entreprise commune entre des chaînes de télévision pour financer des sondages avant une élection présidentielle. Lorsque les autorités antitrust avaient examiné cette co-entreprise, elles n'avaient pas envisagé cette possibilité. Ces deux exemples soulèvent des questions de gains d'efficacité, outre les aspects de diversité et de qualité, mais la lutte antitrust conduit peut-être à des résultats différents. Malheureusement, il est parfois difficile de séparer les enjeux, et on ne peut faire l'impasse sur les considérations de qualité et de diversité.

Le Président objecte que plusieurs articles scientifiques reposant sur le modèle Hotelling de la concurrence montrent que le contenu des journaux dépendra de la configuration de concurrence. Cela tend à montrer que qualité de production et qualité de la concurrence sont parfois indissociables.

Un délégué des États-Unis note que dans l'analyse des cas les plus complexes de fusions, il faut envisager non seulement les risques encourus si l'opération reçoit l'agrément des autorités, mais aussi ce que les consommateurs perdront si elle est bloquée. Et lorsqu'il faut prendre des décisions difficiles, comme dans l'affaire de télévision citée par le Brésil, il importe d'éviter une interférence excessive du gouvernement, surtout lorsqu'il s'agit de déterminer les points de vue doivent être préservés et ceux qui doivent être sacrifiés.

Le délégué du Brésil acquiesce, et note que le souci d'éviter l'intervention des pouvoirs publics peut plaider en faveur d'une intervention épisodique de l'autorité de concurrence, plutôt que l'intervention plus fréquente de l'organisme de régulation du secteur de la communication.

Un délégué de la Corée note qu'il faut faire la distinction entre le marché de la publicité et celui du contenu pour les consommateurs, le premier devant être subordonné au second. Les annonceurs préfèrent placer leurs publicités dans des journaux à forte circulation. Or, l'élasticité de la demande par rapport aux prix est relativement faible dans le marché du contenu, car un lecteur ou un spectateur choisit le contenu en fonction de ses goûts. En revanche, dans le marché de la publicité, l'élasticité de la demande par rapport aux prix est relativement forte. Le délégué approuve donc les vues exposées dans le document du Secrétariat, à savoir que, pour les fusions dans le secteur de la communication, l'approche comportementale est plus adaptée que l'approche structurelle. Et cette approche est préférable non seulement en raison des évolutions liées au marché, mais aussi du fait de la faible élasticité par rapport aux prix dans le marché du contenu.

Un délégué du BIAC présente Campbell Cowie, Directeur responsable des politiques publiques de AOL Time Warner Europe, qui porte un éclairage économique sur les fusions. Commentant le document du Secrétariat, M. Cowie note qu'il serait souhaitable de considérer également l'impact de la numérisation sur les barrières à l'entrée, indépendamment de l'impact la convergence entre télévision et télécommunications sur ces barrières. Ces deux aspects sont, certes, liés, mais constituent des phénomènes très différents et leurs effets sur les barrières à l'entrée sont très différents. Il pose la question de savoir si les obstacles à l'entrée soient élevés dans tous les marchés de médias et demande que tous les éléments économiques apportant un éclairage sur ce point soient inclus dans le document. Le document du Secrétariat devrait reconnaître que les obstacles à l'entrée varient selon le marché et selon son degré de maturité. Il attire aussi l'attention du Secrétariat sur une conclusion récente de la Commission européenne dans l'affaire *Telepiu Stream*. Cette décision, observe-t-il, reflète un changement d'approche bienvenue : après avoir soutenu la concurrence entre plates-formes presque à tout prix, la Commission reconnaît maintenant que la concurrence entre plates-formes n'est pas toujours viable et que l'objectif doit être de trouver les mesures appropriées pour assurer un accès dans des conditions équitables à une plate-forme dominante (et financièrement viable). L'un des problèmes incontournables est que tous les membres de l'OCDE ne possèdent pas de régime spécifique concernant l'accès conditionnel, les interfaces de programmes d'application (API), les logiciels de vérification et d'autres technologies. Lorsqu'il n'existe pas de réglementation appropriée, les autorités de la concurrence peuvent être appelées à préciser ce qu'elles entendent par « conditions équitables et raisonnables ». M. Cowie souhaiterait également que le document du Secrétariat approfondisse l'analyse des méthodes par lesquelles les autorités de concurrence peuvent évaluer les incitations d'une entreprise à abuser d'une position dominante acquise suite à une fusion. Les modèles de simulation des fusions constituent une technique d'analyse possible pour identifier les enjeux commerciaux (plutôt que théoriques) des entreprises dans certaines configurations de marché.

M. Cowie évoque des propositions de la Commission européenne visant à réformer sa réglementation en matière de fusions, dont une en particulier qui reviendrait à accorder davantage de poids aux arguments de gains d'efficacité. Il souhaiterait davantage de détails sur les arguments de gains d'efficacité qui seraient recevables dans les affaires de fusions en matière de communication, et sur les données qui seraient nécessaires pour étayer ces arguments. M. Cowie redoute que beaucoup des arguments de gains d'efficacité que les entreprises invoqueront pour justifier les fusions ne soient retenus pour bloquer les fusions. Un examen des gains d'efficacité découlant des précédentes fusions dans le secteur de la communication constituerait

une contribution utile à cet égard. L'OCDE serait bien placée pour entreprendre ce type d'étude.

Sur la question de la séparation de la loi sur la concurrence des autres règles tenant aux politiques publiques et aux considérations sociopolitiques, M. Cowie renvoie le Comité à des travaux du Réseau international de la concurrence (RIC) sur les différents régimes existant à travers le monde en matière de contrôle de concentration, surtout concernant la manière dont les différents pays intègrent les considérations socioéconomiques et sociopolitiques dans leurs analyses.

Un délégué de la Commission européenne convient que la décision prise par l'Espagne dans l'affaire *Telepiu-Stream* va à l'encontre de la préférence de la Commission pour la concurrence entre plates-formes, mais en l'espèce, ce type de concurrence n'était plus viable. Le mieux que l'on pouvait faire pour les consommateurs était d'assurer le libre accès. Cette affaire ne marque pas un changement d'orientation dans les politiques. On peut tracer un parallèle avec les certaines affaires dans les télécommunications, dans lesquelles la concurrence entre équipements pourrait être une solution à long terme, mais la concurrence entre services est également souhaitable pour les consommateurs. S'agissant de la relation entre concurrence et pluralisme, la Commission pense comme les États-Unis et l'Allemagne que l'accent doit être mis sur l'évaluation économique et la concurrence, le pluralisme étant l'affaire d'autres instances.

Un délégué de l'Allemagne cite le cas d'une affaire de fusion entre deux journaux de Berlin, qui illustre l'antagonisme entre pluralisme et concurrence. Le Bundeskartellamt s'est opposé à la fusion en s'appuyant uniquement sur des arguments tenant à la concurrence, mais les parties ont demandé au ministère d'annuler la décision du Bundeskartellamt pour des raisons de pluralisme. S'agissant des mesures correctrices dans cette affaire, un délégué note que le pluralisme pour un journal relève de la liberté éditoriale et ne peut pas être préservé par une agence gouvernementale. Les parties proposent la création d'une fondation privée, financée sur une base stable pendant 20 ans, chargée de contrôler la liberté éditoriale des journaux fusionnés. Le dossier est toujours en attente de décision du ministre.

7. Synthèse du Président

La réticence des autorités de concurrence à traiter les aspects de pluralisme est justifiée par trois types d'arguments. D'abord, l'absence de mesures objectives du pluralisme, et donc la nécessité d'une régulation par une personne extérieure appliquant des critères arbitraire connus de tous. Mais, pourrait-on objecter, quels peuvent être les critères objectifs d'évaluation des gains d'efficacité, ou de définition des marchés, et comment exploiter les données de parts de marché ? Les autorités de concurrence peuvent introduire une mesure d'objectivité en utilisant des seuils HHI (Herfindahl-Hirschman

Index), même si leur bien-fondé n'est pas toujours justifié par la théorie. Deuxièmement, il y a le problème de la crédibilité, que reflètent les observations du Canada et de l'Autriche. Une instance peut se discréditer en prenant une décision si elle est contestée, comme cela peut se produire lorsque l'on se prononce pour ou contre une fusion. Une autorité de concurrence qui se préoccupe de préserver le pluralisme peut être critiquée, ce qui peut être préjudiciable à sa réputation d'objectivité. Le problème est exactement celui que soulève la contribution du Canada. Une autorité de concurrence peut également être taxée d'inutilité ou de manque d'ambition. Cela peut conduire à une situation telle que l'on a observée au Royaume-Uni ou en Autriche. Le parlement peut demander à l'autorité de concurrence de ne pas s'arrêter au problème de la concurrence et d'envisager également la question du pluralisme, sachant que c'est là un aspect qui peut vraiment poser problème. Enfin, il y a le souci de réduire les risques associés à une erreur éventuelle, en délimitant exactement les domaines qui relèvent de responsabilité de l'autorité de concurrence et ceux qui n'en font pas partie. Cette délimitation est véritablement une question d'appréciation individuelle par rapport au risque, et de philosophie globale. Du moins cette table ronde aura-t-elle eu le mérite de clarifier le débat et d'illustrer l'incertitude des autorités de concurrence autour des questions de pluralisme et de diversité.

Questions de concurrence et de réglementation en matière de fusions dans les médias

4. Contributions par pays

D'autres informations sur les questions de concurrence et de réglementation en matière de fusions dans les médias dans les juridictions suivantes sont disponibles à l'adresse Internet : www.oecd.org/competition sous le thème « Best Practices Roundtables ».

Contribution par pays

Allemagne	Irlande
Australie	Israël
Autriche	Japon
Brésil	Mexico
Canada	République tchèque
Danemark	Royaume-Uni
Espagne	Taipei chinois
États-Unis	Commission européenne
Finlande	