

Competition Memo : Juin 2003

Quand une fusion crée un monopole: le cas NewsCorp/Telepiù

Dans quelles circonstances les autorités de concurrence peuvent-elles autoriser une fusion qui crée un monopole ? La politique de concurrence ayant pour but principal de protéger les consommateurs de l'exercice du pouvoir de marché, il pourrait sembler *a priori* qu'une telle fusion ne devrait jamais être autorisée. Toutefois, dans certaines circonstances, cela peut être la meilleure solution. L'autorisation récente (sous conditions), par la Commission européenne, de la fusion entre deux opérateurs de satellites concurrents sur le marché italien de la télévision payante (Stream, propriété conjointe de NewsCorp et Telecom Italia, et Telepiù, appartenant à Vivendi) en est un bon exemple.¹ L'achat de Telepiù par NewsCorp va créer une plate-forme satellite unique, Sky Italia, contrôlée par NewsCorp alors que Telecom Italia aura une participation minoritaire (inférieure à 20%).²

Cette fusion constituait en réalité la troisième tentative, en deux ans, de combiner les opérations de télévision payante de Vivendi et NewsCorp en Italie. Au départ, Vivendi avait été l'acquéreur et Stream la cible. Ce sont donc les autorités de concurrence italiennes qui avaient étudié la fusion : après deux enquêtes en Phase II, l'autorisation avait été accordée, assortie de conditions importantes. Toutefois, Vivendi n'ayant pu finaliser l'acquisition, les rôles se sont inversés durant l'été 2002: NewsCorp a accepté d'acheter Telepiù, et l'opération a dû être notifiée à Bruxelles.

La télévision payante est-elle différente ?

L'autorisation de la Commission permet la création d'un monopole virtuel sur le marché de l'offre de services de télévision payante (le câble n'étant qu'un concurrent mineur). Cela marque un changement d'attitude notable par rapport à l'importance qui avait généralement été donnée à la concurrence *entre* plates-formes. Toutefois, les résultats financiers des deux entreprises avant la fusion furent un facteur majeur de la décision finale d'autorisation.

Les coûts d'entrée irrécupérables (*sunk costs*) très élevés et les délais dans la réalisation de bénéfices sont caractéristiques de la télévision numérique directe par satellite, ou DTH (direct-to-home). Les deux entreprises avaient fait des pertes considérables depuis leur entrée sur le marché italien. Lorsque la Commission a étudié la concentration, leurs pertes cumulées s'élevaient à plus de €4milliards (comparées au chiffre d'affaires combiné annuel d'environ €1milliard). Stream TV, le second entrant, a dû bénéficier d'importantes injections de fonds de ses sociétés mères.

La Commission était face à un choix difficile: si l'état catastrophique des finances des deux entreprises menait à la sortie d'une d'elles, la situation de monopole était inévitable. Mais autoriser cette fusion sur un marché où elle avait auparavant tenté de préserver la concurrence entre plates-formes aurait constitué un revirement important de la

politique établie et considérée comme le meilleur moyen de maximiser le bien-être des consommateurs et de promouvoir l'innovation.³

Des pertes financières à la consolidation

Le changement de position de la Commission s'explique par le fait que la concurrence entre plates-formes s'est avérée intenable sur plusieurs marchés. La concentration est inévitable quand la concurrence entraîne la sortie de certains opérateurs comme en témoignent les pertes de ceux qui se font une concurrence directe dans plusieurs pays européens (comme l'Espagne, la France, l'Italie, et le Royaume-Uni) ainsi que les difficultés notoires de certains opérateurs de télévision payante (ITV Digital au Royaume-Uni, Quiero TV en Espagne et Premiere en Allemagne).

Pour les autorités de concurrence, le dilemme est entre l'acceptation d'une consolidation « réglementée » ou l'interdiction de fusions menant à la consolidation « non réglementée » générée par les sorties dues aux pertes financières. Interdire une fusion a deux avantages: l'un des opérateurs peut survivre *in fine*, et même s'il disparaît du marché, les consommateurs profitent de sa présence avant sa disparition. D'un autre côté, autoriser la fusion permet d'imposer un contexte quasi-réglementaire par le biais de la politique de concurrence. Cela peut également avoir d'autres avantages: si un opérateur disparaît, les consommateurs risquent de se retrouver avec du matériel inutile. Les fournisseurs de contenu peuvent également être touchés si des contrats à long terme sont subitement annulés, surtout si la valeur de revente de ces droits est nettement réduite par rapport au prix du contrat.

Le potentiel de consolidation « réglementée »

Dans le cas NewsCorp/Telepiù, la Commission n'a pas formellement reconnu « la théorie de l'entreprise défaillante » mais, tout comme la décision italienne ainsi qu'une décision similaire en Espagne en novembre 2002, dans le cas *ViaDigital/Sogecable*, cette décision montre que les autorités de concurrence en Europe pensent qu'une réglementation détaillée est la meilleure approche sur les marchés où les opérateurs risquent la faillite.

En pratique, les engagements importants obtenus par la Commission dans cette affaire (comprenant des extensions et des modifications par rapport à celles convenues avec les autorités italiennes) devaient mettre fin aux inquiétudes liées au monopole en organisant un régime réglementé, pendant la courte durée de l'enquête. La Commission avait pour principal objectif d'assurer l'accès à tous les goulots d'étranglement (*bottlenecks*) potentiels de façon à permettre dans le futur une concurrence entre plates-formes et au sein de plates-formes (intra plate-forme).

Il est intéressant de constater que des industries qui étaient auparavant soumises à une réglementation *ex ante* (où le comportement futur est subordonné à des restrictions prédéterminées, comme dans les télécommunications, le gaz et l'électricité) se dirigent maintenant vers un mélange de régulation *ex ante* allégée et de régulation *ex post* (où

¹ Lexecon fut le conseiller économique de NewsCorp et de Stream durant la Phase II des investigations menées à Bruxelles (Cas M2876, NewsCorp/Telepiù).

² La Commission s'est inquiétée de la présence de TI en tant qu'actionnaire minoritaire. Cette inquiétude, qui fut abandonnée par la suite, concernait l'élimination de la concurrence future au satellite et le potentiel de discrimination au détriment des concurrents de TI.

³ Voir, par exemple, la décision d'interdiction de création de l'entreprise commune Nordic Satellite Distribution en juillet 1995, la décision dans le cas Bertelsmann/ Kirch/Premiere en mai 1998, et les cas à l'encontre de l'UEFA.

l'acceptabilité du comportement passé est passée en revue) à travers les lois sur la concurrence. Et en même temps, des industries telles que la télévision payante, qui n'étaient pratiquement soumises à une régulation *ex post* qu'à travers des lois de concurrence, se dirigent aussi vers une régulation *ex ante*.⁴ Le contrôle des fusions est ainsi utilisé pour imposer une régulation *ex ante*, ce qui n'est pas forcément possible avec les règles générales de concurrence.

L'importance de l'accès

L'accès est le thème commun des engagements négociés par NewsCorp et la Commission. Cette dernière voulait s'assurer que les concurrents existants (comme les petits opérateurs du câble) et les futurs entrants (opérateurs de plate-forme ou diffuseurs) poseraient une contrainte au comportement concurrentiel de Sky Italia en ayant accès à chaque goulot d'étranglement, réel ou perçu. Cela implique plusieurs choses :

La concurrence intra plate-forme

Tout d'abord, la Commission a cherché à favoriser la concurrence intra plate-forme future (venant d'autres diffuseurs de DTH) en exigeant que des tierces parties puissent diffuser leur propre contenu sur la plate-forme directe de Sky Italia. Celle-ci a accepté de donner un accès indépendant à tous les services techniques utiles à un concurrent potentiel en matière de DTH (services administratifs d'accès conditionnel et guide électronique pour les programmes). La démarche convenue, y compris l'établissement du prix d'accès, est la même que la réglementation des accès aux services constituant des goulots d'étranglement dans les télécommunications et les autres industries de réseau (comprenant une référence au coût différentiel de long terme). Ces dispositions pourraient surtout permettre aux fournisseurs de contenu, comme les ligues de football ou les studios hollywoodiens, de menacer d'implanter leurs propres chaînes *via* l'accès conditionnel afin d'exploiter au maximum la valeur de leurs droits envers Sky Italia.

L'exclusivité et la disponibilité des droits

La Commission a également insisté pour que l'entrée de nouveaux opérateurs de DTH payante soit facilitée en réduisant la durée des droits exclusifs de Sky Italia dans ce domaine.⁵ Son but était de s'assurer que le contenu « premium » (tels que certains événements sportifs et films) ne serait pas définitivement lié au format de DTH de Sky Italia par des contrats d'exclusivité. Ce domaine était toutefois délicat car il posait des problèmes complexes de modification des incitants dans le cadre de contrats entre des fournisseurs de contenu et des opérateurs de télévision payante. Un compromis fut finalement trouvé, mais la durée autorisée pour les contrats reste relativement courte.

La promotion de la concurrence inter plate-forme

Troisièmement, Sky Italia devait renoncer à ses droits exclusifs sur les contenus hors DTH, ce qui faciliterait la concurrence des diffuseurs de télévision payante non directe (tels que le câble). En d'autres termes, la Commission a pensé que la compétition inter plate-forme (entre la DTH et les autres plates-formes) serait stimulée en s'assurant que l'exclusivité des droits contractuels acquis par Sky Italia ne

s'étendrait pas à l'exploitation sur d'autres plates-formes. Ainsi, ses rivaux dans ce domaine, existants ou potentiels, pourraient acheter ces droits pour leur plate-forme. Toutefois, le domaine d'application était à nouveau controversé et la mise en œuvre difficile. Il y a un arbitrage important : restreindre Sky Italia pourrait favoriser des entrées de grande échelle en leur permettant d'acheter les droits directement, mais ne faciliterait pas forcément l'entrée à petite échelle (par exemple des opérateurs locaux du câble) car Sky Italia (dans son rôle de fournisseur en gros) devrait de toute façon acquérir les droits de manière à les fournir aux petits opérateurs pour leur plate-forme.

La disponibilité des chaînes vedettes

Finalement, la Commission a voulu faciliter la concurrence d'autres plates-formes de télévision payante, (comme les chaînes de câble locales) en autorisant des tierces parties à acheter et à distribuer sans restrictions sur leur propre plate-forme certaines ou toutes les chaînes vedettes de Sky Italia à un prix permettant à un nouvel entrant efficace de faire des bénéfices en tant que détaillant en aval. Tout le contenu vedette de Sky Italia doit également être accessible pour la vente en gros, sous forme d'offre groupée aussi bien que de chaînes séparées. Le but principal est de permettre aux petits opérateurs de plates-formes concurrentes (comme le câble) d'offrir du contenu « premium » sans devoir acheter directement les droits à ceux qui les détiennent.

Aucun compromis véritablement satisfaisant n'a été trouvé entre la facilitation des entrées à grande et celles à petite échelle.

Les implications pour le futur

Durant la Phase II, la priorité de la Commission a été de discuter avec NewsCorp du régime réglementaire régissant le comportement de Sky Italia dans le futur. Bien qu'elle ait reconnu que l'application des mesures devra être déléguée à l'organisme de régulation du secteur en Italie, les recommandations de la Commission établissaient en pratique une sorte de canevas légal. La détermination des engagements soulève aussi quelques points intéressants en matière de procédure, notamment pour la possibilité d'un appel dans le cas où des concurrents ne seraient pas satisfaits de leur application, ainsi que sur le rôle concurrent de la Commission et de l'organisme de régulation du secteur pour la surveillance de la mise en application des engagements.

La Commission a aussi fait preuve de pragmatisme en estimant qu'un « quasi-monopole » maîtrisé dans le secteur de la télévision payante en Italie valait mieux que son alternative la plus probable si la fusion n'avait pas lieu : la faillite de Stream. Cette faillite aurait causé du tort aux fournisseurs de contenu et aux consommateurs, et Telepiù se serait retrouvé *de facto* en position de monopole sans contrôle. Bien qu'elle n'ait pas considéré que les critères (très stricts, selon ses propres mots) de « l'entreprise défaillante » étaient remplis dans ce cas, elle a prêté attention aux réalités financières de l'industrie concernée. En rapport avec l'interprétation large de ce principe donnée dans les cas *Arthur Andersen*, on pourrait en conclure que nous venons d'assister au développement de la théorie de l'entreprise « en-difficulté-mais-pas-encore-défaillante ».

Juin 2003

© CRAI International (publié initialement par Lexecon Ltd avant son acquisition par CRAI)

⁴ Voir, par exemple, le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électroniques (Directive 2002/21/EC), OJ L 108, 24.4.2002.

⁵ Ceci est cohérent avec ses efforts pour réduire la durée des contrats exclusifs portant sur le contenu vedette.