



LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE À L'ÈRE NUMÉRIQUE

Manuel
pratique

À propos de ce manuel

Ce manuel vous est destiné si vous vous intéressez à la politique de la concurrence dans le secteur des communications numériques et plus particulièrement si :

- Vous êtes législateur ou vous travaillez dans le département stratégique de régulateurs et d'autorités de la concurrence et reconnaissez la nécessité d'une réforme du système actuel, en vue de prendre en compte :
 - l'interaction qui existe entre la réglementation en matière de télécommunications et l'application du droit de la concurrence ;
 - les outils et les catégories traditionnellement utilisés dans la définition et l'analyse du marché ;
 - la nécessité de veiller à ce que différents opérateurs fournissant un service similaire soient traités de la même manière en termes de politique de la concurrence.
- Vous travaillez pour une autorité réglementaire, pourvu ou non de compétences concurrentes en matière de concurrence, et êtes désireux de comprendre de quelle manière réguler le secteur des télécommunications à l'ère numérique, en tenant dûment compte des pouvoirs à la disposition des organes chargés de l'application du droit de la concurrence.
- Vous travaillez pour une autorité de la concurrence, et êtes désireux de comprendre les forces concurrentielles qui façonnent l'ère numérique.

Consignes de navigation du document PDF

Pour des conditions optimales de visualisation, téléchargez ce document PDF sur votre appareil et ouvrez-le dans [Adobe Acrobat Reader](#).

Liens

Il est généralement admis que l'ère numérique a provoqué la convergence de la technologie des réseaux fixes, mobiles et de médias et que celle-ci a pour effet de consolider les infrastructures dans les secteurs mobile, fixe et câblé (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3](#), [Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Concept clé n° 3](#)) et la possibilité pour les opérateurs convergents d'offrir des services groupés (voir [Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 10](#) et [Concept clé n° 10 – Les ventes couplées en matière d'analyse du marché](#)).

Vous pouvez naviguer rapidement à l'intérieur de ce document PDF en cliquant sur les liens verts présents dans l'ensemble du texte, qui sont directement reliés à la section correspondante du manuel.

Dernière page consultée

Pour obtenir la dernière page consultée, appuyez sur :

Alt + ⬅️ (PC) cmd + ⬅️ (Mac)

Appuyez sur cmd + flèche de gauche (Mac) / Alt + flèche de gauche (PC) pour revenir à la dernière page consultée

Index

Cliquez sur le bouton Index qui figure dans l'angle supérieur droit de chaque page pour revenir à la page du sommaire du manuel.

Index

Avant-propos	7
Résumé	8
Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence	11
On assiste à la convergence des communications	13
Les applications Internet sont en train de supprimer l'intégration entre les réseaux mobiles et les services mobiles	14
L'ère numérique est centrée sur les données	20
Le contrôle des données et des contenus des clients représente un avantage stratégique important	21
Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui	26
La réglementation (y compris la réglementation de PSM) et le droit de la concurrence	26
Réglementation de la puissance significative sur le marché (PSM)	29
Les ententes anticoncurrentielles	30
Abus de position dominante et contrôle des concentrations	30
Relation entre réglementation de PSM (ex ante) et droit de la concurrence (ex post)	31
Comment la politique de la concurrence a-t-elle été appliquée dans le contexte des télécommunications ?	32
<i>Squire Patton Boggs – Droit de la concurrence et réglementation dans le secteur des communications mobiles américain – Analyse</i>	37
Définition des marchés à l'ère numérique	44
Contexte	44
Le débat	44
Concepts clés	47
Concept clé n° 1 – Définition du marché dans la pratique	48
La numérisation croissante remet en question les limites mêmes de la définition du marché	54
Les outils de définition du marché nécessitent d'être ajustés à l'ère numérique	54
Concept clé n° 2 – Marché de produits	58
Concept clé n° 3 – Marché géographique	61
Concept clé n° 4 – Substituabilité du côté de la demande	63
Concept clé n° 5 – Substituabilité du côté de l'offre	67
Concept clé n° 6 – Le test SSNIP	70
Concept clé n° 7 – Marchés multifaces	74

Concept clé n° 8 – Contraintes indirectes – Marchés de gros et de détail	79
Du fixe au mobile: Substituts ou compléments?	82
Concept clé n° 9 – La chaîne de substitution	86
Concept clé n° 10 – Les offres groupées dans la définition du marché	88
Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique	92
Contexte	92
Le débat	92
Concepts clés	95
Concept clé n° 1 – Analyse du marché dans la pratique	96
Concept clé n° 2 – Position dominante / PSM	100
Concept clé n° 3 – Concentrations: SLC / SIEC	105
Consolidation dans le secteur mobile	107
Concentrations entre câblo-opérateurs	108
Concentrations mobile-fixe	108
Groupement des opérations par les acteurs Internet	109
Concept clé n° 4 – Aspects collectifs / conjoints	112
Concept clé n° 5 – Mesure de la puissance de marché	116
Concept clé n° 6 – Exploitation abusive	125
Concept clé n° 7 – Discrimination abusive	127
Concept clé n° 8 – Exclusion abusive	130
Concept clé n° 9 – Effet de levier de la puissance de marché	133
Concept clé n° 10 – Les offres groupées dans l'évaluation du marché	136
L'ambiguïté de l'impact des ventes groupées de produits sur le bien-être du consommateur	136
Critères en vue d'une intervention	137
Exemples – La vente liée contractuelle et le marché secondaire	138
Exemples – les affaires Microsoft	138
Clifford Chance – <i>Les conséquences de l'affaire ComCast-Time Warner Cable: Quelle signification pour les concentrations dans le secteur des télécoms aux États-Unis?</i> – Analyse	143
Adoption de gains d'efficacité dynamiques	146
Contexte	146
Le débat	146

Concepts clés	149
Concept clé n° 1 – Gains d'efficacité en matière de politique de la concurrence	150
Gains d'efficacité du côté de la demande	152
Gains d'efficacité du côté de l'offre	152
Concept clé n° 2 – Position dominante / PSM: Promouvoir le fonctionnement efficace des marchés	155
Concept clé n° 3 – Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations	158
Telecom Italia – <i>Concentrations de mobile à mobile dans l'UE</i> – Analyse	162
Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique	168
Contexte	168
Le débat	169
Concepts clés	172
Concept clé n° 1 – Goulets d'étranglement à l'ère numérique	173
Concept clé n° 2 – Réseaux d'accès fixes et mobiles	176
Concept clé n° 3 – Spectre des fréquences radioélectriques sous licence	178
Concept clé n° 4 – Interconnexion IP, CDN	184
Baisse des prix	185
Innovation – le développement des CDN	185
Concept clé n° 5 – Systèmes d'exploitation et boutiques d'applications	188
Concept clé n° 6 – Applications Internet fermées	193
Intel – <i>Le rôle des droits de propriété intellectuelle en matière de politique de la concurrence à l'ère numérique</i> – Analyse	194
Glossaire	202
Index des Figures	206

Avant-propos

Jamais le rôle des décideurs politiques dans le secteur des communications n'a été aussi déterminant pour assurer le succès des politiques économiques et sociales des gouvernements au profit de leurs citoyens, avec toutes les implications que cela entraîne pour le commerce, l'éducation, la santé, l'accès aux services financiers et de l'État.

En sa qualité d'association mondiale pour l'industrie mobile, la GSMA possède une connaissance privilégiée des tendances stratégiques et des enjeux du marché des communications. Ce manuel s'inscrit dans le cadre des efforts déployés par la GSMA visant à comprendre de manière constructive les forces compétitives qui façonnent l'ère numérique, et la manière dont la numérisation remet de plus en plus en question les catégories existantes en matière de droit de la concurrence et de réglementation. Le secteur des télécommunications soutient et adhère à la chaîne de valeur d'Internet. La numérisation de l'économie entraîne des changements dynamiques qui ne se cantonnent pas seulement au secteur des communications. Ce manuel se donne pour objet de présenter le délaissement progressif des marchés des télécommunications traditionnels en faveur de la réalité actuelle d'acteurs qui travaillent en interaction étroite dans la chaîne de valeur d'Internet.

En présentant ce manuel, l'ambition de la GSMA est de clarifier les enjeux en se rapportant aux précédents historiques et aux tendances qui apparaissent, et de soutenir l'application non discriminatoire du droit de la concurrence et de la réglementation. Les mêmes services devraient être soumis aux mêmes règles (à même service, mêmes règles). Il s'agit là de l'application des principes consacrés par le temps d'approches non-discriminatoires et technologiquement neutres vis-à-vis de la réglementation. Sur des marchés dynamiques et compétitifs, l'adoption d'un régime réglementaire non discriminatoire et technologiquement neutre est la garantie que les consommateurs continueront de bénéficier d'innovations et d'investissements. Elle permet en outre de limiter les distorsions entre les fournisseurs.

Au bout du compte, rien ne pourrait être pire pour un pays si l'application faussée de la réglementation et du droit de la concurrence empêchait d'offrir les meilleurs produits à ses citoyens et ses entreprises. Sur les marchés des télécommunications, la réponse traditionnelle aux préoccupations du marché a été de réguler les opérateurs de réseau : ils ont l'avantage d'être faciles à repérer et ils ont l'habitude de traiter avec les régulateurs. À l'avenir, le meilleur service à rendre aux consommateurs sera d'appliquer des règles fondées sur une analyse claire, s'attaquant à des enjeux pertinents, comme la puissance de marché. Comme nous allons le voir dans ce manuel, quand bien même le maintien de l'actuelle réglementation constituerait l'option la plus facile à adopter, il pourrait s'agir là de la mauvaise stratégie à employer, surtout si l'objectif stratégique est d'assurer la poursuite de la croissance d'Internet et des services numériques.

Tous les efforts ont été entrepris pour que ce manuel soit à la fois objectif, pratique et clair, et qu'il s'inscrive dans un cadre de référence sérieux, soumis à des analyses critiques. Nous espérons que législateurs, régulateurs et autorités de la concurrence trouveront dans ce manuel un point de repère utile et qu'ils s'y reporteront régulièrement lors de leur périple dans les eaux inconnues de l'ère numérique.



David Walsh, Directeur juridique, GSMA
vendredi 2 octobre 2015

Résumé

Dans ce manuel, le terme de politique de la concurrence se réfère autant à la politique gouvernementale qu'à l'application du droit de la concurrence et de la réglementation économique au secteur des communications. Le développement rapide de l'économie numérique pose des défis aux cadres réglementaires et politiques existants et se répercute sur la politique de la concurrence.

L'analyse présentée ici prend comme point de départ le cadre politique existant. Le manuel s'articule autour de concepts communs qui s'inscrivent dans ce cadre. Le premier chapitre fait un tour d'horizon de la manière dont l'intensification de la numérisation remet en question les modèles commerciaux existants ([Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#)), puis le manuel, au chapitre deux, fait le point sur le système actuel du droit de la concurrence et de la réglementation et sur le rapport qui existe entre les deux ([Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui](#)). Ce second chapitre vise à clarifier les questions qui portent souvent à confusion et à aider en particulier les régulateurs à décider de la meilleure façon d'exercer leurs pouvoirs.

Les chapitres, trois, quatre, cinq et six sont organisés autour de concepts clés. La première partie de chaque concept clé explique l'approche traditionnelle actuelle. La seconde (intitulée : « Implications de l'ère numérique ») explore les difficultés soulevées par l'ère numérique. La GSMA cherche et ce que chaque concept clé puisse être lu comme un document autonome, en faisant référence aux affaires les plus importantes, tout en renvoyant à d'autres concepts clés et aux documents visés dans les notes en fin de page. Pour obtenir la version électronique de ce guide (avec des renvois en lien hypertexte), cliquez sur www.gsma.com/competition-policy-handbook.

Définition de marché et analyse du marché sont des concepts communs dans le domaine du droit de la concurrence et de la réglementation. Les régulateurs et les autorités de la concurrence décident si, d'après l'analyse du ou des marchés tels que définis, il convient d'imposer des mesures correctives ou des engagements à respecter (ainsi que des sanctions pécuniaires). Plus précisément, dans ce manuel :

- La partie [Définition des marchés à l'ère numérique](#) se compose de dix concepts clés, partant du plus général, Définition du marché dans la pratique ([Concept clé n° 1](#)), en passant par des concepts plus spécifiques, avec notamment les concepts clés concernant les difficultés à appliquer des méthodologies acceptées en matière de définition de marché, comme le test SSNIP ([Concept clé n° 6](#)) à l'ère numérique, pour finir par la nécessité d'adopter une nouvelle approche au vu des caractéristiques de certains marchés (s'agissant du cas, comme il est crucial de le faire remarquer, des marchés multifaces (Concept clé n° 7) et des ventes couplées dans la définition du marché (Concept clé n° 10)).
- La partie [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique](#) se compose elle aussi de dix concepts clés, partant du plus général, Analyse du marché dans la pratique ([Concept clé n° 1](#)), aux concepts clés spécifiques de la position dominante et de la puissance significative sur le marché ([Concept clé n° 2](#)) et du contrôle des concentrations ([Concept clé n° 3](#)). Les difficultés tenant à l'utilisation des catégories existantes pour mesurer la puissance de marché, comme par exemple les parts de marché et la manière de les mesurer, forment le sujet du [Concept clé n° 5](#). Les difficultés pour analyser correctement l'abus de la puissance de marché à l'ère numérique sont envisagées au [Concept clé n° 9](#). La question des ventes couplées en matière d'analyse du marché est abordée au [Concept clé n° 10](#).
- Toute analyse du marché doit impérativement envisager les gains d'efficacité, mais dans les marchés traditionnels à l'évolution relativement lente, le traitement des gains d'efficacité dynamiques ne représente pas une préoccupation majeure. Trois concepts clés spécifiques pour l'analyse des gains d'efficacité sont présentés au chapitre [Adoption de gains d'efficacité](#)

[dynamiques](#), et notamment des gains d'efficacité dans le domaine du contrôle des concentrations ([Concept clé n° 3](#)).

- L'intensification de la numérisation oblige à repenser les goulets d'étranglement existants et à dresser une évaluation des nouveaux qui se présentent. Le manuel se termine par l'analyse de six concepts clés portant sur l'analyse de goulets d'étranglement spécifiques, dans [Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique](#).

L'analyse présentée dans ce manuel aboutit à deux grandes conclusions pour l'application du droit de la concurrence et la réglementation au secteur télécom :

La première porte sur la nécessité que les décideurs politiques et les législateurs dans le domaine de la concurrence aient un débat clair sur l'application de la loi et des politiques afin de répondre au nouveau paradigme de l'ère numérique. Lorsqu'il s'agit de faire le point sur l'économie numérique, il convient d'envisager selon les mêmes critères les acteurs du marché traditionnels (comme les opérateurs de télécommunications par exemple) et les acteurs nouveaux. Ce serait mal servir les consommateurs (comme le secteur en général) si un nouveau paradigme se faisait jour dont l'application ne pouvait pas être universelle. Cette préoccupation dépasse le secteur des télécommunications, à mesure que l'Internet des objets se développe.

La deuxième conclusion est qu'en attendant que les décideurs politiques discutent d'un nouveau paradigme et qu'ils l'élaborent, il faut que les autorités de la concurrence et les régulateurs appliquent les règles existantes, en tenant compte des considérations nouvelles induites par la nouvelle dynamique du marché. Toute la difficulté pour eux consiste à appliquer des concepts existants à la chaîne de valeur numérique qui est complexe, qui peut connaître des transformations fondamentales, même en l'espace d'une seule enquête ou d'une seule étude de marché. Cette tâche s'en trouve d'autant plus compliquée par des décennies d'application des règles aux opérateurs télécom qui ont évolué dans un environnement fort différent.

Beaucoup de progrès peuvent être réalisés dès lors que les règles existantes sont appliquées en faisant davantage attention aux nouveaux modèles commerciaux à l'ère numérique. En particulier :

- En *droit de la concurrence*, il n'y a pas de doute qu'il est plus facile d'appliquer les catégories traditionnelles d'analyse et d'imposition de mesures correctives (et des sanctions pécuniaires) aux acteurs du marché (y compris aux fournisseurs de télécommunications) qui adoptent un modèle commercial traditionnel (par exemple, en faisant payer pour les services rendus), mais cela ne signifie pas pour autant que les règles existantes ne peuvent pas s'appliquer à des opérateurs dont les modèles commerciaux sont différents, et que différents modèles commerciaux ne sont pas en concurrence les uns avec les autres. Par exemple, certains services à prix zéro font concurrence à des services basés sur le prix, et représentent une formidable pression concurrentielle sur ces opérateurs, y compris les opérateurs de téléphonie mobile, dont le modèle commercial consiste à facturer un prix à l'utilisateur final (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 5, Mesure de la puissance de marché](#)). Il est possible que les consommateurs d'un service gratuit payent un prix d'autres manières (par exemple en renonçant à des critères de respect de la vie privée, et la vie privée peut également être considérée comme un paramètre de concurrence ne jouant pas sur les prix, voir Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence, [Le contrôle des données et des contenus des clients représente un avantage stratégique important](#)). Autre exemple à citer : le *test du concurrent aussi efficace* cherche à déterminer si un concurrent doté d'une structure de coût similaire pourrait être compétitif s'il appliquait le même prix pour l'utilisateur final que l'entreprise en position dominante. Dans un marché multiface, il est souvent difficile de déterminer le prix facturé à l'utilisateur final. D'autre part, il est peu probable que des concurrents numériques soient dotés de structures de coûts

similaires (voir Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, [Concept clé n° 8, Exclusion abusive](#), Implications de l'ère numérique). Et pourtant, il convient d'envisager des questions importantes en matière de concurrence.

- Il faudrait aussi que l'application des règles de concurrence existantes soit plus réceptive à la dynamique du marché en ce qui concerne le contrôle des concentrations. Chaque cas nécessite certes d'être examiné sur le fond, on a toutefois généralement tendance à analyser les concentrations en fonction de leurs implications sur les prix à court terme et à ne tenir compte des gains d'efficacité que dans une mesure limitée. À l'ère numérique, cette approche peut induire des conséquences néfastes. Pour le secteur du mobile en particulier, les cycles du mobile (comme par exemple le passage de la technologie 3G à celle de la 4G) sont relativement courts. Une augmentation des investissements peut potentiellement accélérer l'adoption de nouvelles technologies, qui à son tour peut conduire à des réductions de prix et à une disponibilité accrue de services, mais ces cycles d'investissement ne sont pas toujours pris en compte par les analyses traditionnelles de la concurrence qui se fondent sur le prix comme moyen de déterminer l'intérêt des consommateurs. (Ce point est analysé au chapitre [Consolidation dans le secteur mobile](#)).
- En matière de *réglementation*, un régulateur spécifique à un secteur ne peut utiliser que les outils mis à sa disposition, dans les limites de sa compétence sectorielle (les télécoms en l'occurrence). Or, à court terme, alors qu'un nouveau paradigme se fait jour, le cadre existant peut être adapté à l'ère numérique. La réglementation existante relative à la puissance significative sur le marché (PSM), là où elle existe, ne devrait être imposée que si la définition du marché et l'analyse du marché montrent qu'il est nécessaire de réguler les opérateurs puissants sur le marché, et que le droit de la concurrence ne suffirait pas pour s'attaquer aux problèmes qui existent. En fonction des données concrètes de chaque cas, un changement de la dynamique du marché peut entraîner l'apparition de nouveaux goulets d'étranglement et l'affaiblissement de la puissance de marché des opérateurs existants. Si c'est le cas, il peut s'avérer nécessaire de réévaluer la réglementation de PSM, voire même de la suspendre en partie. Si au contraire, les nouveaux marchés sont régulés en fonction d'analyses passées, des règles du jeu non équitables risquent d'apparaître dans l'économie numérique, avec la possibilité de restreindre les options offertes aux consommateurs et de limiter l'effet multiplicateur qu'Internet a apportés à tous les aspects de la manière dont les individus et les industries opèrent. (Voir en particulier [Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique](#)).

La GSMA est très désireuse de recevoir des commentaires au sujet de ce manuel, ainsi que des exemples concernant l'application des règles depuis le point de vue de différents pays. Si vous souhaitez envoyer vos contributions, veuillez envoyer vos commentaires à comphandbook@gsma.com.

Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence

Quatre grandes tendances sont en train de transformer le paysage du secteur des communications: 1. On assiste à la convergence des communications; 2. Les applications Internet sont en train de supprimer l'intégration entre les réseaux mobiles et les services mobiles; 3. L'ère numérique est centrée sur les données; 4. Le contrôle des données des clients représente un avantage stratégique important. Lorsqu'il s'agit de définir et d'analyser des marchés, il est nécessaire de prendre correctement en compte la concurrence accrue exercée par les acteurs Internet. Les autorités de la concurrence et les régulateurs se trouvent dans l'obligation d'adapter à l'ère numérique les catégories traditionnelles d'analyse des politiques de concurrence. Les législateurs doivent quant à eux se concentrer sur l'avenir de la réglementation.

Il est possible de définir la politique de la concurrence comme étant «l'ensemble des politiques et des lois qui garantissent que la concurrence sur le marché n'est pas restreinte à ce point qu'elle en vient à réduire le bien-être économique».¹ Dans ce manuel, le terme de politique de la concurrence se réfère autant à la politique gouvernementale qu'à l'application du droit de la concurrence et de la réglementation économique² au secteur des communications. Les analyses empiriques et théoriques font apparaître que la stratégie d'optimisation des bénéfices des entreprises occupant une position dominante sur le marché peut conduire à des distorsions de résultats sur le marché, au détriment des consommateurs. Dans ce manuel, nous explorons les contradictions d'un système où des services qui se font mutuellement concurrence sont dorénavant régulés différemment, en raison des changements fondamentaux de la dynamique du marché qui se sont produits récemment et qu'il convient de mieux comprendre.

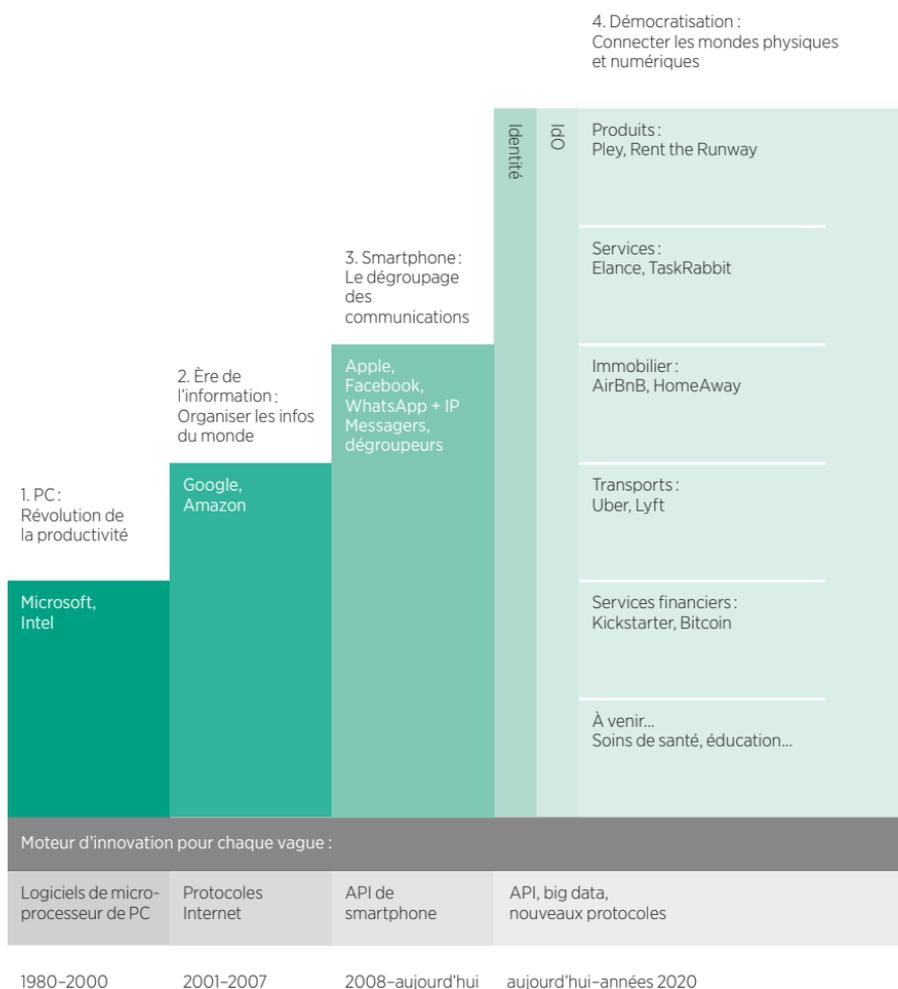
Ces 30 dernières années, la numérisation accompagne tous les progrès réalisés dans le domaine de l'informatique, depuis la venue des PC aux recherches sur Internet et jusqu'à l'apparition des smartphones. Les technologies numériques permettent de transférer les données sur des réseaux et entre différents types de réseaux: hotspots Wi-Fi, réseaux de télécommunications fixes et mobiles, technologie satellite. Le lancement de l'iPhone (2007) a inauguré une nouvelle ère informatique mobile, dont les innovations apportées aux services de communications mobiles traditionnels les ont également profondément perturbés. Les données a eu pour effet d'éroder les flux de revenus provenant de services traditionnels tels que les services vocaux et les messages SMS.

La numérisation a dorénavant dépassé le stade de phénomène web et informatique pour que ses impacts potentiels se répercutent non seulement sur le secteur des communications, mais aussi sur des économies entières, entraînant dans son sillage

¹ Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Chapitre 2.

² Dans ce manuel, l'intention recherchée n'est pas tant de se concentrer sur des domaines réglementaires comme les règles relatives à la protection des données et à la protection des consommateurs, si ce n'est pour se référer au fait que les opérateurs télécom sont généralement soumis à une réglementation plus stricte dans ces domaines que d'autres acteurs de l'ère numérique.

Figure 01: Numérisation: D'un phénomène sur le web à des pans entiers de l'économie



Source: GSMA, Mobile Industry Radar, janvier 2015

consommateurs, entreprises et décideurs politiques. Son envergure potentielle et son effet de transformation sont tels qu'on la compare aux révolutions industrielles et commerciales du milieu du XIX^e et du XX^e siècles.³ Le consommateur a accès à un nombre sans précédent de services et de sources de divertissement et d'information, de sorte que le principal problème auquel il est confronté tient bien à l'abondance, et non à la rareté, des informations et des services à sa disposition.

Parallèlement à cela, on assiste à l'apparition d'un nouveau genre d'acteurs sur le marché numérique, dont l'objectif principal est de vendre aux producteurs et aux développeurs un seul et même produit, à savoir l'attention des consommateurs. Pour leur réussite, les modèles commerciaux en ligne dépendent de la concurrence qui s'exerce pour attirer un public : ils se disputent des marchés (ou visent à créer de nouveaux marchés) plus qu'ils ne rivalisent entre eux sur les marchés existants.⁴

Nous montrons à la Figure 01 le développement de l'économie numérique, depuis les tout débuts du développement du PC dans les années 1980 jusqu'à l'économie du partage (« l'Internet des objets ») et au-delà, dont les effets perturbateurs se répercutent dans des secteurs entiers de l'économie. Il est de plus en plus difficile de faire la distinction entre l'économie numérique et les secteurs traditionnels physiques de l'économie. Les répercussions de l'économie numérique sur la politique de la concurrence qui sont relevées dans ce guide deviendront pertinentes pour appliquer la politique de la concurrence dans de nombreux autres secteurs.⁵

Quatre grandes tendances sont en train de transformer profondément le paysage du secteur des communications, à savoir : la convergence des communications et l'augmentation qui en résulte des offres

groupées de communication, la montée en puissance des applications OTT (acteurs Internet), le passage à des services de données, et l'émergence des données du client comme atout stratégique. Il revient maintenant aux législateurs, aux autorités de la concurrence et aux régulateurs d'analyser l'impact de ces tendances numériques sur la politique de la concurrence dans le secteur des communications. Lorsqu'il s'agit de définir et d'analyser des marchés, il est indispensable de tenir dûment compte de la concurrence accrue que les acteurs Internet y exercent.

1. On assiste à la convergence des communications

Il est généralement admis que l'ère numérique a provoqué la convergence de la technologie des réseaux fixes, mobiles et de médias et que celle-ci a pour effet de consolider les infrastructures dans les secteurs mobile, fixe et câblé (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Concept clé n° 3](#)) et la possibilité pour les opérateurs convergents d'offrir des services groupés (voir [Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 10](#) et [Concept clé n° 10 - Les offres groupées dans l'évaluation du marché](#)).

On envisage peut-être moins souvent le fait que l'ère numérique peut aussi être analysée comme étant une histoire de dégroupage suivi de regroupage. En un mot, les opérateurs télécom (fixes et mobiles) ont toujours eu une présence dans les domaines des infrastructures, de la gestion clients et de l'innovation produit et ont été en mesure de tirer parti des infrastructures pour fournir des services. L'avènement du smartphone en 2007 a permis à de nouveaux venus d'exploiter les capacités d'innovation produit (sans devoir posséder des infrastructures) pour assurer la gestion de la clientèle, ce qui eu pour effet de

³ GSMA, *Mobile Industry Radar*, janvier 2014

⁴ Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy, a Study for the ECON Committee », pages 22-23 à : http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU%282015%29542235.

⁵ Argument présenté également dans l'étude réalisée par le Parlement européen sur les défis pour la politique de la concurrence dans une économie numérique, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* » citée.

séparer les trois activités commerciales qui étaient traditionnellement regroupées au sein des opérateurs traditionnels (mobiles).⁶ Les nouveaux réseaux de communication donnent peut-être une impression de fragmentation, mais un examen plus attentif de la réalité révèle qu'une entreprise, Facebook, a déjà commencé à grouper ses opérations. Facebook contrôle dorénavant les quatre premiers réseaux sociaux et de communications mobiles au monde, tant en termes d'échelle que d'engagement. L'entreprise de médias sociaux en a profité pour consolider l'engagement de l'utilisateur à travers quatre des principales plates-formes du mobile (Facebook.com., WhatsApp, Facebook Messenger et Instagram) et dispose maintenant d'une capacité inégalée qu'elle peut mettre au service des annonceurs en vue de cibler les utilisateurs sur l'ensemble de ces plates-formes. La Figure O2 montre la position des plates-formes appartenant à Facebook dans la chaîne de valeur. (Facebook a fait aussi une offre pour l'achat de Snapchat).

Dans la mesure où cette consolidation pourrait être jugée poser des problèmes en termes de politique de la concurrence, jusqu'à présent celle-ci n'a pas entraîné le renforcement des engagements en matière de réglementation ou de droit de la concurrence imposés à Facebook.⁷ D'autres exemples de ventes regroupées au sein des nouveaux acteurs se sont faits à l'insu du droit de la concurrence ou de tout examen réglementaire. Ainsi par exemple, certaines applications ne sont disponibles que sur un app store. Les boutiques d'applications sont regroupées au sein d'un système d'exploitation, qui constitue une partie essentielle de n'importe quel appareil. Quel est le marché pertinent du point de vue de la concurrence ? Quel est le paysage concurrentiel ? L'intensification de la concurrence provoquée par les acteurs Internet change-t-elle la position des acteurs télécoms ? Les régulateurs et les autorités de

la concurrence le reconnaissent-ils ? Existe-t-il de nouveaux goulets d'étranglement numériques potentiels ? (Voir [Définition des marchés](#) et [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique](#), et en particulier [Comprendre les goulets d'étranglement](#)). En revanche, la consolidation des infrastructures dans les secteurs mobile, fixe et câblé a quant à elle fait l'objet d'un contrôle accru (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3](#); [Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations, Concept clé n° 3](#)). À l'ère numérique, les opérateurs uniquement mobiles cherchent à se développer par des acquisitions dans le mobile ainsi que dans des réseaux fixes (et l'inverse est vrai : des opérateurs de réseau fixes se portent acquéreurs de réseaux mobiles (voir Figure O3).

La consolidation permet aux opérateurs (du côté de l'offre) d'offrir des services groupés : des services convergents de communication réunis dans un forfait unique qui inclut souvent le haut débit, la téléphonie fixe et mobile et plus récemment des services de diffusion, à la fois sur des réseaux fixes et mobiles. Bien souvent, les concentrations entre opérateurs de télécommunications traditionnels ne reçoivent l'approbation des autorités de la concurrence qu'après acceptation d'engagements par les parties concernées. Ce point est envisagé dans plus de détail ci-dessous : voir [Concentrations de mobile à mobile dans l'UE, Analyse de Telecom Italia](#).

2. Les applications Internet sont en train de supprimer l'intégration entre les réseaux mobiles et les services mobiles

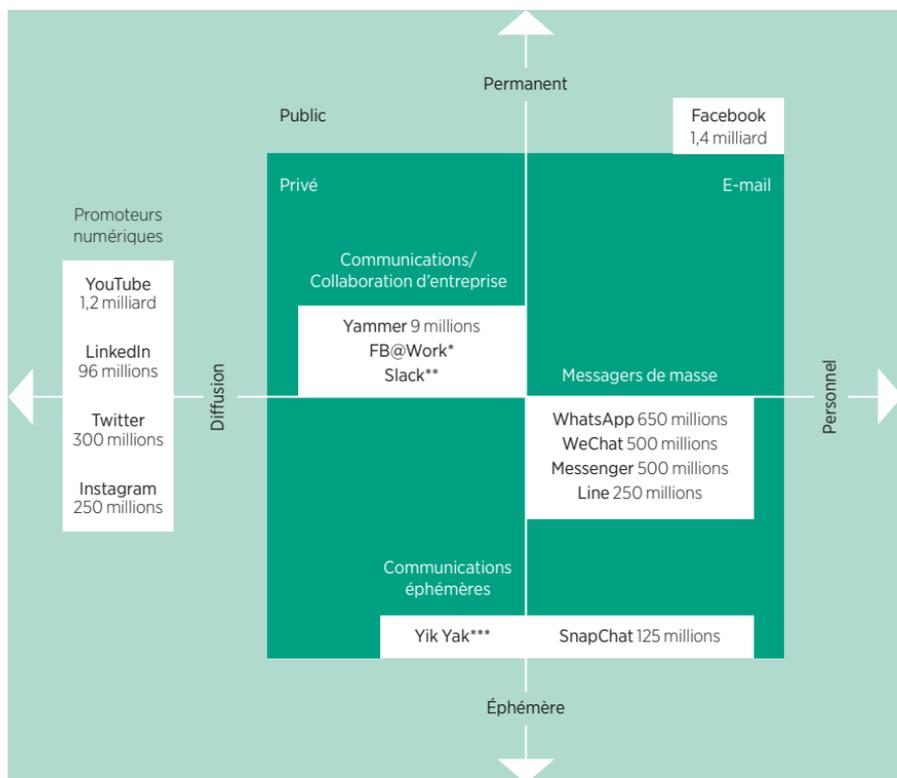
La nouvelle chaîne de valeur numérique est complexe, comptant une multitude de niveaux et d'acteurs (voir Figure O4). Pour cette raison, certaines études⁸ préfèrent le terme « chaîne de valeur web » (« value web ») pour désigner

⁶ GSMA, *Mobile Industry Radar*, juillet 2015, Chapitre 3.3, « *Unbundling in the mobile computing age* ».

⁷ Suite à l'acquisition de Whatsapp par Facebook, le Bureau de protection du consommateur au sein de la FTC a adressé une lettre aux entreprises pour leur rappeler leurs obligations de respect de la vie privée, telles que visées ci-dessous, [Définir les marchés à l'ère numérique, concept clé n°1, Définition du marché dans la pratique](#).

⁸ Notamment le Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », cité.

Figure 02: Paysage émergent des communications sur les réseaux sociaux



* FB@Work à l'essai

** Slack a été lancé en février 2014: son évaluation a atteint 1,12 milliard de dollars au cours de la première année

*** Yik Yak a été lancé en novembre 2013: son évaluation était comprise entre 300 et 400 millions de dollars au cours de la première année

Source: GSMA, Mobile Industry Radar, avril 2015

la convergence de chaînes de valeur jusque-là distinctes. On peut décrire la chaîne de valeur web comme étant « une structure complexe de plates-formes empilées les unes sur les autres, permettant à ce qu'une multitude de voies atteignent les utilisateurs finaux tout en rendant difficile l'exclusion de concurrents ». Les fournisseurs de contenu et de service et les fabricants d'appareils nouent des rapports directs avec le consommateur, tout

en continuant de dépendre (en grande partie) du réseau pour leurs services. Cela aboutit à la création de marchés multifaces, qui sont difficiles à définir (voir [Définition des marchés à l'ère numérique](#), et en particulier [Concept clé n° 7, Marchés multifaces](#)) et à analyser. La croissance des revenus et les taux de rendement diffèrent grandement, comme on peut le voir ci-dessous. Les taux de rendement sont bien plus faibles pour les opérateurs télécom

Figure 03: Présence des opérateurs sur les réseaux fixes et mobiles⁹

Opérateur	Service	Pays
Airtel	Fixe et mobile	Inde
	Mobile	Bangladesh, Gabon, Ghana, Niger, Nigeria, Ouganda, Seychelles, Sri Lanka, Rwanda, Zambie
America Móvil	Fixe et mobile	Argentine, Autriche, Bulgarie, Brésil, Chili, Colombie, Costa Rica, Croatie, Équateur, Honduras, Guatemala, Macédoine, Mexique, Nicaragua, Pérou, Puerto Rico, République dominicaine, Salvador
	Mobile	Bélarus, Panama, Paraguay, Serbie, Slovaquie, Uruguay
Batelco	Fixe et mobile	Arabie saoudite, Bahreïn, Guernesey, Jersey et Ile de Man, Maldives
	Mobile	Atlantique Sud et Diego Garcia, Jordanie, Yémen
Cable & Wireless	Fixe et mobile	Anguilla, Antigua et Barbuda, Bahamas, La Barbade, Iles vierges britanniques, Iles Caïmans, Dominique, Grenade, Jamaïque, Montserrat, Panama, Seychelles, Saint-Christophe-et-Nièves, Sainte-Lucie, Saint-Vincent, Trinité-et-Tobago
Deutsche Telekom	Fixe et mobile	Allemagne, Croatie, Grèce, Hongrie, Slovaquie, Roumanie, Monténégro, Macédoine
	Mobile	Albanie, Autriche, République tchèque, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, États-Unis (Puerto Rico)
Etisalat Group	Fixe et mobile	E.A.U., Pakistan
	Fixe (seulement)	Soudan
	Fixe et mobile	Arabie saoudite, Égypte, Afghanistan, Sri Lanka, Tanzanie, Nigeria
	Satellite	Participation dans Thuraya – opérateur satellite implanté dans 140 pays
Maroc Telecom Group	Fixe et mobile	Maroc, Mali, Mauritanie, Gabon, Burkina Faso
	Mobile	Côte d'Ivoire, Togo, Bénin, République centrafricaine

⁹ Le tableau ne reflète pas les participations relatives dans les pays où les opérateurs travaillent en entreprise commune avec d'autres actionnaires. Pour autant que les auteurs le sachent, d'après les sources publiées, ce tableau est exact mais il est possible qu'il ne reflète pas les changements qui ont eu lieu après la publication des derniers comptes, ou qu'il nécessite d'autres changements. Merci de bien vouloir adresser tous vos commentaires à comphandbook@gsm.com.

Opérateur	Service	Pays
Ooredoo	Fixe et mobile Mobile	Oman, Qatar, Tunisie, Indonésie Koweït, Irak, Algérie, Myanmar, Palestine, Les Maldives, Singapour, Laos
Orange	Fixe et mobile Mobile (forfait fixe sans infrastructures locales fixes)	France, Côte d'Ivoire, Antilles françaises, Ile Maurice, Pologne, Sénégal, Espagne Belgique, Botswana, Cameroun, RDC, Égypte, Guinée équatoriale, Guinée, Luxembourg, Madagascar, Mali, Moldavie, Niger, Roumanie, Slovaquie, Tunisie
Telecom Italia	Fixe et mobile	Brésil, Italie
Telefonica ¹⁰	Fixe et mobile Mobile	Argentine, Brésil, Chili, Colombie, Pérou, Allemagne, Espagne, Royaume-Uni ¹¹ Équateur, Mexique, Panama, Royaume-Uni, Uruguay, Venezuela
Telenor	Fixe et mobile Mobile	Norvège, Suède Bangladesh, Danemark, Hongrie, Inde, Malaisie, Myanmar, Pakistan, Serbie, Thaïlande
Vodafone	Fixe et mobile Mobile	Allemagne, Égypte, Espagne, Ghana, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Malte, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Qatar, République tchèque, Turquie, Royaume-Uni Albanie, Australie, RDC, Inde, Kenya, Lesotho, Mozambique, Roumanie, Afrique du Sud, Ouganda

¹⁰ Telefonica est présent au Guatemala et au Salvador aussi, mais uniquement à titre d'opérateur mobile

¹¹ Actuellement en cours de vente à Hutchison UK

Figure 04 : Chaîne de valeur du numérique (2013)

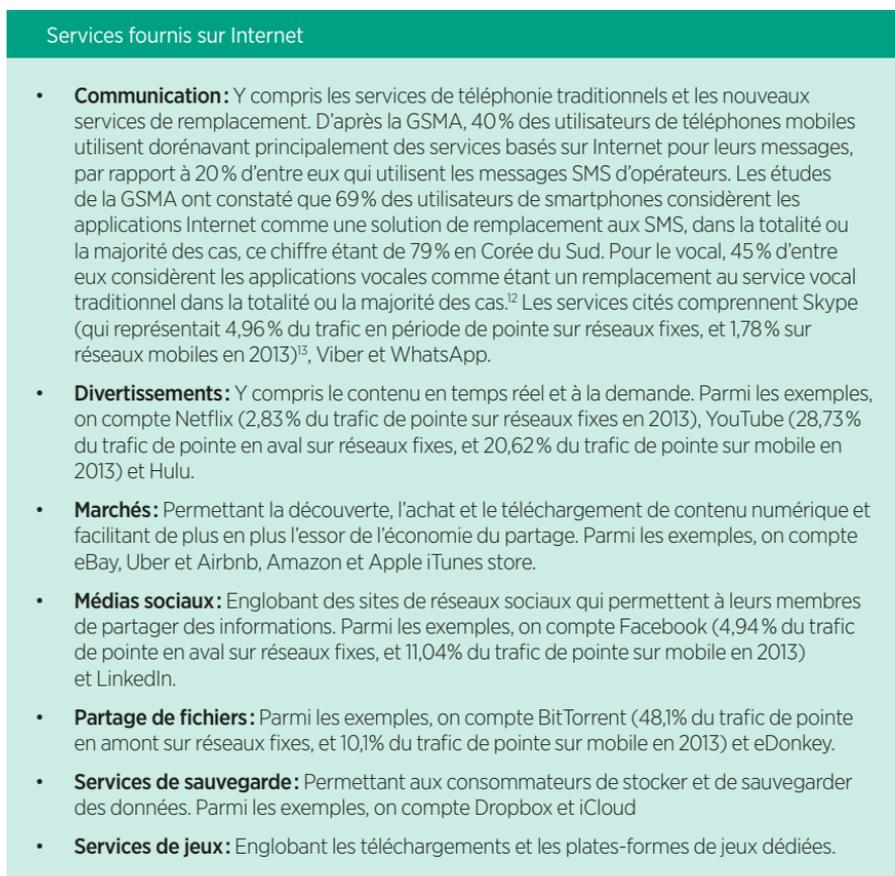
■ Principaux défis



Faible répartition géographique et croissance du chiffre d'affaires inférieure au PIB pour les fabricants de réseau et la connectivité

Des concentrations de valeur dans l'ensemble des segments, sauf celui de la connectivité, résultant dans une dynamique où le « gagnant rafle tout » alors que l'échelle de l'opérateur est limitée par sa fragmentation mondiale

Figure 05: Types de contenu transmis sur Internet



mobiles¹⁴ que dans d'autres segments de la chaîne de valeur. Pourtant, c'est le segment de la connectivité des télécommunications locales qui est le plus régulé. Ces plates-formes de marché ont les moyens de tirer parti de réseaux d'une évolutivité quasi-infinie et ainsi de se positionner comme étant les principaux bénéficiaires de la

transformation du secteur. Il arrive de plus en plus souvent que les services de communication (par ex. vidéo, voix ou messagerie) ne soient plus des services autonomes et séparés, mais qu'ils soient intégrés dans une plate-forme (qu'il s'agisse de réseaux sociaux, d'e-commerce, de jeux ou d'applications

¹² GSMA 2014: « Mobile usage, perceptions and preferences »

¹³ Toutes les données qui apparaissent dans cette Figure 05 proviennent de CERRE, « Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets », disponible à <http://www.cerre.eu/publications/market-definition-market-power-and-regulatory-interaction-electronic-communications> (Page 17).

¹⁴ Les données analysées concernent les opérateurs mobiles et s'appuient sur les études réalisées par la GSMA.

CRM). Pour pouvoir communiquer, les gens trouvent de plus en plus leurs interlocuteurs par le biais des applications qu'ils utilisent, au lieu d'avoir recours au moyen traditionnel de trouver un correspondant au moyen du plan de numérotation (ou d'adressage) des fournisseurs de services de communication traditionnels. Il devient ainsi de plus en plus difficile de séparer les services de communication des services numériques en général.

Sur les services Internet qui apparaissent à la Figure 05, seuls ceux de communication et, dans certains cas, de divertissement sont fournis par des opérateurs télécom (fixes et mobiles), ce qui accentue la compétition avec les nouveaux venus sur le marché. Dans ce manuel, lorsque nous parlons d'acteurs basés sur Internet qui fournissent des services concurrents à ceux des opérateurs télécom, ce sont d'eux dont nous parlons, et plus précisément ceux qui fournissent des services de messagerie vocale et de texte sur Internet. Les autres services sont fournis par les acteurs Internet qui utilisent le réseau. Beaucoup d'acteurs Internet qui occupent des parties de la chaîne de valeur nécessitant des dépenses en capital relativement faibles (médias sociaux, services de recherche et systèmes d'exploitation prenant en charge des applications) ont enregistré des gains importants de leur valeur de marché. En revanche, les entreprises de fourniture d'infrastructures et de production et distribution de contenu n'ont quant à elles pas enregistré les mêmes gains de valeur de marché.

3. L'ère numérique est centrée sur les données

En cette ère numérique, le stockage, la reproduction et la transmission de toutes sortes d'informations (audio, vidéo, texte, graphiques et données) se déroulent sous forme de chiffres,

en code binaire empruntant des «réseaux de données à commutation par paquets». Tandis que les réseaux traditionnels sont conçus pour des applications spécifiques (le réseau de télécommunications pour la voix et des données limitées (par fax), le réseau câblé pour la télévision et la radiodiffusion), les réseaux à commutation par paquets emploient une technologie polyvalente, à savoir l'Internet (plus précisément, IP (Internet Protocol)), qui permet de distribuer n'importe quel type de contenu.¹⁵ La consommation peut se faire en mode nomade, à domicile, à des hubs. Le recours à des hotspots wifi, par opposition à des réseaux mobiles, pour consommer des données en mode nomade s'accélère. Les opérateurs fixes traditionnels permettent aux consommateurs de se connecter aux hotspots les uns des autres. Certaines entreprises, comme Republic aux États-Unis, proposent des forfaits wifi seulement pour les appareils mobiles, et des forfaits hybrides lorsque wifi est le principal moyen de transmission, avec comme système relais l'itinérance sur un réseau mobile.

Les consommateurs avides de contenu ont besoin de haut débit pour répondre à leur demande croissante de services différents comme ceux des catégories visées à la Figure 06.¹⁶ Globalement, d'après les données d'Ericsson, Facebook et YouTube représentent à eux seuls 30% du volume de trafic mobile aux États-Unis, en Corée du Sud et en Espagne.

Le trafic généré par la vidéo en continu et la télévision sur IP ne va faire qu'augmenter et il s'agit là d'un phénomène mondial.

L'Asie est le principal marché pour les applications Internet. Sur certains marchés asiatiques, dont celui de la Corée du Sud, la dominance des applications de messagerie sur Internet s'est manifestée dès 2011.¹⁷ Les

¹⁵ Ibid, page 12.

¹⁶ La demande de services mobiles ne semble pas ralentir et les taux de croissance observés sont souvent bien supérieurs à ceux prévus. Par exemple, en 2011 Ofcom UK estimait que l'utilisation de données par habitant allait augmenter de 20% environ sur une période de deux ans, alors qu'en réalité celle-ci a augmenté de plus de 130% au cours de la même période: voir Ofcom 2013, «MCT review 2015-2018» (page 8)

¹⁷ Entre janvier et septembre 2011, les téléchargements cumulés de l'application de messagerie mobile Kakao Talk ont pratiquement quintuplé, passant de 5,4 millions à 25,4 millions (Mckinsey et Company « The future of mobile messaging. Over the top competitors threaten SMS »).

opérateurs sud-coréens ont accusé un recul très net (potentiellement de l'ordre de 55%) en volume de SMS P2P (de personne à personne) en 2011.¹⁸ En 2014, Line, le service de messagerie lancé au Japon, rendait compte de 140 millions d'utilisateurs dans le monde entier (aujourd'hui 205 millions)¹⁹, et l'opérateur chinois WeChat affichait plus de 400 millions d'utilisateurs dans le monde (aujourd'hui 549 millions).²⁰ En Europe de l'Ouest, le volume de messages Internet est passé de moins de 100 milliards en 2010 à plus de 1,2 trillion en 2013, alors que le volume d'appels Internet a augmenté pour passer de près de 5 milliards minutes en 2010 à environ 65 milliards de minutes en 2013.²¹ En 2013, la messagerie Internet représentait près de 67% du trafic de messagerie global en 2013 en Europe de l'Ouest, en hausse par rapport aux 8,31% de 2010.²² À l'échelle mondiale, la GSMA prévoit la poursuite de la hausse de la messagerie IP jusqu'en 2020.²³ La montée en puissance de ces nouveaux services Internet a des implications importantes pour la politique de la concurrence, et ce à plusieurs égards :

- en termes de définition de marché (pour analyser la substituabilité des services en concurrence les uns avec les autres mais traditionnellement sur des marchés différents, voir [Définition des marchés à l'ère numérique](#))
- en termes d'analyse de la puissance de marché ([Analyser les marchés à l'ère numérique](#)) : la concurrence au niveau du détail présente des contraintes pour les gros opérateurs et remet en question les notions établies depuis longue date de position dominante par les propriétaires de réseau, en particulier dans le secteur du mobile (voir

[Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 8, et Comprendre les goulets d'étranglement, Concept clé n° 2\)](#)

- le besoin de largeur de bande exacerbe la dualité entre la nécessité d'investir et d'innover par rapport à la nécessité d'établir des prix de consommation faibles et décroissants ([Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Concept clé n° 1](#))

4. Le contrôle des données et des contenus des clients représente un avantage stratégique important

Comme on l'a vu plus haut, l'ère numérique est l'occasion de consolider l'engagement de l'utilisateur (rivaliser pour attirer le plus grand public possible) sur différentes plates-formes, et elle permet également de servir les annonceurs en visant des utilisateurs à travers des plates-formes multiples. La capacité à rivaliser pour attirer le public augmente dès lors qu'une entreprise se dote de plates-formes multiples et crée des synergies en les reliant les unes aux autres. Les consommateurs qui accèdent à différentes plates-formes en passant par le même fournisseur (qu'il s'agisse d'e-mails, de cloud computing, de réseaux sociaux et de recherches Internet) permettent au fournisseur d'établir des profils d'utilisateur extrêmement détaillés. Celui-ci s'en sert pour optimiser l'expérience des utilisateurs et des annonceurs. Les opérateurs de plates-formes numériques qui se rendent indispensables aux utilisateurs finaux et aux annonceurs en viennent à assumer une position incontournable.²⁴ Les acteurs Internet utilisent ces plates-formes pour exploiter la nature souvent multifacée des marchés numériques. Les services sont fournis

¹⁸ Voir <http://advanced-television.com/2008/02/20/asia-pacific-will-outpace-europe-in-iptv/>.

¹⁹ Chiffre du nombre actuel d'utilisateurs d'après les chiffres publiés par l'entreprise au T2 2015.

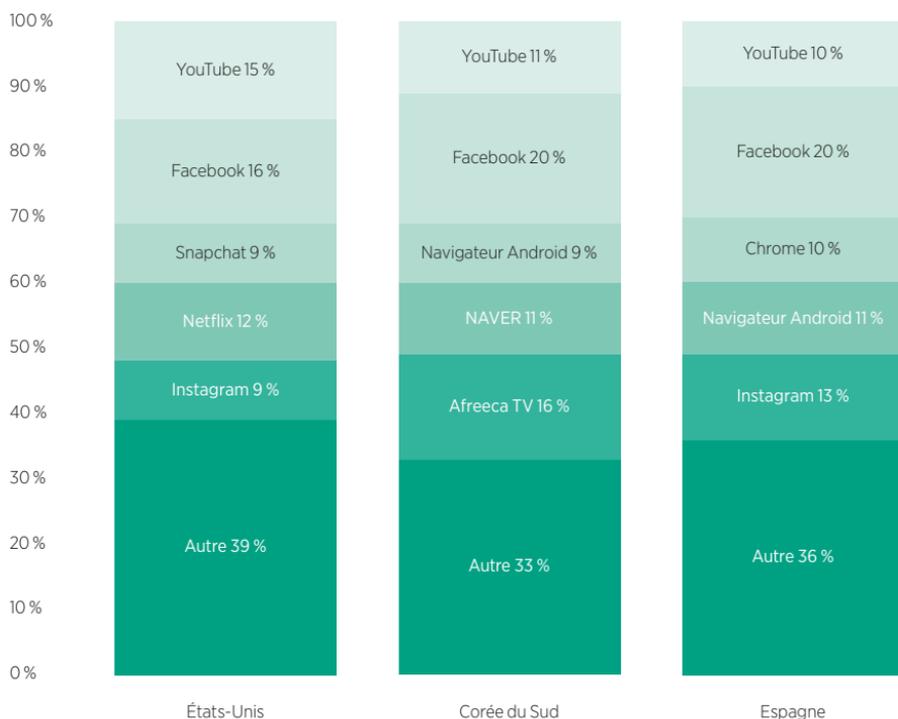
²⁰ WeChat a été l'une des applications Internet à connaître la croissance la plus rapide. En 2012, WeChat a doublé son nombre d'utilisateurs, passant de 100 millions à 200 millions pour doubler à nouveau ce chiffre en 2013. (Voir http://www.tyntec.com/fileadmin/tyntec.com/images/market_insights/Executive-Summary_Operator_survey_OIT.pdf). Chiffre du nombre actuel d'utilisateurs d'après les chiffres publiés par l'entreprise au T2 2015.

²¹ CERRE, 2014. «Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets».

²² Ibid.

²³ Source GSMA : GSMA, Mobile Industry Radar, octobre 2014.

²⁴ Voir Parlement européen, «Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy», cité, page 24.

Figure 06: Premières applications par volume de trafic mobile. Par volume de trafic, par région, 2014

Source: Ericsson, BI Intelligence

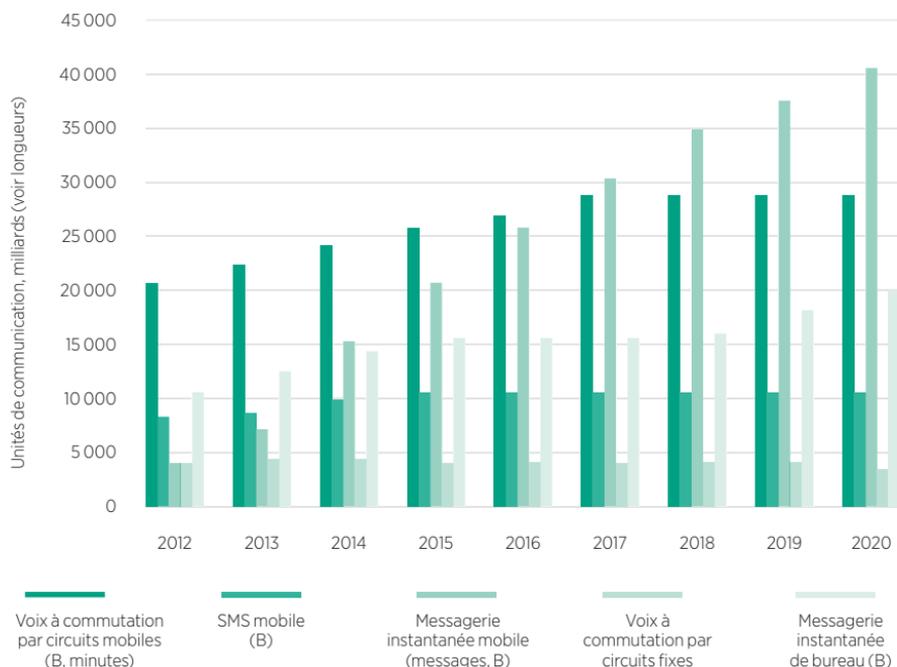
gratuitement aux consommateurs, en étant subventionnés par des activités rémunératrices issues d'un autre marché: généralement par la vente des données des clients ou d'espace publicitaire. Les données du client contiennent des informations précieuses à son sujet, qui facilitent le partage des données et le ciblage de produits (voir [Définition des marchés à l'ère numérique](#), et plus particulièrement [Concept clé n° 7, Marchés multifaces](#)). La disponibilité d'une grande quantité de données représente un actif qui façonne la dynamique de la concurrence, qui peut éventuellement aboutir à une puissance de marché. Il en découle que

les décisions prises par les entreprises sur la vie privée des consommateurs peuvent aboutir à une forme de concurrence hors prix, de sorte que la vie privée peut en soi être considérée comme un paramètre de concurrence.²⁵ Comme on l'a indiqué, sur les marchés à plate-formes « le principal objectif n'est pas d'extraire directement des bénéfices en exploitant un pouvoir de monopole, mais il consiste plutôt à intégrer les services aux plates-formes afin de développer des synergies entre celles-ci en se servant des profils de données récoltés sur les utilisateurs finaux ».²⁶

²⁵ Deborah Feinstein (directrice du Bureau de la concurrence de la FTC.) « *Big Data in a Competition Environment* », Competition Policy International, 29 mai 2015

²⁶ Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », cité, page 25.

Figure 07 : Impact d'IM sur les volumes de CS et SMS



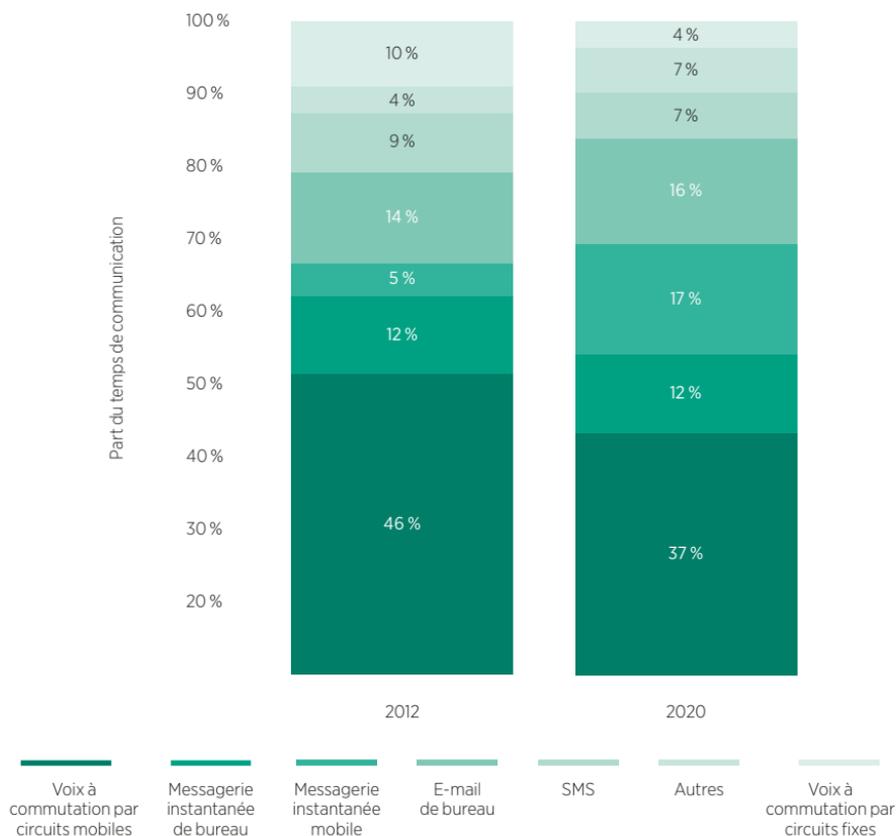
Source : GSMA, Mobile Industry Radar, octobre 2014

En théorie, une plate-forme de télécommunications peut elle aussi être biface. Théoriquement, un opérateur mobile peut facturer à ses fournisseurs des services de contenu sur l'infrastructure Internet à un tarif différent de celui qu'il facture aux consommateurs finaux. Dans le cas de figure le plus extrême, on pourrait imaginer que l'opérateur offre aux utilisateurs finaux des services gratuits, en se faisant rémunérer par la vente de capacité aux fournisseurs de contenu sur Internet. Toutefois, dans de nombreux marchés, la réglementation en matière de neutralité du réseau n'autorise pas les opérateurs télécom à fournir des applications

Internet présentant une meilleure qualité de service en contrepartie d'une redevance de distribution (voir [analyser les marchés à l'ère numérique](#), et plus particulièrement [Concept clé n° 7, Discrimination abusive](#)). Les opérateurs télécom accusent un manque à gagner de leurs sources traditionnelles de revenus²⁷ qui est induit par la capacité des acteurs Internet à offrir ostensiblement des produits à titre gratuit en récupérant leurs coûts à l'autre extrémité de la plate-forme. Ainsi par exemple, si un opérateur souhaite faire concurrence à Whatsapp, il est possible qu'il doive offrir à ses clients la gratuité de ses services de messagerie. Il est ironique de constater

²⁷ Par exemple, l'Inde, les Philippines et le Vietnam bénéficiaient d'un revenu moyen par utilisateur (ARPU) supérieur à 5 dollars en 2008, tandis qu'en 2015 ce chiffre a baissé pour être compris entre 3 et 4 dollars. Voir <http://www.xonapartners.com/wp-content/uploads/2014/01/AsianTelecomMarket2.pdf>.

Figure 08 : Montée en puissance de la messagerie IP



Source : GSMA Intelligence, Mobidia. Voir GSMA, Mobile Industry Radar, Avril 2015

que la réglementation existante du secteur mobile reflète le fait que, traditionnellement, les opérateurs de réseau mobile ont disposé d'un accès exclusif à des données précieuses (par ex. des informations sur les sites les plus populaires, la fréquence de visite de ces sites, les horaires des visites, leur durée et les données démographiques correspondantes). Il en découle que les opérateurs télécom font l'objet de règles plus strictes que d'autres (et

notamment les acteurs Internet) en matière d'obligations de protection des données et de notification de conservation et de violation des données. Au moment de la libéralisation des télécommunications, la réglementation a été mise en place pour régler les problèmes perçus de préjudice du consommateur;²⁸ or les applications Internet relèvent d'un phénomène relativement récent, qui échappe au contrôle réglementaire traditionnel. Il reste à savoir si

²⁸ Comme par exemple les risques posés par les données sur les consommateurs concentrés entre les mains d'un petit nombre d'acteurs.

les décideurs politiques notamment trouvent que cet écart en matière de réglementation est toujours justifié, voire approprié. Le chapitre Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui s'intéresse à cette question.

Les données volumineuses (« big data »), qui appartiennent aux acteurs Internet et aux opérateurs mobiles, peuvent être mises à profit pour accroître le rendement et la rentabilité, notamment par l'optimisation du routage du

trafic et de la qualité du service (en analysant le trafic de réseau en temps réel). Les partenariats conclus entre divers acteurs (comme par exemple entre opérateurs mobiles et applications Internet) dégagent des débouchés commerciaux intéressants, à condition que les règles de jeu soient les mêmes entre les opérateurs et les acteurs Internet en ce qui concerne l'utilisation commerciale des données.

Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui

Le secteur des télécoms est soumis à la réglementation et à l'application du droit de la concurrence. Les applications Internet et d'autres acteurs ne sont pas soumis au même type de réglementation. Il est nécessaire que les régulateurs et les autorités de la concurrence prennent conscience des changements qui se produisent sur le marché et qu'ils ne réglementent que si le droit de la concurrence semble être insuffisant en tenant dûment compte de la dynamique qui s'opère sur le marché, étant donné que l'application du droit de la concurrence conduit généralement à des résultats plus efficaces pour les consommateurs que l'imposition de la réglementation.

La réglementation (y compris la réglementation de PSM) et le droit de la concurrence

Dans ce manuel, nous explorons les contradictions d'un système où les services en concurrence les uns avec les autres sont réglementés différemment, pour conclure que les mêmes services devraient être soumis aux mêmes règles. Suite à la libéralisation du secteur télécom qui a eu lieu dans la plupart des pays ces quelques dernières dizaines d'années, les opérateurs télécom sont soumis à un système renforcé de politique de la concurrence²⁹ et à des obligations plus strictes en termes de protection des données et de notification de conservation/de violation des données qui, dès lors qu'elles s'inscrivent en-dehors du champ d'application de la politique de la concurrence, sont susceptibles de provoquer des distorsions de concurrence.

Des problèmes se manifestent qui vont au-delà de la politique de concurrence, dans des domaines tels que la fiscalité, la vie privée et la sécurité. Par exemple, dans de nombreux pays, y compris dans tous les pays appartenant à l'Union européenne, les règles de protection des consommateurs à spécificité sectorielle sont plus rigoureuses que la législation de protection des consommateurs en général.³⁰ Bien que le propos de ce Manuel ne soit pas de débattre de ces problèmes, il est important de noter qu'il arrive souvent aux opérateurs télécom d'être assujettis à des règles additionnelles. Il se peut notamment que les opérateurs mobiles soient soumis à des obligations de service universel ou doivent contribuer à un fonds de service universel, afin de financer les investissements dans les infrastructures de télécommunications, par exemple dans les zones rurales.³¹ Il est fréquent que les opérateurs mobiles soient tenus de respecter des règles relatives à l'interception légale de communications et

²⁹ L'existence d'une réglementation sectorielle facilite l'application plus stricte des règles de la concurrence au secteur des télécommunications. Les autorités de la concurrence risquent ainsi de fonder leur argumentation sur les travaux de définition du marché et de puissance significative sur le marché effectués par les régulateurs, et ce même si la dynamique du marché risque d'avoir changé depuis que le dernier examen de PSM a eu lieu. En ce qui concerne la relation entre réglementation de PSM et droit de la concurrence, voir [Comment la politique de la concurrence a-t-elle été appliquée dans le contexte des télécommunications ?](#) ci-dessous.

³⁰ Lettre de mission du Président de la Commission européenne adressée à Gunther Oettinger, Bruxelles, 1er novembre 2014. Voir: https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/oettinger_en.pdf.

³¹ Ibid.

de fournir des services d'appel d'urgence, lesquelles ne s'appliquent pas aux acteurs Internet qui leur font concurrence. Les règles fiscales quant à elles désavantagent elles aussi les acteurs traditionnels.³² Il reste toujours à élucider le raisonnement économique qui consiste à traiter différemment les différents opérateurs télécom, quoi qu'il en soit, il en résulte que la réglementation est plus contraignante vis-à-vis des opérateurs télécom que des acteurs Internet, et cela dans un certain nombre de domaines, y compris la vie privée, la sécurité des données, les services d'urgence, le service universel et la fiscalité, domaines qui sortent du champ de la politique de la concurrence et ne sont pas abordés plus amplement dans le présent manuel.³³

Pour ce qui est plus spécifiquement de la politique de la concurrence, le secteur des télécoms est généralement soumis à un système spécifique de réglementation économique : on parle ainsi de réglementation de puissance significative sur le marché (PSM) (ex ante) (dans d'autres systèmes, on parle de réglementation du fournisseur dominant (Dominant Carrier Regulation), en particulier en matière d'accès)³⁴, ainsi que de droit de la concurrence. Étant donné que les services offerts par les acteurs Internet ne s'inscrivent pas dans les limites des définitions traditionnelles de la réglementation en matière de télécommunications, ceux-ci échappent au champ d'application de la réglementation de PSM. Dans les pays dotés d'un système de droit de la concurrence d'application générale, les opérateurs télécom sont alors également assujettis au droit de la concurrence, à l'instar des acteurs Internet.

Le secteur des télécommunications est donc soumis à la fois à une réglementation sectorielle spécifique aux télécoms ainsi qu'à l'application traditionnelle des règles de la concurrence, tandis que les acteurs Internet qui leur font concurrence ne sont soumis à aucune réglementation ex ante et il leur arrive parfois de pouvoir échapper entièrement au contrôle du droit de la concurrence, en raison des caractéristiques de leur modèle commercial.

Un régulateur spécifique à un secteur ne peut utiliser que les outils mis à sa disposition, dans les limites de sa compétence sectorielle. Il y a à craindre que les analyses qu'un régulateur télécom a pu faire par le passé continuent à éclairer l'analyse des nouveaux marchés qui se font jour. Ce qui pourrait être un problème de plus grande envergure dans l'économie numérique risque d'être perçu, à tort, comme un problème spécifique au secteur des télécoms, ce qui aboutirait à des strates supplémentaires de réglementation. On pourrait alors y voir là *un exemple de l'aphorisme du problème de Marlow* : « Si le seul outil dont vous disposez est un marteau, vous tendez à voir tout problème comme un clou. »³⁵

Comme le démontre ce Manuel, en droit de la concurrence, il est plus facile d'appliquer les catégories traditionnelles aux fournisseurs de télécommunications qui ont été soumis à l'application du droit de la concurrence tout au long de la période précédant l'ère numérique, et qui adoptent un modèle commercial plus traditionnelle (par ex. facturer un prix pour les services rendus).

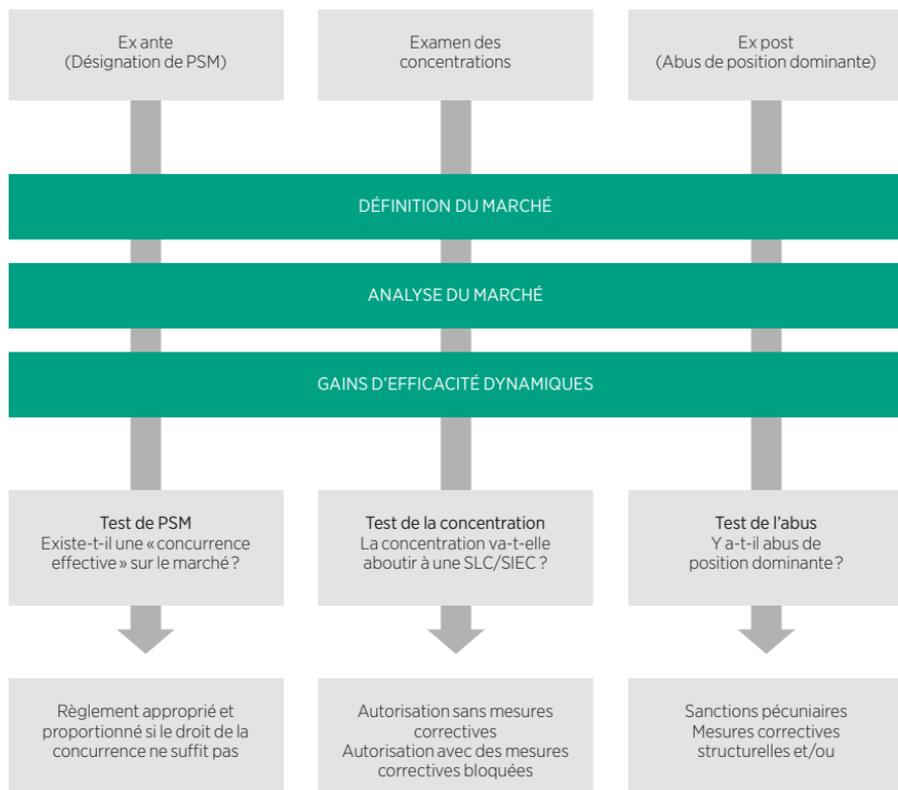
³² Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », cité, page 39.

³³ L'ère numérique pose aussi des questions fondamentales pour la politique de concurrence. En effet, il est fréquent d'y recourir pour s'attaquer aux problèmes causés par l'efficacité limitée d'autres politiques, comme dans les domaines de la fiscalité ou de la propriété intellectuelle. Même si une meilleure solution pourrait consister à changer ces autres politiques, il est parfois difficile de le faire pour des raisons pratiques et politiques. Cette question est abordée dans le document du Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », cité, page 12. Se reporter également à un article portant sur l'intervention de la politique de la concurrence et les lois sur le copyright : « *Copyright reform through competition law? The Commission's statement of objections in the pay TV investigation* », à : <http://chillingcompetition.com/2015/07/24/copyright-reform-through-competition-law-the-commissions-statement-of-objections-in-the-pay-tv-investigation/>.

³⁴ En Australie, la puissance significative sur le marché est un terme utilisé dans les enquêtes du droit de la concurrence, et la réglementation relative à l'accès dépend de l'existence de goulets d'étranglement plutôt que de puissance de marché.

³⁵ Maslow, « *The Psychology of Science* », 1966, cité dans le document du Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », ci-dessus.

Figure 09 : Système de réglementation économique de PSM et de droit de la concurrence s'appliquant aux opérateurs télécom



Le diagramme à la Figure 09 présente une vue d'ensemble de la manière dont la réglementation de PSM (ex ante), le contrôle des concentrations et l'interdiction de l'abus de position dominante s'appliquent généralement au secteur des télécommunications. Quand on parle de « réglementation de PSM », on fait référence à un système de réglementation appliqué par un régulateur du secteur des télécoms dont la compétence porte

exclusivement sur le secteur des télécoms. Le terme et le concept de la réglementation de PSM trouvent leur origine dans l'Union européenne et sont dorénavant adoptés dans un certain nombre de pays. Dans les pays hors d'Europe, on parle parfois de la « réglementation relative au fournisseur dominant (Dominant Carrier Regulation) » dans le secteur des télécommunications³⁶ (voir la Figure 10 pour le point sur la situation dans différents pays).

³⁶ Par exemple, l'Australie n'adopte pas un système de réglementation de PSM mais plutôt un système de réglementation de l'accès fondé sur les goulets d'étranglement. NBN Co, le fournisseur nationalisé en situation de monopole de services nationaux de transmission de gros à des fournisseurs de services de détail, est soumis à des obligations spécifiques en vertu du régime relatif à l'accès visé à la Partie XI C de la loi de 2010 relative à la concurrence et au consommateur (« Competition and Consumer Act »).

Le système de la réglementation de PSM nécessite des examens périodiques du marché, à l'issue desquels certains opérateurs sont désignés comme détenant une puissance significative sur le marché, auquel cas des obligations leur sont imposées. La même définition de la puissance significative sur le marché est donnée en matière de réglementation économique et en matière de position dominante, alors qu'il s'agit là de concepts différents. Or il est indispensable de bien comprendre la différence d'approche et de résultats en matière de réglementation et en matière de droit de la concurrence. (Voir [Définition des marchés à l'ère numérique](#), [Concept clé n° 1, Définition du marché](#)).

Que ce soit en matière de réglementation de PSM, de contrôle des concentrations ou d'abus de position dominante, tous ces systèmes de contrôle partagent certains concepts en commun. En particulier, dans tous les cas, les régulateurs et/ou les autorités de la concurrence doivent définir les marchés et réaliser une évaluation du marché. Les outils ont beau être les mêmes, il existe tant sur le plan conceptuel que pratique des différences entre le droit de la concurrence et la réglementation de PSM (ex ante) qu'il est important de bien comprendre (voir [Comment la politique de la concurrence a-t-elle été appliquée dans le contexte des télécommunications?](#)).

Dans la plupart des pays qui appliquent un régime de droit de la concurrence et une réglementation de PSM, les régulateurs et les autorités de la concurrence sont tenus de procéder à une analyse du marché détaillée. Celle-ci doit comporter une analyse des gains d'efficacité dynamiques. L'importance à accorder à la notion de gains d'efficacité dynamiques pour comprendre la dynamique compétitive qui s'opère à l'ère numérique est telle que nous la faisons apparaître dans une rubrique qui lui est propre intitulée « gains d'efficacité dynamiques ». La notion des gains d'efficacité dynamiques est également

envisagée au chapitre [Adoption de gains d'efficacité dynamiques](#).

Réglementation de la puissance significative sur le marché (PSM)

En matière de réglementation de PSM, en s'aidant d'analyses économiques pour analyser le degré de compétitivité des marchés, les régulateurs décident s'il convient de réguler, de supprimer toute réglementation ou d'y avoir recours dans une mesure plus ou moins grande. Dans la pratique, en Europe par exemple, la Commission européenne publie une recommandation sur les marchés pertinents qu'il convient de soumettre à la réglementation de PSM. Il s'agit là du point de départ de l'analyse de marché.³⁷ Le régulateur doit alors analyser la compétitivité du marché en question et analyser dans quelle mesure un opérateur y détient une puissance significative sur le marché ou si plus d'un opérateur détient une « puissance significative collective » sur le marché pertinent.

Si un régulateur en conclut qu'un opérateur détient une puissance significative sur un marché donné, il revient alors à l'autorité réglementaire nationale d'identifier les mesures correctives appropriées et proportionnées pour veiller à rétablir une concurrence effective, sous la forme d'obligations réglementaires imposées à l'opérateur concerné, au fur et à mesure que le problème ne puisse pas être réglé par les mesures correctives prévues en vertu du droit de la concurrence. On part du principe de ne réguler que s'il existe une défaillance persistante du marché et si le droit de la concurrence n'est pas suffisamment effectif à lui seul. En matière de politique de la concurrence, l'imposition de réglementation conduit généralement à un résultat fautive de mieux (c'est-à-dire un résultat moins effectif) par rapport à l'application du droit de la concurrence. En effet, toute intervention réglementaire directe sur le marché, non étayée par des données claires, peut avoir pour effet de fausser la structure

³⁷ Dans les pays hors de l'Europe qui ont adopté le modèle de l'UE, la recommandation de l'UE sur les marchés constitue souvent le point de départ pour l'analyse, adapté en fonction des conditions locales.

d'incitation des entreprises (par exemple en faussant les incitations à investir, ou en induisant un comportement tarifaire différent), et de nuire aux consommateurs ce qui généralement se traduit par une perte de bien-être.

Le droit de la concurrence se compose comme suit :

- Les règles interdisant les ententes anticoncurrentielles (y compris les cartels) et les abus de position dominante
- Les règles pour l'analyse des projets de concentration (contrôle des concentrations)
- Les règles permettant les enquêtes sur le marché et les demandes de renseignements³⁸

Les ententes anticoncurrentielles

Le droit de la concurrence interdit les *ententes anticoncurrentielles* horizontales et verticales.

Les ententes horizontales sont celles conclues entre des entreprises situées au même niveau de la chaîne d'approvisionnement. Le droit de la concurrence s'intéresse au risque de collusion entre les acteurs du marché. Le cartel est l'entente concurrentielle horizontale aux effets les plus délétères. La nature dynamique des marchés numériques rend le risque de collusion peu probable. Le secteur traditionnel des communications est relativement jeune et se caractérise par des conditions de concurrence en constante évolution, où les acteurs à tous les niveaux exercent une concurrence acharnée pour décrocher de la part de marché et remporter des clients. Cela peut expliquer les cas relativement rares où le secteur a invoqué l'interdiction des ententes anticoncurrentielles et des pratiques concertées.³⁹

Les ententes verticales sont conclues entre des entreprises situées à différents niveaux de la chaîne de distribution, comme par exemple entre un fournisseur de service et un revendeur. En principe, elles sont jugées avoir des effets favorables sur la concurrence car elles aboutissent à des gains d'efficacité au niveau de la chaîne d'approvisionnement, ce qui devrait se traduire par des avantages à faire passer au consommateur. Or dans le secteur des télécommunications, c'est au niveau de la chaîne verticale que des problèmes se produisent, généralement dans les cas où le fournisseur de réseau est puissant sur le marché du fait qu'il est propriétaire du réseau (ou bien il a accès exclusif à celui-ci, par exemple en vertu d'une concession administrative) auquel d'autres opérateurs demandent à avoir accès aussi. Les questions d'accès au réseau ont par conséquent nécessité d'envisager la puissance de marché, que ce soit en vertu des règles portant sur l'abus de position dominante, ou en vertu de la réglementation.

Abus de position dominante et contrôle des concentrations

Ce Manuel ne creuse pas davantage l'application du droit de la concurrence à des ententes anticoncurrentielles. Toujours dans l'objectif de se concentrer sur les interactions qui existent entre le droit de la concurrence et la réglementation, et sur les concepts qui entourent la puissance de marché des entreprises, l'accent porte davantage sur le contrôle des concentrations et l'abus de position dominante.

Rien n'empêche un acteur du marché de jouir d'une *position dominante* (ou plus d'un acteur, qui détiennent alors une « *position dominante conjointe* », voir

³⁸ En Europe, il existe aussi un système de contrôle du soutien financier apporté aux entreprises du secteur public (aides d'État) qui n'est pas abordé dans ce manuel: pour une analyse des aides d'État dans le contexte de l'ère numérique, voir Parlement européen, cité, page 37.

³⁹ En Europe, dans l'affaire de T-Mobile contre NMA, l'autorité néerlandaise de la concurrence a constaté que les opérateurs de téléphonie mobile aux Pays-Bas avait violé l'interdiction des ententes anticoncurrentielles en organisant une seule réunion au cours de laquelle ils ont discuté, entre autres, de la réduction des rémunérations standard des revendeurs pour les abonnements post-payés. À l'occasion d'une demande de décision préjudicielle, la Cour européenne a estimé que même une seule réunion suffisait pour établir la présomption de l'existence d'un lien de causalité entre la concertation et le comportement des opérateurs sur le marché (Affaire C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV et autres contre NMA*).

Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 4, Aspects collectifs/conjoints).

Il incombe aux acteurs dominants la responsabilité particulière de ne pas abuser de leur position dominante. Les autorités de la concurrence commencent par *définir un marché* pour ensuite analyser si des acteurs y détiennent une position dominante, et si c'est le cas, dans quelle mesure ils en ont abusé.

En matière de *contrôle des concentrations* (et dans les pays où le contrôle des concentrations s'applique), les autorités de la concurrence sont compétentes pour enquêter sur les concentrations qui répondent à certains *critères juridictionnels*. Dans la plupart des pays du monde, les seuils pour l'examen du contrôle des concentrations appliquent un test qui se fonde en partie sur le chiffre d'affaires (ou les revenus) des parties concernées, bien que certains comportent également un élément de part de marché ou de part de l'offre. Par conséquent, quand le modèle commercial des parties à la concentration consiste à offrir des produits aux consommateurs gratuitement ou quasiment gratuitement, il est possible que les seuils de revenus ne soient pas satisfaisants⁴⁰ (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Concentrations](#)).

Si une autorité a le pouvoir d'enquêter sur une concentration, elle cherche alors à déterminer si celle-ci est susceptible d'aboutir à une diminution substantielle de la concurrence (le critère «SLC», Substantial Lessening of Competition) ou au test de l'UE d'entrave significative à la concurrence effective («SIEC») dans un marché pertinent. L'autorité doit commencer par *définir* le marché pertinent puis *analyser* afin de déterminer si, suite à la concentration, la nouvelle entité fusionnée pourra agir de manière anti-concurrentielle.⁴¹

Relation entre réglementation de PSM (ex ante) et droit de la concurrence (ex post)

On dit souvent que la réglementation de PSM s'applique ex ante (avant la survenance d'actions susceptibles de nécessiter une intervention), alors que le droit de la concurrence s'applique ex post (après une violation, pouvant éventuellement aboutir à une sanction pécuniaire et à des mesures correctives imposées aux auteurs de l'infraction). Bien que ce point de départ soit utile, il n'est pas tout à fait exact. Les mesures correctives standard en matière de *réglementation de PSM* peuvent comporter des contrôles sur les prix et des obligations de performance. Celles-ci sont imposées ex ante et sont appliquées ex post : les opérateurs télécom peuvent être condamnés à des sanctions pécuniaires pour manquement aux obligations en matière de puissance significative sur le marché,⁴² et par conséquent l'efficacité du régime réglementaire PSM dépend de l'application ex post de mesures de lutte contre les violations.

Le droit de la concurrence s'applique ex post aux ententes anticoncurrentielles, y compris aux cartels, et aux abus de position dominante. Celles-ci ont généralement débuté dans le passé et peuvent se prolonger ou non dans le présent. Si un acteur du marché est condamné à une sanction pécuniaire pour avoir conclu une entente anticoncurrentielle et aucune mesure corrective n'est imposée, le droit de la concurrence s'applique ex post. Cependant, dans les cas où une infraction a pour effet d'imposer des « engagements », ceux-ci (qui s'inscrivent en sus à une sanction pécuniaire ou à sa place) ont des répercussions futures sur le marché, et par conséquent ils auront un effet similaire à la réglementation de PSM, bien qu'ils surviennent après avoir pris en compte des comportements passés.

⁴⁰ C'est ce qui s'est passé au Brésil, voir ci-dessous, [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Concentrations](#).

⁴¹ Bien que parfois, les autorités passent outre l'étape de la Définition du marché, comme expliqué ci-dessous.

⁴² Par exemple, l'autorité néerlandaise pour les consommateurs et les marchés a imposé en avril 2014 une amende de 30 millions d'euros à KPN pour enfreinte à son obligation de non-discrimination.

Les enquêtes de marché en vertu du droit de la concurrence, telle que celle qui a abouti à la création d'Openreach au Royaume-Uni, sont elles aussi un exemple d'application du droit de la concurrence *ex ante*, dans le sens où l'autorité compétente enquête sur les caractéristiques du marché dans le but de déterminer si celles-ci sont susceptibles de nuire à la concurrence. Au Royaume-Uni, les régulateurs sectoriels, dont Ofcom fait partie, et l'autorité de la concurrence, disposent aussi des pouvoirs d'imposer des mesures correctives en vue de remédier aux éventuels effets négatifs sur la concurrence qui auraient été relevés par les enquêtes de marché.

Le contrôle des concentrations est aussi tourné vers l'avenir, dans le sens où une autorité de la concurrence envisage si une concentration est susceptible ou non d'entraîner des effets anticoncurrentiels à l'avenir. Il consiste par conséquent en une analyse *ex ante*, c'est-à-dire préalable à la tenue de la concentration.

Comment la politique de la concurrence a-t-elle été appliquée dans le contexte des télécommunications ?

Tout d'abord, comme on l'a vu ci-dessus, dans le contexte plus large, au-delà de la politique de concurrence à proprement parler, les opérateurs télécom sont soumis à une réglementation spécifique plus stricte que d'autres acteurs de la chaîne de valeur dans des domaines tels que la fiscalité, la protection des données⁴³ et les obligations d'avis de conservation/violation des données⁴⁴. Dans la plupart des pays, il existe des règles de protection du consommateur spécifiques au secteur concerné, qui sont plus

exigeantes que la législation de protection des consommateurs de droit commun.⁴⁵

Deuxièmement, dans l'Union européenne et dans les pays qui ont adopté un système basé sur le régime de l'UE, notamment en Amérique latine,⁴⁶ au Moyen-Orient et ailleurs, seuls les opérateurs télécom (mais pas les nouveaux acteurs de l'économie numérique) sont assujettis à la réglementation de la puissance significative sur le marché. La GSMA est une organisation mondiale et ce manuel est destiné à un public mondial. Il présente toute une série d'exemples de réglementation et d'application du droit de la concurrence issus de différentes régions.⁴⁷

Dans le contexte mondial, le cadre européen sert en quelque sorte d'empreinte, qui illustre la position des pays ayant adopté un système similaire.

Le tableau de la Figure 10 fournit un aperçu général du mode d'adoption du droit de la concurrence et de la réglementation de PSM dans différents pays. Les interactions qui existent entre droit de la concurrence et réglementation sont complexes et ce manuel ne peut, forcément, qu'en faire un tour d'horizon succinct, mais il illustre bien la manière dont souvent, même dans des pays où le droit de la concurrence s'applique de manière générale, le secteur des télécommunications est soumis à une application spécifique du droit de la concurrence et de la réglementation de PSM. Dans plusieurs pays, il n'existe pas de droit de la concurrence d'application générale. L'objectif du cadre réglementaire de l'UE (PSM) vise à s'attaquer aux problèmes qui se posent en rapport à la *transmission* de services. Même si la jurisprudence a élargi la définition des services de communications électroniques dans les directives de l'UE

⁴³ Lettre de mission du Président de la Commission européenne adressée à Gunther Oettinger, Bruxelles, 1er novembre 2014. Voir : https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/oettinger_en.pdf

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Par ex. Brésil, Colombie.

⁴⁷ En effet, la GSMA cherche activement à obtenir d'autres exemples de différents pays. Si vous souhaitez envoyer vos contributions, veuillez envoyer vos commentaires à comphandbook@gsmacom. Toutes les contributions sont vivement appréciées.

Figure 10: Réglementation de PSM et droit de la concurrence – Tour d'horizon des pays⁴⁸

Pays	Droit de la concurrence d'application générale	Droit de la concurrence/condition comprenant l'obligation de ne pas se livrer à des pratiques commerciales anti-concurrentielles	Réglementation ex ante (réglementation de PSM/des opérateurs dominants)	Commentaires
Amériques				
Bahamas	X	✓	✓	Voir Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 2, Position dominante / PSM
Iles Caïmans	X	✓	✓	
Brésil	✓	✓	✓	
Colombie	✓	✓	✓	Président de l'autorité de la concurrence nommé en juillet 2014.
Trinité-et-Tobago	(✓)	✓	✓	
Asie-Pacifique				
Hong-Kong	(✓)	✓ Contrôle des concentrations uniquement dans le secteur des télécoms	✓ Réglementation des goulets d'étranglement	Droit de la concurrence d'application générale en vigueur d'ici la fin de 2015, comprend des dispositions de lutte contre l'abus de la puissance de marché (seuil moins élevé que celui de la position dominante), pas de contrôle des concentrations d'application générale.
Inde	✓	✓	✓	
Malaisie	✓	✓	✓	
Pakistan	✓	✓	✓	
Singapour	✓	✓	✓	
Thaïlande	(✓)	✓	✓	

⁴⁸ Ce tableau est destiné à donner une vue d'ensemble. Dans chaque pays, des interactions complexes s'exercent entre droit de la concurrence et réglementation qu'il n'est pas possible de reproduire sous ce type de format. Certains pays appliquent une réglementation d'accès des opérateurs plutôt qu'une réglementation de PSM. Merci de bien vouloir adresser tous vos commentaires à comphandbook@gsma.com

Pays	Droit de la concurrence d'application générale	Droit de la concurrence/condition comprenant l'obligation de ne pas se livrer à des pratiques commerciales anti-concurrentielles	Réglementation ex ante (réglementation de PSM/des opérateurs dominants)	Commentaires
Afrique				
Ghana	×	✓	✓	
Mozambique	×	✓	✓	
Sénégal	×	✓	✓	
Afrique du Sud	✓	✓	✓	
Europe				
Union Européenne	✓	×	✓	
États membres (niveau national)	✓	×	✓	
Moyen Orient				
Bahreïn	×	✓	✓	La loi sur les télécoms emploie le terme position dominante pour faire référence à la puissance significative sur le marché et à la position dominante.
Arabie Saoudite	×	✓	✓	
E.A.U.	(✓)	✓	✓	Droit de la concurrence d'application générale en vigueur mais peu de cas signalés. Les règlements relatifs au contrôle des concentrations n'ont pas été émis.

pour englober les cas où des acteurs autres que des opérateurs télécom traditionnels transmettent du contenu (mais n'ont aucune responsabilité éditoriale les concernant), l'application des règles en dehors de la simple transmission de services de télécommunication est douteuse. La réglementation de PSM ne s'applique pas au secteur des communications dans son ensemble.⁴⁹ en règle générale, les acteurs Internet offrant l'accès à du contenu qu'ils ont produit ou modifié échappent à la réglementation de PSM. Il ne s'agit pas là d'un phénomène exclusif à l'Union européenne. L'exemple présenté à la Figure 11 est tiré d'Afrique du Sud. Dans un certain nombre de pays, le droit de la concurrence est appliqué dans le secteur des télécommunications, même s'il n'y existe aucune législation d'application générale relative au droit de la concurrence. C'est ce qu'on retrouve dans des pays aussi divers que le Bahreïn⁵⁰ et Hong Kong⁵¹. À Hong Kong, le droit général de la concurrence devrait entrer en vigueur d'ici la fin de 2015, mais même après l'introduction du droit de la concurrence d'application générale, le contrôle des concentrations continue de se limiter aux entreprises du secteur des télécommunications. Les Bahamas sont dotées d'un système moderne de réglementation, où le régulateur peut faire appliquer le droit de la concurrence dans l'ensemble du secteur des communications (mais généralement pas dans d'autres secteurs).⁵² Dans beaucoup de

pays, les licences des opérateurs de télécom s'accompagnent d'une obligation de ne pas se livrer à des pratiques commerciales anticoncurrentielles, ce qui signifie que souvent, il est possible de faire appel à des régulateurs de télécom (dépourvus de pouvoirs explicites en vertu du droit de la concurrence) pour appliquer les principes du droit de la concurrence sous couvert d'appliquer les condition d'une licences.

D'autres acteurs de l'ère numérique, comme les OTT par exemple, ne sont pas soumis à la même réglementation aussi stricte, échappent au cadre réglementaire relatif au PSM et, en fonction du pays, peuvent même ne pas être soumis au droit de la concurrence. Dans les pays qui ne sont pas dotés de droit de la concurrence d'application générale, et notamment ceux dépourvus de contrôle des concentrations, il existe un besoin urgent de réformer le cadre légal. Même dans les pays où le droit de la concurrence s'applique à l'ensemble des secteurs, les acteurs Internet ont fait l'objet de peu d'enquêtes au titre du droit de la concurrence (comme par exemple les enquêtes menées actuellement par la Commission européenne sur Google (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 8: Exclusion abusive](#), Implications de l'ère numérique).

Si les acteurs Internet, et d'autres en cette ère du numérique qui échappent aux règles des télécoms, ne sont soumis qu'au droit de la

⁴⁹ CERRE, « Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets », disponible à <http://www.cerre.eu/publications/market-definition-market-power-and-regulatory-interaction-electronic-communications> (Page 48, faisant spécifiquement référence à la directive européenne 2009/140).

⁵⁰ Décret législatif n° 48 de 2002 (la Loi sur les télécommunications). Il n'existe pas de droit de la concurrence d'application générale au Bahreïn. La loi sur les télécommunications prévoit des dispositions en matière de concurrence qui s'appliquent uniquement au secteur des télécommunications. L'autorité réglementaire des télécommunications est l'unique autorité réglementaire, qui exerce les fonctions d'application concurrente du droit de la concurrence telles qu'énoncées dans la Loi sur les télécommunications.

⁵¹ Lois relatives à la concurrence spécifiques au secteur adoptées à Hong Kong pour le secteur des télécommunications à l'occasion de la libéralisation qui a eu lieu en 1995 et qui a été modifiée ultérieurement. Parmi la législation concernée, on compte : l'ordonnance de 2000 sur les télécommunications (Amendement) (Ordonnance n° 36 de 2000), l'ordonnance sur les télécommunications (amendement n° 12 de 2001), la loi sur les télécommunications (amendement) de 2001, les règlements de 2005 relatifs à l'octroi de licence dans les domaines des télécommunications et de la fréquence. La loi sur la concurrence d'application générale a été promulguée en 2015, et prévoit uniquement l'interdiction d'ententes anticoncurrentielles et d'abus de position dominante.

⁵² Voir la loi de 2009 sur les communications des Bahamas, publiée au Journal officiel le 2 juin 2009. Les dispositions concernées relatives à la concurrence figurent à la Partie XI – Dispositions relatives à la concurrence. Avant l'entrée en vigueur de la loi sur les communications, des conditions de « compétition équitable » d'ordre général s'appliquaient à l'octroi des licences d'opérateurs.

Figure 11: Examen de l'ICASA des marchés de radiodiffusion convergents⁵³

ICASA : Examen du cadre réglementaire de radiodiffusion heurté à un obstacle juridique

En octobre 2011, l'autorité indépendante des communications d'Afrique du Sud (ICASA) a entamé l'examen du marché de la radiodiffusion et des changements réglementaires à instaurer en priorité à l'appui de sa vision stratégique pour 2020. Elle a déclaré qu'il convient de «réanalyser l'actuel cadre réglementaire et de l'actualiser pour qu'il reste crédible car pour le moment, il n'est ni apte ni adapté aux nouvelles plates-formes numériques et aux technologies de grande consommation».

En entreprenant cet examen, l'ICASA reconnaissait que l'ère numérique apporte avec elle de nouveaux produits, de nouveaux services et de nouveaux acteurs sur le marché, qui créent des possibilités en termes d'offre et de demande. L'ICASA cherchait à déterminer s'il fallait envisager l'octroi de licences dans les limites du cadre réglementaire pour la télévision sur IP et la vidéo à la demande, et dans quelle mesure les règles de qualité et de contenu s'appliquent à ce support, mais il lui a fallu reconnaître son absence de compétence vis-à-vis du contenu des émissions sur internet.

concurrence (et dans certains cas, échappent au contrôle des concentrations), il revient alors aux autorités de la concurrence de *redoubler de vigilance* pour relever d'éventuels cas d'abus de position dominante, et de reconnaître les

changements survenus sur le marché lorsqu'il s'agit d'analyser la conduite des opérateurs télécom traditionnels.

⁵³ ICASA, octobre 2012, Examen du cadre réglementaire de la radiodiffusion vers un environnement numérique convergent. Rapport préliminaire et ICASA, document de prise de position de 2012 sur la télévision sur IP et la vidéo à la demande.

Droit de la concurrence et réglementation dans le secteur des communications mobiles américain⁵⁴

Jonathan Jacob Nadler (Associé – Télécommunications)
Anthony W. Swisher (Associé – Antitrust/Concurrence)

Squire Patton Boggs (US) LLP
Washington, DC

Il existe aux États-Unis un marché mobile dynamique, qui se distingue par une concurrence importante fondée sur les infrastructures et par une réglementation gouvernementale relativement limitée.

1. Vue d'ensemble du marché américain des communications mobiles

Aux États-Unis, la Federal Communications Commission (FCC) détient la compétence exclusive d'attribution du spectre nécessaire pour fournir des services de communications mobiles. Toutefois, au lieu d'attribuer des licences de spectre à l'échelle nationale, la FCC délivre des licences couvrant une zone géographique limitée.⁵⁵ Les opérateurs mobiles ont au fil du temps regroupé leurs licences afin de développer leurs propres réseaux. C'est en adoptant cette approche que les quatre plus grands opérateurs américains : AT&T, Verizon, Sprint et T-Mobile, ont chacun constitué des réseaux nationaux qui, à eux tous, représentent plus de 95 % du marché mobile du pays.⁵⁶ On y compte aussi plusieurs opérateurs de plus petite taille qui généralement offrent leurs services sur des régions ou des territoires géographiques plus limités.⁵⁷ Les opérateurs de réseaux virtuels mobiles (MVNO), appelés revendeurs aux États-Unis, s'en remettent aux réseaux d'un ou de plusieurs fournisseurs disposant de leurs propres infrastructures pour rivaliser sur le marché mobile américain.⁵⁸

En règle générale, les opérateurs mobiles offrent à leurs clients un service selon les tarifs et les conditions générales qui restent les mêmes sur l'ensemble de leur

⁵⁴ Ce document exprime les opinions des auteurs et n'est pas forcément le reflet des opinions de la GSMA ou de tout opérateur mobile donné.

⁵⁵ La FCC a commencé par délivrer des licences pour les zones de marchés cellulaires (**Cellular Market Areas – CMA**) (Il existe 732 CMA distinctes. Voir FCC, *Cellular Market Areas*, 7 FCC Rcd 742 (1992), disponible à <http://transition.fcc.gov/oet/info/maps/areas/names/cmanames.txt>.) L'agence a par la suite délivré des licences couvrant des zones géographiques plus importantes.

⁵⁶ FCC, « *Annual Report and Analysis of Competitive Market Conditions With Respect to Mobile Wireless, Including Commercial Mobile Radio Services* », Dix-septième rapport, WT N° de rôle 13-135, DA 14-1862, ¶ 30, Tableau II.C.2 (paru 18 décembre 2014) (« FCC Seventeenth Annual Mobile Competition Report »), disponible à https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-14-1862A1.pdf.

⁵⁷ « FCC Seventeenth Annual Mobile Competition Report » ¶¶ 22, 30, Tableaux II.B.1, II.C.2.

⁵⁸ Id. ¶¶ 15-16, 154, 181, & n.31.

empreinte géographique. Les tarifs au détail du mobile continuent de baisser,⁵⁹ alors que les recettes globales (portées en grande partie par l'adoption accrue de services de données) ont continué d'augmenter.⁶⁰ Les investissements réalisés par les fournisseurs de services mobiles se maintiennent à la hausse.⁶¹

2. Contexte législatif et institutionnel

Le ministère américain de la Justice tout comme la FCC jouent un rôle de contrôle de la concurrence dans le marché du mobile sans fil.

Ministère américain de la Justice. Les lois antitrust américaines sont appliquées principalement par la Division Antitrust du ministère américain de la Justice.⁶² Les principales lois fédérales antitrust des États-Unis sont les articles 1 et 2 du Sherman Act,⁶³ et l'article 7 du Clayton Act.⁶⁴

- L'article 1 du Sherman Act interdit les ententes visant à « restreindre le commerce », y compris les pratiques telles que des accords horizontaux sur les prix, de division horizontale du marché et certains boycotts de groupe.
- L'article 2 du Sherman Act interdit la « création de monopole » et les « tentatives de monopoliser ». Une entreprise ne risque pas d'être exposée à des actions en responsabilité simplement du fait qu'elle détient un monopole : il faut aussi qu'elle affiche des pratiques d'exclusion.
- L'article 7 du Clayton Act interdit les acquisitions susceptibles de « diminuer la concurrence de manière substantielle » ou de « tendre à créer un monopole ».

FCC. Le Communications Act de 1934, tel que modifié, donne pouvoir à la FCC de réguler les communications internationales et entre États « afin de mettre à la disposition... de toutes les personnes aux États-Unis... un service de communications radio et câblées... rapide et efficace... doté des moyens adéquats et moyennant des tarifs raisonnables ».⁶⁵ L'agence a fait observer que dans son analyse du degré de concurrence et de la nécessité d'une intervention gouvernementale sur le marché des communications, elle est consciente que :

Les nouvelles technologies remettent en question les structures réglementaires existantes, tant sur le plan national qu'international, tout en permettant aux consommateurs d'avoir accès à un plus grand nombre de services que jamais auparavant. Par exemple, les fournisseurs traditionnels d'un type de service ont de plus en plus tendance à pénétrer de nouveaux marchés en offrant des services de voix, de vidéo et de données à large bande qui rivalisent avec les fournisseurs historiques de ces services.⁶⁶

⁵⁹ Id. ¶ 40

⁶⁰ Id. ¶¶ 34-39, Chart II.D.1

⁶¹ Id. ¶¶ 169-72. Les investissements par AT&T et Verizon ont fortement augmenté, alors que les investissements de Sprint et T-Mobile ont subi davantage de variations annuelles. Id. ¶ 171, Chart VI.A.2.

⁶² L'article 7 est également appliqué par la US Federal Trade Commission, toutefois c'est le ministère américain de la Justice qui traite les concentrations dans le secteur des télécommunications.

⁶³ 15 U.S.C. §§ 1, 2.

⁶⁴ Id. § 18.

⁶⁵ 47 U.S.C. § 151.

⁶⁶ FCC, *Plan stratégique* 2012-16, à 14-16 (paru le 13 février 2012), disponible à https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-312420A1.pdf

3. Droit de la concurrence

Examen des concentrations

Les opérations de concentration qui concernent les opérateurs mobiles peuvent potentiellement être soumises au double examen du ministère américain de la Justice et de la FCC (Federal Communications Commission). En règle générale, les autorités américaines ont davantage recours à des mesures correctives de nature structurelle plutôt que comportementale par rapport à leurs homologues européens.

Ministère américain de la Justice. En vertu de l'article 7 de la loi antitrust de Clayton (« Clayton Act »), le ministère américain de la Justice peut initier une procédure litigieuse pour bloquer tout projet de concentration susceptible d'après lui de « diminuer la concurrence de manière substantielle ou de tendre à créer un monopole. »⁶⁷ Le ministère américain de la Justice a adopté des lignes directrices sur les concentrations horizontales, qu'il emploie pour effectuer ces analyses.⁶⁸ Conformément à ces lignes directrices, le ministère commence généralement par analyser la structure du marché pertinent, et plus précisément les parts de marché des parties à la concentration, le niveau de concentration et le changement de concentration provoqué par la concentration. Toutefois ces dernières années, le ministère de la Justice a accordé relativement plus d'importance aux effets compétitifs qui découlent d'un projet de concentration. Il s'intéresse notamment au risque d'élimination substantielle de concurrence directe par cette concentration et dans quelle mesure l'opération éliminerait un éventuel « franc-tireur » (qualifié aussi de « maverick », c'est-à-dire une entreprise qui joue un rôle perturbateur sur le marché au profit des clients).⁶⁹

FCC. C'est à la FCC que revient la responsabilité d'approuver le transfert du contrôle des licences de spectre en rapport à tout projet de concentration mobile. Les demandeurs doivent démontrer que l'opération envisagée « servira l'intérêt, la commodité et la nécessité du public. »⁷⁰ Lorsqu'elle effectue cet examen, la FCC commence par déterminer si le cessionnaire envisagé répond aux conditions juridiques et financières nécessaires pour être titulaire des licences. La FCC évalue ensuite les éventuels préjudices portés à l'intérêt public découlant de l'opération envisagée. On retiendra parmi eux : le risque de réduction de la concurrence dans un marché de produits combinés « services de téléphonie/haut débit mobiles » aussi bien au niveau national que local ; la capacité accrue de faciliter un comportement anticoncurrentiel concerté entre les fournisseurs sans fil nationaux ; et l'élimination potentielle d'influences perturbatrices ou de « mavericks ». ⁷¹ Enfin, la FCC estime les avantages spécifiques et vérifiables de l'opération envisagée. Plus les préjudices potentiels sont élevés, plus le niveau d'avantages potentiels doit l'être également.

⁶⁷ 15 U.S.C. § 18.

⁶⁸ Ministère américain de la Justice et la Federal Trade Commission, « *Horizontal Merger Guidelines* » (19 août 19, 2010) (Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales).

⁶⁹ Id. à 3-4. D'autres problèmes envisagés dans le cadre des lignes directrices portent sur les domaines suivants : (a) recul de l'innovation (b) échanges concertés entre les entreprises restantes. Id. à 23-24.

⁷⁰ FCC, « Overview of the FCC's Review of Significant Transactions » (15 août 2014), disponible à <http://www.fcc.gov/guides/review-of-significant-transactions>; see also 47 U.S.C. §§ 214(a), 310(d).

⁷¹ FCC, Demandes de Deutsche Telekom AG, T-Mobile USA, Inc., et MetroPCS Communications, Inc. pour l'autorisation de transférer le contrôle des licences et des autorisations, WT N° de rôle 12-301, Avis et ordonnance et décision déclaratoire, 28 FCC Rcd 2322, ¶ 55 (Wireless Telecom. et Internat'l Burs. 2013).

Parmi les avantages d'intérêt public que la FCC a examinés en rapport à des opérations mobiles passées, on compte : l'élargissement de la couverture du réseau, l'amélioration de la qualité du service, la disponibilité d'un plus large éventail d'appareils mobiles, le déploiement plus rapide de technologies de pointe, ainsi que des économies découlant de la rationalisation des réseaux en un réseau unique.⁷²

Le projet d'acquisition de T-Mobile par AT&T illustre particulièrement bien les interactions qui existent entre le processus d'examen des concentrations pratiqué par le ministère américain de la Justice et celui de la FCC. En mars 2011, AT&T a annoncé sa décision de se porter acquéreur de T-Mobile pour la somme de 39 milliards de dollars. AT&T a fait valoir que l'acquisition lui permettrait de résoudre les problèmes de capacité qu'il connaissait en raison de la forte croissance des services de données mobiles. Six mois plus tard, le ministère de la Justice a intenté une action en justice visant à bloquer cette concentration.⁷³ Dans sa plainte, le ministère a soutenu que le projet de concentration porterait atteinte à la concurrence aussi bien au niveau des marchés de consommation qu'à celui des marchés des entreprises/des marchés publics. Un élément central à la contestation par le ministère de la Justice tenait à son inquiétude de voir que l'opération envisagée allait éliminer l'acteur le plus « perturbateur » du marché, à savoir T-Mobile, qui, d'après le ministère, avait été à la fois un casseur de prix « agressif » et « un innovateur en matière de développement et de déploiement de réseau ».⁷⁴ Le ministère américain de la Justice a également soulevé d'importantes préoccupations depuis la perspective d'une structure de marché traditionnelle. La concentration d'AT&T et de T-Mobile aurait créé le plus grand acteur sur le marché mobile aux États-Unis, comptant plus de 130 millions de connexions sans fil.⁷⁵ Après application de l'indice de Herfindahl-Hirschman (HHI),⁷⁶ le ministère en a conclu que, sur le marché de consommation à l'échelle nationale, le projet de concentration aurait entraîné un IHH de 3100, soit une augmentation de près de 700 points. De même, sur le marché des entreprises/des marchés publics, le projet de concentration aurait entraîné un IHH de plus de 3400, soit une augmentation de plus de 300 points.⁷⁷ Une semaine après le dépôt de plainte de la part du ministère américain de la Justice, Sprint a intenté un procès de droit privé cherchant à bloquer la concentration.⁷⁸

Dans le même temps, le personnel de la FCC a procédé à son propre examen des effets susceptibles de l'opération envisagée. Peu de temps après que le ministère ait intenté une action en justice visant à bloquer la concentration, le personnel de la FCC a publié un rapport de notation qui est allé au-delà des effets sur la structure du marché et sur la concurrence envisagés par le ministère de la Justice. Par exemple, la FCC a contesté les revendications avancées par le demandeur que l'opération envisagée servirait l'intérêt public des manières suivantes : d'importants gains

⁷² Id. ¶¶ 61, 63, 65, 66 & 71.

⁷³ Voir réclamation, États-Unis contre AT&T, Inc., Affaire n° 1:11-cv-01560 (D.D.C. 31 août 2011) (« Réclamation du ministère américain de la Justice »).

⁷⁴ Id. ¶¶ 27-33.

⁷⁵ Id. ¶ 2.

⁷⁶ L'indice IHH apprécie la concentration du marché en additionnant le carré de la part de marché de chaque participant sur le marché. Un marché dont l'indice IHH est supérieur à 2500 est jugé être à forte concentration, et une augmentation de plus de 200 points dans un marché de la sorte est présumée susceptible d'accroître la puissance de marché. Lignes directrices, à 18-19.

⁷⁷ Réclamation du ministère de la Justice ¶¶ 25-26.

⁷⁸ Voir réclamation, *Sprint Nextel Corp. contre AT&T, Inc.*, Affaire n° 1:11-cv-01600 (D.D.C. 6 septembre 2011)

d'efficacité techniques pour le réseau, la baisse des coûts pour le consommateur et l'amélioration de la qualité du service, l'augmentation du nombre d'emplois sur le plan national, et la possibilité de déploiement de services de télécommunications de pointe. En s'appuyant sur le rapport de notation, la FCC a soumis la demande à une audience devant le juge administratif, démarche longue à laquelle la FCC n'avait pas eu recours depuis 2002, date à laquelle elle avait bloqué le projet de concentration entre EchoStar et DirectTV. Devant ces obstacles, AT&T a retiré sa demande.⁷⁹

Constitution de monopoles

Deux des affaires de constitution de monopole les plus importantes à être entendues par la cour suprême des États-Unis ont porté sur le marché des télécommunications. Dans les deux cas, la position de la cour a fait qu'il est plus difficile de présenter une revendication au titre de constitution de monopole. En conséquence de quoi, l'interdiction de la constitution de monopoles prévue par le Sherman Act s'applique dans une moindre mesure que son analogue européen, l'interdiction d'abus de position dominante.

Dans l'affaire *Trinko*,⁸⁰ la Cour suprême a jugé que le non-respect de l'article 251 du Communication Act par Verizon, qui imposait à certains fournisseurs sur fil locaux de monopole traditionnel l'obligation de céder des « éléments de réseau dégroupés » à d'éventuels nouveaux venus sur le marché local à des prix établis en fonction des coûts, ne constituait pas une violation de l'article 2 du Sherman Act. Or cette affaire est parfois mal interprétée, certains y voyant la preuve que les lois antitrust ne s'appliquent pas aux fournisseurs de télécommunications régulés. En fait, cette affaire reflète le fait que le droit de la concurrence américain n'oblige une entreprise à négocier avec ses concurrents que dans des circonstances extrêmement limitées, et que l'existence d'une « obligation de négocier » imposée par la réglementation sectorielle n'élargit pas les obligations de l'entreprise en vertu du *droit de la concurrence*.

La Cour suprême a adopté une approche tout aussi étroite en termes de responsabilité dans l'affaire *linkLine*,⁸¹ dans laquelle elle a constaté que le fait de s'engager dans une « compression des prix » ne constitue pas en soi un monopole illégal en vertu de l'article 2 du Sherman Act.⁸² La Cour a commencé par faire remarquer qu'une compression des prix relève en fait d'un amalgame de deux revendications antitrust distinctes : une revendication au titre du « refus de négocier » en amont (devant le refus de l'entreprise verticalement intégrée de vendre un intrant requis à une entreprise concurrente au prix souhaité par cette dernière), et une revendication au titre de « prix de dumping » en aval (car l'entreprise verticalement intégrée vend son produit à un prix qui est inférieur au niveau auquel ses concurrents sont en mesure de rivaliser). La Cour a poursuivi en décrétant qu'une compression

⁷⁹ Voir « *Applications of AT&T Inc. and Deutsche Telekom AG For Consent to Assign or Transfer Control of Licenses and Authorizations* », 26 FCC Rcd 16184 (2011).

⁸⁰ *Verizon Communications contre Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

⁸¹ *Pacific Bell contre linkLine Communications*, 555 U.S. 438 (2009).

⁸² Une compression des prix (appelée généralement en Europe une « compression de la marge ») se produit lorsqu'une entreprise verticalement intégrée vend un produit « en amont » requis par ses concurrents « en aval » à un prix qui a pour effet d'entraver la concurrence sur le marché « en aval ». Dans l'affaire *linkLine*, le produit en amont était les services de transport fournis par AT&T dont les entreprises en aval avaient besoin pour fournir un service de ligne d'abonnés numériques (DSL) nécessaire pour assurer un service Internet haut-débit.

des prix ne pouvait pas enfreindre les lois antitrust dès lors qu'elle ne constituait ni un refus de négocier illégal ni un établissement de prix de dumping illégal. En appliquant sa décision antérieure dans l'affaire Trinko, la Cour a conclu qu'AT&T n'était pas tenue d'une obligation de négocier fondée sur le droit de la concurrence dans le marché en amont. Parallèlement à cela, et ici encore en se fondant sur la jurisprudence,⁸³ la Cour a conclu qu'AT&T n'avait pas pratiqué de prix inférieurs au prix coûtant sur le marché en aval, ce qui est un élément essentiel d'une revendication au titre d'un prix de dumping.

4. Réglementation ex ante

Le régime réglementaire mobile aux États-Unis diffère de l'approche européenne à plusieurs égards importants. Tout d'abord, les régulateurs américains accordent bien plus d'importance à la création d'incitations pour que les opérateurs déploient les infrastructures nécessaires à assurer une concurrence fondée sur les infrastructures. Deuxièmement, les États-Unis ont adopté un régime de « paiement par l'appelé », en vertu duquel un client mobile qui reçoit un appel est facturé pour son temps de communication. (Aujourd'hui, les frais par appel pour les services vocaux sont rares, car la plupart des fournisseurs offrent des forfaits de service vocal illimité ou de gros forfaits de minutes en contrepartie d'un montant fixe.) Pour finir, les États-Unis ne fixent généralement pas de tarifs spécifiques dans le secteur mobile.

Ces différences stratégiques ont un certain nombre de conséquences pratiques. Ainsi par exemple, alors que la FCC exige des opérateurs mobiles qu'ils offrent des accords d'itinérance à d'autres fournisseurs (à la fois pour des services voix et données) à des conditions « raisonnables »,⁸⁴ elle s'abstient de toute réglementation directe des tarifs d'itinérance. De même, du fait que l'adoption de l'approche du « paiement par l'appelé » a éliminé la possibilité et l'incitation pour qu'un seul opérateur tente de faire supporter les frais de terminaison à un opérateur concurrent, la FCC n'a pas donné de définition des marchés de la terminaison d'appels mobiles et n'impose pas de contrôles des prix sur les tarifs de terminaison d'appels mobiles. Il convient d'ajouter aussi que la FCC n'impose pas de réglementations concernant les accords de gros passés entre des opérateurs disposant de leurs propres installations et les MVNO ou l'établissement de tarifs de gros. Au lieu de cela, les MVNO obtiennent l'accès de gros au terme de négociations commerciales privées avec des fournisseurs mobiles disposant de leurs propres installations.⁸⁵

5. À l'avenir

À l'avenir, il est probable que le ministère américain de la Justice et la FCC soumettront tout projet futur de concentrations mobiles à un examen attentif. Alors que chaque concentration sera appréciée en fonction de ses mérites propres, compte tenu de l'accent mis sur la concurrence fondée sur les infrastructures, il y a de fortes chances que le ministère de la Justice rechigne davantage que ses homologues européens à des propositions d'approbation de projet de concentration mobile

⁸³ Voir *Brooke Group Ltd. contre Brown & Williams Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222-24 (1993).

⁸⁴ Voir en général la FCC, « *Reexamination of Roaming Obligations of Commercial Mobile Radio Service Providers and Other Providers of Mobile Data Services* », WT N° de rôle 05-265, Second rapport et ordonnance, 26 FCC Rcd 5411 (2011), *aff'd sub nom.*, 700 F.3d 534 (DC Cir. 2012).

⁸⁵ « FCC Seventeenth Annual Mobile Competition Report » ¶15.

soumis à conditions. Parallèlement à cela, le rôle accru des services sans fil comme mode d'accès à Internet pourrait aboutir au renforcement de la réglementation imposée par la FCC. En effet, pour la toute première fois, l'ordonnance récente « Open Internet Order » impose les mêmes exigences de neutralité d'Internet aux fournisseurs de service d'accès Internet à haut débit mobile que celles que l'agence impose aux fournisseurs de réseau sans fil.⁸⁶

⁸⁶ FCC, « Dans l'affaire « *Protecting and Promoting the Open Internet* », GN N° de rôle 14-28, Rapport et ordonnance de renvoi, jugement déclaratoire et ordonnance, FCC 15-24, ¶ 14 (paru 12 mars 2015), disponible à https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf. Par exemple, il est interdit aux opérateurs mobiles de bloquer l'accès des utilisateurs à des sites web légitimes ou de conclure des conventions de priorité en contrepartie de paiement. L'ordonnance de la FCC est actuellement contestée devant les tribunaux américains. Une décision est attendue début 2016. Voir United States Telecomms. Ass'n, et al., contre FCC, et al., No. 15-1063 (D.C. Cir.).

Définition des marchés à l'ère numérique

La définition du marché constitue la première étape. Il s'est produit une augmentation du nombre et de l'importance des marchés multifaces, des offres groupées et de la concurrence au détail par les nouveaux opérateurs. Il est impératif d'adapter les techniques traditionnelles de définition du marché pour tenir compte des produits et services nouveaux qui ont émergé au sein du secteur des communications.

Contexte

La définition du marché constitue la première étape dans l'identification des contraintes concurrentielles agissant sur le fournisseur d'un produit ou service donné. La définition du marché fournit un cadre pour entreprendre ensuite l'évaluation du marché.

Une fois le marché défini, il est possible d'analyser le niveau de concurrence qui s'exerce à l'intérieur du marché et si des mesures correctives nécessaires peuvent être imposées (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique](#)).

Le débat

Comment les marchés devraient-ils être définis à l'ère numérique ?

Le concept le plus important pour définir le marché est celui de la substituabilité, et surtout de la substituabilité du côté de la demande (voir [Concept clé n° 4](#)). Si les clients considèrent les produits des acteurs internet comme des substituts aux services de télécommunications traditionnels, il s'agit là d'une bonne indication que les produits se trouvent sur le même marché.

En quoi l'accroissement de la concurrence du détail à l'ère numérique se répercute-t-elle sur la définition du marché de gros ?

Si l'analyse de la définition du marché révèle que les marchés de détail devraient proposer davantage de produits, les fournisseurs de produits de gros se trouvent confrontés à des contraintes supplémentaires (des contraintes indirectes). Des définitions du marché du détail plus larges peuvent aboutir à des définitions du marché de gros elles aussi plus larges. En matière de réglementation, en fonction des circonstances, il est possible que les fournisseurs

de produits traditionnels de gros ne détiennent pas une puissance significative sur le marché (PSM). ([Concept clé n° 8](#))

Comment définir des marchés multifaces ?

La définition du marché doit tenir compte de toutes les faces du marché. Dans les marchés multifaces, il arrive souvent qu'une face soit associée à des « produits gratuits », de sorte qu'il faut envisager les revenus provenant de toutes les faces (à côté de données qualitatives). ([Concept clé n° 7](#))

Faut-il que la définition du marché tienne compte de la qualité ?

Dans les marchés où des services de « qualité » différente (c.-à-d. en termes de vitesse) se répercutent sur l'utilisation des données, comme par exemple entre la 3G et la 4G, ou le haut débit normal et le très haut débit, des arguments de chaîne de substitution peuvent suggérer que des produits de qualités différentes pourraient se trouver sur le même marché, même si les consommateurs à chaque extrémité du « spectre de la qualité » ne les

Figure 12: Enjeux clés associés à la définition du marché à l'ère numérique

	Général	Enjeux relatifs à l'ère numérique
Marché des produits	Inclut tous les produits/services qui sont interchangeables.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Existe-t-il des produits/services de différente qualité sur le même marché? 2. Les services de messagerie instantanée appartiennent-ils au même marché que les services SMS/voix mobiles? 3. Les produits/services qui sont gratuits pour les consommateurs rivalisent-ils avec des produits/services payants? 4. Les offres groupées appartiennent-elles à un marché distinct?
Marché géographique	Régions où les produits/services sont fournis et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Des services (et réseaux) peuvent être fournis à un niveau local (ville, développement séparé). 2. Les services débordent le champ national et sont offerts dans plusieurs régions, voire même à l'échelle mondiale.
Côté de la demande/ Côté de l'offre	<ol style="list-style-type: none"> 1. Les consommateurs considèrent-ils les produits comme étant interchangeables? (Côté de la demande). 2. D'autres fournisseurs peuvent-ils se mettre à fournir un produit/des services dans des délais courts sans engendrer de coûts supplémentaires élevés? 	<ol style="list-style-type: none"> 1a. Les consommateurs voient les OTT comme des substituts aux services mobiles, voire même comme offrant des fonctionnalités améliorées. 1b. Les OTT peuvent servir aussi de compléments, encourageant la demande de services traditionnels. 2. La concurrence entre les services numériques et les services de télécommunications traditionnels entraîne des innovations du côté de l'offre. Les opérateurs traditionnels cherchent à établir des partenariats avec des OTT, et vice versa.
Outils de définition de marché	<ol style="list-style-type: none"> 1. Généralement, des données quantitatives sont privilégiées (test SSNIP), tests basés sur le prix. 2. Des données qualitatives sont également utilisées. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Lorsque des produits ou services sont offerts soi-disant gratuitement, il est nécessaire d'adapter le test SSNIP pour qu'il tienne compte d'un contexte à plates-formes multifaces. Attention accrue portée aux coûts de transfert. 2. Attention apportée à des données qualitatives solides. Nécessité de données provenant de sondages auprès des clients, de questionnaires auprès de concurrents, d'entreprises de marchés voisins, de documents sur la stratégie commerciale interne des entreprises.

perçoivent pas comme étant des substituts directs. ([Concept clé n° 9](#))

Comment le processus de définition du marché devrait-il prendre en compte les offres groupées de produits de services convergents?

Les entreprises rivalisent de plus en plus avec des offres groupées de services, de sorte qu'il pourrait être justifié de considérer ces

offres groupées plutôt que les produits qui les composent à proprement parler comme constituant le marché pertinent. La prévalence des offres groupées complique le processus de définition du marché, d'autant qu'il n'est parfois pas toujours évident de repérer que des services ont été regroupés. ([Concept clé n° 10](#))

Quels outils de concurrence standard peuvent-ils être appliqués pour définir le marché à l'ère numérique ?

Il est nécessaire de revoir les tests qui reposent sur des données de prix (comme par exemple le test SSNIP), alors que de plus en plus de produits « gratuits » sont offerts et dès lors que la concurrence porte davantage sur les fonctionnalités que sur le prix. Il est nécessaire de pouvoir s'appuyer de plus en plus sur de solides analyses qualitatives, comme des sondages par exemple, et d'indiquer explicitement aux consommateurs le coût des services soi-disant gratuits qui leur sont offerts.

[\(Concept clé n° 6\)](#)

Disponibilité des données: en quoi influe-t-elle la définition de marché ?

Les régulateurs ne disposent généralement pas de la compétence légale pour obtenir des informations auprès des acteurs internet non réglementés, dont la portée est mondiale et qui peuvent donc ainsi échapper à la réglementation nationale. Les régulateurs devraient se méfier de prendre des décisions basées sur les informations disponibles auprès de leur base traditionnelle d'entreprises de télécommunications réglementées.

[\(Concept clé n° 1\)](#)

Concepts clés

La définition des marchés relève d'un exercice déterminant dans le domaine de la politique de la concurrence. Les concepts clés sont les suivants :

Concept clé n° 1

[Définition du marché dans la pratique](#)

Concept clé n° 2

[Marché des produits](#)

Concept clé n° 3

[Marché géographique](#)

Concept clé n° 4

[Substituabilité du côté de la demande](#)

Concept clé n° 5

[Substituabilité du côté de l'offre](#)

Concept clé n° 6

[Le test SSNIP](#)

Concept clé n° 7

[Marchés multifaces](#)

Concept clé n° 8

[Contraintes indirectes : Les marchés de gros et de détail](#)

Concept clé n° 9

[La chaîne de substitution](#)

Concept clé n° 10

[Les offres groupées dans la définition du marché](#)

Concept clé n° 1

Définition du marché dans la pratique

Bien que son utilité soit remise en question en cette ère numérique, la première étape de l'analyse de la concurrence consiste à délimiter les marchés de produits et des marchés géographiques dans lesquels les entreprises concernées sont en concurrence. Les marchés sont généralement définis en employant des outils communs, bien que dans la pratique, la définition des marchés diffère selon la perspective de la réglementation du PSM et du droit de la concurrence. La notion de substituabilité constitue un aspect crucial de la définition du marché. Si les consommateurs voient un service comme étant substituable contre un autre service, il y a de fortes chances que ces services appartiennent au même marché.

La définition du marché est « *la pierre angulaire sur laquelle repose toute affaire d'entente ou toute intervention réglementaire* ». ⁸⁷ Les modèles économiques ont souvent tendance à supposer le marché pertinent. Or pour le régulateur ou les autorités de la concurrence chargés de l'application des règles, la délimitation du marché relève de la toute première importance car :

[une] définition erronée du marché pertinent pourrait par exemple entraîner l'interdiction par une autorité de la concurrence ou un tribunal d'une concentration aux effets bénéfiques, ou l'autorisation d'une concentration aux effets néfastes. De même, une décision réglementaire imposant un ensemble d'exigences sur un opérateur historique peut être socialement inefficace si celui-ci fait face à suffisamment de concurrence. [...] En cas de recours, la reconnaissance d'une définition de marché erronée suffit généralement pour que le tribunal rejette l'analyse dans son ensemble et se prononce en faveur de l'appelant, indépendamment de tout autre argument avancé par l'autorité de la concurrence ou le régulateur. ⁸⁸

Qu'il s'agisse d'un régulateur qui applique les règles de la puissance significative sur le marché (PSM), le cas échéant, ou d'une autorité de la concurrence qui applique des lois sur la concurrence, la définition du marché constitue la première étape à observer. Une concentration peut aboutir à la « diminution substantielle de la concurrence » ou à une « entrave significative à une concurrence effective » (SLC /SIEC) *sur un marché pertinent*. Un opérateur ne peut abuser de sa position dominante *que sur un marché pertinent*. Un acteur du marché peut disposer d'une puissance significative sur *un marché*. La définition du marché relève donc d'un concept commun important en matière de réglementation et au titre du droit de la concurrence, comme l'illustre la Figure 13.

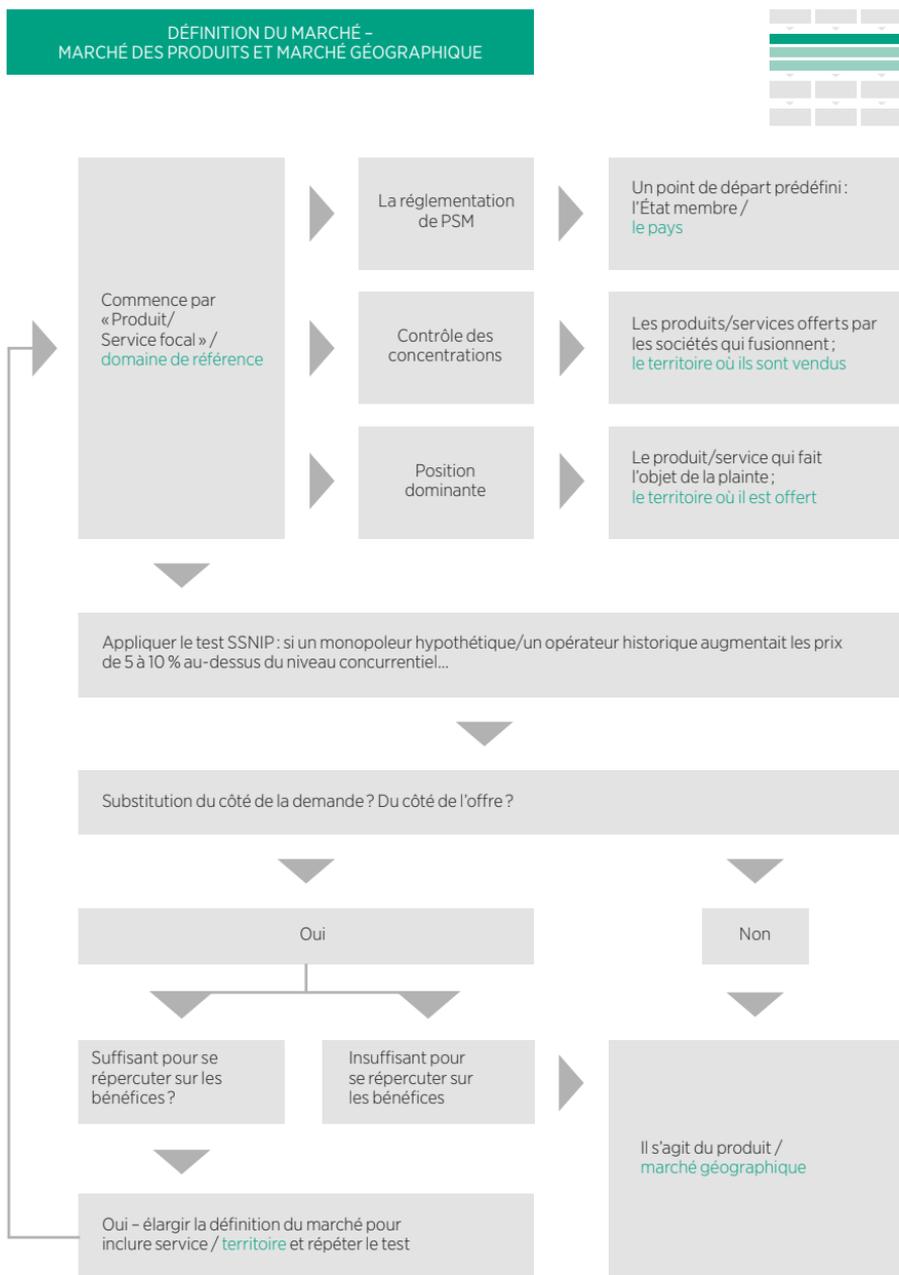
En ce qui concerne à la fois la réglementation de PSM et le droit de la concurrence (contrôle des concentrations et abus de position dominante), le point de départ pour le processus de définition du marché est précisé :

- Dans le domaine de la réglementation de PSM, concrètement, le marché des produits s'entend de soi. Il est souvent défini (ou adapté) dans la recommandation de la

⁸⁷ L. Filistrucchi, D. Gerardin, E. van Damme, P. Affeldt, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and practice, 16 mars 2013, =2234608.

⁸⁸ Ibid.

Figure 13: Définition du marché – Marché des produits et marché géographique



Commission européenne concernant les marchés, telle qu'elle est expliquée dans plus de détails ci-dessous. À partir de là, la définition du marché relève d'une démarche de déduction, partant de marchés potentiels larges (marchés de produits et marchés géographiques) pour arriver à des marchés pertinents relevant d'une définition plus étroite.

- En matière de contrôle des concentrations, les produits et/ou services offerts par les sociétés qui fusionnent et les régions où ils sont vendus constituent le point de départ de la définition.
- Dans les cas d'abus de position dominante, le point de départ de l'analyse comprend les produits ou services qui font l'objet d'une plainte (ou d'une enquête propre) et la région où ils sont offerts. Le processus de définition du marché relève d'un processus d'induction, partant d'un marché potentiel étroit pour aboutir à un marché économique plus large.

Les outils pour définir le marché sont les mêmes que ce soit en matière de réglementation de la puissance géographique sur le marché (PSM), d'abus de position dominante et de contrôle des concentrations. Comme le montre la Figure 13, la définition du marché consiste à déterminer le produit ([Concept clé n° 2](#)) et les limites géographiques ([Concept clé n° 3](#)) où les produits sont en concurrence. Le principal critère de la définition du marché repose sur l'analyse du côté de la demande ([Concept clé n° 4](#)). L'analyse du côté de l'offre constitue un complément utile, surtout pour dresser une analyse plus prospective, comme c'est le cas pour la réglementation du PSM ou le contrôle des concentrations ([Concept clé n° 5](#)) et, dans un cas comme dans l'autre, le principal test standard est ce qu'on appelle le test SSNIP ([Concept clé n° 6](#)).

En matière de *réglementation de PSM*, les régulateurs ont tendance à s'appuyer sur la recommandation de la Commission européenne concernant les marchés pour définir le marché de produits, bien que des autorités réglementaires nationales en Europe puissent introduire de nouveaux marchés si nécessaire, en fonction des conditions locales de la concurrence.⁸⁹ Même dans les pays hors de l'UE, la liste des produits visée dans la recommandation de l'UE concernant les marchés est souvent le point de départ, pour être ensuite adaptée aux conditions locales, et c'est à partir de là que l'analyse est réalisée. Dans le domaine de la réglementation de PSM, la dimension géographique est traditionnellement le territoire national (les régimes d'autorisation sont nationaux, et le réseau sous-jacent de l'opérateur historique (fixe) était national).⁹⁰

Comme le montre la Figure 14, au fil du temps, le cadre réglementaire européen en matière de PSM a évolué pour tendre vers une situation où la réglementation *ex ante* convient à un moins grand nombre de marchés. Cela souligne bien le fait qu'en matière de politique de la concurrence, comme on l'a vu plus haut, l'imposition d'intervention réglementaire directe sur le marché, si elle n'est pas étayée par des données claires, peut avoir pour effet de fausser la structure d'incitation des entreprises (par exemple en faussant les incitations à investir, ou en induisant un comportement tarifaire différent), qui peut se traduire par une perte du bien-être général.

Le processus de définition du marché dans le domaine de la *réglementation de PSM* consiste à vérifier les produits ou services destinés à rester sur le marché de haut niveau. Il s'agit là d'un processus de déduction, qui part d'un marché de produits et géographique potentiel large à des marchés pertinents plus étroitement définis. Ce processus est décrit ci-dessous,

⁸⁹ Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques. Commission européenne, Bruxelles, septembre 2014. Pour plus d'informations, voir : <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/explanatory-note-accompanying-commission-recommendation-relevant-product-and-service-markets>.

⁹⁰ On observe une tendance en Europe vers la création de sous-marchés nationaux pour les réseaux fixes (notamment pour les services d'accès actif).

Figure 14: Illustration: Le cadre réglementaire européen

Évolution du cadre réglementaire de l'UE

Le cadre réglementaire de l'UE relatif aux télécommunications a évolué considérablement au cours des 20 dernières années, comme en attestent les modifications successives opérées en 1998, 2002, 2007 et 2014 :

1998 : Le premier cadre réglementaire avait deux objectifs : d'une part éliminer les droits spécifiques accordés aux sociétés de télécommunications autrefois publiques, en facilitant l'arrivée de nouveaux arrivants, et d'autre part harmoniser la réglementation nationale ex ante dans les États membres. La loi à proprement parler définissait les marchés à réglementer. Le règlement relatif au dégroupage de 2000 s'est inscrit en complément au cadre de 1998.

2002 : Devant l'allure rapide des développements technologiques, la définition des marchés s'en est trouvée d'autant plus compliquée qu'il fallait appliquer des critères multiples pour identifier les acteurs puissants sur le marché. Il en est ressorti qu'au total 18 marchés ont été recensés comme étant susceptibles d'être adaptés pour une analyse, en vue éventuellement d'aboutir à une réglementation ex ante.

2007 : Le nombre total de marchés identifiés comme adaptés pour être analysés ont été réduits à 7 : 6 au niveau de gros et seulement 1 au niveau du détail.

2014 (Recommandation) : La Commission européenne a proposé de réduire encore plus le nombre de marchés, pour passer à quatre marchés officiels, et de modifier la définition du marché suite aux progrès technologiques opérés récemment. La Commission reconnaît les contraintes éventuelles que les services Internet exercent sur les acteurs traditionnels. Les autorités réglementaires nationales (ARN) sont tenues de prendre en compte Internet lorsqu'il s'agit de définir les marchés et d'analyser la puissance de marché.

Concept clé n° 2, Marché de produits et Concept clé n° 3, Marché géographique.

En résumé, les régulateurs appliquent le test SSNIP pour parvenir à une définition du marché, en partant du point de départ donné. L'analyse s'applique à un marché réel : le test SSNIP ne s'applique pas à un monopoleur « hypothétique », mais à l'opérateur historique sur le marché en question, en fonction de la disponibilité des données réelles (voir [Concept clé n° 6, Test SSNIP](#)). La question qui se pose est la suivante : « *L'opérateur*

historique sur ce marché peut-il tirer profit d'une hausse de l'ordre de 5 à 10 % du prix du produit concerné au cours de la période de l'examen réglementaire ? » Si la réponse est affirmative,⁹¹ c'est bien la preuve qu'il n'existe pas de substituts disponibles et que le produit en question constitue le marché de produit pertinent (et la dimension nationale constitue le marché géographique). Si la réponse est négative, il doit alors forcément exister des substituts soit du côté de la demande, soit de celui de l'offre, sur ce marché donné de haut

⁹¹ Cette approche est la bonne dès lors que la situation initiale est concurrentielle. Si ça n'est pas le cas, le test peut aboutir à des conclusions erronées. En théorie économique, on appelle cela le « sophisme du cellophane » : si le producteur monopoleur de cellophane venait à augmenter ses prix de 5 à 10 %, il se peut bien que les clients substituent le cellophane par d'autres moyens d'emballage alimentaire, y compris des sacs en papier brun, mais cela ne signifie pas pour autant que les sacs en papier brun se trouvent sur le même marché que celui du cellophane. Cela signifie que le fabricant de cellophane en situation de monopole extrait du profit de ce monopole

niveau, et le processus est répété jusqu'à ce que le marché soit rétréci.

Dans les *affaires de contrôle des concentrations*, l'axe de recherche porte sur les produits et/ou services offerts par les sociétés qui fusionnent et les régions où ils sont vendus. La question qui se pose est la suivante : « Un monopoleur hypothétique qui offre ces produits ou services pourrait-il tirer profit d'une hausse du prix de 5 à 10 % au cours de la période de la procédure de contrôle de concentration » (il s'agit généralement d'une période courte, entre 1 et 2 ans) ? Si la réponse est affirmative, le produit ou service en question constitue un marché économique (et la région en question constitue le marché pertinent géographique). Si la réponse est négative, le processus est répété en tenant compte des produits que les consommateurs considéreront comme étant substituables (substituabilité du côté de la demande) ou que les fournisseurs seront incités à offrir (substituabilité du côté de l'offre), et les contraintes qui existent sur le plan géographique. Dans les *cas d'abus de position dominante*, l'axe de recherche porte sur les produits ou services concernés par un comportement prétendument anticoncurrentiel, qui fait souvent l'objet d'une plainte. Le test est le même que pour le contrôle des concentrations. Un monopoleur hypothétique qui offre ces produits ou services pourrait-il tirer profit d'une hausse du prix de 5 à 10 % au cours de la période de la procédure de contrôle de concentration (il s'agit généralement d'une période courte, entre 1 et 2 ans) ? Si la réponse est affirmative, le produit ou service en question constitue un marché économique (et la région en question constitue le marché pertinent géographique). Si la réponse est négative, le processus est répété en tenant compte des produits que les consommateurs considéreront comme étant substituables (substituabilité du côté de la demande) ou que les fournisseurs seront incités à offrir (substituabilité du côté de l'offre), et les contraintes qui existent sur le plan géographique.

Les conséquences en sont les suivantes :

Premièrement, l'autorité de la concurrence considère bien sûr si un opérateur détient un PSM aux fins de la réglementation, mais dans l'UE (et dans les pays qui suivent le modèle de l'UE) il ne s'agirait pas là du facteur déterminant pour décréter que l'opérateur a une position dominante. Il est possible qu'un opérateur ne soit pas déclaré PSM aux fins de la réglementation, et que néanmoins il soit déclaré dominant sur le marché (souvent plus étroit) tel que défini en vertu du droit de la concurrence. L'inverse est également vrai. Un opérateur peut être puissant sur un marché régulé plus large, tout en n'étant pas dominant sur le marché défini en vertu du droit de la concurrence. Le paragraphe 25 des Lignes directrices de la Commission sur l'évaluation de la puissance sur le marché⁹² reprend ce point :

Le recours à des méthodes analogues garantit que le marché pertinent défini aux fins de la réglementation sectorielle correspond, dans la plupart des cas, aux définitions du marché utilisées par le droit de la concurrence. Dans certains cas, et pour les raisons exposées à la section 2 des présentes lignes directrices, les marchés définis par la Commission et les autorités de la concurrence dans les affaires de concurrence peuvent différer des marchés recensés dans la recommandation et la décision des marchés définis par les ARN en application de l'article 15, paragraphe 3, de la directive « Cadre ». Il est clairement indiqué à l'article 15, paragraphe 1, de cette directive que les marchés seront définis par les ARN aux fins de la réglementation ex ante sans préjudice de ceux qui sont définis par les ANC et par la Commission dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence.

Deuxièmement, les régulateurs ont parfois du mal à déterminer quand ils peuvent appliquer les règles de concurrence. Il peut arriver que des régulateurs télécom dépourvus de compétences concurrentes en matière de

⁹² Lignes directrices de la Commission, disponibles à : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711(02)&from=EN).

concurrence confondent droit de la concurrence et réglementation, et en concluent qu'il leur est impossible d'enquêter sur une plainte en vertu du droit de la concurrence (au titre, par exemple, de la condition de licence comprenant une obligation de ne pas se livrer à des pratiques commerciales anticoncurrentielles), si l'opérateur en question n'est pas PSM. Cette démarche est contraire au régime en vigueur dans l'UE et à ceux calqués dessus.

Troisièmement, dans les pays où un régulateur télécom détient des compétences concurrentes d'application des règles de concurrence, il existe un risque que les catégories appliquées dans la réglementation traditionnelle le soient dans l'application du droit de la concurrence et viennent l'éclairer. Dans la pratique, il arrive qu'on en vienne à mélanger les notions de position dominante et de puissance significative sur le marché, et que les autorités de la concurrence tiennent pour acquis l'abus de position dominante (en droit de la concurrence) là où une puissance significative sur le marché (en matière de réglementation) a été constatée. Plus généralement, la plupart des régulateurs de télécommunications connaissent bien mieux les couches plus profondes des réseaux et des infrastructures du secteur des télécommunications que les couches réseau en surface des systèmes d'exploitation, des applications, du contenu et des services d'Internet. Un régulateur télécom pourrait être tenté de définir un marché télécom même en présence de concurrence provenant d'acteurs internet. Comme on l'a vu plus haut, *il s'agit là d'un exemple de l'aphorisme du problème de Maslow* : « Si le seul outil dont vous disposez est un marteau, vous tendez à voir tout problème comme un clou. »⁹³

Pour finir, il est possible que les marchés définis aux fins de la réglementation de la puissance significative sur le marché soient plus larges que

les marchés des télécommunications définis en vertu du droit de la concurrence. Par exemple : la situation de concurrence qui existe entre des opérateurs mobiles offrant des services vocaux à ses clients pré-payés sur une liaison donnée, par ex. les appels du Bahreïn vers le Bangladesh,⁹⁴ ont constitué il y a quelques années le marché pertinent pour une enquête en vertu du droit de la concurrence instiguée à l'initiative d'une plainte. Il est toutefois peu probable qu'aux fins de la réglementation de PSM, en l'absence de plainte, le régulateur définisse un marché aussi étroit que le marché des appels du Bahreïn vers le Bangladesh pour les clients pré-payés se trouvant au Bahreïn.

Implications de l'ère numérique

En cette ère numérique, des appels ont été lancés en vue de revoir les étapes analytiques de la définition de marché, de l'analyse de marché et des préjudices subis par le consommateur, notamment dans le cadre du contrôle des concentrations, où le recours à une analyse de la pression à la hausse exercée sur les prix (bruts) ((gross) upward pricing pressure (UPP)) a été présenté comme étant le moyen d'identifier les problèmes de concurrence sans avoir à passer par une définition formelle du marché (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Concentrations: SLC/SIEC](#)). Plus généralement, d'aucuns réclament de se passer de l'étape formelle de la définition du marché pour se concentrer plutôt sur la justification commerciale des entreprises envisagées, afin de relever d'autres modèles commerciaux susceptibles de « détourner » leurs bénéfices. Ce point de vue s'appuie sur l'idée que de très forts « effets en retour » s'exercent sur les marchés numériques. Généralement, ce sont les résultats (les bénéfices élevés) qui encouragent les entreprises à entrer sur le marché et qui par conséquent modifient la structure du marché.⁹⁵

⁹³ Maslow, *The Psychology of Science*, 1966, cité dans « European Parliament, Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », ci-dessus, note de bas de page 34.

⁹⁴ Le régulateur bahreinite a délivré des avis d'infraction après enquête sur un potentiel cas d'abus de position dominante sur les appels entre le Bahreïn et certaines destinations en Asie : <http://m.arabianbusiness.com/batelco-stc-in-hot-water-over-asia-call-charges-419046.html>. L'enquête a fini par être classée sans constat d'infraction.

⁹⁵ Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », cité, page 51.

Le problème d'une approche qui élimine la définition du marché tient au risque d'introduire un élément de différenciation en matière de définition du marché entre les secteurs traditionnels et l'analyse du marché numérique. Il est indispensable de bien appréhender la dynamique du marché lors de l'analyse de ce dernier. C'est chose possible dans la structure analytique traditionnelle de la définition de marché et de l'analyse de marché, qui par conséquent conserve toute sa validité. Il convient également d'envisager la jurisprudence. Les autorités de réglementation et de la concurrence ont eu pour habitude de définir les marchés pour ensuite les analyser. Toute modification de cette approche risquerait de se traduire par le renversement de ces décisions en appel, en application de la réglementation et du droit de la concurrence.

Il reste à résoudre deux grands enjeux en matière de définition du marché dans l'ère numérique.

1. La numérisation croissante remet en question les limites mêmes de la définition du marché

Tout d'abord, pour ce qui est des limites mêmes du marché des produits, il est nécessaire d'envisager à la fois le côté de la demande et celui de l'offre.

Du côté de la demande ([Concept clé n° 4](#)), dans la mesure où les consommateurs considèrent comme des substituts les services et produits offerts par les acteurs internet et les opérateurs, ces produits devraient appartenir au même marché.

Certains régulateurs et certaines autorités en ont conclu que les différences en termes de qualité de service⁹⁶ offertes entre les OTT et les opérateurs traditionnels sont telles que les services ne sont pas des substituts et que, par conséquent, ils n'appartiennent pas au

même marché. Une question fondamentale se pose donc : faut-il forcément que la qualité de service soit similaire pour que les produits appartiennent au même marché ? Si par exemple, les consommateurs jugent que la qualité réduite du service est compensée par un prix moindre, ils vont continuer de le considérer comme substitut. Tout dépend aussi de la mesure de la qualité : il est possible que le consommateur ne s'en rende pas compte ou n'y attache pas d'importance, et que par conséquent elle n'ait aucun impact sur la substituabilité du produit.

L'acquisition récente par Facebook de WhatsApp soulève des questions concernant les marchés pertinents recensés par la Commission européenne.

À l'instar du côté de la demande, des débats se sont fait jour en ce qui concerne le degré de substituabilité du côté de l'offre ([Concept clé n° 5](#)) à l'ère numérique. Les effets de réseau, surtout dans des écosystèmes fermés, pourraient potentiellement limiter l'accès au marché pour les nouveaux arrivants, comme par exemple les réseaux sociaux ou les applications de messagerie. On assiste à l'arrivée de nouvelles entreprises sur le marché, bien que fort souvent, celles-ci opèrent actuellement sur des marchés adjacents. Ainsi, par exemple, WhatsApp est passé de la messagerie à des appels vidéo,⁹⁷ et plusieurs opérateurs de ligne fixe, comme Liberty Global, offrent dorénavant à leurs clients le choix de services de voix sur IP (« appels Internet » ou « VoIP ») en plus de services traditionnels.

2. Les outils de définition du marché nécessitent d'être ajustés à l'ère numérique

Deuxièmement, à l'ère numérique, il est nécessaire de revoir les outils employés pour définir le marché. La manque des données peut poser des problèmes et les techniques

⁹⁶ Ou d'ailleurs des différences de prix, ce qui signifie que des services gratuits et payants perçus comme étant substituables se révèlent parfois appartenir à des marchés distincts, ou qu'en fait il n'existe pas de marché pour les produits gratuits. Voir ci-dessous, [Concept clé n° 6](#), [Le test SSNIP](#) et [Concept clé n° 7, Marchés multifaces](#).

⁹⁷ <http://www.reuters.com/article/2014/02/24/us-mobile-world-whatsapp-idUSBREA1NOPT20140224>.

Figure 15: Concentration entre Facebook et WhatsApp: Comment définir un marché?

Concentration entre Facebook et WhatsApp: Comment définir un marché?

En septembre 2014, le plus grand réseau social au monde, Facebook, a réussi son OPA en vue de l'acquisition de l'application mobile de messagerie WhatsApp pour 19 milliards de dollars. Cette opération historique est la plus importante dans l'histoire de Facebook, qui lui procure une position solide sur le marché de la messagerie mobile, particulièrement en Europe, où WhatsApp a un taux de pénétration de l'ordre de 70 % et représente 43 % du nombre total de minutes d'utilisation de smartphone.⁹⁸ Une étude récente réalisée par la GSMA a également montré que WhatsApp et Facebook sont les applications les plus couramment utilisées pour la messagerie et les réseaux sociaux au Royaume-Uni, en Allemagne et en Espagne, où jusqu'à 89 % des utilisateurs de smartphones ont accès quotidiennement à la plate-forme de WhatsApp.

L'opération a reçu le feu vert des autorités de la concurrence aux États-Unis et en Europe. La Commission européenne a envisagé si la concentration réduisait ou non la concurrence sur trois marchés:

1. Le marché des communications/de la messagerie: La Commission a statué que les consommateurs utilisaient les deux plates-formes pour des fonctionnalités différentes, comme en atteste le fait que beaucoup utilisent les deux plates-formes simultanément. En effet, l'étude de la GSMA a constaté que 42 % des clients de smartphones utilisaient WhatsApp, Facebook et Facebook Messenger. Il a été jugé important que le mode de communication des deux plates-formes était lui aussi différent: Facebook nécessite un profil de l'utilisateur en ligne alors que pour fonctionner, WhatsApp a besoin d'un numéro de téléphone.
2. Marché des réseaux sociaux: La Commission a statué que le statut de WhatsApp comme réseau social restait flou. En outre, même si les réseaux sociaux de Facebook et WhatsApp finissaient un jour par être intégrés l'un à l'autre, le nombre de membres de Facebook ne s'en trouverait pas augmenté sensiblement en raison du chevauchement considérable qui existe au niveau des membres actuels.
3. Marché de la publicité en ligne: Bien que WhatsApp ne soit pas actuellement actif dans le domaine de la publicité en ligne, la Commission a envisagé les conséquences qu'elle le devienne à l'avenir. Elle a estimé qu'il existait un grand nombre d'autres fournisseurs de publicité ciblée en ligne et que par conséquent, la concurrence sur le marché ne s'en trouvera pas réduite.

⁹⁸ GSMA 2014: Acquisition de WhatsApp par Facebook. Les données ont été recueillies auprès de Mobidia. Cette source relève l'utilisation des smartphones au moyen de son application MyDataManager, que des millions de clients dans le monde ont téléchargée et utilisent. Le dataset favorise fondamentalement les adeptes précoces et les utilisateurs de données, mais il est utile comme outil de comparaison et d'indexation. Les données sont basées sur les utilisateurs de smartphones Android en décembre 2013.

La Commission a omis d'envisager les points suivants :

1. Facebook et WhatsApp font tous deux partie d'un marché émergent de l'engagement des consommateurs mobiles, marché pour la fourniture de services numériques dans le domaine des communications sociales et mobiles. Il est possible que sur ce marché, la mesure pertinente pour établir la part de marché consiste à déterminer la proportion du temps total que l'utilisateur mobile consacre à chaque service. La GSMA a calculé que la concentration envisagée procure à Facebook une position dominante sur ce marché: elle accroît la part de Facebook du temps de l'utilisateur mobile de 35 % à 80 % environ en Europe.⁹⁹
2. Cette augmentation du temps de l'utilisateur mobile va pouvoir être monétisée directement et indirectement par Facebook: directement en facturant directement les consommateurs qui sont totalement dépendants de ce service, et indirectement par la collecte de grandes quantités de données à des fins de publicité ciblée. En effet, la définition du marché pourrait révéler l'existence d'un marché distinct pour la publicité les réseaux sociaux.
3. Le marché se caractérise par des effets multifaces comme en atteste la capacité des parties à la concentration à contrôler l'accès aux services par les clients ainsi que les possibles effets de réseau et d'avantages monétaires à contrôler des volumes de données aussi importants.
4. La possibilité que Facebook utilise les données de Whatsapp pourrait également susciter des préoccupations en termes de respect de la vie privée.¹⁰⁰ Aux États-Unis, tandis que le Bureau de la concurrence de la FTC a classé l'enquête sans exiger de conditions, le bureau de la protection des consommateurs de la FTC a envoyé aux entreprises un rappel quant aux obligations dont ils doivent toujours s'acquitter.

quantitatives peuvent nécessiter d'être ajustées ou revues dans les cas où le prix peut ne pas être une caractéristique du marché.

À l'ère numérique, l'analyse quantitative de la définition de marché nécessite une très grande quantité de données, ce qui ne fait qu'exacerber plus encore la complexité de l'exercice.

Des problèmes peuvent survenir au niveau de la collecte de données, où les régulateurs exigent une ventilation de l'utilisation ou des recettes pour un marché géographique spécifique, alors que les entreprises (et notamment les acteurs internet) opèrent à l'échelle mondiale. Pour que les autorités et les régulateurs puissent envisager le marché dans son intégralité, il est

impératif qu'ils disposent d'informations sur tous les différents acteurs qui y opèrent. Un problème tient au droit d'accès limité, pour les régulateurs notamment, aux informations concernant les acteurs non réglementés du marché, difficulté qui est particulièrement d'actualité dans le domaine de la fiscalité.

Un problème d'ordre plus général porte sur le fait que, traditionnellement, la définition du marché s'appuie principalement sur des techniques quantitatives basées sur les *prix* des produits et services. Or avec l'évolution du marché numérique, de nouveaux services et produits sont apparus sur le marché qui sont totalement gratuits pour les utilisateurs finaux, ou du moins en partie gratuits.¹⁰¹

⁹⁹ GSMA 2014: Acquisition par Facebook de WhatsApp

¹⁰⁰ La vie privée peut être un paramètre de concurrence (hors prix): Deborah Feinstein, cité, Competition Policy International, 29 mai 2015.

¹⁰¹ Un exemple de service «partiellement» gratuit sont les produits dits freemium, qui sont gratuits à obtenir mais offrent des achats payants avancés (in-app purchases) et des modules payants (add-ons).

Figure 16: Difficultés d'appliquer des outils économiques standard à l'ère numérique

Difficultés d'appliquer des outils économiques standard à l'ère numérique

Les techniques économiques standard employées pour définir les marchés se fondent en général sur des analyses qui étudient la réactivité du marché à un changement de prix ou de conditions commerciales. En cette ère numérique :

- Les marchés multifaces, de par leur nature, sous-entendent la nécessité d'envisager l'impact sur des marchés multiples, en tenant compte des interactions qui existent entre ceux-ci.
- Lorsque des produits et services sont fournis gratuitement, il n'est pas possible de calculer l'impact d'un changement de prix en ayant recours à une analyse quantitative standard.
- Il n'existe pas de données disponibles sur toutes les sociétés qui opèrent dans cet espace, et en particulier quant à leurs volumes et leur chiffre d'affaires.
- Il n'existe pas d'unité de mesure commune pour un grand nombre de ces produits et services : par exemple, on ne mesure généralement pas les services VoIP en termes de minutes et de messages.

Face à ces difficultés, il convient d'envisager l'adoption d'autres types d'approches. On compte parmi celles-ci :

- Exiger des informations de la part des nouveaux acteurs du numérique qui, jusque-là, ont évolué en-dehors du régime de supervision.
- Entreprendre des études de marché pour comprendre à la fois le point de vue des entreprises et celui des consommateurs.
- Examiner des mesures non monétaires, comme par exemple le nombre d'abonnés.

Le principal test quantitatif utilisé en matière de définition du marché est le test qu'on appelle SSNIP (voir [Concept clé n° 6](#)). D'autres tests, comme l'analyse de la perte critique, ont eux aussi recours à des matrices fondées sur les prix. Toutefois, même quand les services n'ont pas de prix établi, la substituabilité de la demande et de l'offre reste malgré tout la référence à des fins d'analyse. En raison de la difficulté d'appliquer des outils économiques standard, les autorités sont obligées d'adopter une approche pragmatique vis-à-vis de leur

analyse. Il leur faut certes utiliser des techniques quantitatives standard mais les étayer aussi d'analyses qualitatives, et notamment d'études et d'enquêtes de marché destinées à comprendre le comportement du client. Ainsi par exemple, l'autorité d'Oman¹⁰² s'est récemment fortement appuyée sur un sondage auprès des consommateurs pour définir sa liste de marchés pertinents.

¹⁰² Sultanat d'Oman, août 2012. Document de consultation publique sur l'analyse et les recommandations pour la définition de marché, la position dominante et la réglementation s'y rapportant.

Concept clé n° 2

Marché des produits

La première étape de toute enquête de concurrence consiste à définir le marché des produits sur lequel les entreprises concernées se font concurrence. Cela permet de délimiter l'enquête de la concurrence et d'en poser les fondements. Les services convergents et basés sur des données qui font concurrence aux offres télécom traditionnelles remettent en question les limites traditionnelles des produits.

Le Concept clé n° 1 donne un aperçu de la définition de marché dans la pratique. Le processus de définition de marché aboutit à l'établissement du marché pertinent des produits (qui fait l'objet du présent Concept clé) et du marché pertinent géographique (Concept clé n° 3). On considère qu'un ensemble de produits appartient au même marché des produits si, du point de vue de la demande (Concept clé n° 4), les consommateurs considèrent les produits comme étant substituables d'après leurs caractéristiques telles que la qualité, la fonctionnalité, les prix et l'utilisation prévue. Les considérations quant au côté de l'offre sont elles aussi pertinentes dans la définition de marché (Concept clé n° 5). Dans la pratique, on définit un marché en déterminant si les consommateurs perçoivent ou non un ensemble de produits comme étant des options concurrentielles, et en élargissant (dans le cas d'abus de position dominante) ou en réduisant (dans le cas de la réglementation de PSM et, en fonction de l'ensemble de produits offerts par les parties à la concentration, du contrôle des concentrations) un marché estimé initial en vue d'y inclure l'ensemble correct de produits. Ce point est expliqué plus haut (Comment la politique de la concurrence a-t-elle été appliquée dans le contexte des télécommunications?)

En matière de réglementation de PSM (basée sur le modèle de l'UE), les marchés des produits sont généralement définis dans la recommandation de l'UE relative aux marchés pertinents. Pour parvenir à une décision sur ces marchés de produits, la Commission envisage les critères énoncés à l'article 15 de la Directive-cadre,¹⁰³ et les conseils qui s'y rapportent.¹⁰⁴ Comme il s'agit d'une analyse prospective, il est important de tenir compte des tendances du marché. Les critères énoncés dans la Recommandation de la Commission européenne (et dans les régimes similaires) concernant les marchés pertinents sont actuellement les suivants :

- Qu'il devrait exister des barrières élevées et non provisoires à l'entrée. Comme la Commission l'explique, étant donné le caractère et le fonctionnement dynamiques des marchés des communications électroniques, les possibilités de surmonter ces barrières dans un délai adéquat doivent également être prises, étant donné la nature prospective de cette analyse.¹⁰⁵
- Si la structure du marché tend vers une concurrence efficace dans un délai adéquat, « il faut pour cela faire le point sur l'état de la concurrence fondée sur les infrastructures et sur d'autres éléments au-delà des barrières à l'entrée ».

¹⁰³ Directive 2002/21/CE (voir : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32002L0021>)

¹⁰⁴ Recommandation concernant les marchés pertinents, paragraphe 11.

¹⁰⁵ Pour un examen de l'impact que cela a sur les goulets d'étranglement existants (par ex. en termes d'accès aux réseaux mobiles) et pour le passage en revue des nouveaux goulets d'étranglement à l'ère numérique, voir [Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique](#).

- Que l'application du droit de la concurrence à lui seul ne permet pas de remédier à la ou aux défaillances concernées du marché.

Implications de l'ère numérique

La poursuite de la numérisation pose plusieurs questions en termes de définition du marché des produits.

Tout d'abord, les produits de différente qualité devraient-ils se trouver sur le même marché ? En particulier, il convient de définir un marché distinct si les consommateurs ne perçoivent pas les produits comme étant des substituts ou des solutions de rechange viables. Par exemple, le haut débit le plus lent peut ne pas être un substitut direct au très haut débit, mais si des produits intermédiaires « adjacents » (dans un argument de chaîne de substitution, voir [Concept clé n° 9](#)) sont des substituts l'un pour l'autre, on peut alors envisager un marché distinct. Autre exemple : d'une génération à l'autre (3G à 4G), différents services de données se traduisent par de grandes disparités en termes de vitesse de réseau : faut-il alors les faire appartenir au même marché ?

Deuxièmement, les applications Internet fournissent une alternative viable aux services SMS et vocaux des opérateurs. Des débats importants ont cependant lieu pour déterminer si des applications Internet qui offrent les mêmes services que les services SMS et vocaux des opérateurs appartiennent au même marché que les produits traditionnels proposés par les opérateurs de réseau (voir [Concept clé n° 4](#), [Substituabilité du côté de la demande](#)).

Troisièmement, la tendance à la convergence, qui connaît un nombre croissant d'acteurs offrant à la fois des services fixes et mobiles, et offrant dans certains cas des offres de services quad-play (combinant l'internet haut débit, la télévision, l'accès téléphonique (fixe ou mobile) et des fonctions de service sans fil), est en

train d'estomper les frontières classiques qui existent entre les produits qui avaient jusque-là été identifiés au sein du secteur. Étant donné que les entreprises rivalisent de plus en plus en proposant des offres groupées de services, serait-il possible que le marché pertinent soit ces offres groupées plutôt que les produits qui les composent ? ([Concept clé n° 10](#)). L'élément déterminant à la définition du marché tient à la perception par les consommateurs des produits convergents comme étant ou non des substituts les uns des autres : voir [Concept clé n° 4](#) ; [Substituabilité du côté de la demande](#), bien que dans certains cas la substituabilité du côté de l'offre constitue une considération pertinente, voir [Concept clé n° 5](#)).

En ce qui concerne la première question, la différenciation des marchés de produits en fonction de la vitesse a été examinée à plusieurs reprises, et la jurisprudence se révèle partagée. Ainsi par exemple, le CADE (le Conseil administratif de défense économique), c'est-à-dire l'autorité brésilienne de la concurrence, toujours défini un marché unique pour la 2G, la 3G et la 4G. En Europe, la Commission européenne¹⁰⁶ a défini un marché unique pour la 2G, la 3G et la 4G.

Au niveau national, Ofcom a statué comme suit : « À l'avenir, il pourrait être approprié de définir des marchés distincts en fonction de la vitesse et il a été noté que cela dépendra de l'émergence d'applications qui nécessitent des services de plus grande vitesse pour fonctionner efficacement. »¹⁰⁷

En ce qui concerne le deuxième point, la question de savoir si Internet et d'autres produits numériques appartiennent potentiellement au même marché de produits que les services de télécommunications traditionnels, celui-ci a été soulevé pour la première fois il y a plus de 10 ans. L'affaire PTS en Suède (2006)¹⁰⁸ a reconnu l'importance

¹⁰⁶ « Concentrations: la Commission autorise le rachat de Telefónica Ireland par Hutchison 3G, sous réserve de certaines conditions. » Communiqué de presse de la Commission, Bruxelles, 28 mai 2014.

¹⁰⁷ Ofcom (2010), 2010 WBA Consultation; 2010 WBA Statement.

¹⁰⁸ Post et Telestyrelsen, analyse de la substitution par des clients résidentiels de services traditionnels de téléphonie fixe par des services de téléphonie sur IP et mobile, septembre 2006.

de tenir compte des applications numériques lors de l'évaluation du marché. Cependant, beaucoup de régulateurs ne tiennent pas compte des produits numériques qui existent. Les autorités réglementaires omanaises et qatariennes ont récemment publié un nouvel ensemble de marchés qui ont été définis sans tenir compte de l'impact des acteurs internet.¹⁰⁹ Ofcom au Royaume-Uni rechigne historiquement à considérer Internet comme un substitut de produit à un appel vocal sur un réseau traditionnel en raison des disparités perçues en termes de qualité et de niveaux de service, particulièrement pour les réseaux

mobiles.¹¹⁰ Devant la rapidité avec laquelle les marchés évoluent en cette ère numérique, il conviendrait de revoir périodiquement la position adoptée. En outre, on ne saurait conclure dans tous les cas que le service téléphonique traditionnel devrait toujours être considéré comme étant de « meilleure qualité » que les autres services fournis sur les réseaux IP. L'une des raisons à la hausse du niveau de substitution du côté de la demande tient au fait que les applications Internet pourraient offrir des fonctionnalités renforcées par rapport aux services mobiles traditionnels (comme l'explique [Concept clé n° 4](#)).

¹⁰⁹ CRA Qatar, Définition du marché, Projet de consultation 25 juin 2014 et TRA Oman, Définition du marché et Lignes directrices concernant la position dominante, juin 2012.

¹¹⁰ Ofcom, « The communications market 2012. Are voice to data substitution and over the top (OTT) services the next step in the use of Communications services ».

Concept clé n° 3

Marché géographique

Après avoir défini le marché des produits, l'étape suivante consiste à définir les limites géographiques au sein desquelles les entreprises concernées se font concurrence. Dans le domaine de la réglementation en matière de télécommunications, le point de départ de la définition de marché est traditionnellement le marché national, qui s'explique aussi par les limites du régime réglementaire. L'ère numérique bouscule ces postulats. Il est tout à fait possible que les marchés soient mondiaux si l'accès aux produits peut se faire sur Internet, tandis que le développement de réseaux locaux peut créer une dimension locale (infranationale).

Le marché pertinent géographique comporte la ou les régions où sont fournis les produits recensés comme appartenant au marché pertinent des produits, et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes.

Comme l'indique la Figure 13, le test SSNIP s'applique formellement à la fois au processus de définition du marché des produits et à celui du marché géographique.

D'un point de vue conceptuel, la définition des marchés géographiques consiste à analyser si les conditions et les contraintes de concurrence sont différentes dans des régions géographiques différentes. Dans la pratique, les régulateurs et les autorités de la concurrence ont eu tendance dans le secteur des télécommunications à considérer que les marchés mobiles sont nationaux dès lors que la couverture est nationale et que l'établissement des prix se fait sur le plan national.¹¹¹ Parmi les facteurs à envisager pour relever les régions géographiques qui présentent des conditions de concurrence similaires, on compte la présence de

concurrents, la probabilité d'une concurrence ou la présence d'autres infrastructures.¹¹²

La plupart des marchés des communications mobiles continuent toujours d'être définis sur le plan national.

Implications de l'ère numérique

Les marchés géographiques sont souvent définis au niveau national. Toutefois, la complexité accrue de définir les marchés des produits à l'ère numérique peut aussi s'ajouter à la complexité de définir des limites géographiques dans lesquelles les produits se font concurrence.

Il existe de nombreux exemples de produits fournis et commercialisés en-dehors des limites géographiques traditionnelles. Les marchés sont en train de prendre une envergure plus large que sur le plan national. Par exemple, plusieurs opérateurs mobiles africains offrent à leurs clients un forfait multi-pays qui facture des tarifs d'appels nationaux dans d'autres pays sélectionnés, et un certain nombre d'opérateurs européens ont également introduit

¹¹¹ Concrètement, les régulateurs télécom en particulier sont également limités par les limites géographiques de leur territoire en raison de leur rôle en tant qu'autorités réglementaires nationales. Dans certaines régions, les autorités de la concurrence possèdent une compétence supranationale, comme par exemple la COMESA, CARICOM et la Commission européenne.

¹¹² Par exemple, dans un contexte de PSM, Ofcom au Royaume-Uni a adopté cette approche en matière de définition des marchés géographiques pour l'examen du marché de gros de l'accès à large bande, qui a abouti à l'établissement de trois marchés géographiques différents, à savoir: (i) la région de Hull; (ii) les zones de rattachement où il n'y a pas plus de deux principaux opérateurs présents ou prévus d'être présents; et (iii) les zones de rattachement où il y a trois ou plus principaux opérateurs présents ou prévus d'être présents. Ofcom « Review of the wholesale broadband access market », 2013.

des programmes similaires.¹¹³ D'autre part, les clients qui utilisent des services de voix sur IP (« appels Internet » ou « VoIP »), dont Viber et Skype, ont les mêmes fonctionnalités et utilisent le même numéro de téléphone où qu'ils soient dans le monde. Les clients qui utilisent ces services peuvent éviter de payer des frais d'itinérance aussi bien entrants que sortants. Certains de ces services ne dépendent pas de numéros mobiles ou fixes, passant outre les obligations traditionnelles de départ et de terminaison basées sur un numéro. Alors que l'ère numérique est en train brouiller les

frontières, il pourrait être concevable que les autorités et les régulateurs en viennent même à se mettre à envisager des marchés d'envergure mondiale. Par exemple, dans le cas d'une enquête de concurrence concernant les applications Internet offrant des services d'appels ou de messagerie, il pourrait exister une justification commerciale à envisager un marché plus large qu'un simple pays. Cette perspective a suscité des appels au renforcement de la coopération au niveau régional, tout du moins parmi les autorités de la concurrence.¹¹⁴

¹¹³ Par exemple, Vodafone autorise les clients britanniques à utiliser leurs forfaits textes et minutes inclus en Europe sur paiement d'un supplément journalier de 3 £ baptisé « Eurotraveller » <http://www.vodafone.co.uk/shop/pay-monthly/travelling-abroad/vodafone-eurotraveller/index.htm>.

¹¹⁴ Voir Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », étude réalisée pour la commission ECON, citée.

Concept clé n° 4

Substituabilité du côté de la demande

L'analyse du côté la demande met l'accent sur les caractéristiques de la demande, tous les substituts de produits mis à la disposition des utilisateurs finaux. La substituabilité de la demande devrait relever de la première importance pour la définition de marché à l'ère numérique : lorsque différentes technologies sont utilisées de façon interchangeable, tous les fournisseurs de ces technologies se font concurrence sur le même marché.

Comme on l'a vu dans les concepts clés précédents, la procédure de la définition de marché commence par établir les produits ou services qui sont des substituts proches du produit sur lequel l'analyse se porte.

Plus spécifiquement, les produits appartiennent au même marché si, du côté de la demande, les consommateurs considèrent les produits comme étant substituables d'après leurs caractéristiques, telles que la qualité, la fonctionnalité, les prix et l'utilisation prévue. Dans la pratique, le marché est généralement défini en appréciant si les consommateurs voient un ensemble donné de produits comme étant des options concurrentielles, et en élargissant/réduisant un premier marché estimé afin d'y inclure l'ensemble correct de produits. On appelle ce type de substitution par les consommateurs la *substitution du côté de la demande*.

Implications de l'ère numérique

L'étude de CERRE intitulée « Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets » relève :

... « lorsqu'il s'agit de définir les marchés, la **substituabilité de la demande devrait en être le principal critère**. S'il est possible d'employer plusieurs technologies aux mêmes fins, tous les fournisseurs de ces différentes technologies sont en concurrence sur le même marché. Il

en va de même pour des services spécifiques. Par exemple, un test SSNIP¹¹⁵ pour les services vocaux mobiles doit tenir compte de toutes les possibilités de substitution concernées. En particulier, les consommateurs peuvent opter en faveur de services Internet s'ils subissent une augmentation du prix des services vocaux traditionnels. Par ailleurs, ils peuvent remplacer une partie de leurs appels par des messages (services SMS ou services de remplacement par des OTT comme WhatsApp). Pour accorder une plus grande flexibilité aux modèles commerciaux, qui passe notamment par une tarification biface et un accès différencié, cela sous-entend qu'un FAI opère à la manière d'une plate-forme qui gère les échanges entre les fournisseurs de contenu et les utilisateurs finaux.¹¹⁶ Dans ce cas-là, il est toujours possible d'effectuer un test SSNIP, mais celui-ci doit comporter des externalités intergroupes et les effets en retour associés. En particulier, un FAI qui est en train d'élargir sa base d'utilisateurs attire davantage d'offres sur mesure par des OTT. Les utilisateurs considèrent le niveau et la composition des offres de service comme étant un facteur déterminant pour décider du choix de leur FAI. Ignorer ces interactions aboutirait à des définitions de marchés trop étroites. »¹¹⁷

La prééminence de la substituabilité du côté de la demande comme critère de définition du marché n'exclut pas que la substituabilité du côté de l'offre aurait aussi un rôle crucial à jouer

¹¹⁵ Voir [Concept clé n° 6](#).

¹¹⁶ Voir [Concept clé n° 7](#).

¹¹⁷ CERRE, cité, page 7, italiques ajoutées. (Voir : http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/141029_CERRE_MktDefMktPwrRegInt_ECMs_Finai.pdf).

à l'ère numérique, en servant de toile de fond à toutes les entreprises concurrentielles pour qu'elles rivalisent les unes avec les autres. Voir [Concept clé n° 5](#).

Pour communiquer, les consommateurs disposent de différentes méthodes sur toute une variété de types d'appareils. Beaucoup de consommateurs accèdent aux services (classiques et d'Internet) à partir d'un certain nombre d'appareils.

De nouvelles plates-formes et de nouveaux développeurs sont en train de produire des applications qui agissent comme des substituts aux produits des opérateurs mobiles standard. Ces nouveaux entrants dépendent pour fonctionner du réseau des opérateurs. Par ailleurs, ces applications ne fournissent pas directement de recettes à l'opérateur.

Les applications Internet peuvent remplir les mêmes services pour les consommateurs que les services traditionnels de SMS et vocaux. Par exemple, la GSMA relève que 69% des utilisateurs de smartphones considèrent Internet comme un substitut à des SMS, dans l'ensemble ou la plupart des circonstances. Ce chiffre s'élève à 79% en Corée du Sud.¹¹⁸ Pour les services vocaux, 45% d'entre eux considèrent que les applications vocales remplacent les services vocaux « traditionnels » dans l'ensemble ou la plupart des cas.¹¹⁹ Cela sous-entend une substitution entre les services, ce qui laisse supposer que, selon les circonstances, il pourrait être approprié d'élargir la définition du marché.

L'une des raisons à la hausse du niveau de substitution tient à la possibilité que les applications Internet offrent des fonctionnalités améliorées par rapport aux services mobiles traditionnels. Cela montre bien qu'on ne saurait conclure dans tous les cas que le service

téléphonique traditionnel devrait toujours être considéré comme étant de « meilleure qualité » que les autres services fournis sur les réseaux IP. En effet, il existe une demande croissante de « regroupement » des services de messagerie : 54 à 73 % des répondants à l'enquête de la GSMA¹²⁰ aimeraient pouvoir « basculer » entre différentes applications de communication (entre voix, messages et réseaux sociaux),¹²¹ et 57% ont indiqué souhaiter une plus grande commodité et 49% d'entre eux une plus grande fonctionnalité et la possibilité de se mettre en rapport avec un plus grand nombre de contacts, comme raisons d'utiliser une application Internet. Plus récemment, la Commission européenne a estimé que les applications offrent une expérience globale bien plus riche que les services de télécommunications mobiles.¹²² Les applications permettent ainsi aux utilisateurs de savoir quand leurs contacts sont en ligne, lorsqu'ils sont en train de taper un message ou bien la dernière fois qu'ils y ont accédé.

En conséquence de quoi, bien que les fournisseurs dits « Over the Top » (OTT) puissent offrir un substitut aux services d'opérateurs mobiles, l'inverse n'est pas forcément le cas en raison des services supplémentaires offerts par les applications Internet. On appelle cela une substitution à sens unique, dite asymétrique. La mesure selon laquelle deux produits se trouvent sur le même marché pertinent des produits peut varier : si le réseau plus capable ou de meilleure qualité peut se trouver sur le même marché que celui moins capable, l'inverse n'est pas forcément le cas. Cela peut altérer la portée de l'enquête sur la concurrence ou l'enquête réglementaire en question.

Il risque de se produire une substitution à sens unique (asymétrique) en cas de permutation de

¹¹⁸ GSMA 2014 : « Mobile usage, perceptions and preferences » Base : Tous les utilisateurs de smartphones en Allemagne, en Espagne, en Italie, en Suède, au Brésil, au Chili, en Inde et en Corée du Sud. n = 8 080.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid. Base : Tous les utilisateurs de smartphones en Allemagne, en Espagne, en Italie, en Suède, au Brésil, au Chili, en Inde et en Corée du Sud. n = 8 080.

¹²² http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf Competition merger brief, Issue 1/2015.

réseaux et services globalement moins capables en faveur d'autres qui sont plus capables, mais pas dans l'autre sens. En cas de substitution asymétrique, la définition du marché peut varier en fonction de l'axe de l'enquête. Si une pratique anticoncurrentielle présumée se produit en rapport à un produit qui est substituable à un autre produit (en sens unique) (par ex. le réseau moins capable), alors les deux produits (à savoir le réseau moins capable et celui plus capable) peuvent appartenir au même marché.

En revanche, si la pratique anticoncurrentielle présumée se produit en rapport au deuxième produit (le réseau plus capable), la substituable présagerait d'un marché plus étroit qui devrait se limiter aux réseaux les plus performants (en faisant exclusion des réseaux moins capables, du fait que les consommateurs seront moins susceptibles à opter pour une fonctionnalité moindre).

Les services Internet peuvent aussi venir étayer les services traditionnels. Les

Figure 17: Méthodes de communication par type d'appareil

	Téléphone portable	Smart phone	Téléphone fixe	PC/tablette
Appel vocal	•	•	•	
Appel VoIP		•		
SMS	•	•	•	•
Messagerie instantanée		•		
E-mail		•		•
Réseau social		•		•

Figure 18: Internet comme complément à la téléphonie traditionnelle

TeliaSonera, à la fois comme complément et concurrent aux acteurs internet

TeliaSonera a conclu un certain nombre de collaborations avec des fournisseurs d'Internet, y compris le service de streaming de musique Spotify.

En décembre 2014, l'opérateur a toutefois lancé à lui seul un service de télévision sur Internet en Finlande et au Danemark, et d'autres marchés devraient suivre. TeliaSonera l'a annoncé en déclarant :

« Cela fait quelque temps déjà que nous proposons une offre de télévision payante en Suède, au Danemark, en Finlande, en Estonie et en Lituanie. Bien entendu pour commencer, ce service était lié de près à notre activité de fibre, et bien entendu, il s'agissait là d'une offre attrayante avec 1,5 million d'abonnés. Cette activité est pour nous à la fois solide et importante. Toutefois, la manière dont les consommateurs consomment des services de télévision est en train de changer et il n'y a pas de doute que la TV sur Internet est en train de monter en puissance. »

Tout en poursuivant ses collaborations existantes, TeliaSonera vise aussi à rivaliser à d'autres fournisseurs de services comme Netflix, en offrant du contenu dans la langue locale, et en permettant aux abonnés de disposer de ce service en utilisant le même compte que leur abonnement mobile.

opérateurs télécom offrent de plus en plus aux consommateurs la possibilité de consommer des services Internet aux côtés de services traditionnels et de s'en servir pour accroître la demande de services traditionnels. Par exemple, cela fait deux ans que la société Globe Telecoms

aux Philippines offre l'accès gratuit à Facebook et y voit là l'un des facteurs à l'augmentation de 120% du nombre d'abonnés aux données mobiles qu'elle a enregistré au cours de cette période.¹²³

¹²³ Manila bulletin, 26 mars 2015, «Globe extends Facebook offer».

Concept clé n° 5

Substituabilité du côté de l'offre

L'analyse du côté de l'offre prend en compte tous les fournisseurs actuels et potentiels du produit concerné et leurs modèles commerciaux. Étant donné que la substituabilité du côté de la demande devrait être le principal critère pour l'analyse à l'ère numérique, il convient d'analyser la substituabilité de l'offre à titre d'outil complémentaire.

En cas d'augmentation des prix, ou si l'innovation est à la traîne dans un secteur donné ou la qualité ne répond pas aux attentes des consommateurs, il est possible que d'autres fournisseurs soient en mesure d'intervenir et de fournir ce produit dans des délais courts (soit un an, généralement) sans encourir de risques ou de coûts supplémentaires importants. On appelle ce type de substitution, la substitution du côté de l'offre.

Dès lors que la substituabilité du côté de l'offre ne venait à se produire qu'à l'issue d'investissements supplémentaires importants, de décisions stratégiques ou de longs délais, on ne l'envisage pas dans la définition du marché.¹²⁴ Pour être prise en compte, ses effets doivent être équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'efficacité et de rapidité. La possibilité de l'arrivée de production supplémentaire sur le marché aura un effet disciplinaire sur le comportement concurrentiel des entreprises concernées, ce qui équivaut à l'effet de substitution de la demande.

Implications de l'ère numérique

Les entreprises numériques rivalisent entre elles en s'appuyant en grande partie sur l'innovation. La menace d'une concurrence potentielle incite les entreprises de l'économie numérique à se préparer à l'imprévu. Par conséquent, les considérations du côté de l'offre et le potentiel de concurrence sont eux aussi des éléments déterminants de l'ère numérique. Comme

d'aucuns l'ont fait remarquer : « Dans la pratique, cela signifie adopter une approche prudente et s'en remettre aux pouvoirs d'autocorrection des marchés numériques qui font en sorte que les risques de préjudices permanents soient moins élevés ».¹²⁵

Par ailleurs, « même si le contenu ou le service est moins comparable aux yeux des consommateurs, pour ce qui est de Facebook et de WhatsApp, il est toujours possible de considérer ces entreprises [...] comme des concurrents. Il est possible que les utilisateurs finaux considèrent WhatsApp et Facebook, ou plus généralement les médias sociaux, comme étant des services différents : WhatsApp fournit des services de communication privés à destination unique alors que les médias sociaux fournissent des services de communication multi-destinataires (souvent publics). Cependant, si les abonnés à Facebook communiquent la plupart du temps avec un destinataire unique via WhatsApp plutôt qu'avec plusieurs destinataires sur Facebook, Facebook perd ce public (et l'argent qui l'accompagne) pour la plupart du temps.

À ce titre, WhatsApp est en train de dérober les bénéfices de Facebook, même si WhatsApp réalise elle-même à peine un bénéfice. Il n'est donc pas toujours possible de déterminer si des services numériques sont ou non des concurrents mutuels en se basant sur le critère de la substituabilité du côté de la demande. Un autre aspect très important consiste à

¹²⁴ Quand comme dans le cas de la réglementation de PSM ou du contrôle des concentrations, l'analyse est de nature prospective, la substituabilité du côté de l'offre a un rôle plus important à jouer. En matière de réglementation de PSM, l'examen du marché se déroule généralement tous les 3 ans.

¹²⁵ Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », cité, page 11.

Figure 19: Exemples de collaborations Internet¹²⁶

Collaboration entre Telkom Indonesia et ZTE

Telkom Indonesia s'est associé avec ZTE pour établir un centre de recherche axé sur la télévision par Internet (IPTV) et les technologies vidéo par Internet. Le Centre d'innovation commun que les deux entreprises envisagent de créer cherchera aussi à renforcer les partenariats avec d'autres fournisseurs de technologies vidéos basées sur IP et à développer de nouveaux services vidéo par Internet.

Pour Telkom, cette collaboration est l'occasion d'élargir l'éventail de services vidéo qu'elle offre à ses clients, et notamment à ses abonnés du service de haut débit IndiHome.

Collaboration entre Singtel, Sony Pictures et Warner Bros JV

SingTel s'est associé avec Sony Pictures Television et Warner Bros Entertainment en vue d'établir un joint-venture de service vidéo par Internet en Asie.

Ce joint-venture, baptisé HOOQ, offrira un catalogue de plus de 10 000 films et émissions télévisées aux pays compris dans l'empreinte mobile en Asie du groupe SingTel, y compris en Indonésie, aux Philippines, en Inde et en Thaïlande.

En plus de films et de séries télévisées d'Hollywood, le joint-venture fournira un choix de films et d'émissions venus d'Inde, de Chine, de Thaïlande, des Philippines, d'Indonésie, de Corée et du Japon.

HOOQ utilisera les capacités de facturation en tant qu'opérateur de SingTel sur ses marchés d'exploitation pour répondre aux marchés en développement où la propriété de cartes de crédit est limitée.

«La demande de vidéo sur Internet ne cesse d'augmenter et il y a de forte chance que cette croissance se poursuive sous l'impulsion de meilleurs réseaux de données et de l'offre croissante d'appareils abordables. Les débouchés sur nos marchés se chiffrent à plus d'un milliard de S\$ (soit 799,8 millions de dollars US),» a affirmé Jonathan Auerbach, le CEO de SingTel Group Digital Life.

«La transmission vidéo nécessite une bande passante internet importante, ce qui se répercute grandement sur l'expérience client. Avec HOOQ, nous sommes en train de réunir des éléments clés en matière de technologies, de service et de contenu, pour apporter à nos clients l'expérience Internet complète.»

D'après lui, SingTel a pour ambition de devenir le plus grand fournisseur de services de vidéo sur Internet dans la région APAC.

¹²⁶ Communiqué de presse de ZTE, 11 mars 2015 et actualités sur DigitalTV, 30 janvier 2015.

Telefonica et Firefox Hello

Telefónica collabore avec Mozilla en vue de développer Firefox Hello, un service Internet d'un type novateur.

Firefox Hello permet aux utilisateurs d'avoir des conversations vidéo de type Skype sans pour autant devoir s'abonner ou se connecter, ce qui en fait un système ouvert.

Pour utiliser ce service, l'utilisateur ouvre une session dans le navigateur Firefox et envoie par e-mail un lien à l'interlocuteur de son choix. InternetFirefox Hello va aussi se distinguer de services similaires par sa fonctionnalité de partage de contenu, qui se trouve actuellement en phase bêta. L'idée est de permettre aux utilisateurs de partager du contenu à l'écran en cours d'appel, ce qui va vraiment singulariser cette plate-forme.

D'après Telefónica, il est vital que les opérateurs innovent plus rapidement et deviennent plus adaptables et réactifs vis-à-vis des clients. Telefónica ne manque pas de faire remarquer que les fournisseurs de services Internet et les développeurs d'applications « continuent d'avoir besoin de nous... nous aimons les appeler OTT, pour "Over-The-Telco". »

déterminer si une entreprise est en mesure de dérober les bénéfices de l'autre».¹²⁶

Un développement différent, mais qui y est apparenté, de l'ère numérique porte sur le phénomène de la coopération du côté de l'offre. Le fait que des développeurs et des programmeurs d'applications soient capables de produire des services vocaux et de données « gratuits », qui rivalisent de manière pérenne avec ceux d'opérateurs qui ont investi

considérablement dans des infrastructures de réseau, a conduit certains opérateurs à chercher à conclure des partenariats avec des acteurs internet. Cette démarche est bénéfique de part et d'autre : les développeurs d'applications Internet ont tout à gagner de la crédibilité et de l'influence de l'opérateur de réseau, tandis que pour l'opérateur mobile, il s'agit là de la possibilité d'acquérir une source de revenus provenant d'Internet.

¹²⁶ Ibid, page 55.

Concept clé n° 6

Le test SSNIP

Le test SSNIP est le principal test utilisé pour analyser la substituabilité et il sous-tend toute analyse de substituabilité. Cependant, devant l'émergence de produits qui sont gratuits au point d'utilisation, souvent fournis sur des marchés multi-plates-formes (Concept clé n° 7), l'applicabilité du critère SSNIP est remise en question.

Ce test SSNIP, « Small but Significant Non-transitory Increase in Price » : d'augmentation légère mais significative et non provisoire du prix, est l'outil analytique (quantitatif) standard pour définir le marché. Le marché se définit comme étant le plus petit ensemble de produits de substitution, de sorte qu'une augmentation du prix importante (généralement de l'ordre de 5 à 10 %) et non provisoire (généralement d'un an) par un monopoleur hypothétique serait *rentable*.

Les données probantes de la substituabilité du côté de l'offre et de celui de la demande pourraient être « quantitatives » ou « qualitatives ». Les données quantitatives sont tout ce qui peut s'exprimer par un nombre (tout ce qui est quantifiable). Les données quantitatives peuvent être représentées par des échelles ordinales, d'intervalle ou de rapport, et être analysées statistiquement. Les données qualitatives, quant à elles, ne peuvent pas s'exprimer de la même manière sous forme chiffrée, mais constituent néanmoins un type de mesure valable.

Parmi les exemples de *données qualitatives* utilisées en matière de définition de marché, on compte :

Les entretiens avec les clients et les entreprises concurrentes. Le but recherché est d'analyser leur réaction à un éventuel changement de prix, et de déterminer qui les entreprises concurrentes considèrent être leurs concurrents sur le marché.

- Les stratégies commerciales de ces entreprises qui opèrent sur le marché
- Dans quelle mesure les clients doivent faire face à des coûts de transfert élevés par rapport à la valeur du produit
- L'examen des caractéristiques du produit, bien qu'en fonction de la situation, il peut arriver que même des produits qui présentent des caractéristiques similaires peuvent ne pas forcément être des substituts (par ex. des appels téléphoniques aux heures de pointe et hors pointe).

Parmi les exemples de *techniques quantitatives* utilisées lorsqu'il s'agit d'envisager la *substitution du côté de la demande*, on peut citer (hormis le test SSNIP) la prise en compte des niveaux de prix des produits sur la durée, les élasticités-prix, les élasticités-prix croisés, l'analyse de la perte critique et les corrélations de prix, et les coûts de transferts ([les outils de définition de marché](#)).

Lors de l'examen de la *substitution du côté de l'offre*, deux questions se posent : selon quelle rapidité un fournisseur peut-il entrer sur un marché en réponse à un SSNIP (augmentation légère mais significative et non provisoire du prix), et dans quelle mesure cette entrée entraînera des coûts irrécupérables importants. Les éléments probants envisagés comportent les preuves historiques d'entrée, les informations provenant de fournisseurs existants et potentiels sur la possibilité technique d'entrer sur le marché, les coûts d'entrée et le moment d'entrée, et les données sur l'ampleur des capacités de réserve, le cas échéant.

Le test SSNIP est le test quantitatif standard utilisé en matière de définition du marché¹²⁹ et il est décrit à la Figure 20.

Implications de l'ère numérique

Dans les marchés multifaces (voir [Concept clé n° 7](#)), grâce aux technologies numériques et en l'absence de réglementation ou d'autres obstacles, les entreprises fixent les prix sur les différentes faces du marché. Toute la question reste de savoir quel prix le monopoleur hypothétique devrait-il augmenter. En effet, en raison des interrelations qui existent entre les demandes provenant des différentes faces du marché, il est difficile de se faire un avis quant à la rentabilité d'une augmentation légère mais significative et non provisoire du prix (un SSNIP). Le bénéfice d'un monopoleur hypothétique qui augmente le prix sur une face du marché est lié au bénéfice réalisé sur l'autre ou les autres faces du marché.

Il est possible que la fourniture de services gratuits soit financée soit par des subventions croisées (par ex. des modules complémentaires, des éléments payants d'un service), soit par une subvention provenant des clients qui sont plus rentables selon une mesure ou une autre et/ou par des activités publicitaires, comme dans le cas de Facebook. La question de savoir comment utiliser le test SSNIP sur des marchés numériques est donc inextricablement liée à la question de savoir comment définir les marchés multifaces (Concept clé n° 7). De façon générale, en présence de produits gratuits à première vue, il serait erroné (bien qu'il s'agisse là d'une erreur facile à faire) d'en conclure qu'il n'existe qu'un seul marché : celui avec les clients payants. On aurait tort aussi de supposer que des services gratuits et des services payants devraient relever de marchés distincts et qu'on pourrait ignorer les interrelations qui existent entre les

deux. En effet, les experts économiques ont conclu que des autorités de la concurrence « ont manqué de reconnaître la différence cruciale qui existe entre les marchés de transactions bifaces et les marchés indépendants de transactions bifaces, et se sont laissées fourvoyer par l'argument traditionnellement avancé que quand il n'y a pas de prix, il n'y a pas de marché ».¹²⁹

L'analyse théorique pour l'examen adéquat de l'application du test SSNIP à des marchés multifaces est toujours en train d'évoluer. Globalement, il est possible d'élargir la logique qui sous-tend le test traditionnel pour l'appliquer à un marché multiface, néanmoins il convient de repenser le test à proprement parler.¹³⁰

Une suggestion¹³¹ consiste à envisager séparément les « marchés de transactions » bifaces des « marchés indépendants de transactions » bifaces. La première catégorie comprend les plates-formes où les utilisateurs effectuent leurs transactions directement (comme les cartes de paiement, ou les systèmes d'exploitation). Sur ces marchés, la plate-forme peut facturer un prix d'adhésion et un prix pour son utilisation. La deuxième catégorie se caractérise par un échange entre les utilisateurs des deux faces, mais pas par une transaction.

Dans les marchés indépendants de transactions, dont les deux faces pourraient être définies comme étant des marchés distincts (mais, et il est essentiel de le préciser, des marchés interconnectés), il pourrait être possible d'appliquer le test SSNIP en envisageant la rentabilité d'une augmentation du prix d'abord sur une face du marché et ensuite sur l'autre. Dans les marchés de transactions bifaces, définis comme étant des marchés uniques, il pourrait être possible d'utiliser un test SSNIP pour valider la rentabilité d'une augmentation

¹²⁸ Bien qu'il faille l'appliquer mesurément, la prise en compte de ce qu'on appelle le « sophisme du cellophane » mentionné à la note en bas de page 58 ci-dessus risquerait d'aboutir aux mauvais résultats.

¹²⁹ Voir Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, Tilburg Law School Legal Studies, Document de recherche de la série n° 09/2013. (<http://ssrn.com/abstract=2240850>)

¹³⁰ Théoriquement, il serait possible de fonder un test SSNIP sur différents paramètres : que se passerait-il s'il était donné à un monopoleur hypothétique la possibilité d'accroître la qualité offerte, ou de baisser les paramètres de respect de la vie privée ?

¹³¹ Ibid, pages 40 et 41.

Figure 20: Tests utilisés pour définir les marchés

Le test SSNIP et la définition du marché

Le test SSNIP vise à établir le plus petit groupe de produits, et la plus petite zone géographique, où un monopoleur hypothétique pourrait tirer profit du maintien de prix dont le montant affiche une augmentation légère mais sensible par rapport aux niveaux des concurrents (dans la pratique, de l'ordre de 5 à 10%). Ce groupe de produits est défini comme étant le marché pertinent: Dès lors qu'un monopoleur hypothétique est capable de maintenir ses prix de manière rentable, il y a des chances que le marché candidat soit trop étroit et contienne trop peu de produits, et vice versa.

- S'il existe des substituts proches du côté de la demande ou de l'offre aux produits du monopoleur hypothétique, la rentabilité baissera après l'augmentation de prix du monopoleur. S'il est probable qu'un nombre suffisant de clients abandonnent le produit plus cher du monopoleur hypothétique de sorte que l'augmentation de prix cesse d'être rentable, il y a lieu de ne pas considérer ce marché hypothétique comme un marché pertinent.
- Pour analyser la substituabilité d'un produit du côté de l'offre, le test SSNIP apprécie les coûts nécessaires pour pénétrer sur le marché. Cela permet de déterminer dans quelle mesure une autre entreprise pourrait pénétrer sur le marché et offrir de meilleurs prix que l'entreprise en place. En particulier, il est plus probable qu'il y ait substituabilité dès lors que les coûts irrécupérables et les autres barrières à l'entrée sont faibles, permettant ainsi aux concurrents potentiels de s'implanter rapidement sur le marché en profitant des prix excessifs du monopoleur.
- Pour que deux produits appartiennent au même marché, il n'est pas nécessaire que la substitution puisse se faire aussi bien du côté de la demande que du côté de l'offre. Même en cas d'impossibilité de substitution du côté de l'offre, si les consommateurs peuvent facilement permuter entre des produits ou des services de remplacement (substitution du côté de la demande), ces produits ou services appartiennent au même marché (et l'inverse est vrai également).

Il convient alors de donner une définition plus large et plus générale de l'ensemble de produits vis-à-vis duquel un monopoleur hypothétique est présumé encore introduire un test SSNIP. Ce processus est répété jusqu'à ce qu'on définisse un ensemble de produits élargi qui permettrait au monopoleur hypothétique d'introduire de manière rentable une telle augmentation de prix. Aux fins de l'analyse antitrust, l'ensemble de produits vis-à-vis duquel le monopoleur peut tirer profit d'une hausse des prix constitue le marché pertinent.

du niveau de prix (c'est-à-dire la somme des prix payés pour la transaction par les deux parties).

Dans la pratique, il ne semble pas exister de précédent clair préconisant l'application d'une formule spécifique au marché biface pour effectuer le test SSNIP. L'application d'un

test SSNIP modifié dans un contexte biface nécessiterait des besoins en données accrues et une complexité renforcée. Comme l'a reconnu la Commission britannique de la concurrence (appelée dorénavant la « Competition and Markets Authority ») dans l'affaire BskyB/un

¹³² Ibid, page 33.

ITV¹³², il pourrait être possible d'avoir recours au cadre conceptuel du test SSNIP pour définir le marché pertinent « en s'appuyant au besoin sur une variété de données qualitatives et quantitatives. »

En l'absence de cadre clair pour un test SSNIP repensé, la nécessité de données

qualitatives revêt un rôle plus important. Il arrive souvent que les autorités de la concurrence entreprennent des sondages auprès des clients et des concurrents potentiels, afin d'analyser concrètement les points de vue des participants au marché quant aux produits de remplacement qui existent.

Concept clé n° 7

Marchés multifaces

Il est possible de considérer les réseaux d'opérateurs mobiles et les fournisseurs de services Internet comme étant des plates-formes que différents groupes d'utilisateurs utilisent pour échanger et créer de la valeur économique. De même, les services Internet peuvent être des marchés multifaces qui monétisent les données afin de financer des applications dites gratuites. Si un marché multiface est défini par erreur comme étant un marché monoface, il arrive souvent alors que l'analyse du marché porte sur les différents marchés pris séparément les uns des autres. Lorsque c'est le cas, les contraintes et les interactions qui existent entre les acteurs ne sont pas toutes relevées, ce qui a des répercussions sur l'évaluation du marché. Dans le cas de marchés multifaces, la définition du marché relève d'un exercice complexe et pourtant essentiel pour parvenir à une analyse correcte du marché.

Les marchés multifaces se caractérisent par deux (ou plusieurs) groupes d'utilisateurs qui échangent au moyen d'une plate-forme commune. La télévision est un exemple de plate-forme biface. D'un côté, les téléspectateurs souhaitent regarder du contenu. De l'autre, les annonceurs souhaitent vendre des produits à un public. Les réseaux de téléphonie mobile ont eux aussi été décrits comme étant une plate-forme sur un marché biface. Un groupe d'utilisateurs (ceux qui veulent passer un appel) peuvent se connecter à un autre groupe d'utilisateurs (ceux qui veulent recevoir un appel) via le réseau mobile.¹³³ Les fournisseurs de services Internet opèrent sur des marchés bifaces. Ils peuvent, en théorie tout du moins, facturer des prix sur la face du marché occupée par l'utilisateur et sur celle occupée par le fournisseur de contenu. Les implications de mesures réglementaires telles que la réglementation relative à la neutralité du réseau sont envisagées au chapitre [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 7, Discrimination abusive](#).

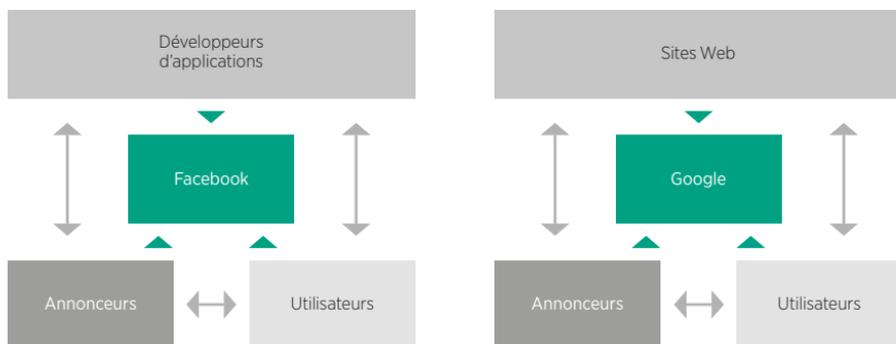
Dans l'écosystème numérique d'aujourd'hui, les services Internet opèrent dans un marché multiface où ils monétisent les données des consommateurs et vendent de l'espace publicitaire afin d'être en mesure de fournir aux consommateurs des services qui sont généralement gratuits au point d'utilisation.

Des exemples de marchés à triple face (stylisés) figurent sur la page suivante. Sur les marchés multifaces, chaque face représente une contrainte vis-à-vis de l'autre. Si c'est le cas, en fonction des circonstances, celles-ci devraient être incluses dans la définition de marché; le marché pertinent comprend deux faces ou plus. Dès lors que les faces du marché sont envisagées séparément, il est nécessaire que l'autorité ou le régulateur soit conscient de l'existence des interrelations qui existent entre les marchés distincts et il convient d'envisager les contraintes comme il se doit.

Implications de l'ère numérique

Les marchés traditionnels bifaces ont de plus en plus tendance à devenir des marchés

¹³³ En fait, la plupart des clients appellent et reçoivent des appels, si bien qu'il est possible de modéliser les marchés mobiles en utilisant des effets de réseau directs classiques.

Figure 21: Facebook et Google comme exemples de marchés à triple face

à triple face voire à quadruple face (des marchés « multifaces »). On retrouve ici aussi l'interaction visée plus haut entre les utilisateurs qui souhaitent élargir la communication et ceux qui souhaitent recevoir un appel ou un message, via le réseau de télécommunications. Toutefois la relation (la demande) qui existe entre les deux est également directement affectée par la présence d'applications Internet, qui fournissent les mêmes services que ceux de l'opérateur mobile.

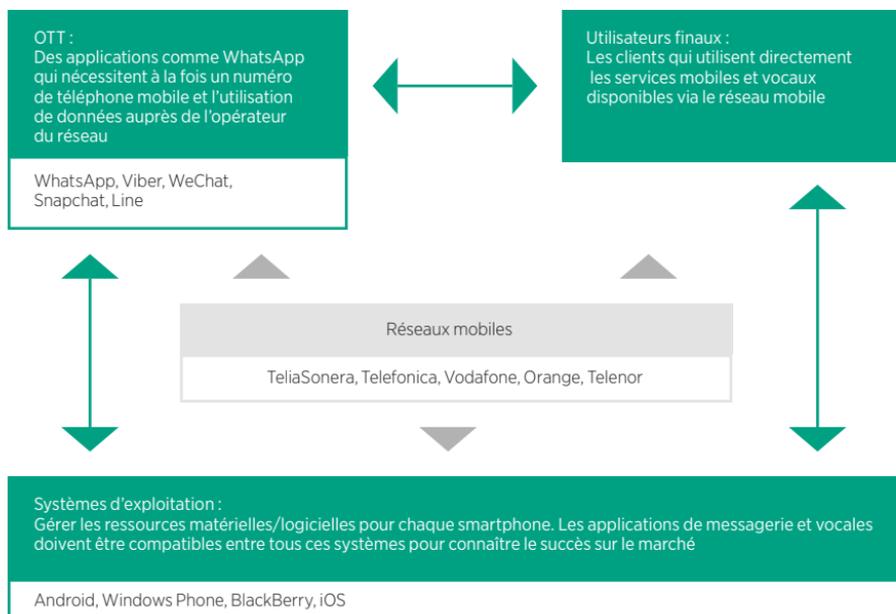
Il convient aussi d'envisager les systèmes d'exploitation à l'intérieur de cette structure du marché, car ils affectent directement les autres parties en présence. Cela tient au fait que certaines applications, comme FaceTime sur iOS par exemple, ne sont disponibles que sur un système d'exploitation spécifique. Par conséquent, le marché des services de communications vocales et de messagerie représente une interaction entre les opérateurs de réseau mobile et les utilisateurs finaux, qui s'ajoute aux interrelations qui se produisent entre ces acteurs, les applications Internet et les systèmes d'exploitation, qui sont visées à la page suivante.

En théorie de l'économie, d'aucuns ont réfléchi au meilleur moyen de définir (et d'analyser) des marchés multifaces. Une suggestion,

comme on l'a vu plus haut (Concept clé n° 6, le test SSNIP) consiste à faire la distinction entre les marchés de transactions et ceux qui sont indépendants de transactions.¹³⁴ On appelle plates-formes de « transactions » celles comme les systèmes d'exploitation où les utilisateurs (c'est-à-dire le développeur de l'application et son utilisateur) ont des transactions directement l'un avec l'autre, et la plate-forme peut théoriquement facturer aux deux leur adhésion à celle-ci et leur utilisation. On serait justifié de les définir comme étant un marché unique. Les plates-formes considérées comme « indépendantes de transactions » sont celles, à l'instar des marchés des médias, où les deux utilisateurs n'ont pas de transactions directes l'un avec l'autre. Dans ces cas-là, la plate-forme ne maîtrise pas parfaitement les prix relatifs pratiqués de part et d'autre, et il est possible d'y voir là la définition de marchés distincts, sous réserve que les interrelations qui existent entre les faces soient alors correctement appréciées et comprises.

Il importe donc que les régulateurs et les autorités de la concurrence soient vigilants à reconnaître les contraintes que chaque face exerce vis-à-vis de l'autre, et les effets de réseau croisé : plus une plate-forme compte d'utilisateurs, plus les annonceurs sont

¹³⁴ Pour une analyse approfondie, voir Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, citée.

Figure 22: Exemple de marché à double/triple face dans le secteur mobile¹³⁵

nombreux (et vice versa). Les implications qui en découlent sont importantes pour les enquêtes de concurrence : omettre d'envisager toutes les faces d'un marché et tous les acteurs pertinents qui y sont présents risque d'aboutir à des conclusions erronées. Dans la pratique, il s'est produit des cas concernant des marchés indépendants de transactions bifaces où l'autorité de la concurrence a omis de définir un marché pertinent de part et d'autre, en s'appuyant sur le fait que sur une face du marché, le produit est donné gratuitement (d'où la conclusion de l'absence de marché sur cette face).¹³⁶ Or en réalité, c'est précisément *parce que* le marché est biface que l'une d'elles ne paie pas : donner un produit gratuitement peut être une stratégie d'optimisation des bénéfices pour une entreprise, même

pour un monopoleur. En offrant un produit gratuitement, il est possible qu'une plateforme récupère la perte encourue sur l'autre face, pour finir par dégager des bénéfices plus élevés globalement. En effet, un échange de valeur peut avoir lieu en l'absence d'un prix monétaire : les renseignements personnels s'échangent souvent en contrepartie de services.

Les lignes directrices relatives au droit de la concurrence commencent à faire référence aux marchés multifaces. La Nouvelle-Zélande en est l'un des premiers exemples, où la Commission de la concurrence a actualisé ses lignes directrices en 2006 pour envisager les marchés multifaces. Son homologue allemande, la *Monopolkommission*, souligne dans son rapport

¹³⁵ À l'ère numérique, la place essentielle des ORM pour la prestation de services aux clients diminue de plus en plus, comme on l'a vu plus haut. Voir [Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#).

¹³⁶ Pour un tour d'horizon de la jurisprudence, voir *Ibid.*, pages 22 et suivantes.

Figure 23: La définition du marché dans un monde de convergence

La définition du marché dans un monde de convergence

Dans un monde de convergence, il est devenu de plus en plus difficile d'analyser les questions de définition du marché et les effets sur la concurrence.

Ainsi par exemple, lors de l'analyse du projet d'acquisition de Skype par Microsoft, la Commission européenne a dû examiner les effets de l'opération sur les communications des consommateurs et des entreprises en intégrant le large éventail de fonctionnalités (messagerie instantanée, appels vocaux et vidéo) sur différentes plates-formes (PC, smartphones, tablettes) et différents systèmes d'exploitation. La Commission a examiné les marchés bifaces pertinents, après avoir reconnu que se concentrer uniquement sur les marchés monofaces risquerait d'entraîner une définition trop étroite du marché.

Dans le secteur traditionnel des télécommunications, la Commission européenne a récemment dû regarder au-delà des goulets d'étranglement, pour se concentrer sur la théorie dite des « mavericks ». Autrement dit, elle s'est assurée que la pression concurrentielle subsiste dans un monde en consolidation. Par exemple, dans l'affaire T-Mobile Austria / tele.ring (comp / M.3916), la Commission a estimé que l'accord permettrait d'éliminer une entreprise concurrente qui imposait des pressions concurrentielles considérables sur T-Mobile et d'autres. L'autorité de la concurrence belge a appliqué la même théorie des mavericks lors de l'examen du projet d'acquisition par Belgacom de Scarlet, un fournisseur innovateur de DSL. Toutefois, lors de l'application de la théorie des mavericks, les autorités se sont penchées sur le paysage télécom existant et n'ont pas élargi leur analyse pour envisager les éventuelles pressions de l'innovation et concurrentielles venues d'ailleurs au sein de la chaîne de valeur numérique, ni n'ont cherché à déterminer si le maverick en question était doté d'un modèle commercial durable.

spécial de 2015 sur les marchés numériques¹³⁷ l'importance de marchés multifaces et la nécessité d'inclure dans son analyse toutes les faces d'une plate-forme, ainsi que les effets de réseau directs et indirects. Dans d'autres pays, en particulier au Moyen-Orient et en Afrique, il reste encore au concept de faire son apparition officielle.

Sur les marchés multifaces, chaque face représente une contrainte vis-à-vis de l'autre. Il a été noté que les hausses de prix sont moins rentables sur les marchés bifaces en raison de la présence d'effets de réseau indirects. Comme on l'a vu plus haut ([Concept clé n° 6](#),

[Le test SSNIP](#)), il y a le risque qu'un test SSNIP monoface indique faussement qu'une hausse de prix (par un monopoleur hypothétique) pourrait être rentable, ce qui pourrait aboutir à une définition incorrecte du marché (trop étroite). Ce problème a été reconnu lors de l'enquête sur la concentration entre Microsoft et Skype,¹³⁸ où les activités des parties à la concentration se chevauchaient sur le marché étroit de la messagerie vidéo et y détenaient une part de marché élevée, mais ont été décrétées non dominantes en raison de l'impact des marchés bifaces.

¹³⁷ Politique de la concurrence: La difficulté des marchés numériques. Rapport spécial de la Commission des monopoles en vertu de l'article 44(1)(4) de la loi de lutte contre les restrictions à la concurrence. Texte original complet (en allemand) à: http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf. Résumé disponible en anglais à: http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_summary.pdf.

¹³⁸ Affaire UE n° COMP/M.6281 – Microsoft/Skype. Règlement (CE) n° 139/2004. October 2011. Arrêt disponible à http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_20111007_20310_2079398_EN.pdf.

Des marchés multifaces peuvent être bénéfiques pour les consommateurs. Il est possible que le prix qui leur est facturé sur leur face du marché soit négligeable ou que le produit soit gratuit du fait de son financement croisé provenant de l'autre face du marché. Tant qu'il existe une transparence complète et que le consommateur est conscient de la présence du deuxième marché et des implications le concernant (comme par exemple la vente de ses données), alors on peut dire que le consommateur bénéficie d'un prix moindre.

Au Kenya, par exemple, Safaricom a mis à profit son pouvoir d'achat sur le marché mobile, provenant de l'accès à sa vaste clientèle, pour négocier un accord avec le fournisseur de téléphones mobiles Huawei en vue d'obtenir des smartphones Android à prix réduit. Cette réduction a été passée aux consommateurs, à qui il était demandé de payer 80 dollars par appareil. La première année, 350 000 abonnés ont profité de cette offre.

Concept clé n° 8 Contraintes indirectes – Marchés de gros et de détail

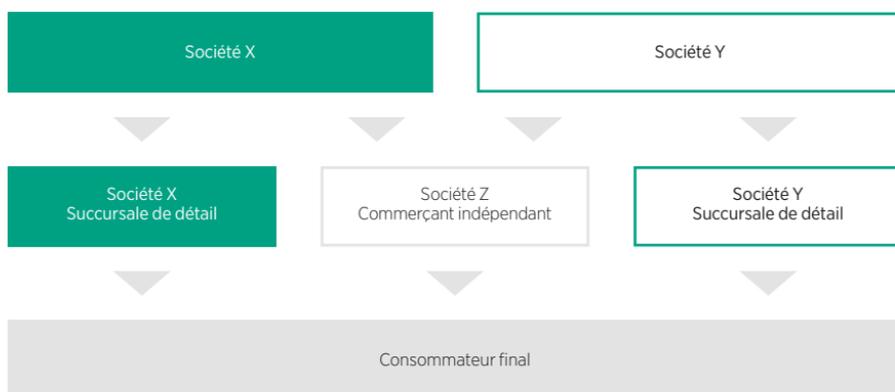
Le secteur des télécommunications comprend un segment de gros et un segment de détail. Au niveau du gros, la détention du réseau fixe a traditionnellement été considérée comme un facteur pour constater une position dominante. Cela a eu des impacts significatifs sur l'application de la réglementation et du droit de la concurrence au secteur. À l'ère numérique, la concurrence exercée au niveau du détail entrave la capacité d'exercer de la puissance de marché au niveau de gros, ce qui nécessite de revoir les catégories généralement acceptées en matière de politique de la concurrence.

Les marchés des communications comportent des éléments horizontaux et verticaux et, par conséquent, les marchés de gros en amont et de détail en aval sont définis dans les télécoms :

- Au niveau du gros, le marché peut se définir au moyen des produits offerts par les opérateurs de réseau d'accès à leur réseau
- Au niveau du détail, le marché pertinent des produits comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère être substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés

Dans la pratique, sur les marchés télécom à intégration verticale, la réglementation relative à la puissance significative sur le marché (PSM) (ou, dans certains pays comme l'Australie, l'accès) s'applique souvent au niveau du gros en amont, afin d'empêcher les opérateurs en amont d'influer sur la rentabilité des entreprises de détail en aval. Autrement dit, le but recherché est de limiter la possibilité d'une entreprise à intégration verticale de profiter de sa puissance de marché provenant du gros pour l'utiliser sur les marchés du détail. Il s'agit là de quelque chose de particulièrement important en matière de télécommunications, où les nouveaux venus et les revendeurs sont tributaires de la fourniture

Figure 24 : Exemple de secteur subissant des contraintes indirectes



des intrants de gros pour leurs propres offres de produits au détail.

Pour cette raison, les autorités de la concurrence et les régulateurs analysent souvent le degré des pouvoirs de marché qui existent en aval, avant d'analyser la position dominante ou la PSM en amont. Lorsqu'il s'agit de définir les marchés pertinents sur des marchés à intégration verticale, il est important d'étudier la substitution de la demande et de l'offre, tant au niveau du détail que du gros. Ceci s'explique par la possibilité que les fournisseurs de gros soient limités par des contraintes à la fois directes et indirectes.

À la Figure 24, la société X est l'unique fournisseur d'un intrant de gros intermédiaire X qui est fourni à sa demande et de détail en aval à intégration verticale (XR) ainsi qu'à des commerçants indépendants (Z). Il existe une structure similaire autour de l'intrant de gros intermédiaire Y. Il est possible que la société X soit limitée dans sa capacité à augmenter les prix pour l'intrant de gros intermédiaire X :

- De manière directe : Car la société Z pourrait substituer l'intrant X contre l'intrant Y de la société Y (substitution du côté de la demande) (ou si la société Y pouvait se mettre à fournir l'intrant X (substitution du côté de l'offre))
- De manière indirecte : En raison de la concurrence qui existe entre les produits au niveau du consommateur final, si la société X augmente le prix pour X, elle induit une pression à la hausse sur les prix de détail des entreprises utilisant l'intrant X, ce qui limite leur capacité à faire concurrence à celles qui utilisent l'intrant Y. L'effet d'une hausse de prix de X se traduirait par une diminution des ventes de X et une augmentation des ventes de Y alors que les consommateurs finaux optent pour les produits qui utilisent l'intrant Y en faveur de l'intrant plus cher X. Cela se produit même si X et Y ne sont pas forcément directement substituables, et en particulier

dans les cas où les prix de détail et de gros de l'opérateur à intégration verticale sont limités par une interdiction de compression des marges.

Même si les clients de gros ne parviennent pas à faire de substitution entre des produits alternatifs, il est possible qu'un nombre suffisant de consommateurs soient à la fois désireux et en mesure de le faire, rendant ainsi toute augmentation des prix de gros non rentable. En d'autres termes, la capacité d'exercer de la puissance de marché sur des réseaux de gros peut être entravée par des activités qui se produisent au niveau du détail et qui agissent à la manière d'une contrainte indirecte en raison de la nature verticale des marchés des communications. Il convient de tenir compte de ce facteur, éventuellement dans le cadre de la définition du marché.¹³⁹

En résumé, en plus de la substitution qui se produit du côté de l'offre et de la demande, le comportement d'un monopoleur hypothétique (ou de la société en place) en termes de fixation des prix se trouve limité parce que les produits de gros sont liés les uns aux autres par l'intermédiaire du marché de détail.

Implications de l'ère numérique

Alors que les marchés du détail commencent à converger, les contraintes indirectes imposées aux produits de gros vont augmenter, pour aboutir à un potentiel renforcé d'élargissement des définitions de marché de gros.

À mesure que les services Internet s'améliorent en termes d'accessibilité et de qualité de service, on s'accorde de plus en plus à reconnaître qu'ils pourraient également faire partie du même marché de détail, qui peut inclure également, en fonction des circonstances, les fournisseurs de services de radiodiffusion et d'audiovisuel. Dans ce cas-là, lors de la définition des marchés de gros, il y a lieu d'envisager les contraintes indirectes exercées au niveau du détail

¹³⁹ Traditionnellement, dans le système européen de la réglementation de PSM, les contraintes indirectes sont prises en compte à l'étape de l'analyse

Figure 25: Les contraintes indirectes et le processus de définition du marché

Les contraintes indirectes et le processus de définition du marché

Lorsqu'une entreprise en amont subit des contraintes réelles quant aux conditions de l'offre de l'intrant intermédiaire par la concurrence indirecte qui s'exerce en aval, il convient normalement d'en conclure que l'entreprise en question ne détient ni une position de puissance de marché significatif ni une position dominante. Lors de l'examen des contraintes indirectes, comment la substitution de détail doit-elle être prise en compte dans la définition des marchés de gros ? Deux approches sont possibles :

La première consiste à inclure les contraintes directes et indirectes dans la définition de marché : Cela revient à calculer les parts de marché en se reportant aux parts du marché en aval qui sont desservies par l'intrant intermédiaire. Cette approche reflète l'objectif économique de la définition du marché, à savoir identifier toutes les contraintes concurrentielles auxquelles l'entreprise concernée doit faire face. Elle est également compatible avec le test SSNIP pour la définition de marché, étant donné que les contraintes indirectes se répercutent sur l'élasticité de la demande de produits en amont provenant de l'entreprise en aval (**Concept clé 6**). Cette approche présente comme problème le risque d'induire un certain degré d'artificialité dû à l'élargissement horizontal du marché en aval afin de refléter les contraintes qui se produisent sur le marché en amont, et de là d'en déduire les parts de marché en amont provenant du marché en aval. Il s'agit là d'une approche analogue à celle adoptée par les États-Unis quant à la substitution du côté de l'offre dans les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales.¹⁴⁰ Aux États-Unis, le marché est uniquement défini en ce qui concerne la substitution du côté de la demande. Les calculs tiennent compte du risque de diversion de la capacité vers le marché en réponse à un test SSNIP sous réserve qu'elle se produise dans un délai d'un an.

La seconde approche consiste à inclure uniquement les contraintes directes dans la définition de marché, mais d'envisager les contraintes indirectes pour analyser la puissance de marché : Dans la théorie, cette approche est moins solide mais elle est motivée par des considérations pratiques comme la relative difficulté de calculer l'impact des contraintes indirectes par rapport aux contraintes directes. Elle peut être utile comme exercice préliminaire de sélection de produit, mais elle ne donne pas des informations complètes sur les conditions de concurrence du marché. Cette approche a dans un premier temps été préconisée par la Commission européenne dans un certain nombre de commentaires sur la définition de marché au titre du cadre réglementaire de 2006 pour les communications électroniques. C'est elle qui fut adoptée dans l'affaire Schneider,¹⁴¹ pour finir par être rejetée par le Tribunal de première instance qui a exigé l'adoption de la première approche. De là, la Commission a adopté la première approche dans l'affaire GE / Honeywell.¹⁴²

¹⁴⁰ Lignes directrices du ministère américain de la Justice et de la FTC « Horizontal merger guidelines » émises en 1992 et révisées en 1997 et « commentary on the horizontal merger guidelines 2006 »

¹⁴¹ Jugement du Tribunal européen de première instance dans l'affaire Schneider T-310/01 et GE / Honeywell T-210/01

¹⁴² Affaire n° COMP/M.2220 General Electric / Honeywell.

Pour éviter certaines des préoccupations d'artificialité, les lignes directrices australiennes relatives aux concentrations¹⁴³ adoptent une approche légèrement différente. Lorsque des possibilités de substitution au niveau aval restreignent les décisions sur les prix en amont, on aboutit à la définition d'un marché fonctionnel unique pour les niveaux en amont et en aval.

Figure 26: Deutsche Telekom – Convergence fixe-mobile¹⁴⁴

Deutsche Telekom – Convergence fixe-mobile

Au début de 2006, l'opérateur allemand Deutsche Telekom a introduit un service national de convergence fixe-mobile, baptisé T-One, avec un téléphone qui pouvait être utilisé avec la technologie fixe et mobile. Il a ensuite lancé son service de substitution fixe-mobile en 2007, @Home, qui s'est avéré plus populaire.

En 2014, Deutsche Telekom a introduit un autre produit qui stimule la convergence fixe-mobile, son routeur hybride, qui combine les technologies DSL et LTE. Un autre facteur important de la convergence fixe-mobile porte sur les antennes-relais d'intérieur de petit format, appelées femtocellules et picocellules.

provenant aussi bien d'applications Internet que de services traditionnels.

Parallèlement à cela, la question de savoir si les appels fixes et mobiles appartiennent ou non au même marché fait toujours débat. Alors que la qualité de service est similaire et que des constats de substituabilité par le client se font jour, d'aucuns estiment que la substitution du fixe vers le mobile est suffisamment avancée pour que les appels fixes et mobiles relèvent d'un seul et même marché. D'autres considèrent que les appels fixes et mobiles devraient être complémentaires. Cette question est envisagée plus loin, au chapitre [Du fixe au mobile : Substituts ou compléments ?](#)

Substitution Internet-SMS et substitution voix sur IP («appels Internet» ou «VoIP»)

Un autre exemple de contraintes indirectes porte sur le développement d'applications Internet de messagerie instantanée, qui présentent une alternative gratuite à un SMS

d'opérateur, ne nécessitant qu'une connexion Internet pour fonctionner. Étant donné que ces applications sont généralement disponibles gratuitement, elles exercent une contrainte indirecte sur les prix de gros de télécommunications. Il est probable que les consommateurs remplaceront leurs SMS par ces formes alternatives gratuites de messagerie instantanée si les prix de SMS de gros venaient à augmenter.

Un même argument peut être avancé pour les services VoIP. Les applications VoIP, comme Whatsapp, Skype ou Viber, sont utilisées comme substituts à des produits d'appels standard.

Les préoccupations d'ordre général que les opérateurs en viennent à restreindre l'accès par les clients aux applications Internet dans tous les cas ne sont pas fondées, du fait qu'une telle stratégie risque de s'avérer extrêmement peu rentable. Les consommateurs portent généralement leur choix sur les systèmes

¹⁴³ Lignes directrices relatives aux concentrations de la Competition and Consumer Commission d'Australie, juin 2006

¹⁴⁴ Telecoms.com. «Femtocells drive fixed mobile substitution.» Juin 2007; <http://telecoms.com/6021/femtocells-drive-fixedmobile-substitution/>.

Figure 27: Point de vue d'Ofcom sur la substitution fixe-mobile¹⁴⁵

Ofcom: Substitution fixe-mobile de détail

Le régulateur britannique Ofcom a fait savoir que les volumes des communications vocales fixes avaient baissé dans la plupart des pays au cours des cinq ans allant de 2004 à 2009. Aux États-Unis et au Japon, les volumes d'appels sur ligne fixe ont baissé de 46 % au cours de cette période, alors qu'au Royaume-Uni cette baisse était de 18 %. Dans son rapport de 2011, Ofcom a émis pour la première fois la possibilité d'une substitution de l'accès fixe-mobile.

Une enquête de consommation d'Ofcom a constaté qu'au Royaume-Uni, en France et en Allemagne, la plupart des utilisateurs du haut débit mobile possèdent également une connexion fixe au haut débit mobile, les consommateurs utilisant le haut débit fixe à domicile et le haut débit mobile dans leurs déplacements. Une étude séparée d'Ofcom a observé qu'au Royaume-Uni, ce sont les jeunes, et ceux qui vivent en location, qui sont les plus susceptibles d'utiliser le haut débit mobile au lieu du haut débit fixe.

Toutefois, dans certains pays, comme en Australie par exemple, la plupart des utilisateurs du haut débit mobile y trouvent là leur unique connexion au haut débit. En Italie, le taux d'utilisation du haut débit mobile est élevé, aussi bien comme unique connexion à Internet qu'en complément au haut débit fixe. Plusieurs facteurs permettent d'expliquer ce fort taux d'utilisation du haut débit mobile comme unique service : le manque de disponibilité de services de haut débit fixe (ce qui historiquement a été le cas en Australie), un taux élevé de ménages n'utilisant que la téléphonie mobile (comme c'est le cas aux États-Unis et en Italie), la forte disponibilité de réseaux mobiles à haut débit (les services HSPA sont largement disponibles en Australie et en Italie, et aux États-Unis aux côtés de services LTE), le prix relatif des services de haut débit fixe et de haut débit mobile, ainsi que des caractéristiques démographiques (par ex., comme on l'a vu plus haut, les jeunes qui vivent en location sont les plus susceptibles d'adopter le haut débit mobile).»

d'exploitation, les appareils et les applications, non pas sur les services des opérateurs, ce qui rend d'autant plus difficile tout exercice de puissance de marché de la part des opérateurs. Ce phénomène est expliqué plus en détail ci-dessous au chapitre [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 7: Discrimination abusive](#) et [Comprendre les goulets d'étranglement, Concept clé n° 2](#). En tout état de cause, même si un opérateur mobile pouvait bloquer l'accès aux consommateurs, un mobile peut se connecter à un réseau wifi pour passer un appel à l'aide d'une application Internet (contournement Internet ou OTT).

Les autorités de réglementation et de la concurrence ont été réticentes à envisager

les contraintes indirectes exercées par les fournisseurs Internet. Ceci s'explique par le fait qu'en règle générale, il est nécessaire que les contraintes se produisent sur le même marché de détail que le fournisseur en aval de l'entité intégrée, et la définition du marché n'a pas été élargie afin d'inclure sur le même marché les acteurs internet et les services traditionnels. Il faudrait par exemple que les services vocaux sur Internet figurent sur le même marché que les services vocaux fixes et mobiles. Les régulateurs ont souvent invoqué les différences de qualité de service pour expliquer la raison d'envisager les marchés comme étant distincts. Cependant, à mesure que la qualité de ces applications va s'améliorer (sous l'impulsion

¹⁴⁷ Ofcom, « *The communications market 2007, 2008, 2011 and 2013.* »

Figure 28 : Point de vue de l'ORECE sur la substitution fixe-mobile et les contraintes indirectes¹⁴⁶

Point de vue de l'ORECE sur la substitution fixe-mobile

L'Organe des régulateurs européens des communications électroniques, l'ORECE, a produit un rapport sur l'impact de la substitution fixe-mobile dans la définition de marché, en se concentrant principalement sur les marchés du détail. Il en a conclu que la substitution fixe-mobile est en train de s'accroître en Europe, bien que dans une mesure différente en fonction des facteurs propres à chaque pays.

L'ORECE a constaté que dès 2011, la plupart des autorités réglementaires nationales européennes (les ARN) avaient pour le moins envisagé d'inscrire dans un même marché les services fixes et mobiles (bien qu'à cette époque, une seule ARN (RTR-Autriche) n'eût conclu à l'existence d'un marché unique).

Les ARN ont invoqué les motifs suivants à continuer de définir les marchés séparément :

- Différences de caractéristiques : prix, largeur de bande, mobilité et limites d'usage.
- Différences dans les habitudes d'utilisation : par ex. les clients de haut débit fixe utilisent le service de façon plus intensive et exigent des largeurs de bande plus élevées.

L'ORECE a toutefois relevé que l'impact de la substitution fixe-mobile sur le marché de gros dépendait de sa prédominance au niveau du détail. Il a fait remarquer que, bien que la substitution fixe-mobile soit plus susceptible de s'appliquer au niveau du détail que du gros, son existence au niveau du détail peut influencer le niveau du gros par l'exercice de contraintes indirectes, ce qui pourrait avoir des incidences sur l'analyse de la concurrence sur le marché du gros.

Il a également souligné que même en l'absence de définition d'un marché unique, le degré de substituabilité potentielle risquait toujours d'imposer une contrainte aux opérateurs. À ce titre, il convient d'en tenir compte (i) au moment d'analyser le test à trois critères pour imposer la réglementation *ex ante*; (ii) lors de l'analyse de la puissance significative sur le marché; (iii) quand des ARN réfléchissent aux obligations appropriées à imposer au marché.

en partie de l'augmentation des vitesses de données disponibles sur les appareils mobiles), les arguments tenant à la qualité de service risquent de perdre de leur pertinence, et on pourrait en venir à considérer que les services Internet et les services traditionnels appartiennent au même marché de détail. Dans ce cas-là, Internet pourrait s'avérer exercer une contrainte indirecte sur les réseaux télécoms en amont.

Du fixe au mobile: Substitués ou compléments?

La question de savoir si les appels vocaux fixes et mobiles sont des substitués ou des compléments les uns vis-à-vis des autres fait débat, et il convient d'examiner chaque cas selon ses mérites. D'un côté, les travaux de recherche de certains opérateurs¹⁴⁷ semblent indiquer que pour les services de données, l'accès fixe et l'accès mobile sont des compléments plutôt que des substitués. Ces opérateurs soulignent que tant que les données

¹⁴⁶ ORECE, Rapport sur l'impact de la substitution fixe/mobile dans la définition de marché, décembre 2011.

¹⁴⁷ Notamment, Orange

mobiles ne sont pas vendues de manière illimitée, il n'y a pas possibilité de substitution adéquate entre l'accès fixe et l'accès mobile. En effet, les autorités et les régulateurs n'ont pas constaté de preuves empiriques convaincantes de substitution de l'accès,¹⁴⁶ en raison des disparités de qualité du service / des vitesses de données et du fait que le mobile est un support dans un marché contesté.

De l'autre, les défenseurs d'une tendance à la substituabilité soulignent que certains appareils mobiles sont dorénavant capables de commuter sans problème entre un réseau mobile et des réseaux wifi préprogrammés. Avec l'avènement

de la 4G, un consommateur peut bénéficier d'une expérience similaire sur son téléphone mobile, comme sur sa tablette ou son PC et peut même ne pas se rendre compte de son mode de connexion entre la technologie mobile, câblée ou de ligne fixe. Alors que les vitesses de données mobiles, câblées et de ligne fixe commencent à converger et que les réseaux wifi et mobiles sont accessibles depuis une variété d'endroits, il est bien possible que la différenciation entre les marchés d'accès à large bande s'estompera en même temps que les contraintes indirectes se renforceront.

¹⁴⁶ Bien que les autorités dans les pays de l'UE relèvent une tendance à la substituabilité, il reste des régulateurs et notamment dans beaucoup de pays du Moyen-Orient, comme la TRA d'Oman et la CRA du Qatar, qui continuent de distinguer dans leur définition le marché fixe et le marché mobile. Dans l'affaire *Slovak Telekom COMP/AT.39523*, la Commission européenne n'a pas défini un marché unique des services fixes et mobiles.

Concept clé n° 9

La chaîne de substitution

Il est possible que deux produits qui ne sont pas des substituts directs puissent appartenir au même marché si chacun est le substitut d'un autre produit qui est le même. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire que deux produits soient en concurrence directe l'un vis-à-vis de l'autre pour appartenir au même marché pertinent.

Si deux produits, A et C, peuvent tous deux être substitués par un produit B, ceux-ci doivent appartenir au même marché pertinent, même si A et C ne sont pas des substituts directs. Les lignes directrices de l'UE sur l'analyse de marché pour les services de communications électroniques relèvent que la théorie de la « chaîne de substitution » est particulièrement pertinente au secteur des télécommunications. En employant ce concept, des produits qui à première vue semblent appartenir à des marchés différents peuvent en fait relever du même marché.

Lors de l'examen des arguments de la chaîne de substitution, il convient de noter que le processus de définition des marchés pertinents peut se trouver encore plus compliqué par l'existence de substitution asymétrique (à sens unique) (voir [Concept clé n° 4](#)).

Implications de l'ère numérique

Les arguments de la chaîne de substitution sont particulièrement pertinents pour définir les marchés où la différenciation entre les produits se fonde sur la « qualité ». Par exemple, dans le cas des réseaux de téléphonie mobile, même s'il existe des fournisseurs monopolistiques de chaque génération (par exemple, un marché consistant en un fournisseur de 2G, un de 3G et un de 4G), les contraintes que ces services exercent les uns sur les autres devraient aboutir à la définition d'un marché unique. Par exemple, sur le marché de la téléphonie vocale mobile, il se peut que le fournisseur de 4G fasse peser une contrainte concurrentielle sur les actions du fournisseur de 3G. Par ailleurs, le prix des services 3G peut entraver la stratégie du fournisseur de 2G. Par conséquent, selon la théorie de la chaîne de substitution, il y a lieu que ces interrelations aboutissent à la définition

Figure 29 : La chaîne de substituabilité dans le secteur de la télévision

La chaîne de substituabilité dans le secteur de la télévision

L'OPTA, le régulateur télécom néerlandais, a invoqué l'argument de la chaîne de substituabilité dans un contexte de définition de marché.

Le marché néerlandais de la télévision analogique et numérique se compose de câblodistributeurs locaux implantés dans différentes régions. Les consommateurs d'une région donnée sont contraints de choisir le câblodistributeur de la région. Toutefois, un câblodistributeur offre également des services de télévision par le biais d'une antenne qui est accessible dans toutes les régions.

En appliquant l'argument de la chaîne de substituabilité, chaque câblo-opérateur est contraint par la pression concurrentielle exercée par l'opérateur de l'antenne. Il convient donc de définir un seul marché unique, qui regroupe tous les câblo-opérateurs et l'opérateur de l'antenne.

d'un marché unique pour les produits vocaux pour la 2G, la 3G et la 4G.

Les arguments de la chaîne de substitution peuvent suggérer que des produits de différentes qualités pourraient appartenir au même marché, même si les consommateurs de part et d'autre de l'éventail de qualité ne voient

pas la qualité du service opposé comme un substitut direct. Il en va ainsi quand des groupes de consommateurs jugent comme étant des substituts deux ou trois produits adjacents au sein de la chaîne de qualité et une fois ces arguments combinés, on en vient à la définition d'un marché unique.

Figure 30: Chaîne de substitution – évolution des arguments en Afrique du Sud

Chaîne de substitution – évolution des arguments en Afrique du Sud

Les arguments de la chaîne de substitution ont été mis en avant, officiellement et officieusement, pour analyser les diverses concentrations sur Internet qui se sont produites en Afrique du Sud.

- 2004 – Mweb / Tiscali – L'autorité de la concurrence a défini les marchés en fonction des groupes de consommateurs, non pas des technologies. Un « marché d'implantation à domicile » a été défini, qui ne faisait pas de distinction entre le haut débit et la ligne commutée. Or si cette différenciation avait été faite, il est possible que la concentration n'aurait pas été approuvée, étant donné que les parts de marché auraient semblé bien plus élevées sur l'un des marchés. Officieusement, l'autorité de la concurrence a utilisé l'argument de la chaîne de substitution, en faisant valoir que les clients pourraient commuter entre les marchés du haut débit et de la ligne commutée suite à des variations de prix. L'autorité de la concurrence n'a pas tenu compte de l'impact de l'Internet mobile, car il ne se trouvait que dans les toutes premières phases de son développement.
- 2006 – Telkom / BCW – L'autorité de la concurrence a décrété que le mobile n'était pas un substitut à des lignes fixes louées. Elle a déclaré que WiMAX ne constituait pas un bon substitut technique car le haut débit disponible n'était que limité et représentait un substitut commercial médiocre, étant dépourvu de garanties ou de contrats de niveau de service. Cette décision allait dans le même sens que celles prononcées par l'Union européenne à cette époque-là, mettant en avant le rôle important de la qualité dans la définition de marché.

Figure 31: La chaîne de substitution dans la concentration H3G / Telefonica Ireland

Marché pertinent dans la concentration H3G / Telefónica Ireland

Dans son arrêt concernant l'affaire H3G / Irlande Telefónica, la Commission européenne a défini un marché unique pour la fourniture de services de télécommunications mobiles, sans identifier de marchés distincts en fonction de la technologie employée (par ex., 2G, 3G et 4G).

Concept clé n° 10

Les offres groupées dans la définition du marché

Les offres groupées, le dégroupage et la recombinaison des offres ne sont pas des phénomènes exclusifs au secteur des télécommunications. La question de savoir s'il convient de définir le marché pertinent comme étant constitué par les offres groupées plutôt que par les produits qui composent ces offres, est une question très importante, mais en cette ère numérique, elle ne devrait pas se limiter aux services de télécommunications. La définition du marché a une incidence sur l'évaluation du marché, comme on le voit au chapitre suivant (Analyse de la puissance de marché).

Les offres groupées consistent à regrouper plusieurs produits ensemble pour en faire un seul produit combiné.¹⁴⁹ Ces offres groupées ne changent en rien les principes fondamentaux sur lesquels il convient de définir les marchés, à savoir :

- L'offre groupée A se trouve-t-elle sur le même marché que l'offre groupée (ou les offres groupées) B ?
- L'offre groupée A se trouve-t-elle sur le même marché qu'un élément autonome (ou plusieurs d'entre eux) B ?

La réponse à la première question relève d'un exercice ordinaire de définition de marché, en se fondant sur chaque marché pris séparément : il n'existe aucune différence conceptuelle entre le fait d'envisager deux offres groupées et deux produits simples. La deuxième question nécessite de déterminer si la fourniture d'une offre groupée peut être limitée par l'offre d'un élément individuel de l'offre groupée en question. Pour cela, il est nécessaire d'effectuer une analyse de la substituabilité entre la fourniture d'offres groupées et celle d'offres dégroupées, afin de pouvoir déterminer s'il existe un marché

unique pour la fourniture de l'offre groupée ou s'il existe des marchés distincts. Pour faire simple : si la définition du marché aboutit à la conclusion que deux produits appartiennent à *des marchés différents*, il est possible que l'acteur dominant qui regroupe le produit original à un autre produit se livre à une pratique anticoncurrentielle. Si les deux produits appartiennent *au même marché*, il est peu probable que cette pratique soit abusive, voir [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 10, Les ventes groupées en matière d'analyse du marché](#). Par exemple, dans l'affaire Tetra Pak II¹⁵⁰ Tetra Pak a cherché à prouver que l'équipement pour l'emballage des liquides était indivisible des briques en carton, et que par conséquent il n'y aurait rien d'abusif à interdire que ses pratiques excluent l'utilisation dans les machines de Tetra Pak de briques en carton de fabrication indépendante. Cet argument n'a pas eu gain de cause.

L'analyse détaillée de la définition du marché en présence de ventes groupées mixtes est fournie à la Figure 32. Il s'agit là d'un problème relativement technique, et par conséquent il vaut la peine de s'arrêter quelques instants sur son mode de fonctionnement dans la pratique.

¹⁴⁹ La théorie économique stipule qu'il y a trois principaux types d'offres groupées, à savoir : (i) les ventes groupées pures : Les produits sont vendus uniquement sous forme de package dans des proportions fixes, (ii) les ventes groupées mixtes : Les produits sont disponibles sous forme de package ou individuellement, mais le package est vendu au rabais, et (iii) les ventes groupées liées : L'acheteur d'un produit (le produit maison) est tenu d'acheter un autre produit (le produit lié). Il est possible d'acheter le produit lié séparément.

¹⁵⁰ Affaire C-333/94 P, [1996] ECR I-5951, discuté ci-dessus [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n°10, Les offres groupées dans l'évaluation du marché](#).

Figure 32: Définition des marchés en présence de ventes groupées mixtes

Définition des marchés en présence de ventes groupées mixtes

En appliquant le test SSNIP (**Concept clé n° 6**), la question pertinente en matière d'analyse standard de la concurrence est la suivante :

Le fournisseur monopolistique d'une offre groupée A+B serait-il empêché d'introduire une augmentation de prix permanente, faible mais significative, devant la menace que les clients préfèrent se mettre à acheter chaque élément séparément ? Il sera utile de réunir des données probantes en vue de déterminer combien parmi les acheteurs des différents composants, il y en a à acheter également les autres. Deux réponses sont possibles :

La première consiste à dire que le monopoleur hypothétique ne serait pas restreint, ce qui indique l'existence d'un marché distinct pour la fourniture de l'offre groupée ou de cette offre groupée + d'autres très similaires. Cela pourrait se passer, par exemple, si l'offre groupée est vendue moyennant un rabais significatif par rapport à la somme des prix des composants, ou s'il existe des avantages de qualité à acheter les produits ensemble sous forme d'offre groupée. Ou il peut s'agir d'un cas où les consommateurs attachent une valeur importante à la commodité d'acheter sous forme d'offre groupée, grâce aux coûts de transaction moindres.

Sinon l'autre réponse consiste à dire que le monopoleur hypothétique de l'offre groupée serait restreint d'augmenter ses prix face à la menace de substitution en faveur de composants individuels. Dans ce cas-là, le test SSNIP s'applique de manière séquentielle. Si le monopoleur de l'offre groupée (A+B) est restreint, alors :

- Le fournisseur monopolistique hypothétique de l'offre groupée A+B et de l'un des composants individuels (par ex. le produit A) serait-il restreint ? La réponse dépendra des faits. Si nous supposons que A et B ne sont pas substituables, les consommateurs désireux d'acheter le produit A n'ont pas d'autre choix que d'acheter auprès du monopoleur hypothétique. La menace de substitution en faveur du produit B n'est pas crédible. Il est donc possible de définir un marché pertinent pour la fourniture de l'offre groupée A+B et la fourniture du produit individuel A.
- Il conviendra d'appliquer à nouveau le test du monopoleur hypothétique pour chaque permutation des marchés pertinents possibles. Le test pourrait montrer qu'il existe un marché pertinent pour la fourniture de l'offre groupée A+B et la fourniture de B. Une question pratique se pose quand une offre groupée consiste en un plus grand nombre de composants. S'il existe une offre groupée A+B+C+D, celle-ci pourrait se trouver sur quatre marchés pertinents.
- L'analyse pourrait également indiquer qu'il existe, par exemple, (i) un marché pertinent pour la fourniture de l'offre groupée A+B et la fourniture de A, et (ii) un marché pertinent distinct pour la fourniture de A à titre autonome. On peut ainsi supposer par exemple l'existence d'un marché unique pour la fourniture d'une offre groupée de téléphonie et de télévision payante, et la fourniture de téléphonie. Si un nombre important d'utilisateurs du service de téléphonie autonome ne sont pas intéressés par la télévision payante, il n'y a aucune chance à ce que l'offre groupée soit pour eux un bon substitut. Il se peut donc qu'un monopoleur hypothétique de services de téléphonie autonomes ne soit pas restreint par l'existence de l'offre groupée.

Implications de l'ère numérique

Dans le secteur des communications, les ventes groupées sont souvent perçues comme relevant principalement d'un phénomène lié aux télécommunications. En effet, dans beaucoup de pays, les services fixes, mobiles et de haut débit sont dorénavant fournis de manière regroupée, phénomène qualifié de « triple play ». Face au renforcement de la convergence, le triple play est souvent fourni aux côtés de la télévision payante, pour devenir ainsi ce qu'on appelle le « quad play ». Ces services groupés sont fournis sur les plates-formes principales (exemple : fixe, mobile, terrestre, câble et satellite) et emploient la technologie de convergence de la distribution.

Cependant, comme on l'a vu plus haut ([Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#)), quand Facebook est en mesure de regrouper des offres sur différentes plates-formes et d'offrir aux annonceurs le produit « engagement du consommateur » sur ces plates-formes, Facebook propose à ses annonceurs un produit sous forme d'offre groupée. Il conviendra de procéder à une analyse appropriée au cas par cas des implications que cela va avoir pour déterminer s'il convient d'y voir là une évolution préoccupante, compte tenu de l'ensemble des faits. On retrouve des offres groupées dans l'ensemble de la chaîne de valeur numérique et elles ne se limitent pas seulement aux services de quadplay et de triple play qui font amplement débat.

Les offres groupées se présentent à la fois sous forme de ventes groupées mixtes et de ventes groupées pures et peuvent être réalisées de diverses façons, comme l'explique la Figure 33.

À mesure que la prévalence des offres groupées se développera, il va être nécessaire d'envisager si les marchés devraient être définis en termes d'offres groupées en même temps que des produits autonomes ou séparément

d'eux. Tout dépend des caractéristiques du produit concerné et des marchés pertinents géographiques, et toute analyse doit se faire au cas par cas. Au niveau du détail, une question qui mérite d'être posée est de savoir si le client s'est rendu compte, ou aurait dû se rendre compte, qu'il achetait une offre groupée. Une question pertinente serait donc de savoir si, lors de l'achat d'un smartphone qui utilise le système d'exploitation Apple iOS, l'acheteur le fait « *en sachant qu'il achète dans l'écosystème d'Apple* », ¹⁵¹ qui comprend l'appareil (iPhone, iPod, iPad et le matériel qui va avec), le système d'exploitation et l'App Store, y compris les applications créées et approuvées par Apple. S'il répond par l'affirmative, il se peut bien que le marché pertinent soit l'offre groupée. S'il répond par la négative, alors les marchés sont distincts, avec toutes les conséquences que cela entend pour l'évaluation du marché en termes d'abus (en fonction des faits de l'espèce, l'augmentation des coûts pour que le consommateur puisse opter pour un autre produit en lui refusant la portabilité du contenu peut constituer une pratique abusive). Le présent Manuel s'intéresse à cet aspect dans d'autres chapitres : [Analyse de la puissance de marché, Concepts clés n° 8 \(Exclusion abusive\)](#), [9 \(Effet de levier de la puissance de marché entre les marchés\)](#) et [10 \(Les offres groupées dans l'évaluation du marché\)](#). Voir aussi [Comprendre les goulets d'étranglement, Concepts clés n° 6 \(Applications internet fermées\)](#), [5 \(Systèmes d'exploitation et boutiques d'applications\)](#).

Si les marchés de détail sont définis en termes d'offres groupées, il se pose alors la question de savoir s'il existe aussi un marché de gros pour les intrants en amont de l'offre groupée concernée. Il s'agit là d'une question de fait. Si les intrants de gros sont achetés auprès de différentes parties, il y a moins de chance qu'il existe un marché d'intrants constitués d'offres groupées de gros.

¹⁵¹ Voir Neil Brown, *iCompete?*, http://neilzone.co.uk/masters/tel_theme_3_report.pdf_mars_2011.

Figure 33: Exemples d'offres groupées dans la chaîne de valeur numérique

Méthode	Exemples
Contractuellement : Sur exigence contractuelle de vente, les produits ne sont disponibles qu'ensemble, et aucun rabais n'est offert en cas d'achat d'un seul produit.	<p>Les smartphones sont vendus préchargés avec des applications.</p> <p>Les contrats de télévision payante Premium sont offerts avec des chaînes de base.</p> <p>Le haut débit fixe s'accompagne généralement d'appels vocaux.</p> <p>Les opérateurs mobiles et fixes offrent des services Internet complémentaires.</p> <p>Les services vocaux sur Internet fournissent une fonctionnalité vidéo.</p> <p>Abonnement à un journal ou une revue avec accès en ligne.</p>
Techniquement : Les produits sont intégrés techniquement et peuvent être difficiles, voire impossibles, à séparer.	<p>Un système d'exploitation est techniquement vendu groupé avec un smartphone ou une tablette.</p> <p>L'accès aux boutiques d'applications n'est possible qu'à partir d'un système d'exploitation donné.</p>
Commercialement : En cas de vente groupée mixte par une entreprise, la remise peut être si élevée que le consommateur choisit d'acheter les produits ensemble.	<p>Achat d'un appareil moyennant un contrat post-payé.</p> <p>Achat d'une box de télévision lors de l'achat de services de télévision Premium.</p>
Par d'autres moyens : Comme par le refus d'honorer une garantie selon des conditions équivalentes.	<p>L'obtention d'une réparation d'appareil auprès d'un revendeur non autorisé peut annuler la garantie.</p> <p>Le « déverrouillage » d'un appareil pour l'utiliser sur un autre réseau peut annuler sa garantie.</p>

Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique

Après la définition de marché, la prochaine étape d'une enquête réglementaire ou de la concurrence consiste à analyser le marché. Le présent Manuel ne se propose pas d'envisager les problèmes qui surviennent dans le cas d'accords potentiellement anticoncurrentiels. Dans les domaines de la réglementation de la puissance significative de marché (PSM), du contrôle des concentrations et d'abus potentiel de position dominante, l'évaluation du marché nécessite (i) de mesurer l'ampleur de la puissance de marché qu'une ou plusieurs entreprises détiennent sur ce marché et (ii) de déterminer si l'existence de la puissance de marché fait subir des préjudices au consommateur (ou des préjudices potentiels pour le consommateur, en matière de contrôle des concentrations), que la réglementation ou le droit de la concurrence devra rectifier. Si le droit de la concurrence suffit pour remédier aux problèmes, alors la réglementation n'a pas lieu d'être.

Contexte

La puissance de marché se définit comme étant la capacité d'une entreprise à agir indépendamment de ses concurrents, de ses clients et de ses fournisseurs et, au bout du compte, des consommateurs finaux. À l'ère

numérique, il est possible que la capacité des opérateurs de télécommunications à exploiter la puissance de marché se trouve diminuée. La Figure 34 récapitule les problématiques en jeu.

Le débat

Cette section identifie les questions clés à prendre en compte par les législateurs et les régulateurs, tout en servant d'introduction aux concepts clés discutés dans la section suivante.

En quoi l'intensification de la numérisation se répercute-t-elle sur les facteurs pris en compte pour l'analyse de la puissance de marché (puissance significative sur le marché (PSM) et PSM collective, position dominante et position dominante conjointe, diminution significative de la concurrence)?

À l'ère numérique, il est nécessaire de réévaluer les facteurs traditionnels pour procéder à l'analyse de la puissance de marché. Bien que chaque cas soit différent et que chaque marché géographique et chaque marché de produits se trouvent à différents stades de libéralisation, qui nécessite une approche au cas par cas, en règle générale, la détention de parts de marché importantes sur les marchés traditionnels des télécoms (et en particulier dans le secteur du mobile) ne signifie pas pour autant que les intervenants sont dominants, si la définition du marché tient compte de tous les facteurs

Figure 34: Enjeux clés associés à la définition du marché à l'ère numérique

	Général	Enjeux relatifs à l'ère numérique
Puissance de marché: Position dominante individuelle, conjointe/PSM individuelle, collective. Tests des concentrations	<p>Différence entre position dominante, puissance significative sur le marché et diminution de la concurrence dans le domaine du contrôle des concentrations.</p> <p>Position dominante individuelle par rapport à position dominante conjointe.</p>	La complexité de l'évaluation du marché croît en même temps que celle de la définition du marché. Des répercussions s'en font sentir sur les facteurs pour établir l'existence de la puissance de marché.
Marché géographique	<p>La part de marché constitue le point de départ pour analyser la puissance de marché.</p> <p>Il convient aussi d'analyser plusieurs autres mesures en plus, comme par exemple les barrières à l'entrée et le contre-pouvoir des acheteurs.</p>	<p>À l'ère numérique, il est difficile d'analyser les parts de marché en s'appuyant sur les mesures traditionnelles des revenus.</p> <p>Les barrières traditionnelles à l'entrée et à l'expansion semblent être réduites à l'ère numérique. Les droits de propriété intellectuelle sont en train de devenir une source essentielle de puissance de marché. Le potentiel de détention de goulet d'étranglement traditionnel dans le but de causer des préjudices aux consommateurs est en train de reculer.</p>
Abus de position dominante	<p>En droit de la concurrence, c'est l'abus de position dominante qui est interdit.</p> <p>En réglementation de PSM, l'existence de la puissance significative sur le marché entraîne une mesure corrective.</p>	Certaines catégories d'abus sont particulièrement pertinentes à l'ère numérique. L'analyse de la jurisprudence dans l'UE révèle que le comportement des opérateurs de télécommunications traditionnels a fait l'objet d'un examen attentif, alors que les OTT y ont échappé (comme par exemple en ce qui concerne l'utilisation d'informations obtenues dans un but, mais utilisées dans un autre).
Effet de levier de la puissance de marché	Il est possible que la puissance de marché sur un marché soit exploité sur un autre.	Il est possible que les possibilités d'exploiter la puissance de marché sur les marchés de télécoms traditionnels diminuent en raison de l'affaiblissement des goulets d'étranglement traditionnels. Alors que les entreprises s'élargissent de plus en plus vers des marchés adjacents, il leur est donné la possibilité d'exploiter la puissance qu'elles ont sur le marché.
Offres groupées	<p>Les offres groupées permettent à la fois de réaliser des gains d'efficacité et de causer des préjudices aux consommateurs.</p> <p>Les autorités de la concurrence sont parfaitement conscientes des barrières à l'entrée qui peuvent être créées par les offres groupées, comme par exemple dans les affaires d'offres groupées concernant Microsoft.</p>	<p>Les offres groupées gagnent du terrain à l'ère numérique, mais dans certains cas, elles deviennent plus difficiles à discerner.</p> <p>Les offres groupées permettent d'exploiter de la puissance de marché entre plusieurs marchés.</p> <p>Elles peuvent dresser une barrière à l'entrée si un intrant essentiel n'est pas fourni de manière autonome ou à un prix approprié.</p>

pertinents et de tous les produits substituables. Dans certains cas, il convient aussi de tenir compte des obstacles à l'entrée et à l'expansion. De plus en plus de contraintes indirectes freinent la possibilité de tirer parti entre d'une part le marché des télécoms de gros et d'autre part le marché des télécoms du détail. Dans le secteur des télécoms, et plus particulièrement dans le secteur du mobile, l'accès au réseau ne confère pas le même degré de puissance de marché en raison de l'existence du détournement opéré par Internet, tandis que le contrôle des clients par les acteurs Internet pourrait créer un nouveau goulet d'étranglement. ([Concept clé n° 2 Position dominante/PSM](#), [Concept clé n° 3 Concentrations SLC / SIEC](#), [Concept clé n° 4, Aspects collectifs/conjoints](#)).

Dans quelle mesure les propriétaires de réseau peuvent-ils tirer parti d'une puissance de marché sur les nouveaux marchés du détail numériques ?

Bien que théoriquement, les opérateurs tout comme les systèmes d'exploitation pourraient restreindre l'accès aux réseaux, la concurrence est telle que cette stratégie serait très probablement vouée à l'échec. Désormais, ce que les consommateurs choisissent, ce sont les systèmes d'exploitation, les appareils et les applications qu'ils veulent avoir, non pas les services offerts par les opérateurs, de sorte qu'il est bien plus difficile pour ces derniers de se distinguer des nouveaux acteurs sur le marché et d'exercer la moindre puissance sur le marché. ([Concept clé n° 5 - Mesure de la puissance de marché](#)).

Les mesures correctives traditionnelles de la puissance significative sur le marché en termes d'accès ont-elles toujours lieu d'être à l'ère numérique ?

De nos jours, les marchés de détail en aval, en particulier, tendent à être à faces multiples, tandis que les nouveaux acteurs viennent eux aussi restreindre le comportement des opérateurs au niveau du gros. L'idée d'imposer aux opérateurs de télécommunications des obligations générales en matière de réglementation du PSM risque de ne pas saisir les nuances qui existent à l'ère numérique. Du fait que la réglementation de la puissance significative sur le marché n'est imposée qu'aux opérateurs de télécoms, l'imposition de mesures correctives en matière de PSM risque de fausser les règles du jeu en faveur des acteurs Internet, en raison de la présence de nouveaux goulets d'étranglement qui échappent à la réglementation de PSM.

La consolidation est-elle davantage un problème dans le secteur des télécoms que dans d'autres secteurs à l'ère numérique ?

Chaque concentration nécessite d'être appréciée selon ses propres mérites. De manière générale, il est cependant possible de discerner un plan de mesures correctives qui seraient imposées aux opérateurs mobiles comme condition à une concentration. Il semble que les autorités de la concurrence accordent davantage d'attention aux consolidations qui s'opèrent dans le secteur mobile en cette période de changements dynamiques sur le marché. Cet aspect est abordé au [Concept clé n° 3 : Concentrations : SLC / SIEC, Consolidation dans le secteur mobile](#).

Concepts clés

Plusieurs facteurs sont à envisager pour toute analyse de la puissance de marché. Voici une liste des concepts clés qui permettent de comprendre l'approche adoptée par les autorités en matière de puissance de marché.

Concept clé n° 1

[Analyse du marché dans la pratique](#)

Concept clé n° 2

[Position dominante / PSM](#)

Concept clé n° 3

[Concentrations : SLC / SIEC](#)

Concept clé n° 4

[Aspects collectifs / conjoints](#)

Concept clé n° 5

[Mesure de la puissance de marché](#)

Concept clé n° 6

[Exploitation abusive](#)

Concept clé n° 7

[Discrimination abusive](#)

Concept clé n° 8

[Exclusion abusive](#)

Concept clé n° 9

[Effet de levier de la puissance de marché](#)

Concept clé n° 10

[Les offres groupées dans l'évaluation du marché](#)

Concept clé n° 1

Analyse du marché dans la pratique

Il est nécessaire de revoir les méthodes traditionnelles d'analyser la puissance de marché. Chaque marché est différent, et sur certains marchés, le maintien de la réglementation de l'accès/de PSM peut se justifier. Toutefois, en règle générale, dans les pays où il existe, le droit de la concurrence peut tout aussi bien s'appliquer (à tous les acteurs dominants, à toutes les ententes anticoncurrentielles), et pas seulement au secteur des communications. En fonction des circonstances, des problèmes semblables peuvent survenir dans d'autres secteurs de l'économie, comme par exemple ceux des services bancaires, du commerce du détail (supermarchés), de l'assurance (automobile, habitation, santé), des services publics, de l'informatique, des logiciels et des applications. Il est important de mieux comprendre les tout derniers développements survenus en matière d'application du droit de la concurrence de manière générale, quel que soit le secteur.

La définition de marché fournit le contexte dans le cadre duquel la situation concurrentielle sur un marché est analysée au stade de l'évaluation du marché. Les questions à poser sont les suivantes:

- En matière de réglementation, pour les pays qui tiennent compte de ce qu'on appelle la puissance significative sur le marché, existe-t-il un opérateur puissant qui détient une PSM? En raison du processus de définition du marché expliqué ci-dessus ([Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 2, Marché de produits](#)), un opérateur ne devrait normalement pas détenir de PSM (être puissant sur le marché) si les marchés tels qu'ils sont définis sont susceptibles de tendre vers une concurrence effective au cours de l'examen, et si le droit de la concurrence, et en particulier l'interdiction de l'abus de position dominante, ne suffira pas pour remédier aux problèmes. Voir le Concept clé n° 2 dans cette section, [Position dominante/PSM](#)
- Dans les affaires d'abus de position dominante, existe-t-il le moindre acteur qui est dominant sur le marché pertinent (défini)? Si c'est le cas, l'acteur dominant abuse-t-il de sa position dominante? Ce qui est interdit n'est pas le fait qu'une entreprise, ou qu'un certain nombre d'entreprises ensemble, soient dominantes sur un marché. Ce qui est interdit, c'est l'abus de cette position dominante Voir [Concept clé n° 2](#)
- Dans les affaires de contrôle des concentrations, la concentration va-t-elle avoir pour conséquence d'entraîner une diminution substantielle de la concurrence (le critère SLC, substantial lessening of competition) ou une entrave significative à une concurrence effective (le critère SIEC, significant impediment of effective competition) sur un marché pertinent (défini)? Cela se produit si une entreprise peut causer des préjudices aux consommateurs lorsqu'elle acquiert de la puissance de marché (effets incoordonnés) ou si la structure du marché après la concentration aboutit à une situation de position dominante conjointe (effets coordonnés, voir [Concept clé n° 4](#)), ou pour d'autres raisons, par exemple, s'il est probable que la concentration entraînera l'interdiction d'accès (ou l'exclusion) de concurrents. Voir [Concept clé n° 3](#) dans cette section

La Figure 35 illustre la procédure d'évaluation du marché.

Par conséquent, au stade de l'évaluation, l'autorité ou le régulateur envisage :

- tout d'abord si les entreprises sont puissantes sur le marché ou sont susceptibles d'acquérir de la puissance de marché en conséquence de la concentration, et ensuite
- si :
 - elles pourraient faire un usage abusif de cette puissance de marché (en vertu de la réglementation de PSM); ou si
 - elles ont en fait bel et bien abusé de leur puissance de marché dans le passé (et risquent d'en abuser à l'avenir à moins de ne leur imposer une mesure corrective (dans les affaires d'abus de position dominante)); ou si
 - une concentration est susceptible d'entraîner une diminution substantiel de la concurrence.

L'évaluation du marché doit tenir compte des gains d'efficacité. Sur les marchés dynamiques à évolution rapide, il est tout particulièrement important de tenir compte des gains d'efficacité dynamiques. Cette question est abordée plus loin au chapitre [Adoption de gains d'efficacité dynamiques](#).

L'examen complet des cas possibles d'abus de la puissance de marché débordé du cadre du présent manuel. En droit de la concurrence, on dit souvent (et cette classification a été adoptée dans les textes universitaires et codifiée dans les Lignes directrices européennes relatives aux exclusions abusives¹⁵²) que les abus de position dominante peuvent être :

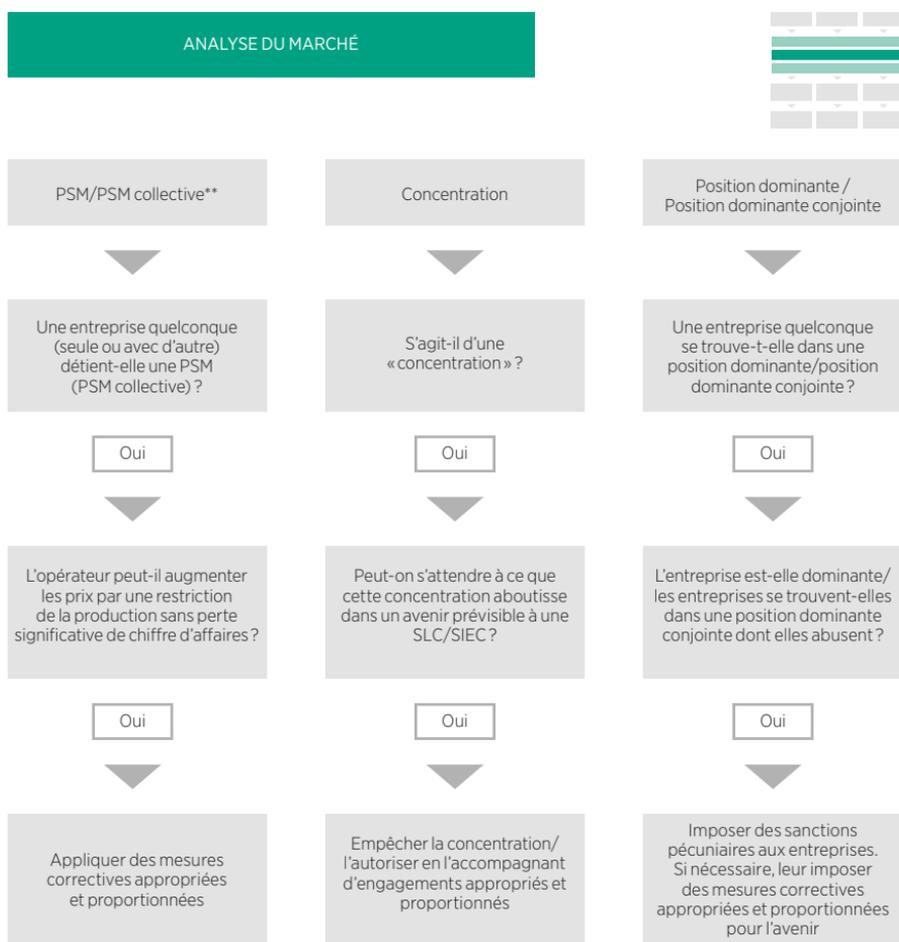
- *À effet d'exploitation (exploitation abusive)* : en vue d'exploiter une position dominante existante, par ex. en imposant des prix excessifs (voir [Concept clé n° 6](#))
- *Discriminatoire (Discrimination abusive)* : exerçant une discrimination à l'encontre des concurrents. Traditionnellement, la discrimination par les prix était la principale catégorie de discrimination abusive, bien que les coupures d'approvisionnement à certaines catégories de clients aient également été considérées comme une discrimination abusive potentielle. (voir [Concept clé n° 7](#))
- *À effet d'exclusion (Exclusion abusive)* : souvent exercé dans le but de parvenir à une position dominante. Il s'agit là de la catégorie d'abus qui pose le plus de problème, car il comporte des comportements qui, dès lors qu'ils sont adoptés par une entreprise dépourvue de puissance de marché, sont parfaitement légitimes, mais qui sont potentiellement illicites s'ils sont adoptés par des entreprises dominantes. On peut donner comme exemples les prix prédateurs et les rabais de fidélité. (voir [Concept clé n° 8](#))

Dans une certaine mesure, ces catégories se chevauchent. Le refus d'offrir l'accès à une facilité essentielle peut être discriminatoire et à effet d'exclusion.¹⁵³ L'effet de levier de la puissance de marché peut être perçu comme un abus à effet d'exploitation et à effet d'exclusion. L'entreprise exerce de la puissance de marché sur un marché et est par conséquent en mesure de lier un autre produit à un produit qui est dominant, et excluant par là même les concurrents de ce marché (secondaire). Des actions de levier s'appliquent parfois dans le cas d'entreprises intégrées verticalement (par ex. une entreprise dotée d'une puissance

¹⁵² Voir par exemple les lignes directrices de la Commission européennes en matière de concentrations : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/>.

¹⁵³ La puissance significative sur le marché des entreprises de télécommunications est souvent réglementé pour l'accès à leurs réseaux, bien que dans certains pays, le défaut d'accorder l'accès ait abouti au constat d'abus de position dominante. À titre d'exemples, la commission roumaine de la concurrence a infligé à Vodafone et à Orange une amende de 3% de leur chiffre d'affaires en 2011 pour défaut d'autorisation d'accès à leurs réseaux. (Voir : http://www.consiliulconcurentiei.ro/uploads/docs/items/id7454_mr_cornel_gradinariu_presentation_competition_in_the_telecommunication_sector_ro_experience_and_recent_case_law.pdf).

Figure 35: Analyse du marché en matière de politique de la concurrence



** Il est à noter que dans l'Union européenne, un marché ne devrait pas être défini comme se prêtant une analyse de PSM sauf s'il a été constaté qu'il existe des barrières à l'entrée élevées/non transitoires et que le droit de la concurrence ne suffit pas pour remédier aux problèmes.

de marché de gros qui tente de l'élargir en aval), ou d'entreprises tentant d'élargir leur puissance dans un marché connexe (dans le cas de contrôle des concentrations, on parle alors de «effets de conglomérat»).

Parmi les catégories spécifiques de levier, on compte: la compression de la marge, particularité des enquêtes sur la concurrence dans le secteur des télécommunications, en particulier au niveau de l'UE, qui peut être considérée comme discriminatoire et à effet

d'exclusion.¹⁵⁴ ([Concept clé n° 9](#)); les ventes liées et groupées ([Concept clé n° 10](#)).

Implications de l'ère numérique

L'analyse de la puissance de marché dépend de la définition du marché. Dès lors qu'un marché est défini, il est possible d'envisager la nature de la concurrence qui s'exerce sur ce marché en s'appuyant sur l'analyse des données qualitatives et quantitatives disponibles sur le marché. Du fait que le secteur des communications est en constante mutation, ce n'est pas forcément parce qu'il possède les infrastructures traditionnelles d'accès qu'un opérateur détient forcément de la puissance de marché. Les goulets d'étranglement traditionnels sont eux aussi en train de changer. Les applications Internet n'ont pas besoin d'intrants de gros de la part des opérateurs mobiles, ce qui limite leurs possibilités d'exercer de la puissance de marché. Même si techniquement, il lui serait possible de refuser l'accès à des applications Internet, tout opérateur qui restreint les services Internet risque de perdre de grands nombres de ses clients en faveur d'un opérateur qui, lui, l'autoriserait. Par conséquent, en fonction des circonstances données des marchés et des opérateurs pertinents, il est possible qu'il faille revoir la réglementation traditionnelle de la puissance significative sur le marché en matière d'accès et si les marchés se révèlent être véritablement compétitifs, de décider de l'éliminer.

Dans des marchés en mutation rapide, et dès lors que les circonstances concurrentielles le permettent, une analyse au cas par cas en vertu des règles de la concurrence a plus de chance d'aboutir à une concurrence plus

efficace et à de meilleurs résultats pour les consommateurs, qu'une intervention réglementaire ex ante appliquant les règles de la puissance significative sur le marché. En effet, toute intervention réglementaire directe sur le marché, non étayée par des données claires, peut avoir pour effet de fausser la structure d'incitation des entreprises (par exemple en faussant les incitations à investir, ou en induisant un comportement tarifaire différent), et de nuire aux consommateurs ce qui généralement se traduit par une perte de bien-être.

Parallèlement à cela, des règles de concurrence d'application générale, dès lors qu'elles sont disponibles, devraient s'appliquer à tous les fournisseurs de services, aussi bien des télécoms que d'ailleurs. Une évaluation adéquate de la position concurrentielle sur le marché peut montrer la puissance de marché détenu par des développeurs, des propriétaires de système d'exploitation (par le biais de brevets) et des fabricants de smartphones (surtout s'ils sont verticalement intégrés – des acteurs comme Apple sont intégrés dans les appareils, les systèmes d'exploitation et logiciels). Une société qui possède de la propriété intellectuelle à chaque étape de la chaîne de valeur peut tirer parti de sa puissance sur le marché en amont pour l'exercer sur le marché en aval du fait de sa position en tant que propriétaire, ce qui souligne toute l'importance de la propriété intellectuelle à l'ère numérique. Cette question est étudiée de manière plus approfondie dans [Comprendre les goulets d'étranglement](#).

Par conséquent, l'application des règles de concurrence a plus de chance d'aboutir à des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs, en veillant à ce que les mêmes services soient assujettis aux mêmes règles.

¹⁵⁴ On parle de compression de la marge quand il y a exercice de la puissance de marché sur les marchés en amont et en aval. Pour conclure à une compression de la marge, il est nécessaire de prouver comme suit: (i) la position dominante en amont (l'intrant est d'importance essentielle pour les concurrents); et (ii) des marges en aval non rentables en raison de prix de gros excessifs pour l'intrant ou de prix prédateurs au détail et la pratique est suffisamment répandue pour causer des préjudices aux concurrents.

Concept clé n° 2

Position dominante / PSM

Il convient de tenir compte des facteurs dynamiques pour désigner un opérateur puissant ou constater une position dominante. Il est possible que les parts de marché se révèlent moins importantes quand les marchés sont correctement définis pour inclure tous les services substituables. Les barrières à l'entrée peuvent changer, de nouveaux goulets d'étranglement remplacent les anciens. En matière de réglementation de PSM, les régulateurs doivent faire extrêmement attention à effectuer une évaluation du marché au cas par cas, qui soit à la fois approfondie et prospective.

Dans l'UE, position dominante et puissance significative sur le marché sont définis dans des termes équivalents, comme le montre la Figure 36 ci-dessous. Des définitions équivalentes se retrouvent aussi dans un certain nombre d'autres pays.¹⁵⁵

La réglementation en matière de télécommunications relative à la puissance significative sur le marché et à l'abus de position dominante repose sur des principes similaires. Il est néanmoins important de faire la distinction entre les deux régimes. Comme indiqué au chapitre [Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 1](#), la pratique de la définition du marché diffère selon que l'enquête repose sur un axe donné (une plainte par exemple), ou comme c'est le cas en matière de réglementation de PSM, selon que le point de départ est une liste de marchés de haut niveau que le processus autorise, par élimination, à venir sur un marché qui devrait être réglementé. Dans le premier cas, le processus de définition du marché a de plus fortes chances d'aboutir

à un marché plus restreint qu'au titre de la réglementation de PSM.

L'évaluation du marché diffère elle aussi.

- Dans le domaine de la réglementation de PSM en Europe, la question « se mesure essentiellement en faisant référence à la puissance de l'entreprise concernée à augmenter les prix par une restriction de la production sans perte significative des ventes ou du chiffre d'affaires »,¹⁵⁶ s'il y a eu désignation d'opérateurs puissants sur le marché, la réglementation de PSM européenne exige d'imposer un recours réglementaire.
- Dans les cas d'abus de position dominante, la question qui se pose est de savoir si une ou plusieurs entreprises ont abusé de leur position dans le passé.¹⁵⁷ Une autorité de la concurrence « peut être confrontée à plusieurs exemples de comportement sur le marché, chacun étant indicatif de puissance de marché »,¹⁵⁸ contrairement à un

¹⁵⁵ Par exemple, au Brésil : « Une position dominante est présumée lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises est en mesure, que ce soit unilatéralement ou conjointement, de transformer les conditions du marché, ou quand elle contrôle 20% ou plus du marché pertinent, à condition que la CADE puisse modifier ce pourcentage pour des secteurs spécifiques de l'économie » (Article 36, paragraphe 2 de la loi 12529/11); aux fins de la réglementation de PSM : une « position qui permet d'influencer de manière significative les conditions d'un marché pertinent » (Article 4, paragraphe XIII du Plan général pour les objectifs de concurrence, édicté par l'Agence nationale des télécommunications (ANATEL)). Au Bahreïn, la loi sur les télécommunications qualifiée de « position dominante » les deux cas de figure, ce qui peut être source de confusion. Voir l'article 52, pour une décision qu'un opérateur est en position dominante (PSM), et l'article 65, pour les enquêtes en droit de la concurrence.

¹⁵⁶ Orientations de la Commission européenne pour l'évaluation de la puissance de marché, para. 73, 2002/C 156/03

¹⁵⁷ et par conséquent les considérations de gains d'efficacité dynamiques par exemple, peuvent être moins pertinentes qu'en vertu de la réglementation de PSM, bien que si des mesures correctives sont imposées pour l'avenir, il convienne également d'envisager les gains d'efficacité dynamiques. Voir ci-dessous, [Adoption de gains d'efficacité dynamiques](#)

¹⁵⁸ Orientations de la Commission européenne pour l'évaluation de la puissance de marché, para. 73, 2002/C 156/03.

régulateur lorsqu'il envisage d'appliquer ou non la réglementation de PSM. Si à la suite de l'enquête, un abus est constaté et il est estimé nécessaire d'imposer des mesures correctives autres qu'une sanction pécuniaire, il y aura lieu de tenir compte des gains d'efficacité et d'autres circonstances atténuantes

Lorsqu'il s'agit d'envisager les mesures correctives :

- En matière de réglementation de PSM dans l'UE, des mesures correctives doivent être imposées aux opérateurs PSM à la fois au titre de la directive « accès » (article 8) qu'au titre de la directive « service universel » (article 17, paragraphe 2). Les obligations doivent « reposer sur la nature du problème identifié », être « proportionnelles » et « justifiées à la lumière des objectifs » à atteindre par le régulateur, comme le souligne la directive « cadre ». Sous le régime actuel de l'UE, les objectifs sont les suivants :
 - Promouvoir la concurrence, notamment en assurant le prix, le choix et la qualité les meilleurs pour les consommateurs grâce à une concurrence effective, des investissements efficaces dans l'infrastructure (voir ci-dessous, [Adoption de gains d'efficacité dynamiques](#) et [Concept clé n° 2, PSM et Position dominante, Promouvoir le fonctionnement efficace des marchés](#)) et la gestion des ressources
 - Contribuer au développement du marché intérieur, notamment en éliminant les obstacles aux services et réseaux paneuropéens et en garantissant une pratique réglementaire cohérente dans l'ensemble de la communauté
 - Promouvoir les intérêts des citoyens de l'Union européenne, notamment en garantissant l'accès universel et en protégeant les droits des consommateurs

et en particulier ceux ayant des besoins spéciaux

Comme le soulignaient les orientations révisées de l'ERG (appelé maintenant l'ORECE) relative à l'imposition de mesures correctives,¹⁵⁹ « *tandis que la directive « accès » se concentre essentiellement sur la promotion de la concurrence (d'un point de vue aussi bien statique que dynamique en encourageant des investissements efficaces et l'innovation), les intérêts des consommateurs et le marché intérieur sont quant à eux inscrits au cœur de la directive « service universel »* ».

- Si un abus de position dominante est constaté, l'autorité de la concurrence ordonne la cessation de l'abus (et peut imposer une sanction pécuniaire à l'entreprise dominante, qui, dans la plupart des juridictions nationales, s'élève jusqu'à 10% du chiffre d'affaires).¹⁶⁰ Dans l'UE, l'article 7 du règlement n° 1/2003 habilite la Commission à imposer toute mesure correctrice de nature structurelle et comportementale. Celle-ci doit être « proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. » Dans les cas d'abus de position dominante, la Commission peut ordonner que l'entreprise accomplisse un acte qu'elle avait jusque-là refusé à tort d'exécuter (par ex. fournir un accès à une facilité essentielle)

On retrouve la même chose dans plusieurs autres pays, où les détails divergent mais où les notions de position dominante et de puissance significative sur le marché sont distinctes (si définis de manière équivalente). Par exemple, au Brésil :

- En vertu de la réglementation de PSM, des mesures réglementaires asymétriques peuvent être imposées aux opérateurs puissants dans le cadre du plan général pour les objectifs de concurrence et d'autres

¹⁵⁹ http://pfs.is/upload/files/erg_06_33_remedies_common_position_june_06.pdf, page 23

¹⁶⁰ Dans la pratique, plusieurs cas sont maintenant résolus en invoquant la procédure dite d'engagement, en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003, ce qui signifie que les engagements sont offerts et acceptés à un stade préliminaire d'une enquête. Dans ces cas-là, les entreprises ne sont pas condamnées à une sanction pécuniaire et l'engagement est en fait de nature réglementaire.

Figure 36: Position dominante et PSM dans l'UE

- Dans l'Union européenne et dans les pays qui ont adopté un système de droit de la concurrence basé sur leur homologue européen, la définition de la position dominante en droit de la concurrence se fonde sur la jurisprudence des tribunaux européens et elle est codifiée dans le glossaire européen de 2002 des termes employés dans le domaine de la concurrence : « Une entreprise est en position dominante si elle est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, de ses clients et de ses fournisseurs et, au bout du compte, du consommateur final. Une entreprise en position dominante détenant une telle puissance sur le marché aurait la capacité de fixer les prix au-dessus du niveau de compétitivité, de vendre des produits de qualité inférieure ou de réduire son taux d'innovation en dessous du niveau qui existerait dans un marché concurrentiel. »
- Aux fins de la réglementation de PSM, l'article 14 de la directive « cadre » définit la puissance significative sur le marché dans des termes équivalents, comme suit : « Une entreprise est considérée comme disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, elle se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'elle est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs ».

règlements spécifiques édictés par ANATEL, l'agence nationale des télécommunications. Lorsqu'elle établit ces mesures, ANATEL doit tenir compte, entre autres, des facteurs suivants : (i) l'adoption de critères techniques, isonomiques (c.-à-d. égaux devant la loi, non discriminatoires) et non arbitraires ; (ii) l'imposition d'une série précise d'obligations sur chaque marché pertinent ; (iii) une intervention proportionnelle aux risques existants ; (iv) une analyse des impacts induits par les mesures asymétriques ; (v) la création d'incitations à l'investissement dans de nouvelles infrastructures ; et (vi) une évaluation des coûts et des avantages découlant de l'intervention. L'objectif visé est de réduire le risque d'abus de puissance de marché, ainsi que d'inciter et de promouvoir une concurrence libre et loyale

- Dans les cas d'abus de position dominante, l'autorité de la concurrence (CADE) doit constater l'abus et y mettre fin (et punir l'entreprise dominante, notamment par des sanctions pouvant s'élever jusqu'à 20 % du chiffre d'affaires brut enregistré par l'entreprise, le groupe ou le conglomérat dans l'année précédant le début de l'enquête formelle).¹⁶¹ D'autre part, l'article 38 de la loi 12 529/11 permet à la CADE d'imposer des sanctions structurelles et comportementales

Étant donné que position dominante et puissance significative sont des concepts distincts, la Commission européenne affirme¹⁶² : « Dans la pratique, [...] les autorités de la concurrence peuvent donc mener leur propre analyse du marché et imposer les mesures correctives appropriées en droit de la concurrence en sus des mesures sectorielles appliquées par les ARN. Il convient cependant de relever qu'une telle application simultanée

¹⁶¹ Dans la pratique, un certain nombre de cas sont réglés en concluant des ententes de règlement (*Termo de Compromisso de Cessação de Prática - TCC*), ce qui signifie que des engagements sont offerts et acceptés avant qu'une décision ne soit effectivement rendue. Dans ces cas-là, les entreprises paient généralement une sanction pécuniaire, et s'engagent à mettre fin à la pratique faisant l'objet de l'enquête (dans certains cas, les entreprises s'engagent aussi à observer d'autres obligations.)

¹⁶² Orientations de la Commission européenne pour l'évaluation de la puissance de marché, para. 31, 2002/C 156/03

de mesures correctives par des régulateurs différents viserait différents problèmes dans ces marchés. Les obligations ex ante imposées par les ARN aux entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché visent à atteindre les objectifs spécifiques fixés dans les directives pertinentes, alors que les mesures correctives en droit de la concurrence visent à sanctionner des ententes ou des comportements abusifs qui restreignent ou faussent la concurrence sur le marché pertinent.»

Le diagramme suivant (Figure 37) illustre les facteurs pris en compte.

Implications de l'ère numérique

Position dominante et puissance significative sur le marché sont en train de devenir des concepts de plus en plus dynamiques qui sont mal adaptés à l'imposition de la réglementation de PSM ex ante. En cette ère numérique, de nouveaux produits et services apparaissent constamment, les barrières à l'entrée et à l'expansion évoluent, les parts de marché sont

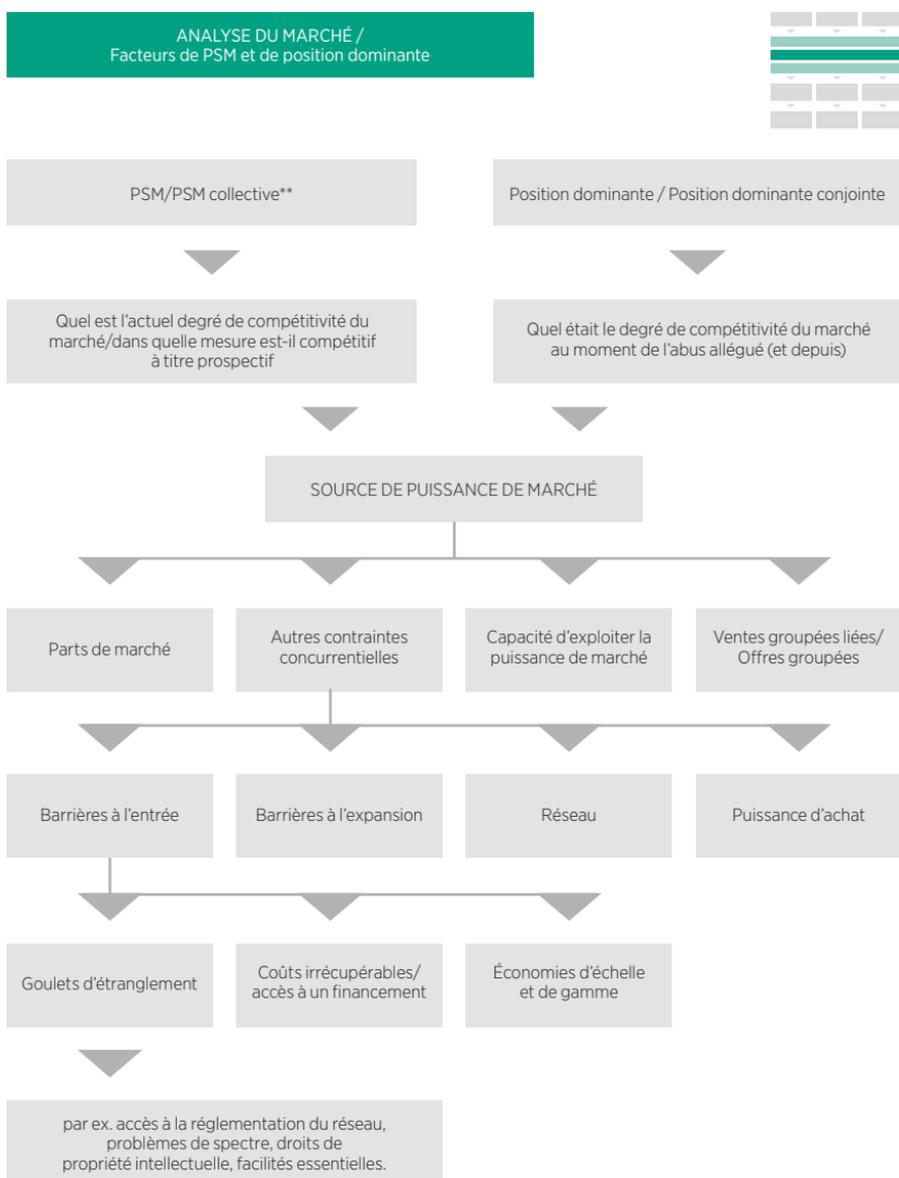
volatils, les anciens goulets d'étranglement sont remplacés par de nouveaux. Les goûts et les préférences des consommateurs ne cessent de changer.

Si l'on applique le cadre d'évaluation visé ci-dessus, un opérateur de télécoms doté d'une puissance significative sur les segments SMS et voix du mobile par exemple, peut ne pas être en mesure d'exercer de la puissance de marché en raison de l'émergence et de l'usage généralisé d'applications Internet. Si le marché pertinent est défini comme englobant les services SMS, voix et équivalents offerts par les applications Internet et les opérateurs télécom, il est possible que cet opérateur donné n'ait plus de position dominante ni de PSM.¹⁶³

Dans la théorie, un mélange de réglementation et de droit de la concurrence pourrait être la solution optimale pour réduire le plus possible l'effet de levier de la puissance de marché au sein du secteur des communications, mais seulement si la réglementation s'applique aussi aux acteurs qui se font concurrence mutuellement.

¹⁶³ La toute dernière recommandation relative aux marchés pertinents a supprimé les marchés de téléphonie classiques

Figure 37: Analyse du marché / Facteurs de PSM et de position dominante



Concept clé n° 3

Concentrations : SLC / SIEC

(diminution substantielle de la concurrence / entrave significative à une concurrence effective)

Il convient de tenir compte des facteurs dynamiques pour désigner un opérateur puissant ou constater une position dominante. Il est possible que les parts de marché se révèlent moins importantes quand les marchés sont correctement définis pour inclure tous les services substituables. Les barrières à l'entrée peuvent changer, de nouveaux goulets d'étranglement remplacent les anciens. En matière de réglementation de PSM, les régulateurs doivent faire extrêmement attention à effectuer une évaluation du marché au cas par cas, qui soit à la fois approfondie et prospective.

Dans le domaine du contrôle des concentrations, l'analyse doit se concentrer sur la structure du marché. Toute la question consiste à déterminer à quoi le marché ressemblera aux lendemains de la concentration.

Les autorités de la concurrence appliquent le test de la diminution substantielle de la concurrence (SLC) ou, dans l'UE, le test (équivalent) visant à déterminer si la concentration aboutira à une entrave significative à une concurrence effective (SIEC). La formulation du test SIEC dans le règlement de la Commission européenne sur les concentrations envisage si la concentration pourrait causer des préjudices importants aux consommateurs, même sans aboutir à une position dominante pour l'entreprise fusionnée (les cas dits «gap cases»). Comme le décrit dans plus de détails l'[Analyse sur les concentrations de mobile à mobile en Europe](#), en appliquant le test SIEC, la Commission européenne est en mesure d'interdire les concentrations qui attribuent à une seule entreprise le pouvoir de modifier sensiblement l'équilibre concurrentiel qui existait préalablement à la concentration des marchés pertinents (par exemple en augmentant les prix ou en réduisant la production), même si la concentration peut ne pas aboutir à l'acquisition par cette entreprise d'une position dominante.

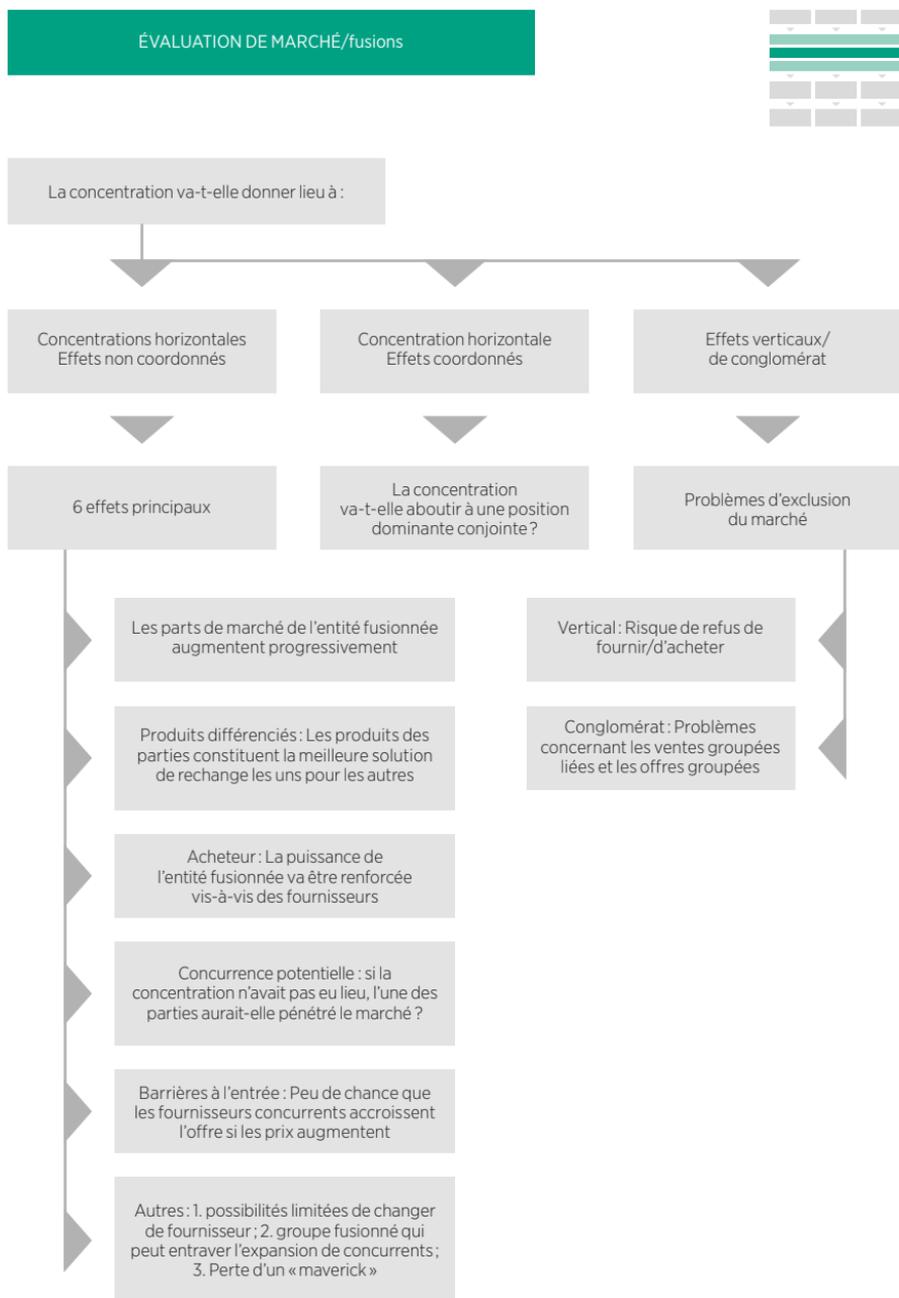
C'est pour cette raison que nous envisageons le test SLC/SIEC séparément de la question de la position dominante (ou de la puissance significative sur le marché).

La Figure 38 illustre le processus d'évaluation du marché dans les cas de contrôle des concentrations.

Les facteurs pris en compte pour déterminer si une concentration satisfait au test SLC / SIEC sont globalement les mêmes que ceux pour déterminer si une entreprise bénéficie d'une position de puissance significative sur le marché ou de position dominante. On compte parmi celles-ci :

- pour les concentrations horizontales, les parts de marché, les barrières à l'entrée, le pouvoir d'achat, les effets sur la concurrence potentielle. Certains facteurs reflètent la nature d'une enquête d'une structure de marché en évolution: la concentration risque-t-elle d'aboutir à l'établissement d'un oligopole incoordonné? Cela pourrait se produire par exemple quand la concentration pourrait entraîner la perte d'un concurrent agressif sur le marché (la concentration entraînerait-elle la perte d'un concurrent dit «maverick»?). Cet aspect est envisagé au chapitre [Concept clé n° 4, Aspects collectifs / conjoints](#)

Figure 38: Évaluation du marché dans les affaires de contrôle des concentrations



- pour les concentrations verticales, le risque d'exclusion du marché en ce qui concerne les consommateurs ou les intrants (par exemple, le refus de fournir), ou en cas de concentration entre entreprises dans des marchés voisins (ce qu'on appelle effets de conglomérat, par exemple le risque que l'entité fusionnée profite de la puissance qu'elle détient sur un marché pour l'exercer sur un autre)

L'analyse doit inclure une évaluation pour déterminer si, après la concentration et en raison des changements structurels qu'elle induit, des efforts coordonnés risquent aussi de se produire, c'est-à-dire si la concentration aboutira à une position dominante conjointe (voir ci-dessous, [Concept clé n° 4, Aspects collectifs / conjoints](#)).

Implications de l'ère numérique

La GSMA a examiné les aspects de la consolidation tant dans le secteur du mobile que plus largement dans le secteur des communications. Chaque cas de consolidation doit être examiné selon ses propres mérites, et l'impact économique d'une concentration est forcément différent d'un marché à l'autre.¹⁶⁴ On peut néanmoins faire les observations suivantes d'ordre général.

De façon générale, à l'ère numérique, la nécessité d'investir et d'innover est un impératif pour tous les acteurs. En effet, la manière dont les acteurs Internet sont maintenant en train de consolider ses opérations (voir [Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#)) est un signe de consolidation dans le secteur communications au sens large.

La convergence va avoir pour effet de réduire le nombre d'opérateurs de télécoms (i) dans le secteur du mobile, (ii) dans le secteur du fixe-mobile, et (iii) parmi les câblo-opérateurs (mais la convergence technique est susceptible d'entraîner une concurrence accrue basée sur l'infrastructure sur le marché du haut débit). Il se produit aussi des concentrations entre OTT à différents stades de la chaîne de valeur (iv). Les autorités de la concurrence apprécient la consolidation dans le cadre d'un système de contrôle des concentrations.

Consolidation dans le secteur mobile

Si l'on commence par le secteur du mobile, la tendance à la consolidation est mondiale.¹⁶⁵ La GSMA estime que parmi les facteurs de consolidation qui existent, on compte la nécessité d'investir, la baisse des revenus et une pression accrue sur les marges provoquées par le nouvel environnement concurrentiel à l'ère numérique. Les opérateurs mobiles cherchent à profiter d'économies d'échelle et à renforcer leur présence mondiale. En Europe, ces concentrations de mobile à mobile ont été approuvées sous réserve d'engagements importants, notamment des engagements de cession de spectre (voir les détails au chapitre [Comprendre les goulets d'étranglement, Concept clé n° 3, Spectre des fréquences radioélectriques sous licence](#))¹⁶⁶. Si l'on prend le secteur mobile séparément des autres, on parle souvent de concentrations 4-à-3. Des études réalisées pour la GSMA¹⁶⁷ ont constaté comme suit :

¹⁶⁴ Au moment de passer sous presse, il a été annoncé que TeliaSonera et Telenor ont abandonné leur projet de concentration, en raison de leur échec à se mettre d'accord sur un ensemble d'engagements pour répondre aux inquiétudes exprimées par la Commission européenne. Voir <http://www.gsma.com/newsroom/press-release/gsma-expresses-disappointment-over-collapse-of-danish-merger-plan/>.

¹⁶⁵ En 2009, une concentration 4-à-3 s'est produite en Australie et la FCC a bloqué la concentration entre AT&T et T-Mobile. Voir Examen de l'opportunité de la consolidation du secteur mobile sur le plan national, rapport préparé par la GSMA par Frontier Economics, mai 2015.

¹⁶⁶ Pour obtenir l'évaluation détaillée de ces concentrations, voir ci-dessous, Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Analyse, Concentrations mobile à mobile en Europe.

¹⁶⁷ Voir Examen de l'opportunité de la consolidation du secteur mobile sur le plan national, rapport préparé par la GSMA par Frontier Economics, mai 2015. <http://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2015/02Assessing-the-case-for-in-country-mobileconsolidation-report.pdf> Voir aussi : Rapport sur la consolidation dans les marchés émergents, mars 2015.

- L'absence de lien direct entre concentration du marché et prix sur les marchés à 3 et 4 acteurs
- La cession de spectre comme mesure correctrice peut saper les avantages d'une concentration en termes d'investissement
- La dépendance vis-à-vis de l'indice GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index) est trop simpliste, car il prédit toujours des hausses de prix pour une concentration, il ne s'agit pas d'une mesure détaillée des niveaux de concurrence et il se tourne sur le passé
- Pour analyser l'impact d'une concentration, les autorités devraient s'intéresser aux taux de changement de fournisseurs pour mieux comprendre la nature de la concurrence et envisager les caractéristiques qualitatives du marché
- Dans 59 marchés émergents, on compte sur chaque marché au moins un opérateur détenant moins de 5% de part de marché. Seulement 16% des opérateurs de sous-échelle ont accru leur part de marché ces cinq dernières années, ce qui remet en question leur pérennité et leur capacité à investir

Au moment d'analyser si ces concentrations risquent d'aboutir à une diminution substantielle de la concurrence ou à une entrave significative à une concurrence effective, il est important :

- de prendre en compte tous les nouveaux arrivants qui viennent d'entrer sur le marché
- d'analyser correctement les caractéristiques économiques du marché
- d'envisager correctement l'impact (positif) que la concentration peut avoir sur les gains d'efficacité et les besoins d'investissement, y compris les gains d'efficacité dynamiques (voir [Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Concept clé n° 3, Gains d'efficacité dans le domaine du contrôle des concentrations](#)). Si hypothétiquement, les autorités de la concurrence partaient du principe qu'une concentration a des

implications (négatives) sur les prix à court terme et omettaient de tenir compte des effets positifs, l'analyse serait alors biaisée pour conclure en faveur d'une opposition à la concentration.

Les autorités de la concurrence ont eu tendance à se concentrer sur les implications sur les prix à court terme des concentrations, en s'en remettant à des indices comme le GUPPI, ainsi que le montre la Figure 39 ci-dessous.

Concentrations entre câblo-opérateurs

En ce qui concerne les concentrations entre câblo-opérateurs, l'analyse sur les répercussions de la concentration [ComCast/Time Warner](#) ci-dessous revient sur la position adoptée par les États-Unis. Dans certains cas, des engagements ont été imposés aux câblo-opérateurs *dans le but d'aider les OTT*. La concentration qui s'est récemment produite entre Liberty Global et Ziggo en est un exemple.

Concentrations mobile-fixe

En ce qui concerne les concentrations entre opérateurs fixes et mobiles, en Europe, jusqu'à présent celles-ci ont été autorisées sans condition, car les marchés pour les services fixes et mobiles sont considérés comme étant distincts et les concentrations complémentaires (par ex. la concentration entre Vodafone et Cable & Wireless Worldwide au Royaume-Uni a été autorisée sans condition par la Commission européenne).¹⁶⁸

Un certain nombre de concentrations ont eu lieu entre opérateurs fixes et câblo-opérateurs. Le 19 mai 2015, la Commission européenne a approuvé, sous réserve d'engagements, la concentration entre Jazztel et Orange en Espagne. Les conditions sont conçues pour encourager l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché et elles sont relativement étendues, comprenant notamment l'engagement de la part d'Orange de vendre son réseau FTTH dans plusieurs grandes villes espagnoles.

¹⁶⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-742_en.htm

Figure 39 : Indice GUPPI¹⁶⁹

Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI)

L'indice GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index) envisage les effets d'une concentration dans un secteur de produits différenciés où deux entreprises qui fusionnent produisent un seul produit.

Suite à une concentration, la contrainte concurrentielle provenant du partenaire à la concentration s'en trouve éliminée, offrant à la nouvelle entité la possibilité d'augmenter ses prix. La technique de l'indice GUPPI permet de fournir un score indiquant dans quelle mesure la concentration exerce bel et bien une pression à la hausse sur les prix.

D'après les lignes directrices des États-Unis publiées en 2010 sur les concentrations horizontales, un indice GUPPI inférieur à 5% indique que la valeur des ventes détournées est proportionnellement faible, d'où le peu de chance que le projet de concentration entraîne des effets anticoncurrentiels incoordonnés.

Groupement des opérations par les acteurs Internet

Pour finir, en ce qui concerne la tendance récente des « groupements » par les acteurs Internet telles que décrites ci-dessus ([Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui](#)), le contrôle des concentrations consiste en deux étapes : tout d'abord, une évaluation pour déterminer si une concentration répond au critère juridictionnel d'être soumise à une évaluation (la phase juridictionnelle), et deuxièmement une évaluation pour déterminer si la concentration aboutirait à une diminution substantielle de la concurrence (la phase d'évaluation).

Dans la plupart des pays du monde, les seuils pour l'examen du contrôle des concentrations appliquent un test qui se fonde en partie sur le chiffre d'affaires (ou les revenus) des parties concernées. Par conséquent, quand le modèle commercial des parties à la concentration consiste à offrir des produits aux

consommateurs gratuitement ou quasiment gratuitement, il est possible que les seuils de revenus ne soient pas satisfaisants.

L'acquisition de WhatsApp par Facebook en est un bon exemple. L'application mobile WhatsApp est actuellement offerte gratuitement pour commencer et n'est pas monétisée par des annonces publicitaires. Bien que Facebook ait payé 19 milliards d'€ pour acquérir WhatsApp, la Commission européenne a obtenu la possibilité d'examiner l'opération après que Facebook ait demandé un examen centralisé par la Commission plutôt que de devoir se soumettre à une analyse multi-juridictionnelle dans des pays distincts. Au niveau de l'UE, ce mécanisme peut suffire à faire en sorte que les parties informent la Commission d'une concentration pour éviter ainsi de faire l'objet de multiples enquêtes au niveau national. Dans d'autres pays, il peut en aller autrement et il est possible que ces concentrations ne répondent pas aux critères

¹⁶⁹ L'indice GUPPI est l'un de nombreux tests relatifs à la pression sur les prix employés par les autorités de la concurrence, aux côtés de l'IPR (Illustrative Price Rise) et de l'UPP (Upward Pricing Pressure). Par exemple, les concentrations mettant en jeu des entreprises asymétriques doivent être envisagées en ajustant le test de la pression sur les prix. Des ratios de détournement devraient être conçus pour refléter vraiment le degré de concurrence étroite exercé entre les parties à la concentration tout en envisageant les effets sur les prix exercés par l'ensemble des concurrents. Enfin, dans le calcul des marges du bénéfice brut, il convient de faire attention de ne pas se tromper dans le choix de la mesure des surcoûts. Pour un examen systématique des tests de pression sur les prix et d'autres outils de vérification des concentrations, voir : Chapitre 20, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, révisé par Roger D. Blair, D. Daniel Sokol, Oxford University Press, 2015.

juridictionnels d'examen basé sur les revenus, et ce bien que l'acquisition d'acteurs Internet puisse se chiffrer en milliards de dollars. Ainsi par exemple, au Brésil, où le seuil d'un dépôt se base sur les revenus (le chiffre d'affaires), l'acquisition de Whatsapp par Facebook n'a pas fait l'objet d'un examen antitrust.

Face à cela, des appels ont été lancés pour envisager différents seuils juridictionnels: «*le chiffre d'affaires n'est pas une mesure pratique, car il est possible que le chiffre d'affaires de certaines entreprises soit d'ordre minime (comme dans le cas de WhatsApp). Compte tenu de l'importance des économies d'échelle et des effets de réseau, une meilleure mesure serait le nombre d'utilisateurs accompagné d'une estimation de la taille de l'effet de réseau.*

En ce qui concerne l'analyse des concentrations à l'ère numérique, d'aucuns prônent de se concentrer sur les dimensions de la concurrence qui ne sont pas liées au prix, y compris sur les effets potentiellement anticoncurrentiels

des concentrations sur les entreprises de «big data». L'analyse de la définition du marché dans l'affaire de *Facebook/Whatsapp* à la Figure 40 ci-dessus ([Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 1, Définition du marché](#)) illustre la manière dont la Commission européenne n'a pas jugé dans ce cas-là que la concentration allait avoir un effet sur la concurrence sur le marché de l'engagement des consommateurs mobiles, le marché pour un public identifié plus haut ([Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#)). En fonction des circonstances, il est possible que les décisions prises par les entreprises quant à l'usage qui est fait des données et à la confidentialité des données (deux facteurs hors-prix de la concurrence) pourraient causer des préjudices aux consommateurs et réduire leurs choix en matière de protection de leur vie privée.¹⁷¹

L'un des premiers exemples d'une concentration entre entreprises de big data était l'acquisition de DoubleClick par Google en 2007.

Figure 40: Concentration entre Liberty Global et Ziggo

Étude de cas: Concentration entre Liberty Global et Ziggo

Suite à une enquête approfondie, la Commission européenne a donné son accord au projet d'acquisition par Liberty Global de l'opérateur néerlandais de télévision câblée Ziggo sous réserve de conditions. La Commission craignait que la concentration, telle que présentée dans le projet, entrave la concurrence d'une part par l'élimination de deux concurrents étroits et des forces concurrentielles importantes sur le marché néerlandais pour la vente en gros de chaînes de film payantes Premium, et par l'augmentation du pouvoir d'achat de Liberty Global par rapport aux diffuseurs de chaînes télévisées, lui donnant ainsi les moyens d'entraver l'innovation dans la fourniture de contenu audiovisuel sur Internet (OTT).

Pour répondre à ces préoccupations, Liberty Global a proposé de vendre Film1, sa chaîne de film payante Premium. Liberty Global a pris aussi l'engagement de mettre fin aux clauses dans les accords de diffusion de chaîne qui limitent la capacité des radiodiffuseurs de proposer leurs chaînes et leur contenu sur Internet, et de s'abstenir pendant huit années d'inclure de telles clauses dans d'autres accords de radiodiffusion de chaîne. Ces engagements répondaient aux inquiétudes de la Commission.

¹⁷⁰ Parlement européen, «*Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*», cité, page 60.

¹⁷¹ D. Feinstein, cité.

DoubleClick était le fournisseur leader de la technologie de diffusion d'annonces. Celle-ci permettait aux éditeurs et aux annonceurs de gérer des annonces et d'en mesurer le rendement. La concentration a été analysée à la fois aux États-Unis et en Europe et elle a reçu le feu vert de part et d'autre de l'Atlantique. La FTC a estimé que les entreprises n'étaient pas des concurrents directs, que l'entrée par Google sur le marché n'allait pas avoir d'impact

significatif sur la concurrence et qu'il était peu probable qu'une fois la concentration effectuée, Google soit capable d'empêcher efficacement la concurrence sur le marché (connexe) de l'intermédiation publicitaire. La commissaire Pamela Jones Harbour, s'y était opposée: d'après elle, si la concentration n'avait pas eu lieu, Google aurait été un concurrent direct sur le marché des outils de diffusion d'annonces de tiers.¹⁷²

¹⁷² <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2007/12/federal-trade-commission-closesgoogledoubleclickinvestigation>.

Concept clé n° 4

Aspects collectifs / conjoints

Les oligopoles ne sont pas des monopoles et ne sont pas forcément préjudiciables. C'est la raison pour laquelle la barre pour conclure à une position dominante conjointe est placée plus haut que la barre pour conclure à une position dominante individuelle, et c'est bien pour cela qu'il est plus difficile de prouver une PSM collective qu'une PSM individuelle. Les initiatives réglementaires prises récemment en vue d'abaisser la barre en faveur de la réglementation des oligopoles ignorent le fait que les oligopoles ne nuisent pas comme les monopoles. Il convient aussi d'envisager dans ce contexte les inquiétudes exprimées quant à la possibilité qu'une consolidation aboutisse à un oligopole.

Un marché qui compte un petit nombre d'acteurs peut être décrit comme étant un oligopole. Le terme « oligopole » est un terme neutre. Selon la théorie économique, la concurrence peut être efficace sur les marchés ayant une structure oligopolistique où aucun profit supérieur à la normale n'est réalisé. Les oligopoles présentent comme problème que dans certains cas, il est possible que les entreprises coordonnent tacitement leurs stratégies commerciales, y compris leurs décisions en termes de prix et de politique, leur procurant ainsi une puissance de marché collective.¹⁷³

Les oligopoles relèvent d'un concept pertinent en droit de la concurrence (position dominante conjointe) et en réglementation de PSM européenne (PSM collective). Bien entendu, il existe des différences entre position dominante conjointe et position dominante individuelle, entre PSM individuelle et PSM collective.

En matière de contrôle des concentrations, les autorités de la concurrence cherchent à déterminer si, dans une concentration entre les parties au même niveau de la chaîne de valeur (concentrations horizontales), la concentration pourrait donner lieu à des « effets coordonnés ». Du fait que l'analyse en matière de contrôle des concentrations est axée autour de la structure

du marché et des conditions qui existent lorsqu'une position dominante conjointe est créée, il n'est pas surprenant que ce soit dans les affaires de contrôle des concentrations qu'on identifie le plus clairement les facteurs susceptibles de favoriser une position dominante conjointe.

Au niveau de l'UE, les affaires de *Gencor/Lonrho* et *Airtours/First Choice* sont particulièrement pertinentes. Celles-ci ont globalement établi les principes sous-tendant à ce qu'une concentration aboutisse à des effets coordonnés. Les parties doivent pouvoir (i) parvenir à un accord tacite, (ii) détecter les infractions et (iii) punir les écarts. Le même critère s'applique pour constater l'existence d'une position dominante conjointe dans le domaine antitrust : une position dominante conjointe nécessite le constat d'un axe sur lequel les parties peuvent parvenir à un accord, la détection d'infractions et la punition des écarts. Les Figures 41 et 42 expliquent les facteurs pris en compte lorsqu'il s'agit d'envisager une position dominante conjointe. Ceux-ci sont globalement les mêmes que les facteurs pris en compte en matière de réglementation de PSM, compte tenu de la différence d'approche soulignée ci-dessus ([Concept clé n° 1, Analyse du marché dans la pratique](#)).

¹⁷³ « European competition law, joint dominance, and the wireless oligopoly problem », Ryan.

Figure 41: Position dominante conjointe en droit de la concurrence

Position dominante conjointe en droit de la concurrence

Une position dominante conjointe se produit lorsque la structure du marché est telle qu'un comportement parallèle anticoncurrentiel constitue une stratégie plus rationnelle sur le plan économique que la concurrence. Le point de départ crucial de toute analyse est la structure du marché, indépendamment de toute collusion explicite. En conséquence, la structure du marché joue le rôle décisif dans les cas où la position dominante conjointe est susceptible de devenir un problème. Plus précisément, les facteurs de marché suivants sont considérés faciliter un comportement parallèle :

- des niveaux de concentration élevés (en termes de part de marché) ;
- l'homogénéité des produits ;
- des parts de marché stables et symétriques ;
- la stagnation de la demande (qui encourage le comportement parallèle entre entreprises) ;
- l'inélasticité de la demande ;
- la similitude des structures de coûts au sein du secteur (qui permet aux entreprises de pratiquer des prix plus élevés sans la menace de sous-cotation des prix importante de la part des concurrents) ;
- les faibles niveaux de changements technologiques (qui réduit la capacité des entreprises à rivaliser avec les entités en position dominante conjointe en présentant de nouvelles technologies, qui rendent non rentables les prix au-delà des niveaux concurrentiels) ;
- les barrières à l'entrée élevées (les besoins d'investissement, par exemple, peuvent dissuader des concurrents potentiels d'entrer sur le marché pour faire concurrence à des entreprises qui sont en mesure de facturer des prix supérieurs à ceux du marché).

La barre pour conclure à une position dominante conjointe ou à une PSM collective est placée plus haut que pour conclure à une position dominante individuelle ou une PSM individuelle. Cela s'explique par le fait qu'une concurrence peut exister entre membres d'un oligopole, et qu'elle existe, alors qu'un monopole n'est pas par définition un marché concurrentiel. Bon nombre de ces facteurs à la Figure 41 ont été envisagés dans l'arrêt de la Commission européenne en France *Télécom/Orange* – voir Figure 42.

En résumé, les régulateurs devraient analyser :

- si les caractéristiques du marché le rendent propice à une coordination tacite ; et

- si cette forme de coordination est pérenne, c'est-à-dire : (i) si aucun des oligopoles n'a la capacité ni l'incitation de s'écarter des résultats coordonnés, compte tenu de la capacité et des incitations des acteurs non-déviant à exercer des représailles ; et (ii) si l'acheteur / les concurrents secondaires/les nouveaux arrivants potentiels ont la capacité et l'incitation de contester tout résultat anticoncurrentiel coordonné.

Implications de l'ère numérique

Les caractéristiques typiques du marché des télécoms (coûts d'investissement élevés, coûts irrécupérables, économies d'échelle, progrès technologiques rapides et taux élevé d'innovation, externalités de réseau

Figure 42: Position dominante conjointe: France Télécom / Orange, affaire N° COMP / M.2016, 11 août 2000

Position dominante conjointe France Télécom / Orange

Dans l'affaire de concentration entre France Télécom et Orange, la Commission européenne a conclu que, préalablement à l'entrée d'Orange sur le marché mobile belge, les deux acteurs existants, Proximus et Mobistar, étaient en mesure d'exercer une position dominante conjointe.

Comme la Commission l'a fait remarquer, pendant les quatre années précédant l'entrée d'Orange, les deux opérateurs pratiquaient une tarification quasi semblable et transparente, leurs prix suivant exactement les mêmes tendances. Dans ce même arrêt, la Commission a rejeté par ailleurs les revendications de tiers quant au risque d'une position dominante conjointe de Vodafone et de France Télécom sur le marché pour la fourniture de services mobiles intégrés paneuropéens à des clients qui se déplacent à l'échelle internationale. Autrement que les asymétries importantes qui existent entre les parts de marché des deux opérateurs, le marché a été considéré comme émergent, se caractérisant par une demande croissante et de nombreux types de services différents tant au niveau des offres que des prix.

En l'espèce, la concentration a reçu le feu vert après que France Télécom ait convenu de céder sa participation dans KPN Orange Belgique.

et rareté du spectre) signifient que seul un nombre relativement faible d'acteurs peuvent y coexister.

Les marchés concentrés (ou oligopoles) ne sont pas préjudiciables à proprement parler, et d'ailleurs, ils peuvent apporter des avantages à un marché en termes d'incitations à des investissements et à l'innovation. Toutefois, en fonction des circonstances, des résultats anticoncurrentiels peuvent aussi se produire: risque de ralentissement de l'innovation, d'augmentation des prix et de baisse de la qualité, imputable à la coordination, ou problèmes potentiels d'exclusion du marché. Dans ces cas-là, l'analyse des facteurs à considérer pour conclure à un constat de position dominante conjointe ou de PSM collective devrait constituer le point de départ pour déterminer s'il convient d'avoir recours à des mesures correctives soit au titre du droit de la concurrence, soit au titre de la réglementation de PSM.

En matière de contrôle des concentrations, en fonction du pays, l'évaluation du marché peut comprendre une analyse à la fois du risque que la concentration conduise à des

effets coordonnés (à une structure de position dominante conjointe), et du risque qu'elle conduise à des effets incoordonnés (tels qu'ils causent préjudices au consommateur). Voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Concentrations: SLC/SIEC](#). Dans le domaine du contrôle des concentrations, on parle dans un premier cas d'«oligopole coordonné» et dans l'autre d'«oligopole incoordonné». Dans le premier, en raison de l'existence d'un axe pour la coordination, les entreprises peuvent trouver cela facile de coordonner leur comportement sans recours à la moindre collusion explicite, en raison de la structure du marché. On se retrouve dans une situation équivalente à une position dominante conjointe/une PSM collective. Dans le second cas de figure, il n'existe pas de position dominante conjointe mais il est possible qu'unilatéralement les entreprises adoptent une stratégie qui aboutisse à des résultats du marché inefficaces. Cela se produit par exemple quand on constate l'existence de facteurs incoordonnés visés à la Figure 38 ci-dessus (voir [Concept clé n° 3, Concentrations: SLC/SIEC](#)).

En juin 2015, l'ORECE a publié un projet de rapport sur l'analyse des oligopoles et de la réglementation.¹⁷⁴ Dans celui-ci,

l'ORECE semble préconiser deux conclusions principales, à savoir :

- la nécessité de clarifier les conditions pour constater l'existence d'une PSM collective ;
- la remise aux régulateurs télécoms d'un nouvel outil réglementaire, leur permettant de réglementer ce que l'ORECE qualifie un « oligopole serré », c'est-à-dire un oligopole incoordonné.

Il semble que l'une des principales préoccupations des régulateurs qui appartiennent à l'ORECE est que, suite à la concentration de deux opérateurs de petite taille relative sur un marché des télécoms, l'opérateur qui était jusque-là soumis à la réglementation de PSM puisse faire l'objet d'une concurrence accrue, pouvant éventuellement aboutir à ce qu'il échappe à la réglementation de PSM. Vu le seuil élevé pour conclure à une PSM collective, l'ORECE demande à ce que, dans ce cas-là, les ARN soient autorisées à intervenir et à réglementer les membres d'un oligopole « serré ». Il faudrait pour cela que certains facteurs soient remplis et que cela se produise en dehors du système relativement harmonisé de la réglementation de PSM, dans les 28 membres de l'Union européenne, en suivant les frontières nationales. Cela se produirait aussi après qu'une autorité de la concurrence ait déjà effectué une analyse du contrôle des concentrations, en appliquant le cas échéant les critères du test SIEC.

La GSMA a présenté une réponse complète à la consultation de l'ORECE.¹⁷⁵

Dans le fond, l'approbation des propositions aboutirait à un renforcement de la réglementation du secteur des

télécommunications. En raison de la nature de l'ORECE, et de la limite de compétence des régulateurs qui la composent, les propositions auraient pour effet d'imposer une réglementation uniquement aux opérateurs télécom. Les oligopoles serrés existant dans tous les autres secteurs de l'économie y échapperaient, avec toutes les conséquences potentiellement graves que cela pourrait avoir en termes d'investissement dans le secteur. Cette proposition atteste, une fois de plus, de la réalité que les opérateurs télécom sont soumis à des degrés supplémentaires de réglementation qui, dans le secteur des communications, aboutit à des conditions de concurrence biaisées en faveur des opérateurs non-télécoms.

Ce renforcement de la réglementation se produirait au niveau national au sein de l'UE, en ayant pour effet de fragmenter encore plus le marché unique numérique. Il semblerait qu'elle vise plus spécifiquement le secteur mobile (ce qui est un sujet de préoccupation particulier pour la GSMA). Plusieurs hypothèses avancées dans le projet de rapport de l'ORECE font penser que les régulateurs télécoms n'ont pas compris les changements profonds que la numérisation a apportés au secteur mobile (surtout depuis l'introduction du smartphone, en 2007).

Dans certains cas, la réglementation des oligopoles serrés prévue dans le cadre de ces propositions ferait suite aussi à l'approbation de concentrations. Si les parties à une concentration doivent faire face non seulement aux incertitudes d'une enquête sur la concentration, mais à la possibilité aussi d'être soumises à une réglementation supplémentaire après l'approbation d'une concentration, les implications seraient très graves pour le secteur des télécommunications pris dans son ensemble.

¹⁷⁴ http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5042-draft-berec-report-on-oligopoly-analysis-and-regulation.

¹⁷⁵ Disponible à <http://www.gsma.com/gsmaeurope/positions-and-publications/gsma-response-to-berec-consultation-on-draft-report-on-oligopoly-analysis-and-regulation/>.

Concept clé n° 5

Mesure de la puissance de marché

La part de marché constitue généralement le point de départ pour analyser l'ampleur de la puissance de marché existante. Cependant, une forte part de marché n'est pas en soi la preuve concluante de l'existence de la puissance de marché, en présence d'autres facteurs comme la preuve d'entrée, de sortie et de volatilité. D'autre part, avec l'émergence de nouveaux produits innovants, une puissance de marché peut exister même en présence de faibles parts de marché (par exemple dans le cas de produits aux marques fortement différenciées).

La théorie économique définit la puissance de marché comme la capacité d'augmenter les prix au-delà du coût marginal. Les parts de marché et les mesures de la concentration d'un marché ne permettent pas de déterminer la puissance de marché : pour cela, il convient de tenir compte de toute une variété de facteurs, comme on peut le voir ci-dessous.

Dans la pratique, le point de départ pour l'analyse de la puissance de marché commence souvent par le calcul des parts de marché détenues par les entreprises. La part de marché d'une entreprise représente la proportion du marché qui peut être attribuée aux produits ou services d'un acteur donné du marché. Celle-ci peut se mesurer de plusieurs façons, notamment en se rapportant à la proportion du chiffre d'affaires total du marché attribuable à une entreprise, ou au nombre d'utilisateurs (total des connexions dans le cas du mobile, par exemple). Le choix de calculer les parts de marché en fonction du chiffre d'affaires ou du nombre d'utilisateurs, par exemple, est souvent discutable. L'évolution de la part de marché au fil du temps peut aussi servir d'indicateur historique de la hausse de la puissance de marché et de la compétitivité qui existe au sein du secteur.

Le constat d'une PSM ou d'une position dominante, ou le constat qu'une part de marché/la hausse comparative de la part

de marché induite par une concentration peut aboutir à une situation de SLC / SIEC (diminution substantielle de la concurrence/ entrave significative à une concurrence effective) dépend des faits au cas par cas. Cependant, en général :

- Une part de marché inférieure à 25%¹⁷⁶ n'est pas susceptible d'être jugée préoccupante
- Des inquiétudes de position dominante individuelle/PSM individuelle surviennent normalement dans le cas où des entreprises détiennent une part de marché supérieure à 40 %
- Pour les parts de marché comprises entre 25 % et 40 %, plusieurs facteurs sont pertinents, et notamment la capacité de l'entreprise à influencer le marché, son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, son contrôle des moyens d'accès aux utilisateurs finaux, son accès à des ressources financières et son expérience à fournir des produits et services sur le marché
- Dans la pratique, une entreprise peut être jugée détenir un pouvoir de monopole alors même qu'elle ne détient pas plus de 25 % de part de marché. Ainsi par exemple, en vertu de la réglementation britannique, on fixe à 25 % le niveau au-dessus duquel on estime qu'une entreprise peut commencer à exercer une pression tarifaire et d'autres

¹⁷⁶ Article 4, paragraphe 3, de la directive 97/33/CE relative à l'interconnexion. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:165:0006:0031:EN:PDF>.

Figure 43: Outils pour apprécier la part de marché

Outils pour apprécier la part de marché

Ratio de concentration

Le ratio de concentration est tout simplement la part de marché combinée des plus grandes entreprises sur le marché, souvent le ratio de concentration des quatre plus grandes entreprises : CR4. Ces parts peuvent être calculées en fonction du chiffre d'affaires ou du nombre d'utilisateurs, par exemple. Ce ratio permet alors de comparer directement le degré de concentration d'un marché (entre pays, par exemple). Il peut aussi être ajusté, si nécessaire, pour s'intéresser à la concentration entre les trois premières, les cinq premières (etc...) entreprises sur le marché.

Indice Herfindahl-Hirschmann (IHH)

L'indice IHH est la somme des parts de marché au carré. Il peut donc s'élever à n'importe quelle valeur comprise entre 0 (concurrence parfaite, où chaque entreprise possède une part de marché minuscule : $0,2 + 0,2 \dots$ à l'infini) et 10 000 (monopole pur : 100²).

Cet indice remédie à l'une des principales faiblesses du ratio de concentration. Plus particulièrement, quand les quatre ou cinq premières entreprises se partagent le marché, l'indice de concentration est constant, indépendamment de la façon dont les entreprises se partagent les 100 % du marché. Voici un exemple à titre comparatif :

Ratio de concentration par rapport à l'indice IHH

Exemple des avantages de l'IHH par rapport à l'indice de concentration :

1. À supposer quatre entreprises, chacune possédant 25 % de parts de marché :

- IHH : $25^2 + 25^2 + 25^2 + 25^2 = 2\,500$
- Ratio de concentration des quatre entreprises : $25 + 25 + 25 + 25 = 100\%$

2. Quatre entreprises, avec des parts de marché de 70 %, 10 %, 10 %, 10 % :

- IHH : $70^2 + 10^2 + 10^2 + 10^2 = 5\,200$
- Ratio de concentration des quatre entreprises : $70 + 10 + 10 + 10 = 100\%$

Dans le deuxième cas de figure, l'IHH reconnaît ainsi le degré de puissance de marché détenu par une entreprise, par rapport au ratio de concentration des quatre entreprises qui, lui, reste constant.

formes de comportement anticoncurrentiel sur un marché.¹⁷⁷ Au Brésil,¹⁷⁸ une entreprise est réputée puissante sur le marché dès lors qu'elle détient une part de marché de 20 % (hypothèse relative qui peut changer selon les conditions spécifiques du marché)

La concentration sur un marché est l'un des facteurs envisagés pour analyser la puissance de marché détenue par une entreprise. Deux mesures sont fréquemment utilisées à un niveau élevé pour analyser la puissance de marché : le ratio de concentration et l'indice

¹⁷⁷ Ofcom : Identification de puissance significative sur le marché aux fins de la directive relative à l'interconnexion. Voir : http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/1995_98/competition/smpi298.htm.

¹⁷⁸ Law 12, 529/11.

Herfindahl-Hirschmann («IHH»). Les enquêtes traditionnelles sur la concurrence font souvent référence à l'indice IHH, s'agissant là d'une mesure solidement ancrée dans la théorie économique, alors que le nombre d'entreprises comprises dans un ratio de concentration peut varier.

Il est impossible d'établir l'existence d'une position dominante ou d'une PSM en se basant uniquement sur des parts de marché élevées ou sur le résultat d'un test de l'IHH.¹⁷⁹ De même, la faiblesse des parts de marché n'est pas forcément un signe de compétitivité du marché. Par conséquent, les autorités et les régulateurs doivent aussi tenir compte d'autres facteurs susceptibles de motiver ou de dissuader une entreprise d'abuser de sa position dominante, comme par exemple :

- *Les barrières à l'entrée* : Si d'autres entreprises sont susceptibles d'entrer (en raison de barrières à l'entrée peu élevées, par exemple) suite à une hausse des prix, une part de marché même élevée n'est pas forcément indicatrice d'une puissance de marché. Le marché revêtira alors un fort degré de contestabilité. L'existence de barrières à l'entrée rend le marché incontestable et par conséquent les acteurs existants peuvent exercer leur puissance de marché. Des investissements élevés aux coûts irrécupérables, sous la forme par exemple d'investissements dans les infrastructures réseau, constituent une barrière à l'entrée. De même que l'impossibilité d'accéder à des financements ou la nécessité de réaliser des économies d'échelle et de gamme ou l'existence de coûts de transfert. Les goulets d'étranglement constituent un obstacle à l'entrée (et sont étudiés dans le détail au chapitre [Comprendre les goulets d'étranglement](#))
- Les droits de propriété intellectuelle peuvent être un goulet d'étranglement, causant ainsi des préjudices aux consommateurs et

conduisant à des refus de fourniture, bien que l'existence d'un brevet et la possibilité pour les entreprises d'obtenir un brevet ou d'autres droits de propriété intellectuelle soient autant d'incitations à innover, venant ainsi potentiellement augmenter le choix des consommateurs

- La propriété d'une facilité essentielle peut entraîner des barrières à l'entrée. Le terme « facilité essentielle » est un concept propre au droit de la concurrence.
- Les réseaux d'accès et le spectre ont traditionnellement été considérés comme des goulets d'étranglement, alors que de nouveaux goulets d'étranglement se font jour à l'ère numérique, tels que l'existence d'OTT fermés et la propriété de systèmes d'exploitation, d'applications et de boutiques d'applications. Le chapitre suivant les étudie dans le détail.
- L'accès aux sites peut s'avérer être un goulet d'étranglement pour les fournisseurs de sans fil. Tandis que dans certains pays, les fournisseurs peuvent bénéficier d'un accès sans entrave aux sites nécessaires pour offrir un service sans fil, des opérateurs de services sans fil dans d'autres pays (comme aux États-Unis par exemple) se butent à des goulets d'étranglement, ce qui peut nuire à la prestation des services qui rivalisent avec ceux de fournisseurs de services par câble, fibres optiques et satellites
- Effets de réseau – Alors que le nombre de personnes qui communiquent par service SMS ou vocal augmente, plus celui-ci gagne en termes fonctionnels ou pratiques pour les utilisateurs, car ils sont capables de communiquer directement avec un plus grand nombre de leurs contacts. On parle alors d'effet de réseau. Ce phénomène peut créer une barrière à l'entrée pour des concurrents potentiels, si les nouveaux arrivants ne peuvent pas atteindre

¹⁷⁹ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques. (2002/C 165/03). Paragraphes 75, 78. Accessible à <http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/legislation.html>

immédiatement le niveau de fonctionnalité offert par l'opérateur historique. Il peut aussi conduire à des avantages énormes pour le consommateur (voir ci-dessous, [Adoption de gains d'efficacité dynamiques, Concept clé n° 1, Gains d'efficacité en politique de la concurrence](#))

- *Barrières à l'expansion*: L'entrée sur un marché peut se faire à une échelle relativement petite et sans rencontrer d'obstacles à l'entrée, en revanche les entreprises arrivantes peuvent rencontrer des obstacles à l'expansion
- *Puissance d'achat compensatrice*: La puissance d'achat est la capacité d'une entreprise, ou d'un groupe de

consommateurs, à obtenir de son fournisseur des prix ou d'autres termes en sa faveur. La capacité d'une entreprise à pratiquer des prix élevés dépend du degré de concentration des acheteurs. Il n'y a pas de doute qu'une entreprise est en mesure d'exercer plus de puissance de marché quand elle est confrontée à un grand nombre de consommateurs ou d'acheteurs individuels que quand elle est confrontée à un seul ou à une poignée d'acheteurs influents. Un acheteur puissant peut tirer parti de son pouvoir de négociation pour stimuler la concurrence entre vendeurs, en menaçant soit d'aller passer commande auprès d'un autre fournisseur, soit de se lancer lui-même dans la production en amont

Figure 44: Considérations en termes d'analyse de marché dans l'UE ¹⁸⁰

Considérations en termes d'analyse de marché dans l'UE

Pour une analyse de la puissance significative sur le marché, en vertu du cadre réglementaire de l'UE, les régulateurs sont tenus d'envisager les facteurs suivants:

- la taille globale de l'entreprise,
- le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer,
- les avancées ou la supériorité technologiques,
- l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs,
- l'accès facile ou privilégié à des marchés des capitaux et à des ressources financières,
- la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés),
- les économies d'échelle,
- les économies de gamme,
- l'intégration verticale,
- l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé,
- l'absence de concurrence potentielle,
- des barrières à l'expansion

¹⁸⁰ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03). Paragraphe 78. Disponible à [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0711(02)&from=EN).

- **Produits différenciés** : Si les entreprises rivalisent entre elles sur la qualité, une part de marché élevée peut s'expliquer par l'innovation (par ex., une percée technologique) et peut ne pas sous-entendre que l'entreprise est capable de restreindre la concurrence sur le marché. L'inverse est également vrai. Sur les marchés comportant des produits très différenciés, même une faible part de marché peut suffire pour exercer de la puissance de marché
- **Intégration verticale** : Une entreprise verticalement intégrée sur plusieurs marchés peut tirer parti de la puissance qu'elle détient sur un marché pour l'utiliser sur un autre. Voir [Concept clé n° 9](#)
- **Marchés fonctionnant par appels d'offres** : Sur les marchés fonctionnant par appels d'offres (comme le marché du spectre), où les entreprises font des offres pour obtenir des licences, par exemple, le processus d'enchères concurrentielles acquiert le plus d'importance, car il est conçu pour représenter la rentabilité acquise par le vainqueur, et devrait aboutir à des résultats d'un marché efficace, et ce en dépit qu'un petit nombre d'acteurs, ou qu'un seul d'entre eux, finisse par avoir le droit d'utiliser la ressource mise aux enchères
- **Réglementation** : Même si une entreprise possède une grosse part de marché, si celle-ci est réglementée, il est possible qu'il lui soit interdit d'exercer de la puissance de marché

Implications de l'ère numérique

La croissance de l'économie numérique a les conséquences suivantes pour l'analyse des parts de marché :

- Les parts de marché risquent de devenir plus volatiles à mesure que les innovations se poursuivent et que le consommateur prend goût au changement. Par conséquent,

les niveaux actuels de part de marché ne sont donc pas nécessairement une mesure fiable de la puissance de marché existante ou future. Dans son arrêt *Cisco contre Commission*, le tribunal a reconnu l'utilité informative moindre des parts de marché lorsque les marchés sont volatils :

*«... le secteur des communications résidentielles est un secteur récent en pleine expansion qui se caractérise par des cycles d'innovation courts et dans lequel de grandes parts de marché peuvent s'avérer éphémères. Dans un tel contexte dynamique, les parts de marché élevées ne sont pas nécessairement indicatives d'une puissance de marché et, partant, de préjudice durable à la concurrence ».*¹⁸¹

- Compte tenu de la nature dynamique de la concurrence, plutôt que d'utiliser des indicateurs traditionnels tels que les parts de marché ou les marges de bénéfice, les autorités réglementaires et de la concurrence devraient se concentrer sur *«les indicateurs qui éclairent sur la contestabilité, comme par exemple la présence de barrières à l'entrée, la disponibilité de voies alternatives pour atteindre les utilisateurs finaux (y compris la présence de mesures destinées à emprisonner les utilisateurs)»*, et le degré d'innovation dans des technologies / services inexplorés.¹⁸²
- L'existence d'applications «freemium» et de produits gratuits crée des difficultés pour calculer les parts de marché fondées sur les revenus de consommation. Par exemple, beaucoup de consommateurs ne génèrent pas le moindre revenu pour les applications Internet, du fait qu'ils n'achètent pas de modules ou de mises à niveau. De plus, les clients utilisent plus d'une application sur une base quotidienne et mensuelle. En effet, la Commission européenne estime que¹⁸³ 80 à 90% des utilisateurs de l'EEE utilisent plus

¹⁸¹ Affaire T-79/12 – Cisco Systems et MessageNet contre Commission, arrêt du 11 décembre 2013 nyr, paragraphe 69.

¹⁸² Parlement européen, *«Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy»*, cité, page 11.

¹⁸³ Affaire n° COMP / M.7217 – Facebook/WhatsApp – Règlement (CE) n° 139/2004, paragraphe 110. October 2014. Commission européenne, Bruxelles.

Figure 45: Parts de marché dynamiques – BT / Esat¹⁸⁴

Examen des parts de marché dynamiques dans les enquêtes de concurrence

Dans l'affaire BT / Esat, l'une des questions examinées par la Commission européenne était de savoir si les conditions sur le marché irlandais de l'accès commuté à Internet se prêtaient à l'émergence d'un duopole composé de l'opérateur historique, Eircom, et de l'entité fusionnée. La Commission a conclu que ça n'était pas le cas pour les raisons suivantes. Tout d'abord, les parts de marché n'étaient pas stables, deuxièmement la demande doublait tous les six mois, troisièmement les produits d'accès à Internet n'étaient pas considérés comme étant homogènes, et enfin les développements technologiques étaient l'une des principales caractéristiques du marché.

d'un service par mois. La facilité d'accès et d'installation y est pour beaucoup, ainsi que des fonctionnalités telles que des « notifications push » qui permettent à l'utilisateur d'afficher un message sans devoir commencer par ouvrir l'application concernée. Par conséquent, d'autres paramètres pourraient être plus pertinents, tels que le volume de trafic ou la part de minutes mobiles d'utilisation. Par exemple, la part totale de minutes mobiles d'utilisation peut être une mesure particulièrement pertinente avec les réseaux sociaux freemium et les applications de messagerie instantanée. Or la Commission européenne n'a pas tenu compte de cet aspect lors de la concentration entre Facebook et WhatsApp (pour une analyse de cette concentration, voir plus haut, au chapitre [Définition des marchés à l'ère numérique, Concept clé n° 1, Définition du marché dans la pratique](#))

- Alors que les réseaux sociaux et les marchés de la messagerie convergent de plus en plus, les besoins de données nécessaires au calcul de métriques standard augmentent. La disponibilité des données pose un problème, étant donné d'une part la réglementation existante concernant la protection des données, et d'autre part le caractère multinational des services et des acteurs à l'ère numérique. La disponibilité des données

est un problème pour définir le marché à l'ère numérique. Voir [Concept clé n° 1, Définition du marché dans la pratique](#)

En cette ère numérique, il est impératif que les autorités et les régulateurs soient encore plus disposés à prendre en considération des facteurs autres que les parts de marché, par exemple le degré d'entrée, de sortie, l'innovation et le développement de produits au sein de l'industrie.

Par exemple:

- *le contre-pouvoir des acheteurs* prend de plus en plus d'importance. Même les entreprises qui possèdent une part de marché élevée peuvent ne pas être celles qui fixent les prix car il leur faut constamment s'ajuster, innover et se réinventer pour faire face à des tendances et des goûts en constante évolution.
- Les *barrières traditionnelles à l'entrée* sont sur le recul, à mesure que des goulets d'étranglement disparaissent. Les goulets d'étranglement sont abordés dans le détail plus loin, [Comprendre les goulets d'étranglement](#). En quelques lignes:
 - Les logiciels open source, par exemple, en vertu desquels un titulaire de droit d'auteur accorde à n'importe qui et dans n'importe quel but les droits d'étudier, de modifier et

¹⁸⁴ Affaire n° COMP / M.1838 - BT / ESAT. Règlement (CE) n° 4064/89. Disponible à: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1838_en.pdf

Figure 46 : Acteurs Internet mondiaux dans la chaîne de valeur numérique

	Google	Apple	Microsoft	Facebook	Amazon
Connectivité mobile	Google Loon Project Fi	—	—	Internet.org	—
Applications	iOS et Android	iOS seulement	iOS, Android, Windows Phone, Cyanogen	Facebook, WhatsApp, Messenger, Instagram	iOS / Android Fire Phone
Matériel	Nexus	iPhone	Lumia	—	Fire OS
Système d'exploitation	Android	iOS	Partenariat Windows Phone, Cyanogen	—	

Source : GSMA, Mobile Industry Radar, juillet 2015

de distribuer le logiciel, ont donné libre cours à une concurrence collaborative qui s'est traduite par la fourniture de navigateurs, de lecteurs de contenu et d'autres logiciels, qui ont été des moteurs d'innovation et ont permis de dégager des économies pour les consommateurs

- La possibilité pour les consommateurs de changer de fournisseur a été renforcée par l'évolution réglementaire du secteur mobile, ainsi que par l'émergence d'entreprises offrant des services concurrents à ceux fournis par les opérateurs mobiles. Par exemple, en vertu de réglementation qui n'est pas la réglementation de PSM mais qui s'applique uniquement aux fournisseurs de services d'accès télécom néanmoins, il y a eu une très nette réduction des coûts de transfert des consommateurs quand ils changent d'opérateur de réseau mobile¹⁸⁵
- Les coûts irrécupérables sont réduits, du moins pour les applications Internet des nouveaux arrivants. Aujourd'hui, la

technologie de messagerie peut être développée par des fournisseurs de logiciels sans qu'ils n'aient à supporter les coûts d'infrastructure irrécupérables élevés ni à développer un réseau mobile qu'une technologie de messagerie traditionnelle requiert.

- *De nouvelles barrières à l'entrée font leur apparition.* Celles-ci sont présentées en détail dans la section, Comprendre les goulets d'étranglement, et comprennent :
 - *Données client :* Les effets de réseau Internet ont permis à ce qu'un petit nombre d'applications deviennent actuellement dominantes sur le marché freemium de la messagerie, leur permettant d'acquérir de grandes quantités de données sur les clients. Dans une perspective de droit de la concurrence, des datasets volumineux pourraient offrir aux entreprises un avantage concurrentiel, en les aidant à améliorer leur produit ou service d'une manière que leurs concurrents seraient

¹⁸⁵ Les coûts de transfert sont ceux que le consommateur doit payer quand il change de fournisseur, de marque ou de produit. Ils sont généralement d'ordre monétaire, bien que dans ce cas la réglementation ait aussi raccourci le temps pris pour changer de fournisseur, par exemple.

Figure 47: Acquisition de Vuclip par PCCW Media

Acquisition de Vuclip par PCCW Media

PCCW Media a acquis une participation majoritaire dans le fournisseur de service de vidéo à la demande Vuclip.

Vuclip offre des services mobiles de vidéo à la demande sur six marchés: en Inde, en Indonésie, en Malaisie, en Thaïlande, aux E.A.U. et en Égypte. L'entreprise prévoit de s'élargir à d'autres marchés d'Asie du Sud-est cette année, et envisage aussi son expansion en Afrique et au Moyen-Orient.

L'entreprise combinée prévoit de développer une plate-forme Internet qui offre un accès immédiat à l'ensemble des contenus asiatiques Premium de PCCW Media (y compris de contenus en coréen, en japonais et en chinois) à un public nettement élargi.

D'après PCCW Media, cette acquisition devrait permettre d'accélérer la stratégie d'expansion de ses activités de vidéo numérique sur Internet, au-delà de Hong Kong pour pénétrer la région asiatique.

incapables d'égaliser. Ainsi, si les services de ces applications venaient à être payants à l'avenir, ces entreprises parviendraient sans doute à conserver un nombre important d'utilisateurs, en raison des fonctionnalités améliorées dues aux effets de réseau et au fait qu'elles possèdent ces données clients

- *Nouveaux coûts de transfert*: en raison d'un manque d'interopérabilité. En particulier, il est possible que des contenus fournis par des applications Internet non réglementées ne soient pas « portables » sur un nouvel appareil ou un nouveau système, ce qui augmente d'autant les coûts de transfert pour le consommateur. Les coûts pour changer de système d'exploitation (comme par exemple la perte de contenus ou de fonctionnalités) peuvent l'emporter sur les avantages à en tirer
- *Intégration verticale*: Les acteurs mondiaux opèrent dans un certain nombre de segments. Par exemple, Google, Microsoft et Apple offrent tous du contenu (des applications), ils ont chacun mis au point un système d'exploitation auquel la boutique d'applications de chaque marque est reliée et ils fournissent leurs propres appareils mobiles. Google s'intéresse aussi à l'idée d'utiliser des drones, des ballons gonflables et du spectre exploitable sans licence pour fournir l'accès à son réseau et renforcer ainsi sa présence dans la chaîne de valeur numérique (ce qui est expliqué au chapitre [Comprendre les goulets d'étranglement, Concept clé n° 3, Spectre des fréquences radioélectriques sous licence](#))
- *Les barrières à l'expansion se révèlent difficiles à comprendre à l'ère numérique*. D'un côté, bien que l'entrée sur le marché soit possible sur le web numérique et qu'il soit possible de créer de nouveaux modèles commerciaux, les chances de succès (expansion) ne sont pas claires (voir [Définition des marchés à l'ère numérique: Concept clé n° 5 – Substituabilité du côté de l'offre](#)). De l'autre:
 - Les entreprises qui entrent sur un marché se servent souvent de leur notoriété de marque comme base pour pénétrer un marché adjacent et y gagner des parts de marché. Par exemple, WhatsApp, qui a commencé en n'étant qu'une simple application de messagerie, évolue pour offrir des services téléphoniques entre ses abonnés
 - Les fournisseurs de services traditionnels se dirigent vers d'autres marchés pour

élargir leur présence à l'ensemble de la chaîne de valeur numérique. Ainsi par exemple, Vodafone a récemment acheté l'activité de ligne fixe de C&W, BT a annoncé son intention d'acquérir EE, PCCW Media vient d'acquérir une participation

majoritaire dans le fournisseur de service de vidéo à la demande Vuclip (voir Figure 47) et aux États-Unis, AT&T (société de télécommunications et fournisseur de télévision sur IP) a acheté DirecTV (télévision par satellite).

Concept clé n° 6

Exploitation abusive

Une entreprise puissante sur le marché peut exploiter sa position. Un exemple classique d'exploitation abusive est l'imposition de prix excessifs. Cependant, d'autres types d'exploitation abusive sont en train de prendre de l'ampleur, comme par exemple la capacité d'une entreprise en position dominante d'imposer à ses fabricants et ses distributeurs des conditions en échange d'un produit dont ils ne peuvent pas se passer.

Comme on l'a vu plus haut ([Concept clé n° 1, Analyse du marché dans la pratique](#)), les différents types d'abus se caractérisent en fonction des effets que le comportement en question peut avoir sur les autres. Il est utile de faire la distinction entre « exploitation abusive », « discrimination abusive » et « exclusion abusive ».

Bien que, dans la pratique, les catégories se chevauchent, une « exploitation abusive » est un comportement anticoncurrentiel de la part d'une entreprise puissante sur le marché, qui lui permet d'exploiter sa position et de causer *directement* des préjudices aux consommateurs, alors que dans les cas d'exclusion abusive, les consommateurs sont lésés *indirectement* par l'exclusion d'un concurrent du marché. La catégorie classique d'exploitation abusive est l'imposition d'un prix excessif par une entreprise. Il n'est pas nécessaire que le comportement ait à la fois un effet de discrimination et d'exploitation, bien que dans la pratique il pourrait se produire une situation où un acteur dominant pratique des prix excessifs et discriminatoires, comme dans les cas des discriminations abusives à l'égard des consommateurs et dans l'affaire contre Deutsche Post.¹⁸⁶ (voir [Concept clé n° 7, Discrimination abusive](#)). De même, dans la pratique, le comportement pourrait avoir des effets à la fois d'exploitation et d'exclusion,

comme quand une entreprise profite de sa puissance sur le marché (voir [Concept clé n° 9](#)).

La question de la tarification excessive a été abordée dans l'affaire *ITT Promedia*.¹⁸⁷ L'enquête portait sur la pratique de Belgacom de faire payer une redevance aux fournisseurs d'annuaires téléphoniques concurrents pour accéder aux données sur les abonnés. Cette pratique a été jugée abusive tant pour ses effets d'exploitation que de discrimination. Belgacom a convenu de modifier sa pratique et la Commission européenne a classé l'affaire.

Dans différentes régions du monde, la réglementation exige des opérateurs mobiles de ne pas pratiquer des prix excessifs pour les services d'itinérance. Le nouveau règlement sur l'itinérance de l'Union européenne, adopté en 2012,¹⁸⁸ impose une obligation de la sorte en ce qui concerne les services d'itinérance à travers les pays de l'UE (par rapport aux tarifs nationaux). Les régulateurs du CCG ont adopté des politiques concertées pour faire baisser les prix d'itinérance dans les pays du Golfe, d'abord pour les appels vocaux en itinérance (en juin 2010) et ensuite pour d'autres services d'itinérance (en juin 2015, avec entrée en vigueur au 1er avril 2016).¹⁸⁹ Des préoccupations similaires ont été exprimées en Afrique. En août 2015, il a été annoncé que les régulateurs au Botswana, en Namibie, en Zambie et au

¹⁸⁶ COMP/38745 BdKEP, 20 octobre 2004.

¹⁸⁷ XXVIIe rapport sur la politique de la concurrence.

¹⁸⁸ Règlement 531/2012.

¹⁸⁹ <http://www.reuters.com/article/2015/06/09/mideast-telecoms-idUSL5N0YV3DN20150609>

Zimbabwe, vont lancer un processus visant à réduire les tarifs d'itinérance.¹⁹⁰

L'exploitation abusive ne se manifeste pas forcément par une tarification excessive. Le fait d'imposer des « conditions de transaction non équitables » de concurrence peut aussi relever d'une exploitation abusive en vertu de l'article 102, alinéa a, du traité sur le fonctionnement de l'Union l'Union européenne. L'affaire *BRT contre SABAM*¹⁹¹ en est l'un des premiers exemples. Une entreprise chargée de l'exploitation de droits d'auteur imposait à ses membres des obligations qui n'étaient pas strictement nécessaires à la réalisation de son objet et par conséquent empiétaient « injustement » sur la liberté du membre d'exercer son droit d'auteur. L'« équité » portait sur l'équilibre entre les droits et les obligations des parties contractantes. Dans l'affaire *Tetra Pak III*,¹⁹² les clauses contractuelles qui allaient au-delà du droit reconnu d'une entreprise dominante de protéger ses intérêts commerciaux ont été jugées « non équitables ». Dans cette affaire, on comptait parmi ces clauses celles qui accordaient un droit de contrôle absolu vis-à-vis de la configuration de l'équipement, interdisant à l'acheteur d'effectuer la moindre modification, celles qui donnaient à Tetra Pak le droit exclusif d'entretenir et de réparer l'équipement, le droit exclusif de fournir des pièces détachées, les obligations d'obtenir la permission de Tetra Pak pour le transfert de propriété ou d'utilisation de l'équipement, l'imposition de longues durées de location, de trois à neuf ans, et des clauses pénales pour violation de ces conditions. Dans le secteur des télécommunications, l'obligation d'entretenir l'équipement de l'opérateur en position dominante à l'exclusion de celui de tout concurrent, imposée au seul exploitant

d'entretien agréé par l'opérateur dans un pays, a été jugée relever d'un abus de position dominante.¹⁹³ L'abus peut être considéré dans ce cas comme ayant des effets à la fois d'exploitation et de discrimination.

Implications de l'ère numérique

Dans les cas où plusieurs produits sont offerts au consommateur gratuitement, une tarification excessive peut ne pas paraître être un problème majeur. Il peut toutefois s'agir là d'un problème dans le cas des marchés multifaces, si en fait la nature multiface du marché n'est pas reconnue comme il se doit. La tarification pourrait alors être jugée excessive sur une face du marché, et peut-être prédatrice de l'autre. Pour cette raison, il est très important de définir le marché correctement (voir [Concept clé n° 7](#), au chapitre Définition des marchés à l'ère numérique).

Dans les cas où la tarification excessive n'est pas un problème, il est possible que les autorités de la concurrence doivent se pencher de plus près sur la possibilité que du tort soit causé aux consommateurs, comme les préjudices causés directement aux consommateurs par l'application de conditions commerciales et de clauses d'exclusivité inéquitables. Le prix n'est pas le paramètre unique (ou principal) de la concurrence. L'exploitation peut prendre de multiples formes, en fonction des variables de la concurrence.¹⁹⁴ Du fait que les décisions prises par les entreprises au sujet de la vie privée du consommateur peuvent aboutir à une forme de concurrence hors-prix, la vie privée peut être une dimension hors-prix de la concurrence. L'usage des données, des conditions générales abusives, sont autant de formes d'exploitation possibles à l'ère numérique.

¹⁹⁰ <https://www.telegeography.com/products/commsupdate/articles/2015/08/13/four-southern-african-states-agree-to-cut-international-roaming-costs/>. La communauté de développement d'Afrique australe (SADC) a également annoncé des décisions sur les tarifs d'itinérance.

¹⁹¹ Affaire 127/73 *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM et NV Fonior* [1974] ECR 313, [15].

¹⁹² Affaire T-83/91 *Tetra Pak International SA contre Commission européenne* [1994] ECR II-755, [140].

¹⁹³ Arrêt de l'autorité française de la concurrence dans l'affaire *Orange Caraïbe et France Télécom*, Arrêt 09-D-36 du 9 décembre 2009.

¹⁹⁴ Voir D Feinstein, *Big Data in a Competition Environment*, cité.

Concept clé n° 7

Discrimination abusive

Une entreprise en position dominante peut opérer des discriminations entre ses clients ou différentes catégories de clients. Dès lors que celles-ci aboutissent à un désavantage concurrentiel pour un concurrent ou risque de causer des torts aux consommateurs, les autorités de la concurrence peuvent intervenir ex post en vertu des dispositions d'abus de position dominante. Les affaires en cours contre Google, par exemple, supposent des discriminations abusives et des exclusions abusives. Bien qu'il n'y ait pas nécessité de réglementation ex ante pour traiter de situations similaires, les fournisseurs d'accès à l'Internet sont soumis au cadre de réglementation sur la neutralité d'Internet.

Une entreprise en position dominante n'a pas le droit de pratiquer des discriminations injustifiées. La discrimination abusive est l'une des trois principales catégories d'abus en droit de l'Union européenne. L'exploitation abusive est abordée plus haut (voir Concept clé n° 6), l'exclusion abusive ci-dessous (voir Concept clé n° 8). Cette classification est utile comme point de départ, mais il existe un chevauchement considérable entre les catégories.

La discrimination abusive peut causer du tort à des concurrents (par ex. l'abus risque d'avoir à la fois un effet d'exclusion et un effet de discrimination) et peut causer du tort à des consommateurs qui ne sont pas des concurrents (par ex. l'abus peut avoir à la fois un effet de discrimination et un effet d'exploitation).

Premièrement, il peut nuire aux concurrents. Par exemple, une structure de remises offerte par un fournisseur dominant aux détaillants peut avoir à la fois un effet de discrimination (par ex. contre les types de détaillants à qui il est refusé injustement des taux de remise plus élevés) et un effet d'exclusion (par ex. contre les concurrents potentiels, si des remises qui consistent à encourager la fidélité sont offertes aux détaillants). La fourniture à une facilité essentielle selon des conditions désavantageuses pour les concurrents en

faveur des opérations en aval propres de l'un d'entre eux peut aussi avoir un effet de discrimination et d'exclusion (voir [Concept clé n° 8, Exclusion abusive](#)). Les offres groupées anticoncurrentielles peuvent elles aussi être un exemple d'exclusion et de discrimination abusives (voir [Concept clé n° 10](#)).

Dans l'Union européenne, l'article 102, paragraphe c, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit d'«appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence». Par conséquent, le concurrent alléguant une discrimination abusive doit prouver que celui-ci a un effet sur la concurrence, un «désavantage concurrentiel». Les juridictions européennes ont interprété cette obligation de manière large : il suffit que les prix «tendent» à fausser la concurrence. Dans le secteur des communications en général, la fourniture à des conditions discriminatoires est une catégorie d'abus reconnue. Par exemple, dans l'affaire de Télémarketing,¹⁹⁵ RTL, la seule chaîne de l'époque à offrir de la publicité télévisée en Belgique, a cherché à imposer à toutes les entreprises de télémarketing une condition leur interdisant de faire la publicité de leurs propres numéros de

¹⁹⁵ Affaire 311/84.

téléphone, sans pour autant l'appliquer à ses propres opérations. Dans le secteur des télécommunications plus spécifiquement, toute une série d'affaires portent sur le fournisseur de télécommunications dominant qui cherche à interdire à des tiers concurrents (mais pas à ses propres opérations en aval) de connecter des lignes louées privées au réseau public commuté, ou d'imposer des frais supplémentaires pour le faire.¹⁹⁶ La discrimination abusive contre les concurrents d'une entreprise nuit à leur capacité à faire jouer efficacement la concurrence, et ce faisant, réduit le choix du consommateur.

Deuxièmement, la discrimination abusive peut causer des préjudices directs aux consommateurs. C'est le cas quand la discrimination risque aussi d'être un abus d'exploitation, surtout quand la discrimination aboutit à ce qu'un acteur du marché ait du mal à rivaliser sur un marché, peu importe qu'il soit ou non un concurrent de l'auteur présumé de la discrimination. Par exemple, dans une affaire contre Deutsche Post¹⁹⁷, il a été constaté que la pratique de discrimination entre les expéditeurs d'envois en nombre et les fournisseurs commerciaux de services de pré-tri de lettres plaçait ces derniers dans une situation désavantageuse, même si on ne pouvait pas arguer que les expéditeurs d'envois en nombre et les fournisseurs commerciaux ne se faisaient pas concurrence sur le même marché (c.-à-d. la pratique n'avait sans doute pas effet d'exclusion).

Implications de l'ère numérique

Traditionnellement, la discrimination par les prix était la principale catégorie de discrimination abusive, bien que les coupures d'approvisionnement à certaines catégories de clients aient également été considérées comme un abus de discrimination potentiel.

À l'ère numérique, deux questions deviennent particulièrement pertinentes.

La première consiste à savoir si parmi les pratiques d'Internets, certaines peuvent être considérées comme discriminatoires et devraient faire l'objet d'enquêtes pour abus de position dominante. Cette question se pose en particulier lorsque des Internets fonctionnent sous forme de plate-forme (voir [Concept clé n° 7, Marchés multifaces, au chapitre Définition des marchés à l'ère numérique](#)). Les deux enquêtes contre Google visées au [Concept clé n° 8](#) ci-dessous (Exclusion abusive) peuvent aussi être perçues comme des cas d'abus de discrimination : toute la question est de savoir si les moteurs de recherche exercent une discrimination en faveur de services intégrés verticalement (l'affaire Moteur de recherche, voir ci-dessous), et si la propriété d'un système d'exploitation comme Android permet au propriétaire d'exercer de la discrimination en faveur de certaines applications (l'affaire Android, voir ci-dessous). L'affaire du Moteur de recherche et l'affaire Android font l'objet d'enquêtes à titre d'éventuels cas de discrimination abusive (et d'exclusion) en vertu des règles de la concurrence. Il est possible qu'à terme, l'enquête aboutisse à des appels en faveur de l'introduction de réglementation, mais en fait, le droit de la concurrence semble parfaitement approprié pour déterminer si, dans le contexte d'un marché multiface, un opérateur dominant abuse de sa position dominante en bloquant l'accès de concurrents et en exerçant de la discrimination à leur égard.

La deuxième question porte sur le débat autour de la neutralité d'Internet. Celle-ci se pose aussi en rapport aux plates-formes bifaces, comme la plate-forme mobile (voir [Concept clé n° 7, Marchés multifaces, au chapitre Définition des marchés](#)).

L'augmentation du trafic de données mobiles présente de nouveaux défis aux opérateurs mobiles en particulier. Comment faire pour gérer ce trafic ? Comment répondre aux besoins divergents de consommateurs et d'entreprises variés ? Comment générer

¹⁹⁶ Voir par exemple la communication sur les accords d'accès, points 89-97.

¹⁹⁷ COMP/38745 BdKEP, 20 octobre 2004.

suffisamment de revenus pour continuer à investir dans les infrastructures de réseau ? Certains commentateurs font valoir qu'il est nécessaire de légiférer pour faire en sorte que la prise en charge de tout le trafic Internet sur un réseau soit traitée de la même manière, et en appellent à soumettre les opérateurs télécom à la réglementation sur la neutralité d'Internet.

Les décideurs politiques devraient évaluer avec prudence l'appel à la réglementation de l'accès à Internet afin d'éviter d'imposer toute entrave fortuite à l'innovation et aux investissements dans les réseaux à large bande et les services numériques. En ce qui concerne l'intervention réglementaire, les décideurs politiques devraient favoriser une approche consultative, fondée sur des principes directeurs. Les arguments en faveur d'une intervention réglementaire cherchent à calmer les craintes que la gestion du trafic web permettrait à un fournisseur de services Internet donné d'introduire une tarification discriminatoire. Celle-ci pourrait théoriquement avoir des répercussions en termes d'exclusion du marché de certains

fournisseurs de contenu, notamment les plus petits, ou créer des incitations pour les fournisseurs de services Internet de dégrader (discriminer) la qualité du service offert au trafic généré par certains fournisseurs de contenu. Dans la mesure où il s'agit là d'une préoccupation réelle, celle-ci devrait être résolue par le droit de la concurrence ex post, qui traite des cas spécifiques d'abus de position dominante. Il peut être démontré que la réglementation ex ante n'est pas une option de politique attrayante.¹⁹⁸

Des conséquences involontaires risquent de se produire si les services Internet sont fournis en utilisant l'infrastructure mobile, alors que des acteurs Internet ne paient pas directement l'opérateur mobile qui a fourni l'infrastructure en question. Sur un marché où les consommateurs doivent avoir accès à Internet pour utiliser des services Internet, il n'est pas possible d'attribuer la valeur sociétale de l'ajout d'une application Internet exclusivement à l'acteur Internet OTT concerné.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Voir CERRE, «Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets», octobre 2014, Perspectives économiques dans le débat sur la neutralité du net, pages 33-39.

¹⁹⁹ Voir CERRE, «Market Definition, Market Power and Regulatory Interaction in Electronic Communications Markets», octobre 2014,

Concept clé n° 8

Exclusion abusive

Les abus d'exclusion aboutissent à un affaiblissement de la concurrence, souvent en empêchant des concurrents d'accéder à un marché pertinent. Les opérateurs télécom ont été soumis à un contrôle en vertu du droit réglementaire et de la concurrence pour juger de leurs prétendues pratiques d'exclusion. Jusqu'à ce jour, les acteurs Internet y ont échappé, cependant les récentes affaires contre Google annoncent peut-être un changement de comportement à cet égard.

Il y a exclusion abusive quand le comportement d'une entreprise en position dominante est susceptible d'entraîner l'élimination ou l'affaiblissement d'une concurrence effective sur le marché pertinent. C'est ce qui se produit quand un acteur du marché parvient à expulser ou à marginaliser des concurrents existants ou à ériger des barrières à l'entrée pour de nouveaux concurrents potentiels. Tous les acteurs du marché visent généralement à accroître leurs parts de marché en marginalisant leurs concurrents, mais dans le régime européen et dans d'autres systèmes comparables, une entreprise en position dominante est empêchée de le faire quand un tel comportement constitue un abus. Il en ressort que concrètement, dans les analyses et les évaluations, il est difficile de faire la distinction entre des abus d'exclusion et des pratiques commerciales courantes : dans le cas des abus d'exclusion, l'accent porte sur l'effet économique global que l'abus exerce sur le marché. On peut donner comme exemples les prix prédateurs et les rabais de fidélité.

Souvent, les autorités de la concurrence se penchent sur les abus d'exclusion qui ont lieu sur un marché qui est lié au marché où une entreprise détient une position de puissance de marché (quand elle est puissante sur le marché). C'est le cas par exemple quand une entreprise

est capable de contrôler la concurrence qui s'opère sur un marché en aval du marché où elle détient de la puissance de marché. Des exemples d'exclusion abusive sur des marchés connexes sont étudiés en profondeur au [Concept clé n° 9 \(Effet de levier de la puissance de marché\)](#) et le [Concept clé n° 10 \(Offres groupées et offres liées\)](#).

Les exclusion abusive peuvent aussi avoir des effets de discrimination ou d'exploitation vis-à-vis des consommateurs. C'est le cas par exemple quand une entreprise qui détient de la puissance de marché lie un autre produit au produit qui lui vaut sa puissance, empêchant ainsi des concurrents de pénétrer ce marché (secondaire) et causant éventuellement des préjudices aux consommateurs. Le refus de fournir l'accès à une facilité essentielle peut avoir un effet discriminatoire ainsi qu'un effet d'exclusion.²⁰⁰

Le refus de fourniture et les comportements d'entrave d'accès ont également été considérés comme étant matière à un abus potentiel de position dominante dans les cas où ceux-ci ont un effet d'exclusion et/ou de discrimination et/ou d'exploitation, en l'absence d'une justification objective. Dans certains cas, comme dans l'affaire Telekomunikacja Polska (« TP »),²⁰¹ la

²⁰⁰ La puissance significative sur le marché des entreprises de télécommunications est souvent régulée pour l'accès à leurs réseaux, bien que dans certains pays, le défaut d'accorder l'accès ait abouti au constat d'abus de position dominante. La commission roumaine de la concurrence a imposé à Vodafone et à Orange une amende de 3% de leur chiffre d'affaires en 2011 pour non-autorisation d'accès à leurs réseaux. (Voir par exemple : http://www.consiliulconcurentei.ro/uploads/docs/items/id7454/mr_cornel_gradinariu_presentation_competition_in_the_telecommunication_sector_ro_experience_and_recent_case_law.pdf).

²⁰¹ COMP/39525, Telekomunikacja Polska.

Commission européenne a infligé une amende de 127 millions d'€ à l'opérateur historique de télécommunications polonais pour ses pratiques abusives sur le marché de « l'accès Internet à large bande ». Bien qu'il existe des technologies concurrentes, il a été jugé que TP détient une position dominante, dont elle a abusé, sur le marché de l'accès, à l'aide de ses propres produits d'accès de gros. On peut citer comme autres exemples d'abus, le refus de fournir des informations fiables, les techniques d'atermoiements dans les discussions avec des concurrents potentiels et la proposition de conditions déraisonnables au début des négociations.

Un cas particulier d'abus de marché connexe qui a été considéré nuire aux opérateurs de télécommunications se produit lorsque des opérateurs utilisent des informations qu'ils ont acquises sur le marché où ils sont dominants ou détiennent de la puissance significative sur le marché pour empêcher leurs clients de migrer vers des concurrents, en se livrant à des activités de reconquête et de sauvegarde. En Italie, une injonction provisoire a été rendue s'opposant aux pratiques de Telecom Italia qui consistent à utiliser les informations obtenues à partir de demandes de portabilité des numéros, en vue de se prêter à des activités de reconquête (Fastweb contre Telecom Italia).²⁰² De même en France, l'autorité de la concurrence a condamné France Télécom pour son utilisation des informations obtenues en tant qu'administrateur du régime de dégroupage de l'accès à la boucle locale pour démarcher les clients qui étaient passés à d'autres fournisseurs dans les DOM.

Implications de l'ère numérique

Le secteur des télécommunications a fait l'objet d'une réglementation importante sous la forme d'obligations d'accès, de séparation structurelle et de contrôle réglementaire de la puissance

de marché, en plus d'une vérification accrue en matière de droit de la concurrence.

En revanche, les nouveaux acteurs de l'ère numérique ne sont pas soumis à la réglementation de PSM et ne semblent pas faire l'objet du même niveau de contrôle au titre du droit de la concurrence: il est impossible par exemple d'appliquer à l'économie numérique certains tests comparatifs fondamentaux en matière d'exclusion. L'analyse dite du concurrent aussi efficace, cherche à déterminer si un concurrent doté d'une structure de coût similaire pourrait être compétitif s'il imposait le même prix à l'utilisateur final que l'entreprise en position dominante. Dans un marché multiface, il est souvent difficile de déterminer le prix facturé à l'utilisateur final. En outre, il est peu probable que les concurrents numériques emploient des structures de coûts similaires.²⁰³

Au niveau de l'UE, les affaires en droit de la concurrence portées contre Google pourraient peut-être augurer d'un changement d'attitude. La Commission européenne va enquêter pour déterminer si Google a abusé de sa position dominante dans deux affaires, elles aussi résumées à la Figure 65, à savoir :

- L'affaire du Moteur de recherche : Google prend en charge plus de 90 % des recherches sur le web en Europe.²⁰⁴ Dans un exemple classique d'abus d'exclusion présumé du « marché connexe », la Commission va examiner si Google donne la priorité à ses propres services de comparaison de prix, détournant le trafic des concurrents potentiels. En avril 2015, la Commission européenne a adressé à Google une communication de griefs alléguant l'abus de sa position dominante sur les marchés en ce qui concerne ses services de recherche générale sur Internet dans l'Espace économique européen (EEE), en favorisant systématiquement son propre produit de comparaisons des prix d'achat sur ses pages de résultats de recherche générale. L'avis

²⁰² Cour d'appel de Milan, 16 mai 2006.

²⁰³ Voir Parlement européen, « Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy », cité, pages 58-59.

²⁰⁴ The Economist, « Europe v Google, Nothing to stand-on », 18 avril 2015.

préliminaire de la Commission est que ce comportement enfreint les règles antitrust de l'UE, car il entrave la concurrence et porte préjudice aux consommateurs.

- L'affaire Android (voir aussi la figure 65 ci-dessous), en vue de déterminer s'il y a eu abus de sa position dominante par Google avec son système d'exploitation mobile Android (80% des smartphones fonctionnent sur Android).²⁰⁵ Depuis 2005, Google est le chef de file du développement du système d'exploitation mobile Android. Android est un système open-source, ce qui signifie qu'il peut être librement utilisé et développé par n'importe qui. La majorité des fabricants de smartphones et de tablettes utilisent le système d'exploitation Android en combinaison avec tout un éventail d'applications et de services exclusifs de Google. Ces fabricants concluent des

accords avec Google pour obtenir le droit d'installer les applications de Google sur leurs appareils Android. L'enquête approfondie de la Commission se penchera sur la possibilité que Google ait enfreint les règles antitrust de l'UE en entravant le développement et l'accès au marché de systèmes d'exploitation, d'applications et de services mobiles concurrents au détriment des consommateurs et des développeurs. Il semblerait que le service fédéral antimonopole de Russie se penche lui aussi sur des plaintes similaires

Comme le décrit le [Concept clé n° 7, Discrimination abusive](#), l'affaire du Moteur de recherche et l'affaire Android peuvent être considérées être dans un cas comme dans l'autre des exemples de discrimination abusive et d'exclusion abusive présumés.

²⁰⁵ V3 Technology News, « Android on 80 percent of smartphones but Windows Phone growing fast », 31 janvier 2014.

Concept clé n° 9

Effet de levier de la puissance de marché

Au sein des industries de réseau, une entreprise puissante sur le marché en amont peut tenter d'étendre ce pouvoir au segment aval. Cet effet de levier peut également provenir d'un marché sur lequel une entreprise occupe une position dominante et l'exerce sur un marché connexe mais qui n'est pas verticalement intégré. Il est possible qu'à l'ère numérique, les opérateurs traditionnels ne parviennent à exploiter l'effet de levier de la puissance de marché que dans une mesure plus limitée. Dans le même temps, ce n'est que maintenant que l'on commence tout juste à s'intéresser à l'effet de levier que les acteurs Internet peuvent exercer.

On emploie couramment le terme « effet de levier » dans le droit antitrust pour se référer aux pratiques d'une entreprise qui consistent à élargir à un autre marché la puissance qu'elle détient sur un marché donné. L'effet de levier s'applique à des secteurs intégrés verticalement. Une entreprise qui est puissante sur un marché de gros (en amont) peut tenter ainsi d'élargir cette puissance de marché au marché en aval au sein d'un même secteur ou sur un marché connexe. La pratique de la « compression de la marge » en est un exemple. Elle se produit quand une entreprise augmente le prix des intrants en amont, ou baisse le prix des produits en aval, dans le but d'exclure ses concurrents du marché par des prix intenables, profitant ainsi de l'effet de levier de la puissance de marché qu'elle détient en aval pour l'appliquer au segment de détail.

Au niveau de l'UE, beaucoup d'affaires de forte notoriété portant sur la compression des marges ont eu lieu dans le secteur des télécoms et ont concerné la fourniture de produits d'accès de gros. Deutsche Telekom²⁰⁶ a été la première affaire du secteur et la même analyse a été appliquée à d'autres cas.²⁰⁷

Dans l'affaire Deutsche Telekom, la Commission européenne a également constaté que les prix

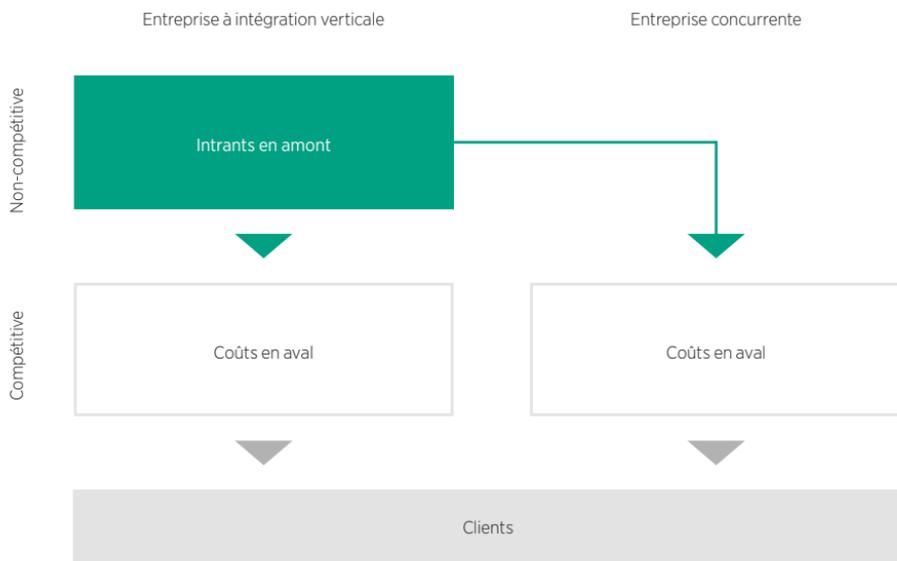
imposés étaient abusifs en vertu du droit de la concurrence, même s'ils étaient réglementés et approuvés séparément en vertu de la réglementation de PSM. Cela souligne une différence notable entre le régime applicable dans le secteur des télécommunications aux États-Unis et celui dans l'Union européenne. Aux États-Unis, l'affaire Verizon contre Trinko fait autorité pour affirmer que « quand il existe une structure réglementaire conçue pour dissuader des préjudices anticoncurrentiels ou y remédier, l'avantage supplémentaire pour la concurrence présenté par l'application de la législation antitrust aura tendance à être limité, et il y aura moins de chance que la législation antitrust procède à un contrôle accru de la sorte. » Dans l'UE, il est de jurisprudence constante que les entreprises en situation de position dominante sont chargées de ne pas en abuser et peuvent être condamnées à une sanction en vertu des règles de la concurrence, même si elles sont soumises à un régime réglementaire spécial.

Les autorités réglementaires ont été particulièrement attentives au risque de l'effet de levier exercé par la puissance de marché de gros en amont pour l'appliquer aux marchés de détail en aval. C'est face à cela

²⁰⁶ La Commission se félicite de l'arrêt du tribunal dans l'affaire de compression de la marge de Deutsche Telekom http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-493_en.htm?locale=en.

²⁰⁷ Telefonica, COMP/38436: La Commission a imposé à Telefonica une amende de 151,8 millions d'€ pour sa compression de la marge sur le marché de l'accès internet à haut débit en Espagne.

Figure 48: Exemple de secteur à intégration verticale



que des mesures correctives d'« obligation de fourniture » et d'« équivalence » ont été imposées aux marchés de gros, parallèlement à des contrôles des prix. Les entreprises sont tenues également de séparer leurs activités de gros de celles du détail, pour s'assurer de les régir indépendamment les unes des autres. Par exemple, au Royaume-Uni, BT a accepté volontairement des engagements de créer Openreach (réseaux d'accès) séparément de BT Wholesale, suite à une enquête de marché en droit de la concurrence réalisée par Ofcom, le régulateur investi de compétences concurrentes en droit de la concurrence.

Implications de l'ère numérique

À mesure que les caractéristiques traditionnelles de goulet d'étranglement des réseaux d'accès de télécommunications (notamment dans le secteur mobile) s'estompent, il devrait y avoir moins à craindre qu'un éventuel effet de levier de la puissance de marché s'exerce sur les marchés en aval.

La numérisation crée de nouveaux goulets d'étranglement. Par exemple, Apple est propriétaire de brevets concernant ses appareils, ses systèmes d'exploitation et ses logiciels. Une société qui possède de la propriété intellectuelle à chaque étape de la chaîne de valeur peut tirer parti de la puissance qu'elle détient sur le marché en amont pour l'exercer sur le marché en aval du fait de sa position en tant que propriétaire. Alors que de nouvelles sources de puissance de marché apparaissent, les régulateurs doivent se méfier des risques d'effet de levier exercé par la puissance de marché et des préjudices aux consommateurs qu'ils peuvent entraîner. (Voir [Comprendre les goulets d'étranglement](#) ci-dessous).

À mesure que les entreprises s'élargissent à des marchés adjacents et offrent des produits supplémentaires (que ce soit sous forme d'offres groupées ou de manière autonome), il leur est possible de profiter de l'effet de levier de la puissance qu'elles détiennent. On peut dire globalement qu'un effet de levier peut être défensif ou offensif. Les arrêts rendus

contre Microsoft analysés à la Figure 51 (offres groupées d'Internet Explorer avec Windows, au détriment d'autres navigateurs tels que Netscape) relèvent d'un exemple d'effet de levier défensif, en tentant de défendre la puissance exercée sur un marché primaire par des offres groupées anticoncurrentielles. On parle d'effet de levier offensif lorsque des rentes de monopole supplémentaires sont imputées à un second marché et qu'on craint qu'une partie fasse entrave à la concurrence en raison

du contrôle qu'elle exerce vis-à-vis d'un intrant, d'une interface ou d'une plate-forme, ou vis-à-vis d'informations essentielles. L'affaire intentée contre Microsoft et analysée à la Figure 50 ci-dessous (offres liées de Media Player) est un exemple d'effet de levier offensif. Les enquêtes de l'UE concernant Google Search évoquées au [Concept clé n° 8 \(Exclusion abusive\)](#) sont un autre exemple d'effet de levier offensive anti-concurrentiel (présumé).

Concept clé n° 10

Les offres groupées dans l'évaluation du marché

Les offres groupées peuvent aboutir à des gains d'efficacité et en matière de bien-être des consommateurs. Elles peuvent aussi être utilisées comme stratégie anticoncurrentielle. Il est important d'envisager au cas par cas les effets des offres groupées en vertu des règles de la concurrence, qui s'appliquent à tous les acteurs dans le secteur des communications, plutôt que de chercher à introduire une réglementation qui concerne uniquement les opérateurs de télécoms.

Comme on l'a vu au [Concept clé n° 10](#) de la rubrique Définition des marchés à l'ère numérique, les offres groupées ne changent en rien les principes fondamentaux en vertu desquels il y a lieu de définir les marchés, mais elles peuvent potentiellement augmenter l'éventail des problèmes qui se posent au stade de la définition du marché. On assiste à l'augmentation du nombre de produits dont il faut tenir compte comme candidats éventuels à l'exercice mutuel de contraintes concurrentielles, du fait que la substituabilité doit être appréciée autant entre les différentes offres groupées qui existent qu'entre des offres groupées et les produits individuels qui les composent. Si la définition du marché aboutit à la conclusion que deux produits appartiennent à des marchés différents, alors en fonction des circonstances de l'espèce, il est possible que l'évaluation fasse apparaître que l'acteur dominant qui offre de manière groupée le produit original à un autre produit se livre à une pratique anticoncurrentielle (effet de levier). Si les deux produits appartiennent au même marché, il est peu probable que cette pratique soit abusive.

Les offres groupées peuvent engendrer des avantages importants pour les consommateurs en termes d'amélioration des offres de produits, de baisse des prix et de simplification de l'expérience du client. Il convient de tenir compte de tous ces facteurs lorsqu'il s'agit d'en analyser l'impact concurrentiel.

L'ambiguïté de l'impact des ventes groupées de produits sur le bien-être du consommateur

Les caractéristiques économiques des marchés des communications et de radiodiffusion font des offres groupées une stratégie commerciale naturelle et efficace. Dans les secteurs tels que le secteur câblé, où les coûts sont quasiment fixes et les coûts variables faibles, il est logique de fournir différentes versions d'un produit ou d'un service (en littérature économique, on parle de production de différentes versions, de « versioning »). Les clients à faible demande peuvent s'abonner à un service « de base », alors que les clients à forte demande obtiennent une offre groupée « premium ».

Toutes sortes de justifications parfaitement légitimes peuvent être avancées pour regrouper des produits :

- Discrimination par les prix qui profite aux consommateurs
- Économies (production, distribution, opérations)
- Économies comptables
- Protection de la propriété intellectuelle
- Des bas prix « légitimes »
- Création de nouveaux produits ou élargissement de la variété offerte
- Assurance qualité

Dans certains cas cependant, une offre groupée peut relever d'un abus d'exclusion. De façon générale, il existe trois grands types de préjudice pour le consommateur (théories du préjudice) qui peuvent résulter d'offres groupées :

- L'élimination de la concurrence (par l'augmentation des coûts des concurrents, l'abaissement des avantages des concurrents, l'effet de levier de la puissance sur le marché exercée sur le marché intérieur, la protection de la puissance sur le marché sur le marché intérieur, l'engagement de l'offre groupée comme entrave à une entrée, le refus d'effets de réseau ou d'échelle à un concurrent, le blocage du marché par des compléments d'offres (ce qu'on appelle « l'effet de Cournot »))
- La dissimulation des prix
- La discrimination par les prix préjudiciable pour le consommateur

Dans un cas de figure possible, le prix implicite offert aux consommateurs pour un élément de l'offre groupée est si bas par rapport à ses coûts que les concurrents à gamme réduite se voient évincés du marché. La rentabilité probable de l'interdiction d'accès d'arrivants dépend d'un certain nombre de facteurs, comme la puissance de marché de l'auteur de l'offre groupée, la capacité des concurrents à différencier leur offre de produits et l'ampleur des économies d'échelle et des effets de réseau sur le marché lié.

Lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises se livre à des offres groupées, les concurrents disposent d'un certain nombre de contre-stratégies à mettre en œuvre. Ils peuvent proposer une offre groupée semblable, éventuellement en s'associant ou par des joint-ventures. S'ils jugent que les offres groupées les désavantagent, les clients des entreprises qui proposent ces offres groupées peuvent eux aussi employer des contre-stratégies, comme celles du parrainage de concurrents indépendants ou le refus de traiter avec elles. En présence de contre-stratégies, les autorités de la concurrence ont moins de raison d'intervenir sur le marché.

Critères en vue d'une intervention

Devant la possibilité que les offres groupées soient motivées par plusieurs facteurs, à savoir (i) un désir (légitime) d'exercer une discrimination, (ii) une stratégie anticoncurrentielle ou (iii) la quête de gains d'efficacité, il est nécessaire d'étudier les effets probables des offres groupées sur les marchés pertinents avant d'envisager quelque intervention que ce soit. La mesure de ces effets peut être relativement subjective.

Néanmoins les principes généraux suivants de théorie économique peuvent s'avérer utiles. Premièrement, plus la ou les entreprises qui offrent des offres groupées sont puissantes sur le marché lié et le marché intérieur, plus le risque est grand de causer des préjudices aux consommateurs. Deuxièmement, une autorité réglementaire ou de la concurrence devrait soupeser les effets économiques probables du comportement en question aux côtés des autres preuves contemporaines qui existent (comme par exemple, les documents de stratégie interne). L'impact probable de l'offre groupée sur la capacité des concurrents à rivaliser sur le marché lié dépend du contexte du marché et peut être apprécié en utilisant les éléments de preuve suivants :

- Les surcoûts du produit lié : le prix marginal d'un élément de l'offre groupée est inférieur au surcoût. Quoiqu'important, ce test n'est pas déterminant. Il arrive souvent que le prix marginal d'un élément de l'offre groupée soit inférieur au surcoût. Il ne s'ensuit pas forcément que l'offre groupée est anticoncurrentielle. Il faut pour cela procéder à une analyse en bonne et due forme de tous les facteurs concernés
- La position des concurrents sur le marché et leurs résultats financiers : si par exemple, des preuves empiriques montrent que les concurrents de l'auteur de l'offre groupée gagnent des parts de marché tout au long de la période de l'offre groupée, il est difficile de prétendre à l'exclusion des concurrents en question. C'est particulièrement le cas si l'expansion des concurrents ne provoque

pas de pertes financières. Encore une fois, cependant, cet élément de preuve n'est pas déterminant : dès lors que d'autres éléments sont suffisamment convaincants, on peut en conclure que la part de marché des concurrents efficaces aurait cru davantage en l'absence de l'offre groupée, et que par conséquent la vente groupée est anticoncurrentielle.

- La capacité des concurrents à se différencier du produit lié
- Le pourcentage de ventes liées (mesurant l'ampleur de la pratique consistant à faire des offres groupées, et la taille et l'importance financière de la clientèle des concurrents à gamme limitée)
- Si des clients clés de concurrents réels ou potentiels sont liés ou non
- L'ampleur des économies d'échelle/des effets de courbe d'apprentissage
- Les effets de réseau sur le marché lié
- Le pourcentage de clients liés qui achètent le produit intérieur
- Des documents internes
- Le moment de l'opération

Les critères d'intervention sont résumés à la Figure 49 ci-dessous.

Exemples – La vente liée contractuelle et le marché secondaire

Les autorités européennes ont jugé qu'un acteur dominant sur le marché pour un produit original n'a pas le droit d'exercer un effet de levier de sa position dominante sur un « marché secondaire », par exemple le marché des pièces de rechange, des accessoires et des équipements de soins pour l'entretien ou l'amélioration d'un produit original, après sa vente au consommateur. Les deux grandes

affaires dans ce domaine sont celles de Hilti²⁰⁸ et de Tetra Pak II.²⁰⁹

L'entreprise Hilti a été prononcée dominante sur le marché des pistolets de scellement et des chargeurs, pour lesquels elle est titulaire de brevets. L'entreprise a abusé de sa position dominante en se livrant à des pratiques destinées à exclure des fabricants indépendants de clous à fournir des clous aux utilisateurs des pistolets de scellement, et notamment en refusant de fournir des chargeurs aux clients susceptibles de fournir ces chargeurs à des fabricants indépendants de clous, en refusant d'honorer la garantie des pistolets de scellement si ceux-ci avaient utilisés avec des clous non fabriqués par Hilti et en insistant que tout achat de chargeur s'accompagne obligatoirement de l'achat d'un certain nombre de clous d'origine. Tetra Pak était une entreprise dominante sur le marché des équipements utilisés dans l'emballage de liquide dans des briques en carton. Tetra Pak cherchait à lier la vente d'équipement à la vente de briques en carton, en excluant du marché les fabricants indépendants de briques en carton. La Commission européenne a infligé une sanction pécuniaire de Tetra Pak, dont les recours ont été déboutés. La Cour européenne de Justice a statué que « tout producteur indépendant est parfaitement libre, au regard du droit communautaire de la concurrence, de fabriquer des produits consommables destinés à être utilisés dans des appareils fabriqués par d'autres ».²¹⁰

Exemples – les affaires Microsoft

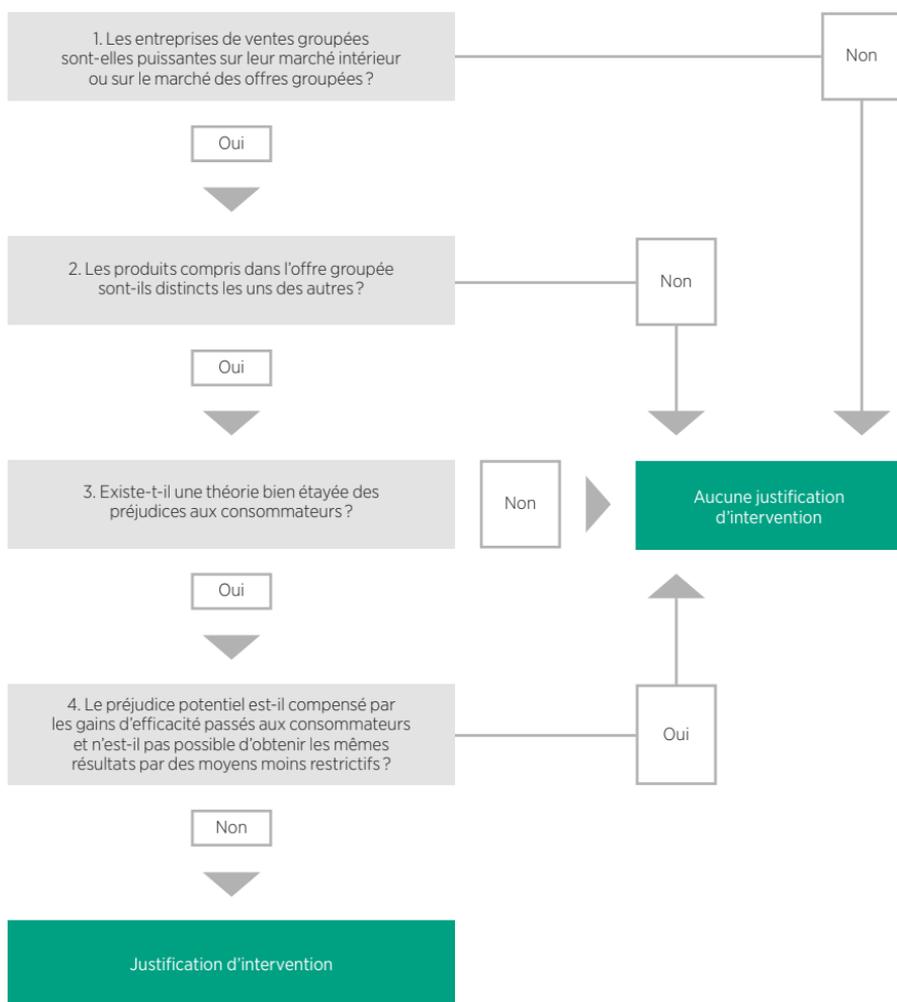
Dans l'Union européenne et aux États-Unis, Microsoft a fait l'objet d'une enquête et a été condamné à payer une amende pour vendre sous forme d'offre groupée le système d'exploitation Windows avec Windows Media Player (Figure 50 et Figure 51). En Europe, l'affaire s'est axée

²⁰⁸ Affaire Hilti AG contre Commission T-30/89, Tribunal, [1991] ECR II-1439.

²⁰⁹ Tetra Pak International SA contre Commission, Affaire C-333/94 P, Cour de justice [1996] ECR I-5951.

²¹⁰ Paragraphe 36, Affaire C-333/94 P sus-visée.

Figure 49 : Critères d'intervention sur les marchés d'offres groupées



autour de la question de la vente groupée en présence de problèmes d'interopérabilité. Aux États-Unis, l'accent a plus porté sur les stratégies prédatrices et les barrières à l'entrée découlant de l'offre groupée de produits comme stratégie anticoncurrentielle.

Implications de l'ère numérique

Étant donné que l'offre groupée est une caractéristique de l'ère numérique et présente le double potentiel d'améliorer le bien-être du consommateur et de lui causer du tort, il est tout particulièrement important d'étudier les offres groupées au cas par cas en les soumettant

Figure 50 : Offre groupée par Microsoft de Media Player – UE

Offre groupée par Microsoft de Media Player – UE

La Commission européenne a prononcé un arrêt d'infraction contre Microsoft pour abus de position dominante, en raison de son offre groupée regroupant Windows Media Player avec le système d'exploitation Microsoft Windows. Même lorsque le système d'exploitation était dégroupé, les problèmes d'interopérabilité étaient tels qu'il n'était pas possible d'utiliser les produits des fournisseurs de lecteurs multimédia non-Microsoft avec le système d'exploitation Windows. Par conséquent, l'argument de l'abus de position dominante s'est axé autour de la question de l'interopérabilité en plus de la problématique de l'offre groupée.

L'affaire était partie d'une plainte déposée en 1993 par Sun concernant les pratiques d'attribution de licences de Microsoft.

L'UE a ordonné à Microsoft de :

- payer une sanction pécuniaire de 497 millions d'€, la plus grosse amende à avoir jamais été prononcée par l'UE à l'époque ;
- offrir une version de Windows sans Windows Media Player et les informations nécessaires pour que des logiciels de réseaux concurrents puissent être entièrement compatibles avec les ordinateurs et serveurs Windows. Microsoft disposait de 120 jours pour divulguer les informations sur le serveur et de 90 jours pour produire une version de Windows sans Windows Media Player.

Le 12 juillet 2006, Microsoft a été condamnée à une amende supplémentaire de 280,5 millions d'€ et le 27 février 2008, à une amende supplémentaire de 899 millions d'€ pour non-respect de l'arrêt antitrust rendu en mars 2004 (bien que ce montant fût plus tard rapporté à 860 millions d'€). Il s'agissait là de la plus lourde amende à avoir jamais été imposée dans les 50 années d'existence de politique de la concurrence de l'UE, jusqu'à ce qu'en 2009, la Commission européenne condamnât Intel à une amende de 1,06 milliard d'€ (1,45 milliard de dollars) pour son comportement anticoncurrentiel.

L'affaire Microsoft était axée sur l'impact de l'offre groupée et de l'interopérabilité, et dans quelle mesure les préjudices potentiels causés aux consommateurs découlant de l'offre groupée comme pratique anticoncurrentielle de restreindre la nouvelle entrée de produits autonomes l'emportaient sur les gains potentiels que le consommateur pouvait gagner de l'innovation. Malgré les arguments avancés par Microsoft que la révélation de son code source réduirait ses incitations futures à innover, la Commission a statué que le risque de restrictions à toute nouvelle entrée l'emportait sur ces avantages et nécessitait par conséquent le dégroupage des produits et la mise à disposition du code source.

à l'application des règles de la concurrence (ex post). En l'absence d'une forte puissance de marché et des éléments de preuve susvisés, le potentiel de préjudice est limité.

Dans le domaine des offres groupées, la réglementation de PSM ex ante est particulièrement préjudiciable en raison de

l'ambiguïté qui existe quant aux effets des offres groupées. Une réglementation risquerait de limiter le potentiel d'innovation de produits et pourrait potentiellement aboutir à ce que les consommateurs passent à côté d'avantages. À ce titre, il y a lieu que les régulateurs s'intéressent aux désignations existantes de puissance significative sur le marché et

Figure 51: Offre groupée par Microsoft de Media Player – États-Unis

Offre groupée par Microsoft de Media Player – États-Unis

Le demandeur Sun Microsystems soutenait que Microsoft avait abusé de sa puissance de monopole sur les ordinateurs personnels Intel dans son traitement des ventes du système d'exploitation et du navigateur web. La question était de savoir si Microsoft allait être autorisé à vendre sous forme groupée son logiciel phare de navigateur web, Internet Explorer, avec son système d'exploitation Microsoft Windows.

Il était prétendu que l'offre groupée avait aidé Microsoft à remporter la victoire dans ce qu'on a appelé les guerres des navigateurs, chaque utilisateur Windows ayant une copie d'Internet Explorer. Il était prétendu également que cette pratique avait pour effet de restreindre le marché des navigateurs web concurrents (comme Netscape Navigator ou Opera) qui étaient lents à télécharger par modem ou qu'il fallait acheter en magasin. Ces litiges étaient soutenus par des interrogations triples portant d'une part sur une éventuelle modification ou manipulation par Microsoft de ses interfaces de programmation d'application (API) dans le but de favoriser Internet Explorer par rapport à des navigateurs tiers, d'autre part concernant le comportement de Microsoft lorsqu'il a conclu des accords de concession de licence restrictifs avec des équipementiers (OEM) et enfin concernant l'intention recherchée par Microsoft dans sa ligne de conduite.

Microsoft a déclaré que le fait de vendre sous forme d'offre groupée Microsoft Windows avec Internet Explorer était le résultat de l'innovation et de la concurrence, que les deux ne faisaient maintenant plus qu'un seul et même produit et qu'ils étaient inextricablement liés l'un à l'autre, et que dorénavant les consommateurs disposaient de tous les avantages d'Internet Explorer et ce à titre gratuit.

Les opposants à la position de Microsoft ont rétorqué que le navigateur était toujours un produit distinct et séparé, qui n'était nullement obligé d'être lié au système d'exploitation, puisqu'il existait une version séparée d'Internet Explorer disponible pour Mac OS. Ils ont également affirmé qu'Internet Explorer n'était pas réellement gratuit, en raison de la possibilité que ses coûts de développement et ses frais de commercialisation aient maintenu le prix de Windows à un niveau plus élevé que cela n'aurait pu l'être dans un cas contraire.

Le 7 juin 2000, le tribunal a ordonné la séparation de Microsoft. Cet arrêt prononçait l'éclatement de Microsoft en deux sociétés distinctes, l'une chargée de la production du système d'exploitation et l'autre de la production des autres composants logiciels. Néanmoins, le ministère américain de la justice a annoncé qu'il ne cherchait plus à faire éclater Microsoft, et qu'il chercherait à la place à imposer une peine antitrust moins sévère. Microsoft a décidé de rédiger une proposition de règlement qui permettrait aux fabricants de PC d'adopter des logiciels non-Microsoft. Le 2 novembre 2001, le ministère américain de la justice est parvenu à un accord avec Microsoft pour régler l'affaire. Le règlement proposé exigeait de Microsoft qu'il partage ses interfaces de programmation d'application avec des tiers et qu'il constitue un comité de trois personnes dotées du plein accès aux systèmes de Microsoft, à ses registres et son code source pendant cinq ans pour en assurer le respect. Le ministère américain de la justice n'a toutefois pas exigé de Microsoft de modifier l'un quelconque de ses codes et n'a pas empêché Microsoft de lier à l'avenir d'autres logiciels à Windows.

Figure 52: Offre groupée d'applications, de systèmes d'exploitation et de téléphones

Offre groupée d'applications, de systèmes d'exploitation et de téléphones

Tout acheteur d'un iPhone devient automatiquement l'utilisateur du système d'exploitation iOS, lui aussi fourni par Apple. Ceux qui choisissent de télécharger des applications sur leur iPhone utilisent la boutique d'applications iTunes. Ces applications sont alors concédées sous licence à l'iPhone sur lequel elles sont téléchargées et ne sont pas utilisables sur un appareil non-Apple.

Le consommateur peut en tirer des avantages évidents, et notamment :

- Commodité
- Facilité d'utilisation
- Certitude de l'absence de problèmes d'interopérabilité ou de sécurité
- Bénéfices des innovations entreprises par Apple et des fournisseurs d'applications qui savent disposer d'une grande clientèle potentielle

des mesures correctives appliquées dans les contextes d'offres groupées, en s'appesantissant sur les avantages pour le consommateur par rapport aux préjudices économiques potentiels. Ils devraient s'assurer que, si tant est qu'elles s'imposent, les mesures correctives soient appliquées de manière cohérente afin de favoriser des conditions de concurrence équitables. Les entreprises font preuve de plus en plus d'innovation dans la manière dont elles regroupent ensemble des produits et facturent des services à escompte par rapport aux produits pris indépendamment les uns des autres.

À mesure que les offres groupées se généralisent, les autorités doivent être conscientes de la possibilité qu'elles se produisent de manières qui ne sont pas immédiatement évidentes pour le consommateur, comme c'est le cas par exemple pour les offres groupées d'applications avec des systèmes d'exploitation et des téléphones.

Les conséquences de l'affaire ComCast-Time Warner Cable: Quelle signification pour les concentrations dans le secteur des télécoms aux États-Unis? – Analyse²¹¹

Tim Cornell, Associé, Chef de la division américaine antitrust, Clifford Chance

Lorsque la proposition de concentration entre Comcast et Time Warner Cable a été suspendue récemment, de nombreux professionnels se sont demandé si cela présageait de la tournure future des concentrations dans le secteur des télécommunications. L'affaire s'est effondrée après que la FCC américaine (Federal Communications Commission) ait indiqué aux sociétés qu'elle la contesterait, la jugeant contraire à l'intérêt public, critère quelque peu ambigu qui porte, notamment mais pas exclusivement, sur des préoccupations en matière de concurrence.

À prime abord, beaucoup pensaient au départ que les inquiétudes en matière de concurrence suscitées par cette opération concernaient la télévision câblée (les deux entreprises étant les plus grands fournisseurs du produit). Or il est apparu rapidement que l'autorité américaine s'intéressait davantage à l'impact que l'opération allait avoir sur l'accès à Internet pour le consommateur. Les parts cumulées des deux entreprises en matière d'accès à large bande au haut-débit filaire aux États-Unis auraient été de l'ordre de 55 à 60%.²¹² L'autorité américaine a fini par conclure qu'aucun engagement de cession ou de conduite ne serait suffisant pour calmer ses préoccupations concernant l'opération. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de l'examen de l'opération pour les transactions de télécommunications de grande envergure :

Premièrement, les entreprises doivent se préparer à la possibilité que le marché change pendant la durée de l'examen du contrôle des concentrations. Les entreprises ont commencé par inscrire leur opération comme relevant du secteur de la télévision câblée, où il existait un chevauchement limité. Or plusieurs nouveaux services (comme par exemple des services de streaming par Sling, HBO et CBS) qui dépendaient beaucoup de la disponibilité du haut-débit sur le dernier kilomètre ont fait leur apparition pendant que la proposition de l'opération Comcast-Time Warner était en cours d'examen. Ces nouveaux services soulignaient l'importance de l'effet de l'opération sur la fourniture d'accès au haut débit et à la neutralité d'Internet.

²¹¹ Ce document exprime les opinions des auteurs et n'est pas forcément le reflet des opinions de la GSMA ou de tout opérateur mobile donné.

²¹² Le haut débit ayant été redéfini par la FCC pendant que l'examen de l'opération était en cours. Ces parts de marché étaient contestées.

L'évolution constante du marché des télécoms constitue un élément important à prendre en compte pour les entreprises de télécoms qui se livrent à des opérations stratégiques. Le marché des télécoms est en pleine évolution. Les définitions du marché sont en train de perdre de leur importance à mesure que l'accès au haut débit, la vidéo en streaming, et l'omniprésence de la connectivité sont autant de facteurs qui contribuent à éclipser la voix et les débits de données du rang des premières préoccupations des consommateurs. Il pourrait être utile que le secteur des télécommunications réfléchisse à sa possible convergence, délaissant les marchés traditionnels de la voix et des données en faveur d'un marché des produits pertinents portant sur la diffusion de l'information, et à l'éventualité que ce dernier soit en voie d'expansion plutôt qu'en voie de contraction. Il serait utile de prévoir une définition plus large du marché pour le secteur des télécommunications en ce qui concerne l'examen du contrôle des concentrations.

Deuxièmement, le secteur des télécommunications doit reconnaître le rôle important que la FCC a à jouer pour déterminer si une opération répond aux critères antitrust. Le critère d'« intérêt public » en fonction duquel la FCC juge une opération est sans doute plus facile à satisfaire que le critère « diminue la concurrence de manière substantielle » auquel le ministère américain de la justice doit répondre en vertu de l'article 7 du Clayton Act, et pourtant l'un comme l'autre concernent l'effet des opérations sur la concurrence. Ainsi dans le cadre des concentrations que la FCC conteste, le ministère américain de la justice peut reprendre la contestation de la FCC sans présenter sa propre contestation, surtout lorsque celle-ci risque de ne pas avoir gain de cause si seul l'article 7 était invoqué.

Troisièmement, bien que certains au sein des organismes compétents affirment qu'aucune influence politique ne s'exerce en matière d'autorisation de concentrations, les efforts de lobbying importants déployés de part et d'autre de l'opération de Comcast et de Time Warner Cable brossent un tableau fort différent. Comcast avait fait appel à l'un des spécialistes les plus en vue de Washington pour diriger ses efforts de lobbying et s'est appuyé sur plusieurs lobbyistes bien connectés. Bien que de composition différente, les opposants comptaient un entourage quasi-égal de lobbying composé notamment de programmeurs comme Tennis Channel et Netflix, de fournisseurs d'accès comme Dish Network, d'associations liées aux médias telles que la Writers Guild of America, des sites de fans comme la Harry Potter Alliance, et les municipalités concernées telles que la ville de Moultonborough, dans le New Hampshire. Plus de 300 000 commentaires ont été déposés auprès de la FCC concernant le projet d'opération, soit près de 7 fois plus que ceux qui ont été déposés quand l'opération AT&T et T-Mobile était en cours d'examen. Bien qu'il soit impossible de mesurer précisément l'influence politique exercée, il semblerait qu'au bout du compte, les efforts politiques de l'opposition aient eu gain de cause.

Quatrièmement, le secteur des télécommunications doit se rendre compte que l'examen des pouvoirs publics ne se concentre pas forcément sur l'effet sur les prix. Pour l'examen concernant l'opération de Comcast et Time Warner Cable, l'autorité de la concurrence s'est préoccupée davantage de la menace que l'entreprise combinée favorise son propre contenu. Tandis que dans les examens des concentrations entre AT&T et T-Mobile, et entre Sprint et T-Mobile, l'État s'est intéressé à la tarification du service cellulaire pour les consommateurs, il semble aujourd'hui que la concurrence entre les services mobiles ait moins à voir avec le prix des services téléphoniques et cellulaires, pour se soucier davantage de l'accès à Internet et aux applications. Il est

fort probable que ces préoccupations continueront d'évoluer à mesure que WIFI et d'autres points d'accès mineront le caractère pratique et/ou la nécessité de l'accès cellulaire, surtout en milieu urbain et suburbain. À l'avenir, les entreprises du secteur des télécommunications qui envisagent de conclure des opérations stratégiques vont devoir consacrer bien plus de temps à en analyser les effets hors de ceux exercés sur les prix.

Il est fort possible que parmi les questions soulevées ci-dessus, de nombreuses aient des répercussions sur les examens futurs effectués par l'autorité américaine.

Adoption de gains d'efficacité dynamiques

Le renforcement de la numérisation est en train de produire de nouveaux gains d'efficacité au sein du secteur des télécommunications, sous l'impulsion des innovations et des synergies d'investissements et de concentrations qui sont le résultat de la consolidation du marché. Toutefois, les autorités de la concurrence et les régulateurs ne tiennent pas toujours pleinement compte de ces facteurs.

Contexte

La notion de gain d'efficacité dynamique a trait à la productivité et aux économies d'une entreprise sur la durée. Ceux-ci sont souvent le résultat d'investissements dans les technologies et des économies d'échelle qui en découlent. On a eu tendance à voir la concurrence comme étant le moteur principal de l'efficacité d'une entreprise. D'autre part, les structures monopolistiques tendent à être perçues comme étant les moins efficaces qui existent, compte tenu de l'absence d'incitations à investir et de l'absence de pression concurrentielle qu'elles induisent. À la lumière de la nature dynamique des marchés et des technologies numériques émergentes, on peut se demander si les régulateurs et les

autorités de la concurrence ont généralement adopté une approche excessivement restrictive et formaliste à l'analyse des gains d'efficacité. Toutefois, dans l'ère numérique, de nouvelles sources d'efficacité se sont également fait jour. Dans le secteur des télécommunications, le débat porte de plus en plus sur la question de savoir si l'augmentation du nombre de réseaux concurrents, ou l'autorisation de la consolidation de réseaux lorsque celle-ci aboutit à un moins grand nombre d'opérateurs de réseaux plus efficaces, constitue les meilleures incitations qui soient pour l'innovation et l'investissement, et à quel point les mesures correctives peuvent renforcer ces incitations ou les dissuader.

Le débat

Quel est l'impact du renforcement de la numérisation tant sur l'efficacité que sur le fonctionnement efficace des marchés ?

La numérisation a ouvert de nouvelles voies pour permettre aux entreprises d'être efficaces dans l'écosystème mobile, et pourtant elle inflige des contraintes supplémentaires sur les prix et la rentabilité des opérateurs télécom. Avec la numérisation, la technologie évolue pour tendre vers une situation qui ressemble à la loi de Moore²¹³ pour les composants électroniques. Dans cet écosystème, les gains

d'efficacité dynamiques deviennent la principale source d'avantages pour le consommateur. La réorganisation et la simplification des modèles commerciaux, étayées d'une tendance à la consolidation entre opérateurs de réseaux télécoms, aboutissent à une augmentation des gains de productivité découlant des économies d'échelle plus importantes qui s'en dégagent. Parallèlement à cela, une réduction (du moins partielle) des barrières à l'entrée à l'ère numérique a donné lieu au lancement de nouveaux produits et services, souvent sous forme d'offres groupées, qui peuvent créer des

²¹³ La loi de Moore date d'environ 1970. « La version simplifiée de cette loi stipule que la vitesse des processeurs, ou la puissance globale de traitement des ordinateurs, double tous les deux ans. » (voir <http://www.moorelaw.org/>).

Figure 53: Enjeux clés associés aux questions d'efficacité à l'ère numérique

	Général	Enjeux relatifs à l'ère numérique
Types de gains d'efficacité	<p>L'efficience d'allocation se produit quand les entreprises produisent des produits et services pour répondre aux préférences des consommateurs.</p> <p>Il y a efficience productive lorsque les entreprises réduisent au minimum le coût de la production des produits et services.</p> <p>On parle d'efficacité dynamique lorsqu'il y a équilibre entre les incitations à court terme et celles à long terme, par exemple en matière d'innovation.</p>	<p>À l'ère numérique, les gains d'efficacité dynamiques sont cumulatifs. Si les opérateurs ne parviennent pas à en dégager, ils ne tardront pas à perdre du terrain.</p> <p>Il existe des preuves de baisse des coûts, sous l'impulsion des investissements et de la consolidation, qui conduit à la chute des prix de vente au détail, par ex. le coût au mégabit, et des investissements importants conduisant à une bande passante plus grande et des vitesses plus élevées.</p> <p>La concurrence et la chute des barrières à l'entrée sont des moteurs à l'innovation et au R&D, et encourage l'efficacité dynamique.</p>
PSM et position dominante	<p>Les marchés concurrentiels sont plus susceptibles de produire un résultat efficace, mais lorsque l'absence de concurrence est établie, une intervention réglementaire peut se justifier.</p> <p>Les décideurs politiques doivent trouver le juste équilibre entre gains d'efficacité et risque de préjudices concurrentiels lors de l'examen des mesures correctives potentielles à imposer.</p>	<p>Les mesures correctives devraient être appliquées après évaluation de la puissance significative sur le marché et de la position dominante de l'ensemble des acteurs et des influences qui surviennent dans la chaîne de valeur numérique.</p> <p>Les mesures correctives devraient être imposées aux acteurs traditionnels et numériques sans discrimination pour favoriser des conditions de concurrence équitables.</p> <p>À mesure que les marchés s'élargissent et que davantage d'acteurs fournissent des services substituables, c'est l'occasion de supprimer la réglementation et de passer à un droit de la concurrence ex post.</p>
Gains d'efficacité dans les cas de concentration	<p>Il convient de soupeser les gains d'efficacité résultant de la fusion proposée ainsi que tout élément probant de préjudices concurrentiels potentiels.</p> <p>Les gains d'efficacité ont souvent été négligés, alors que les autorités de la concurrence n'ont pas pu les attribuer à la concentration, s'assurer qu'ils se produiront à court terme et démontrer qu'ils sont passés aux consommateurs.</p>	<p>Les concentrations peuvent induire des gains d'efficacité, par exemple des économies d'échelle et de gamme, des incitations à l'innovation et aux investissements et des gains d'efficacité à vendre des produits sous forme d'offres groupées.</p> <p>Traditionnellement, les autorités de la concurrence se sont contentées d'envisager les gains d'efficacité à court terme. Or il pourrait être nécessaire de s'intéresser aux incitations à plus long terme pour l'investissement et l'innovation en vue de promouvoir les gains d'efficacité dynamiques.</p>

gains d'efficacité du côté de l'offre. Les effets de réseau ont surtout pris de l'ampleur depuis l'émergence des services Internet et de voix sur IP (« appels Internet » ou « VoIP »). Il arrive que les innovateurs parviennent à dégager rapidement des gains d'efficacité grâce aux effets de réseau qui font suite à l'introduction de nouveaux produits et services. ([Concept clé n° 1 – Gains d'efficacité dans la politique de la concurrence](#)).

Dans quelle mesure les baisses de prix enregistrées sur le marché mobile, et plus particulièrement pour les données mobiles, sont-elles attribuables à des gains d'efficacité dynamiques ?

Les gains d'efficacité dynamiques aboutissent à une réduction de la base de coûts des opérateurs et des prix au détail. Un rapport récent de la GSMA²¹⁴ a constaté qu'entre 2004 et 2014, l'EBITDA des opérateurs mobiles avait baissé de 10 % alors que les prix de détail avaient chuté de 63 %. Cela suggère que la baisse des prix était en majeure partie attribuable aux gains d'efficacité dynamiques, dégagés principalement par le passage de la 2G à la 3G au cours de cette période.

L'approche actuelle en matière de politique de la concurrence de prise en compte des gains d'efficacité, et surtout dans le contexte des concentrations, convient-elle toujours à l'ère numérique ?

Les autorités de la concurrence ont eu tendance à accorder moins d'importance à l'analyse des gains d'efficacité pour se concentrer davantage sur le rassemblement de faits probants attestant de préjudices concurrentiels. Une raison à cela tient au fait que les avantages pour le client découlant des gains d'efficacité peuvent se

produire à long terme, alors que les autorités de la concurrence restreignent généralement leur période d'examen à des échéances plus courtes. Deuxièmement, il peut être difficile de départager les gains d'efficacité qui découlent directement de la concentration de ceux qui se produiraient quoi qu'il en soit. Toutefois, à mesure que les consommateurs demandent des services plus gourmands en données et que cette demande aboutit à un besoin de plus de capacité de réseau, il est essentiel que les opérateurs reçoivent les incitations nécessaires pour investir. Pour cela, il faut que les autorités de la concurrence reconnaissent les gains d'efficacité qui résulteront des investissements dans le réseau et qu'elles prennent pleinement la mesure du rapport qui existe entre concentration, gains d'efficacité et investissements ([Concept clé n° 3 – Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations](#)).

À quel moment les régulateurs devraient-ils intervenir pour promouvoir au mieux le fonctionnement efficace des marchés ?

Il est important de tenir compte des dynamiques qui changent : la substituabilité des effets de réseau, les complémentarités et les services de réseau et leur impact sur les incitations d'efficacité. Ces considérations devraient être accordées autant aux acteurs et services traditionnels qu'à leurs homologues numériques, sur une base neutre de la technologie, de sorte que la concurrence puisse se développer sur des bases équitables ([Concept clé n° 2 – PSM et position dominante : prôner le fonctionnement efficace des marchés](#)).

²¹⁴ Op cit.

Concepts clés

Les gains d'efficacité dynamiques sont essentiels pour comprendre l'économie numérique. Les concepts clés sont les suivants:

Concept clé n° 1

[Gains d'efficacité en matière de politique de la concurrence](#)

Concept clé n° 2

[Position dominante / PSM: Promouvoir le fonctionnement efficace des marchés](#)

Concept clé n° 3

[Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations](#)

Concept clé n° 1

Gains d'efficacité en matière de politique de la concurrence

Il faudrait que la politique de la concurrence tienne compte des gains d'efficacité potentiels et des avantages pour les consommateurs provenant de toutes les sources, et pas seulement de la concurrence par les prix, et dans quelle mesure ils profitent aux consommateurs. La montée en puissance de la numérisation entraîne des progrès techniques extrêmement rapides. Celui-ci ouvre de nouvelles voies pour permettre aux entreprises d'être efficaces, tout en infligeant dans le même temps des contraintes supplémentaires sur les prix et la rentabilité des opérateurs. Les avantages de l'investissement peuvent stimuler d'autres investissements et une poursuite de l'innovation des produits en aval de la chaîne de valeur et de la croissance économique prise dans son ensemble.

La mesure selon laquelle les gains d'efficacité peuvent ou devraient être pris en compte dans l'analyse de la puissance de marché varie.

Dans l'UE, les gains d'efficacité peuvent être pris en compte dans l'analyse d'accords potentiellement anticoncurrentiels en application des conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Tout accord ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel peut être exempté de l'interdiction, s'il « *contribue à améliorer la production ou la distribution de produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique* » sous réserve que les restrictions imposées soient indispensables à la réalisation des objectifs et que la concurrence ne soit pas éliminée. Les consommateurs doivent aussi avoir une « *part équitable des bénéfices qui en résultent* ».

Il n'existe aucune exemption équivalente à l'article 102 du TFUE pour l'abus de position dominante. Néanmoins, il est implicite dans la notion d'abus que toute conduite qui a une justification objective, ou toute conduite dont les avantages l'emportent sur les effets anticoncurrentiels, ne devrait pas être considérée comme conduite abusive. On appelle ce type de raisonnement la

« défense d'efficience ». Cependant, les revendications de défense sont difficiles à prouver et ont souvent été rejetées par la Commission et les juridictions de l'Union européenne. Voir [Concept clé n° 2, PSM et position dominante, Promouvoir le fonctionnement efficace des marchés](#).

Dans le domaine du contrôle des concentrations, l'article 2, paragraphe 1, du règlement révisé sur les concentrations exige que la Commission européenne tienne compte de certains facteurs lors de l'évaluation de la concentration, y compris du « *développement des progrès techniques et économiques, sous réserve qu'ils profitent aux consommateurs et ne constituent pas un obstacle à la concurrence* ». Une analyse de la puissance de marché doit envisager les gains d'efficacité que la conduite ou la concentration en question sont susceptibles d'induire. Si des restrictions sont imposées à la concurrence, celles-ci sont-elles compensées par les avantages économiques et commerciaux qui peuvent être réalisés ? Dans la pratique, il s'est révélé difficile de déterminer le gain d'efficacité dans le domaine du contrôle des concentrations. Voir [Concept clé n° 3, Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations](#).

En matière de réglementation de PSM, comme on l'a vu plus haut (au chapitre [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 2, Position dominante/PSM](#)), la promotion de la concurrence est l'un des objectifs réglementaires que tout régulateur doit poursuivre pour déterminer la mesure correctrice à imposer. Tout particulièrement en vertu de la directive « accès », la promotion de la concurrence doit être envisagée à partir d'un point de vue statique et dynamique (en encourageant des investissements efficaces et l'innovation).

Traditionnellement, les régulateurs et les autorités de la concurrence ont concentré leurs efforts sur l'analyse du risque de préjudice au consommateur provenant d'une position sur le marché, d'une pratique ou d'une fusion données, tout en prêtant moins d'attention aux gains d'efficacité susceptibles de découler dans un cas particulier. Il revient à l'entreprise qui revendique un gain d'efficacité de le prouver et concrètement, la norme de preuve a toujours été très élevée. Dans le contrôle des concentrations, les parties ont souvent l'impression que les gains d'efficacité ne sont pris en compte qu'en présence de préoccupations concernant la concurrence et par conséquent qu'il est risqué d'évoquer la possibilité de gain d'efficacité, qui de toute façon requiert une charge de preuve particulièrement élevée. (Voir [Concept clé n° 3, Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations](#)). C'est ainsi qu'il arrive que les gains d'efficacité soient négligés et que des mesures correctives soient imposées qui n'optimisent pas forcément l'avantage pour le consommateur.

La théorie économique définit trois grands types de gain d'efficacité qui peuvent être réalisés par des entreprises concurrentes :

- *L'efficacité d'allocation* : Les entreprises produisent la quantité optimale de produits, qui représentent les préférences des consommateurs. Dans un modèle parfait,

chaque produit ou service est produit jusqu'au stade où la dernière unité produite apporte aux consommateurs un avantage marginal qui est égal au coût marginal de la production. On dit alors que la concurrence est efficace sur le plan de l'allocation (ou de la répartition), alors que les monopoles peuvent être inefficaces sur le plan de la répartition : la puissance de marché peut entraîner des hausses de prix supérieures au coût marginal de la production

- *L'efficacité productive* : Les entreprises produisent la quantité maximale de produits au coût le plus bas par la combinaison optimale d'intrants ou de ressources. On appelle un gain d'efficacité légèrement différent mais similaire l'efficacité technique, qui se produit quand les coûts sont minimisés, non pas par la combinaison optimale d'intrants mais par l'optimisation de la production à partir d'un intrant donné (qu'il s'agisse d'une machine ou de travailleurs, par exemple).
- *L'efficacité dynamique* : Les entreprises réalisent les incitations appropriées pour innover et investir. Des marges bénéficiaires relativement élevées peuvent être considérées comme positives et, en fait, nécessaires au recouvrement des investissements.²¹⁵ Cette théorie contraste avec la théorie de l'efficacité d'allocation où les marges bénéficiaires élevées peuvent être considérées comme des preuves de l'exploitation des consommateurs et de la puissance de marché

À mesure qu'une entreprise gagne en efficacité, ses économies peuvent être répercutées sur les consommateurs sous la forme de prix plus bas. Dans les télécommunications, les opérateurs sont généralement en mesure de bénéficier d'économies d'échelle, en répartissant les coûts fixes de leurs investissements dans les infrastructures entre un plus grand nombre d'utilisateurs à mesure que le nombre de

²¹⁵ Ce concept a été élaboré initialement par l'économiste autrichien Schumpeter, de sorte que les économistes s'y réfèrent parfois en parlant du cadre schumpétérien d'évaluation.

consommateurs sur leur réseau augmente, pour faire baisser ainsi les coûts par unité.²¹⁶

Des gains d'efficacité peuvent être réalisés du côté de l'offre et du côté de la demande.

Gains d'efficacité du côté de la demande

Des gains d'efficacité du côté de la demande se produisent quand une entreprise est en mesure de réduire ses coûts en ayant des interactions avec les consommateurs ou d'autres utilisateurs finaux. Les répercussions notables en sont les suivantes :

- *Effets de réseau* : À mesure que le nombre de personnes utilisant un produit augmente, la commodité pour d'autres utilisateurs d'utiliser les services s'accroît, ce qui incite à utiliser le service. La hausse des investissements dans la capacité du réseau et les nouvelles technologies peut aboutir à l'acquisition d'un plus grand nombre d'utilisateurs d'un réseau, ce qui a pour effet de réduire les coûts unitaires
- *Effets structurants* : Une grande base d'utilisateurs encourage les acteurs d'autres secteurs à l'utiliser. En particulier, à mesure que le nombre d'utilisateurs de données augmente, soutenu par les améliorations en matière de vitesse des données et d'accessibilité, l'économie peut en retirer des avantages plus larges. Les bénéficiaires ne se bornent pas à ceux des secteurs liés (par ex. les fabricants d'appareils, les développeurs d'applications), mais aussi de manière plus large au sein de l'économie, par exemple les banques, les prestataires de soins de santé, les éducateurs, les pouvoirs publics. Tous ont cherché à lancer de nouveaux produits et services sur la plate-forme Internet, en renforçant la productivité et la croissance économique à long terme

- *Effets de tarification* : Les changements de prix d'un produit ou service peuvent attirer un plus grand nombre d'utilisateurs, et réduire ainsi les coûts unitaires
- *Effets de qualité* : Une base d'utilisateurs élargie peut inciter à étendre la couverture ou à exercer la concurrence sur la qualité du service et d'autres facteurs hors-prix
- *Effets de guichet unique* : Le fait de regrouper des services (par ex. des offres groupées de téléphonie, médias et haut débit) permet aux consommateurs de réduire les coûts de recherche et d'acquiescer plusieurs produits individuels lors d'un seul achat, ce qui accroît les gains d'efficacité pour les fournisseurs
- *Effets de citoyenneté* : À l'instar des effets de réseau, dès lors que suffisamment d'utilisateurs sont connectés via les médias sociaux ou d'autres formes similaires, il leur est possible d'exercer de l'influence sur les entreprises ou leur gouvernement et de leur demander des comptes plus facilement et plus efficacement de leurs actions

Gains d'efficacité du côté de l'offre

Les gains d'efficacité du côté de l'offre se rapportent aux réductions du coût unitaire qui peuvent être réalisées lors des interactions avec les fournisseurs. Ils peuvent se manifester notamment comme suit :

- *Baisses des coûts* : À mesure que les opérateurs investissent dans les nouvelles technologies, il est possible qu'il leur faille passer par une courbe d'apprentissage, où ce n'est que par les enseignements tirés de la mise en pratique qu'il leur sera possible de réduire les coûts à terme tant en amont qu'en aval. D'autre part, les nouvelles technologies peuvent être un moyen de fournir le même service ou un service amélioré à moindre coût

²¹⁶ Généralement, le besoin d'une nouvelle technologie se fait sentir dès lors qu'on arrive à bout de l'économie d'échelle. Lorsque les quantités à prendre en charge nécessitent d'accumuler les équipements de technologies actuelles (les économies d'échelle sont épuisées), cela sous-entend qu'un marché pour de nouveaux équipements de haute capacité est en train d'apparaître. L'émergence d'une nouvelle génération d'équipement aboutit à un nouveau cycle de croissance de volume qui bénéficie de l'économie d'échelle.

- *Marginalisation double*: On parle de marginalisation double dès lors qu'une entreprise en amont et une entreprise en aval détiennent un pouvoir de monopole sur leur marché propre et que chaque entreprise réduit sa production, passant du niveau concurrentiel au niveau de monopole, au détriment des consommateurs. Suite à une concentration, l'entreprise verticalement intégrée peut rétablir la production à des niveaux concurrentiels aux deux étapes de la chaîne d'approvisionnement, en réalisant ainsi des économies d'échelle et des coûts moindres pour les consommateurs²¹⁷

Implications de l'ère numérique

Les investissements réalisés par les opérateurs télécom ont bénéficié directement aux consommateurs, tout en apportant des avantages indirects à d'autres acteurs dans la chaîne de valeur numérique qui dépendent des réseaux de télécommunications sous-jacents pour leur prestation de services. Ces avantages ont été réalisés à la fois en termes de capacité et de qualité de service. Par exemple :

- Le coût par mégabit a nettement baissé au cours des différents cycles technologiques, selon un facteur de cinq ou plus²¹⁸
- Des vitesses plus rapides ont soutenu le développement exponentiel des contenus et des applications

Un rapport récent de la GSMA²¹⁹ a constaté qu'entre 2004 et 2014, l'EBITDA des opérateurs mobiles avait baissé de 10% alors que leurs prix de détail avaient chuté de 63%. Cela suggère que la baisse des prix était en majeure partie attribuable à l'innovation dans le secteur (gains d'efficacité dynamiques), principalement par le passage de la 2G à la 3G au cours de cette période. Il y a de forte chance que ces gains d'efficacité se poursuivent alors que les opérateurs continuent à innover et à investir

dans de nouvelles technologies, telles que la 5G et les femtocellules, qui vont ne faire qu'améliorer plus encore la couverture, accélérer les vitesses de données et réduire les coûts globaux. Toute la difficulté pour les décideurs politiques consiste à comprendre que toute tentative de baisser légèrement le prix par la réduction de la marge d'EBITDA risque de restreindre les incitations à investir et de limiter l'allure d'une plus grande réduction du prix unitaire découlant des investissements réalisés pour améliorer les technologies.

La montée en puissance de la numérisation incite également les entreprises à réorganiser leur structure et attire de nouveaux arrivants pour se mettre au service de la chaîne de valeur, en se spécialisant dans des segments spécifiques, tels que les applications ou les téléphones, où ils peuvent avoir un avantage relatif particulier. Cette réorganisation et cette simplification des modèles commerciaux aboutissent à une augmentation des gains d'efficacité productive.

D'autre part, les barrières à l'entrée se trouvent désormais nettement réduites. Dans l'ère numérique, la chaîne de valeur entière est agrandie, de nouveaux services et produits sont mis à la disposition des clients et par conséquent de nouveaux débouchés se font jour. De plus, les entreprises se sont mises à fournir des services différenciés.

Pour finir, la consolidation se produit entre les opérateurs de réseaux de télécommunications, générant des économies d'échelle qui découlent à la fois du renforcement de la base de clients et des opportunités d'investissement. Les entreprises fusionnées peuvent bénéficier d'une base de clientèle élargie par le regroupement de leurs actifs (par exemple les infrastructures du spectre), et par conséquent elles peuvent être en mesure de faire profiter aux consommateurs les économies d'échelle

²¹⁷ Il convient aussi de faire remarquer que les investissements des opérateurs représentent le taux de remplacement des fabricants d'équipements de réseau. Ainsi les investissements dans le réseau apportent les ressources et les incitations nécessaires pour que les fabricants développent les générations successives d'équipements de réseau.

²¹⁸ GSMA (2014), « Concentrations des opérateurs de réseau mobile européens. Évaluation réglementaire ».

²¹⁹ Op cit.

réalisées. L'augmentation du chiffre d'affaires pour les opérateurs est aussi un moyen d'investir davantage dans les nouvelles technologies (gain d'efficacité dynamique), ce qui profite aux consommateurs. Les entreprises consolidées peuvent lancer des offres quad-play et triple-play. Celles-ci présentent de nouvelles possibilités de gains d'efficacité, en réduisant les coûts d'acquisition de clients, tandis que l'innovation peut offrir de plus grandes possibilités de repositionner les produits et de réaliser des économies de gamme. Le développement et l'innovation constants au sein du secteur peuvent aussi signifier que les gains d'efficacité suivent un processus similaire à celui d'une courbe d'apprentissage. Les gains d'efficacité associés à la consolidation et aux concentrations sont abordés au chapitre [Concept clé n° 3](#).

Toutefois, malgré les gains d'efficacité réalisés dans la chaîne de valeur numérique, il est possible que les opérateurs ne parviennent pas à réaliser d'autres économies d'échelle en raison de la baisse de la rentabilité de l'expansion du réseau de données depuis l'apparition des applications Internet et de VoIP. D'autre part, la montée en puissance des applications de messagerie et de voix « freemium » contraint les opérateurs à minimiser les coûts par unité et à optimiser la productivité afin de rester rentables et compétitifs. Si les opérateurs ne trouvent pas

de moyen de mieux monétiser leur contribution à la chaîne de valeur numérique, ils risquent de ne pas continuer à investir.

Il faudrait que la politique de la concurrence envisage délibérément les gains d'efficacité potentiels et les avantages pour les consommateurs provenant de toutes les sources, et pas seulement de la concurrence par les prix à court terme, et dans quelle mesure les gains d'efficacité dynamiques profitent aux consommateurs. Les autorités doivent envisager à la fois le court terme et le long terme. Par exemple, à court terme, les applications Internet ont offert aux consommateurs une baisse des coûts et un choix élargi. Cependant, à plus long terme, il est possible que les opérateurs soient réticents à agrandir l'infrastructure de réseau du fait que les revenus générés par l'utilisation des données supplémentaires peuvent ne pas dépasser les coûts de l'équipement de réseau supplémentaire. Cela risquerait d'aboutir à une couverture limitée à plus long terme, ce qui entraverait la capacité des opérateurs à dégager des gains d'efficacité grâce à des économies d'échelle et à l'incorporation d'avancées techniques. Il convient de bien tenir compte du compromis qui se fait entre la baisse des prix à court terme et l'objectif à plus long terme²²⁰ d'offrir des mesures incitatives à l'investissement.

²²⁰ « à plus long terme » ne signifie pas « à long terme ». Toute diminution de l'EBITDA a des retombées immédiates sur les niveaux d'investissement. Toute baisse des niveaux d'investissement peut avoir des retombées immédiates sur la disponibilité de services améliorés (par ex. 4G).

Concept clé n° 2 Position dominante / PSM : Promouvoir le fonctionnement efficace des marchés

Les investissements dans les nouvelles technologies et les infrastructures de réseau sont essentiels à la pérennité du développement du secteur et pour profiter des retombées positives qui en découlent. Toute réglementation ne doit être envisagée qu'après le constat d'une puissance significative sur le marché/d'une position dominante et dans l'objectif de promouvoir les investissements et les avantages connexes qui en découlent pour le consommateur. Les décideurs politiques doivent se méfier de ne pas réduire les incitations aux investissements et à l'innovation et d'enrayer de manière fortuite les avancées rapides réalisées dans le domaine des services numériques.

Quand ils imposent des mesures correctives aux entreprises déclarées puissantes sur le marché ou ayant abusé de leur position dominante, les régulateurs et autorités de la concurrence doivent observer certains principes. (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique](#), [Concept clé n° 2, Position dominante/PSM](#)).

Les régulateurs doivent imposer des mesures correctives qui veillent à la promotion de la concurrence, en tenant compte des gains d'efficacité statiques et dynamiques. Les obligations doivent «reposer sur la nature du problème identifié», être «proportionnelles» et «justifiées à la lumière des objectifs».

En droit de la concurrence au niveau de l'UE et dans d'autres pays qui ont adopté un système de réglementation de PSM, les mesures correctives imposées doivent être «proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction.» En l'absence d'infraction, il n'y a évidemment aucun besoin de mesure corrective. La notion d'abus sous-entend implicitement que la conduite qui est justifiée objectivement ou dont les avantages l'emportent sur les effets anticoncurrentiels ne doit pas constituer un abus (ce qu'on appelle le mode de défense fondé sur les gains d'efficacité, ou «défense d'efficacité», voir le

[Concept clé n° 1, Gains d'efficacité en matière de politique de la concurrence](#)). Lorsqu'une mesure corrective ou un engagement est destiné à s'appliquer à l'avenir, il est nécessaire d'en analyser les impacts. La consultation des acteurs du marché est devenue réalité dans bon nombre d'affaires d'ententes et dans le domaine du contrôle des concentrations.

Les revendications de défense dans les affaires pour abus de position dominante sont difficiles à prouver et dans la pratique, il est fréquent qu'elles soient rejetées par la Commission et les juridictions de l'Union européenne.

Dans l'UE, l'actuelle réglementation de PSM exige que toute intervention observe un certain nombre de principes :

- Les interventions réglementaires doivent produire des résultats de sorte à ce qu'ils engendrent le moins d'effets de distorsion et le moins de contraintes possibles. Les mesures correctives ne doivent être imposées que là où nécessaire, après avoir envisagé les alternatives possibles à la réglementation. Il convient d'entreprendre une analyse coût-bénéfice pour veiller à ce que les mesures correctives aboutissent à des résultats pour les consommateurs qui sont meilleurs que l'option de préserver le statu-quo

- Il convient aussi d'envisager ce que les mesures correctives vont avoir comme implications de second ordre. Il importe que les opérateurs soient conscients du risque que des conséquences imprévues et des retombées négatives peuvent avoir sur d'autres marchés
- Les mesures correctives doivent préserver des conditions de concurrence équitables et être appliquées sans discrimination à l'ensemble des acteurs du marché, de manière neutre vis-à-vis des technologies et des services
- L'intervention réglementaire doit être adaptative et se faire le reflet des mutations opérées au sein de l'environnement d'exploitation, et elle doit reconnaître que les mesures correctives peuvent devoir être retirées plus rapidement sur des marchés en mutation rapide. À mesure que les marchés pertinents s'élargissent et que davantage d'acteurs fournissent des services substituables, c'est l'occasion de supprimer la réglementation en faveur de l'adoption d'un droit de la concurrence (ex post).

Pour finir, un marché efficace requiert la transparence des informations du marché et de la prise de décisions. Pour cela, les autorités réglementaires doivent s'acquitter de leurs fonctions de la manière la plus transparente possible, en fournissant des informations appropriées au sujet des décisions réglementaires prises et des informations sur le marché pertinent, et en offrant des possibilités de consultation.

Implications de l'ère numérique

La certitude réglementaire est d'importance capitale à l'ère numérique pour pouvoir offrir les bonnes mesures incitatives qui garantissent l'efficacité des investissements et de la concurrence au sein du secteur des

télécommunications. L'expansion du réseau représente des investissements importants, et par conséquent les opérateurs réclament de la certitude réglementaire pour pouvoir investir.

Les mesures correctives doivent être envisagées dans le contexte du cycle de vie technologique. Les technologies mobiles ont un cycle de vie relativement court, de l'ordre de 6 à 8 ans, avant de se voir supplantées par la prochaine génération de technologie.²²¹ Cela signifie que les opérateurs de réseau doivent avoir la certitude de pouvoir recouvrer leurs coûts de développement et d'exploitation de la technologie dans ces délais courts, afin de consacrer les fonds nécessaires à l'investissement. Il s'ensuit que les autorités de la concurrence doivent parvenir au juste équilibre entre d'une part éviter de causer des préjudices concurrentiels et d'autre part imposer des mesures correctives susceptibles d'entraver les investissements et les avantages économiques positifs associés à des investissements dans le réseau et à son adoption. Plusieurs autorités l'ont reconnu, notamment en ce qui concerne les mesures correctives imposées à l'accès local virtuel dégroupé. L'UE, par exemple, a encouragé les autorités réglementaires dans les États membres à adopter une approche qui fasse preuve de légèreté afin de ne pas dissuader les investissements.²²²

Les régulateurs et les autorités de la concurrence doivent se méfier d'imposer des mesures correctives qui risqueraient de créer des incitations perverses, par exemple en augmentant les coûts ou en limitant les possibilités de réduction des coûts, en réduisant l'innovation ou les investissements ou en restreignant le choix ou la baisse des prix.

Il est important aussi que les mesures correctives s'appliquent de manière équitable et transparente à l'ensemble des acteurs du marché, en faisant preuve de neutralité vis-à-vis du service et de la technologie employée, tout

²²¹ Et des sous-cycles bien plus courts. Sur la période de la 3G, par exemple, il s'est produit trois sous-cycles. On s'attend à ce que plusieurs versions de 4G soient développées avant de passer à la 5G. Ces sous-cycles se produisent tous les 2 à 3 ans.

²²² Voir, par exemple: «Broadband: Commission sets out common EU approach on ultra-fast broadband networks», 2010. Disponible à: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-10-424_en.htm?locale=en.

en reconnaissant que la puissance de marché et les goulets d'étranglement ont évolué depuis la première fois que des mesures correctives ont été imposées aux opérateurs de réseau. L'environnement du marché continue d'évoluer rapidement, et par conséquent il y a lieu que les régulateurs et les autorités de la concurrence emploient une approche souple et adaptative. Dès lors que des opérateurs mobiles cessent

d'être dominants sur un certain nombre de marchés en raison de l'élargissement de la définition de ces marchés et du renforcement de la substituabilité, il convient de supprimer les mesures correctives pour veiller à ce que les opérateurs puissent rivaliser à égalité et à réaliser les gains d'efficacité découlant de la concurrence.

Concept clé n° 3

Gains d'efficacité en matière de contrôle des concentrations

La consolidation du marché est un phénomène mondial. En Europe, des concentrations qui ont abaissé le nombre d'acteurs sur le marché mobile pour le faire passer de quatre à trois ont été autorisées, quoique moyennant des mesures correctives. Aux États-Unis, des blocages informels ont été imposés. Les autorités de la concurrence appliquent leur boîte à outils économique standard pour évaluer l'impact de ces concentrations, mais elles ont de plus en plus de mal à dresser des analyses qui soient à la fois significatives et en temps opportun.

Dans le domaine du contrôle des concentrations, l'article 2, paragraphe 1, du règlement révisé sur les concentrations exige que la Commission européenne tienne compte de certains facteurs lors de l'évaluation de la concentration, y compris « *le développement des progrès techniques et économiques, sous réserve qu'ils profitent aux consommateurs et ne constituent pas un obstacle à la concurrence* » (**Concept clé n° 1** ci-dessus). Le 29^e considérant du règlement de la CE sur les concentrations stipule : « *Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas de manière significative une concurrence effective* ».

Dans les Lignes directrices de la Commission sur l'analyse des concentrations horizontales, la Commission indique qu'elle envisagera, entre autre choses, si « *les gains d'efficacité générés par l'opération seront à même d'accroître*

la capacité et l'incitation de l'entité issue de l'opération à adopter un comportement favorable à la concurrence au bénéfice des consommateurs et, par là même, de contrer les effets anticoncurrentiels que la concentration risquerait, dans le cas contraire, de produire ». ²²³

Dans les cas de concentrations, les autorités de la concurrence cherchent à analyser si les préjudices concurrentiels que la concentration induit, souvent sous la forme d'une hausse des prix ou d'une réduction du choix pour les consommateurs, l'emportent sur les avantages qui en découlent. Les gains d'efficacité se présentent généralement sous la forme d'économies d'échelle et les retombées peuvent en être répercutées sur les consommateurs sous la forme de prix moindres et d'innovation accrue par l'entreprise fusionnée. Les preuves de gains d'efficacité immédiats, souvent dans un délai d'un an, représentent un facteur essentiel pour déterminer si la concentration reçoit l'autorisation des autorités de la concurrence.

Implications de l'ère numérique

Sur le plan procédural, c'est aux parties à la concentration plutôt qu'à l'autorité de la concurrence qu'il incombe de démontrer

²²³ Paragraphe 77 de la communication sur les concentrations horizontales. Lors d'un discours en 2007, Philip Lowe, le Directeur général d'alors de la DG Concurrence, a défendu ce point de vue avec éloquence : *Nous adoptons une approche intégrée. Cela signifie que nous ne faisons pas de distinction artificielle entre les gains d'efficacité d'une part et les autres effets de la concentration de l'autre. Nous préférons plutôt soupeser tous les effets positifs par rapport à tous les effets négatifs lors d'une seule et même démarche intégrée afin d'analyser si, tout compte fait, le résultat est positif ou négatif pour les consommateurs* ».

l'existence potentielle de gains d'efficacité. Toutefois, quoi que les autorités déclarent, les parties à la concentration ont souvent l'impression que, lorsqu'il s'agit d'analyser les conséquences d'une concentration, les effets négatifs potentiels sont dans un sens quasiment présumés et il revient aux parties

de prouver de manière extrêmement détaillée et solide tout gain d'efficacité potentiel qui peut en découler. Il s'agit là d'une position contraire à l'actuelle législation qui existe dans un certain nombre de pays, et notamment contraire à l'article 2, paragraphe 1, du règlement européen sur les concentrations qui a été reproduit plus haut. Il serait important d'analyser ensemble les effets positifs et négatifs potentiels pour déterminer si, tout bien considéré, le résultat est positif pour les consommateurs. Ce n'est que si, tout bien considéré, le résultat est négatif pour les consommateurs qu'il conviendrait de demander aux parties de présenter des preuves des gains d'efficacité qui pourraient contrebalancer ces effets négatifs.

En raison de cette perception, bien souvent les parties à la concentration hésitent à porter à l'attention des autorités des preuves de gains d'efficacité de leur propre chef, de crainte que ne se glissent des sous-entendus que la concentration pourrait conduire à des préoccupations sur le plan de la concurrence. D'autre part, réunir des preuves de gains d'efficacité nécessite beaucoup de travail, qui peut ne pas être justifié devant la rareté des cas où les gains d'efficacité ont été pleinement pris en compte. À mesure que la consolidation du marché se renforce et que les décisions de concentration finissent par devenir plus équilibrées, il est important que les autorités de la concurrence se concentrent à la fois sur les gains d'efficacité et sur les préjudices concurrentiels pour s'assurer que les décisions prises en matière d'autorisation des concentrations et de mesures correctives soient les meilleures.

Pour cela, il va falloir procéder à une plus grande quantification et une analyse plus approfondie des gains d'efficacité potentiels :

- Premièrement, lorsqu'il s'agit d'analyser les gains d'efficacité et les synergies qui existent, un aspect souvent envisagé consiste à déterminer si les gains d'efficacité tendent vers des coûts fixes ou des coûts variables. Dans les secteurs traditionnels de l'économie, on dit souvent que les gains d'efficacité en coûts variables sont ceux les plus susceptibles de se traduire par des avantages pour le consommateur. Toutefois, le secteur des télécoms se caractérise par des coûts irrécupérables importants, ainsi que par des coûts fixes et communs. Le concept de coût variable et de coût marginal n'est donc guère utile. Le coût marginal est généralement proche ou égal à zéro jusqu'à ce qu'un réseau atteigne sa pleine capacité, auquel stade le coût marginal de servir un client supplémentaire (ou de fournir une minute de plus de voix ou un bit de plus de donnée) devient extrêmement élevé. C'est pour cette raison que les régulateurs télécoms emploient la méthode de calcul du coût marginal à long terme (LRIC). En effet, la DG COMP de la Commission européenne, qui est l'autorité de la concurrence en Europe, emploie le LRIC dans son évaluation de certaines catégories d'abus de position dominante prétendus, comme par exemple la compression de la marge. D'autre part, en raison de la présence de coûts fixes et communs et pour recouvrer les investissements irrécupérables, les opérateurs doivent facturer des prix supérieurs au LRIC pour un certain nombre de services.²²⁴
- Deuxièmement, la convergence des opérateurs permet de réaliser de plus grandes économies d'échelle, en améliorant les gains d'efficacité pour l'entreprise fusionnée par rapport à ceux que pouvaient faire les deux entreprises séparément

²²⁴ Par conséquent, dans le secteur des télécommunications, les prix de certains produits doivent être supérieurs au LRIC pour que les entreprises puissent recouvrer efficacement les coûts qu'elles ont encourus.

jusqu'à-là. En combinant leurs actifs, les entreprises fusionnées peuvent créer des possibilités d'investissement, par exemple dans l'infrastructure du spectre. Cela peut apporter des avantages importants pour les consommateurs, par la réduction du coût de la propriété et de l'utilisation du mobile tout en améliorant également la couverture du réseau.

- Troisièmement, il est possible que les entreprises fusionnées soient en mesure d'investir plus lourdement dans les nouvelles technologies et dans l'expansion du réseau par rapport à des entreprises individuelles, ce qui contribue à la propagation des innovations et à des gains d'efficacité supplémentaires. À mesure que les services gourmands en données s'intensifient et qu'il existe de la demande pour une plus grande capacité de réseau à des vitesses accrues, il est essentiel que les opérateurs reçoivent les incitations nécessaires pour continuer d'investir. Le rapport qui existe entre concentrations et investissements est mal compris.
- Quatrièmement, les concentrations peuvent aboutir à des gains d'efficacité en permettant aux opérateurs de tirer profit de nouvelles sources d'efficacité, comme la fourniture de services individuels regroupés sous forme d'une offre groupée.

Pourtant dans beaucoup de cas, les autorités ont estimé qu'il était possible de dégager des gains d'efficacité en usant d'autres moyens (point 1 ci-dessus), comme par exemple par le partage de l'infrastructure, plutôt que d'opter pour une concentration complète. Or en fait, le partage de réseau pourrait résulter dans une réduction des gains d'efficacité, en raison de la duplication des coûts de détail et de certains coûts de réseau qui en découlent. Il convient aussi d'examiner de près les accords de partage de réseau, pour veiller à ce qu'ils continuent de respecter les règles de la

concurrence. D'autre part, les questions de gouvernance posent souvent problème aux parties afférentes à ces accords. Une autre difficulté tient du fait que les gains d'efficacité revendiqués dans les concentrations mobile-à-mobile sont susceptibles de se produire au-delà de la période envisagée. Les services mobiles nécessitent d'importants investissements dans les infrastructures et le développement pour pouvoir apporter des avantages aux consommateurs. Les processus de décision d'investir, d'obtention du financement, le choix des emplacements (souvent long et fastidieux) et le déploiement de l'infrastructure prête à fournir les services aux utilisateurs finaux sont autant de démarches qui peuvent prendre plusieurs années. Par conséquent, ce n'est que plusieurs années après la proposition de concentration que des avantages pourront commencer à se faire sentir. Pour cette raison, à moins que les périodes envisagées ne changent, il y a de forts risques que les concentrations futures soient rejetées injustement en raison de l'absence de bénéfices immédiats.

Les tests traditionnels basés sur l'évaluation des prix, comme l'indice GUPPI,²²⁵ peuvent ignorer des facteurs tels que les contraintes de capacité, les améliorations d'efficacité et le positionnement du côté de l'offre.

Pour finir, les preuves disponibles suggèrent que la consolidation n'entraîne pas une diminution des investissements dans le réseau (ni d'ailleurs une hausse des prix). Pour cela, il y a lieu que les autorités de la concurrence envisagent chaque cas selon ses mérites.

Premièrement, le risque d'une hausse des prix suite à une concentration qui a pour effet de réduire le nombre d'opérateurs de 4 à 3 n'a pas été prouvé dans la pratique. Dans le rapport sur la consolidation de 2015 préparé par la GSMA, Frontier Economics a analysé la manière dont les prix des services vocaux ont évolué au cours des 14 dernières années sur les marchés à trois et à quatre opérateurs.²²⁶ L'analyse empirique

²²⁵ Voir ci-dessus, note de bas de page 168.

²²⁶ Examen de l'opportunité de la consolidation du secteur mobile sur le plan national, rapport préparé par la GSMA par Frontier Economics, mai 2015.

montre qu'il n'existe aucune preuve de hausse des prix quand les opérateurs sont au nombre de trois plutôt que de quatre. Il n'existe pas de nombre optimal d'opérateurs qui garantisse la concurrence sur le marché et une baisse des prix pour les clients. Une analyse au cas par cas s'impose.

Quand bien même il existerait un tel risque de hausse des prix, il est probable que les bénéfices des concentrations mobiles, en particulier sur les marchés multifaces, se mesurent en termes d'innovation, de qualité et de choix, autant qu'en termes de baisse des prix, dès lors que l'accès aux services est déjà gratuit pour les consommateurs. Les entreprises se disputent des consommateurs sur une base non déterminée par les prix, comme par exemple en fonction de la qualité et du choix. Les mesures incitatives visant à renforcer la qualité des produits et services existants (comme par exemple la couverture et la capacité), ainsi que la poursuite des innovations et des partenariats

qui créent de nouveaux produits et services (comme la vidéo à la demande, les services bancaires en ligne, les applications de santé et d'éducation) sont aussi importantes que des mesures d'efficacité traditionnelles comme la réduction des coûts et le potentiel de diminution des prix de détail (par ex. la baisse du prix par mégabit).

Par ailleurs, la baisse du nombre d'opérateurs passant de 4 à 3 sur un marché ne se traduit pas par une baisse des investissements dans le réseau. Le rapport de consolidation de la GSMA comporte une analyse du lien qui existe entre concurrence et investissements dans les pays de l'UE ces 14 dernières années et n'a relevé aucune preuve évidente que les investissements sont moindres sur les marchés où l'on compte trois acteurs plutôt que quatre. En fait, les concentrations peuvent bien avoir pour effet d'augmenter les investissements, pour les raisons qui ont été avancées plus haut.

Telecom Italia

Concentrations de mobile à mobile dans l'UE

- Analyse²²⁷

Rosario Baratta, Chef de la division antitrust et de la politique média Telecom Italia

Ces dix dernières années, la dynamique concurrentielle fondée sur une concurrence soutenue sur les prix a eu pour effet de réduire sensiblement le chiffre d'affaires des opérateurs mobiles, et par conséquent de réduire leur capacité à investir dans de nouvelles technologies à l'échelon européen. Par conséquent, les acteurs européens se tournent vers la consolidation comme moyen de rassembler davantage de ressources pour investir et être compétitif sur un marché qui se mondialise en permanence.

Les concentrations relèvent de la compétence soit des autorités nationales de la concurrence, soit de la Commission européenne, en fonction de seuils de chiffre d'affaires spécifiques (voir [Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, Concept clé n° 3, Concentration](#)). Étant donné l'envergure des acteurs des télécoms, la Commission européenne a souvent été chargée d'analyser les concentrations sur ce marché spécifique. Comme nous le verrons, l'approche que la Commission adopte vis-à-vis des affaires de concentration sur le marché mobile s'est fondée, dans la plupart des cas, sur les inquiétudes qu'elle peut avoir en matière de concurrence, concernant en majeure partie les soi-disant effets unilatéraux que les concentrations pourraient engendrer (par ex. suite à la concentration, le reste des ORM pourraient être portés à accroître les prix sans forcément s'être concertés). En particulier, l'évaluation de la Commission repose sur des analyses économiques qui soulignent le risque de répercussions sur les prix à court terme, sans prendre dûment en considération l'augmentation des incitations à investir une fois la concentration effectuée.

Il s'agit là d'une approche particulièrement préjudiciable si l'on considère que, ces dix dernières années, la dynamique compétitive fondée sur une forte concurrence sur les prix a eu pour effet de faire baisser très nettement le RMPA moyen des opérateurs, diminuant ainsi leur capacité à investir dans les réseaux mobiles de la prochaine génération dans l'Europe entière. On en arrive ainsi à la situation où le secteur TLC européen n'est pas parvenu à suivre le rythme des normes de très haut débit actuellement disponibles aux États-Unis et en Asie.

²²⁷ L'auteur reconnaît la contribution de Simona Girolamo (Telecom Italia). Les opinions exprimées sont celles des auteurs et ne reflètent pas forcément la position officielle de Telecom Italia, de la GSMA ou de quelconque opérateur mobile donné.

Le contrôle des concentrations sur les marchés mobiles – l'application du test SIEC

Jusqu'en 2004, le test européen pour le contrôle des concentrations introduit en 1989 interdisait les concentrations qui créaient ou renforçaient une position dominante. Le règlement européen 139/2004 relatif aux concentrations a introduit le test SIEC d'« entrave significative à une concurrence effective ». Le nouveau test SIEC permet à la Commission d'interdire également les acquisitions qui attribuent à une seule entreprise, qui ne se trouve pas en position dominante, le pouvoir de modifier sensiblement l'équilibre concurrentiel des marchés pertinents en amont de la concentration (par exemple par une augmentation des prix ou une réduction de la production).

Par conséquent, ce nouveau test a induit un changement majeur dans le contrôle des concentrations dans l'UE. Le régime précédent était en effet destiné à empêcher les changements structurels sur le marché (c.-à-d. par la création ou le renforcement d'une position dominante). Le nouveau régime vise quant à lui à empêcher des effets anticoncurrentiels spécifiques, indépendamment du fait que ceux-ci soient ou non les conséquences d'un changement structurel et non réversible survenu sur le marché.

Ainsi donc, le principal impact du test SIEC concerne les marchés concentrés (principalement oligopolistiques) où les parts de marché et la structure rendent difficile l'établissement d'une position dominante, mais pourraient permettre à des opérateurs individuels de modifier la concurrence au moyen de pratiques unilatérales.

D'après la Commission européenne, c'est ce qui se produit dans les concentrations sur les marchés mobiles, lorsque le nombre d'ORM passent de quatre à trois. C'est pour cette raison qu'un nouveau test économique a été introduit. Ce test a notamment recours à l'indice GUPPI (Gross Upward Pricing Pressure Index) qui identifie normalement les risques de hausse de prix. La formule GUPPI se fonde en effet sur l'hypothèse que toutes les concentrations ont pour effet d'entraîner une augmentation des prix. C'est pour cette raison que depuis, la Commission a toujours perçu négativement les concentrations passant de quatre à trois acteurs, en leur imposant des mesures correctives.

Le nouveau test SIEC est donc plus strict que le précédent. D'après le législateur, il aurait fallu atténuer le test plus restrictif en accordant davantage d'importance aux gains d'efficacité (surtout aux gains dynamiques) découlant des concentrations en termes, par exemple, d'augmentation des investissements.

Cependant, la jurisprudence récente de la Commission montre que cela n'a pas été le cas. Les gains d'efficacité dynamiques n'ont jamais reçu l'attention qu'ils méritaient dans l'évaluation par la Commission des projets de concentration dans les marchés mobiles et ils ne sont pas pris en compte dans le modèle GUPPI.

Dans la plupart des cas, la Commission a statué que ces gains d'efficacité :

a) n'étaient pas avérés, b) n'étaient pas spécifiques aux concentrations, c) auraient pu être obtenus par d'autres moyens (par ex. partage de réseau), en préservant le nombre de concurrents sur un marché.

Toutefois, l'approche de la Commission vis-à-vis des gains d'efficacité dynamiques est bien plus stricte que celle appliquée aux augmentations de prix potentielles. En outre, les gains d'efficacité dynamiques ne sont pas directement inclus dans le modèle GUPPI. Comme certains économistes le suggèrent, en fait, les gains d'efficacité pourraient et devraient être utilisés pour atténuer l'évaluation globale des effets négatifs exercés sur les prix.²²⁸

En ce qui concerne le partage de réseau, plusieurs études²²⁹ montrent que les concentrations entraînent généralement des économies et des gains d'efficacité bien plus importants que les accords de partage de réseau les plus avancés.

La réticence de la part de la Commission à reconnaître et à accorder la pertinence requise aux gains d'efficacité qui découlent des concentrations s'inscrit en contradiction avec la situation actuelle du marché, ainsi qu'avec les caractéristiques spécifiques du secteur.

En effet, le secteur des télécommunications affiche un degré élevé d'investissements et d'innovation. Une concentration accrue génère habituellement une meilleure incitation à l'investissement, ce qui se traduit par des réseaux plus rapides ainsi qu'une qualité et une envergure des services améliorées.

D'autre part, une analyse approfondie de l'évolution du marché ces 15 dernières années montre que les changements survenus dans les technologies pertinentes ont des répercussions plus tranchées et plus importantes sur les prix que le nombre d'ORM présents sur les marchés nationaux. En effet, les prix moyens en Europe n'ont pas cessé de baisser au cours de cette période, et ce en dépit du fait que le nombre d'ORM sur les marchés nationaux ne cesse d'évoluer dans les deux sens.

Les précédents en matière de contrôle des concentrations sur les marchés mobiles

Dans son analyse des concentrations sur les marchés des télécommunications, la Commission s'est attachée d'abord et avant tout à garantir la survie des « mavericks », ce qui l'a poussé à n'autoriser les concentrations les plus importantes que sous réserve d'engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels présumés des opérations. Bien que jusqu'à présent, la Commission n'ait pas interdit de projets de concentrations, l'imposition d'engagements ayant une très grande portée a forcément pour effet de réduire le potentiel d'investissement.

Ces opérations obtiennent généralement l'approbation conditionnelle de l'UE, sous réserve seulement de proposer des mesures correctives destinées à rétablir la « pression concurrentielle » avec au moins un nouveau concurrent. Le raisonnement derrière ces décisions consiste à dire qu'il risque de se produire des effets unilatéraux lorsque la Commission constate que les parties à la concentration sont des concurrents proches au niveau du détail, et qu'en supprimant des forces concurrentielles importantes du marché, la concentration modifierait l'incitation des opérateurs restants à se faire concurrence.

²²⁸ Caffarra C. (2013), « The Competition/Investment Trade-Off Revisited? Lessons from Hutchison 3G / Orange Austria », dans CRA Competition Memo.

²²⁹ Frontier Economics for GSMA (2014), « European Mobile Network Operator Mergers – A Regulatory Assessment ».

Une première affaire importante à cet égard est celle de Hutchison3G Autriche/ Orange Autriche (2012), où pour la première fois la Commission a employé une analyse GUPPI comme outil pour estimer le risque qu'une concentration engendre des effets unilatéraux sous forme d'augmentation future des prix.

La Commission en a conclu que Orange Autriche et H3G Autriche étaient des concurrents proches et que la stratégie de H3G était de fixer ses prix de façon agressive pour attirer les clients. La Commission a fait valoir que H3G jouait un rôle clé sur le marché autrichien et que, après la fusion, il n'aurait plus eu d'incitation à y faire concurrence de la sorte, et qu'il s'ensuivrait une hausse des prix pour les consommateurs autrichiens.

Ainsi donc, pour répondre aux préoccupations sur les prix, Hutchison a offert les mesures correctives suivantes: i) l'opérateur s'engageait à dégager du spectre, condition obligatoire à l'entrée d'un nouvel opérateur de réseau mobile sur le marché des télécommunications en Autriche, ii) il s'engageait à offrir l'accès de gros à un maximum de 16 opérateurs virtuels pendant dix ans, et iii) et il s'engageait à ne pas achever l'acquisition d'Orange avant de conclure un accord d'accès de gros avec un opérateur virtuel.

On cite souvent le cas de la fusion autrichienne comme exemple d'augmentation des prix suite à une fusion. Or les analystes ne manquent pas de faire remarquer que les prix en Autriche se trouvaient à ce moment-là à un niveau tellement bas qu'ils n'étaient pas tenables. D'autre part, les opérateurs ne s'étaient toujours pas remis d'une vente aux enchères du spectre qui leur avait coûté très chère. On peut soutenir que quand on tient compte de l'ensemble des facteurs en jeu, il n'est pas possible d'en conclure que la concentration était la cause de quelque augmentation des prix que ce soit. En outre, il n'est pas possible d'envisager les prix isolément d'autres facteurs à prendre en compte, et notamment en termes d'augmentation de l'utilisation, d'amélioration de la qualité et de l'innovation (deux éléments très pertinents), et de la nécessité d'évaluer sur le long terme les effets de toute concentration.

Une affaire similaire est celle de la concentration entre Hutchison 3G Royaume-Uni et Telefonica Irlande (2014), transformant la structure de marché pour la faire passer de quatre à trois ORM présents sur les marchés irlandais du mobile de détail et de gros. Il n'y aurait plus eu qu'Eircom et Vodafone en Irlande.

Dans cette affaire aussi, la Commission a statué que la concentration allait produire des effets unilatéraux anticoncurrentiels. En éliminant H3G comme force concurrentielle, la concentration allait modifier ses incitations à une concurrence agressive sur les prix et à l'innovation de service, et donc atténuer la pression exercée sur les concurrents restants.

En outre, la Commission craignait que la fusion mette en péril l'accord de partage de réseau conclu entre O2 et l'acteur restant Eircom, réduisant la capacité concurrentielle de ce dernier.

La Commission a également enquêté sur les gains d'efficacité revendiqués par les parties à la concentration, en termes de couverture du réseau, de vitesse et de qualité. Néanmoins, en comparant la situation avant et après la concentration, la Commission a constaté que la concentration à proprement parler n'allait

pas apporter d'avantages supplémentaires importants. Les preuves recueillies montraient que les deux parties étaient susceptibles d'atteindre chacune de leur côté la même couverture et la même qualité que l'entité fusionnée.

Cependant, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, l'évaluation de la Commission sur les gains d'efficacité postérieurs à la concentration s'est montrée très rigide et demandait des données sur les investissements futurs qui sont quasiment impossibles à fournir dans un marché en évolution rapide comme celui des télécoms mobiles. En conséquence, les gains d'efficacité revendiqués par les parties sont souvent considérés comme étant spéculatifs et difficiles à quantifier, et ne sont donc pas correctement pris en compte.

Pour toutes ces raisons, la Commission a autorisé l'opération sous réserve de mesures correctives, sans reconnaissance des gains d'efficacité existants. En particulier, H3G s'est engagé à vendre jusqu'à 30 % de la capacité de réseau de l'entreprise fusionnée à deux opérateurs de réseaux virtuels mobiles (ORVM) en Irlande, qui, moyennant des paiements fixes, auraient obtenu une « conduite » dédiée du réseau de l'entité fusionnée. Ce nouveau modèle d'accès au réseau vise à accroître les incitations pour que les ORVM utilisent la capacité disponible en offrant des services à des conditions attrayantes. Les parties fusionnées se sont également engagées à conclure deux accords et il fallait qu'au moins un des deux soit approuvé par la Commission avant que l'opération ne puisse être autorisée.

Des préoccupations similaires ont été exprimées lorsque la Commission a analysé la concentration entre Telefonica Deutschland et E-Plus (2014), le troisième et le quatrième plus grands opérateurs de réseau mobile d'Allemagne.

Même si l'entité fusionnée allait avoir environ la même taille sur le marché au détail que les autres opérateurs allemands (Deutsche Telekom et Vodafone), la Commission a estimé que l'opération allait supprimer deux gros concurrents proches (Eplus, en particulier, jouait un rôle très important sur le marché allemand). Par ailleurs, l'enquête de la Commission a révélé que la pression concurrentielle provenant des ORVM aurait été limitée, étant tributaires des ORM pour leur accès.

La Commission en a donc conclu que, en éliminant deux forces concurrentielles importantes au niveau du gros, l'opération allait aboutir à la détérioration des conditions d'accès des ORVM aux réseaux mobiles.

Par ailleurs, la Commission a insisté une fois de plus sur l'absence de preuve des gains d'efficacité dynamiques importants revendiqués (c'est-à-dire que, dans un scénario d'inertie, Telefonica et E-Plus n'auraient pas pu investir suffisamment dans la qualité des réseaux).

Les mesures correctives de Telefonica pour répondre aux préoccupations de la Commission font écho à la structure des engagements pris par Hutchison dans l'affaire irlandaise. L'approbation par la Commission de l'acquisition de Telefonica était conditionnelle à la vente de jusqu'à 30 % de la capacité du réseau de l'entité fusionnée à des ORVM, en s'appuyant sur la base du même modèle de paiement fixe conçu pour la fusion de H3G/O2. D'autre part, à l'instar de Hutchison, Telefonica s'est engagée à céder du spectre aux nouveaux arrivants. En plus de cela, Telefonica s'est engagée à élargir les accords de gros existants avec les partenaires existants

de Telefónica et d'E-Plus et à offrir un accès de gros à tous les joueurs intéressés à l'avenir.

Conclusions

En chiffres, le nombre de décisions d'interdiction dans le secteur des télécommunications est faible. Il n'empêche que l'approche que la Commission a adoptée dans ce secteur est particulièrement intéressante quant aux analyses employées et aux mesures correctives imposées, qui sont susceptibles d'influer fortement sur la capacité des parties à la concentration d'investir et de demeurer concurrentielles.

Dans ce secteur plus que dans d'autres, les décisions de la Commission ont visé à préserver la concurrence par les prix qui aurait prétendument diminué après une concentration diminuant le nombre d'acteurs de quatre à trois sur le marché. La Commission, cependant, a précisé à plusieurs reprises que le nombre d'ORM sur un marché n'est pas un problème en soi (« il n'existe pas de chiffre magique », comme la Commission ne cesse de le répéter) et que chaque analyse se fait au cas par cas. Selon l'explication donnée par la Commission sur sa jurisprudence, les éléments qui sont plus importants dans son évaluation que le simple nombre d'ORM une fois la concentration effectuée sont les suivants : i) la quantité et la qualité des ORVM, ii) si les parties à la concentration sont des concurrents proches et iii) les gains d'efficacité dynamiques dégagés qui sont spécifiquement attribuables à la concentration.

Or après analyse de la jurisprudence susvisée, il y aurait des améliorations à faire, notamment quant au mode d'évaluation utilisé pour déterminer la concurrence potentielle et les gains d'efficacité dynamiques et quant au rôle des modèles GUPPI.

Dernier point mais non le moindre, il est important de souligner que cette même approche est maintenant susceptible d'être appliquée également aux concentrations dans le secteur fixe. La récente autorisation par la Commission (s'accompagnant d'engagements d'une portée considérable) de l'opération entre Orange et Jazztel en Espagne constitue un précédent important à cet égard. Dans cette affaire, la Commission a statué que l'opération qui consiste à passer de quatre à trois acteurs sur le marché risque d'éliminer des forces concurrentielles importantes et de poser ainsi les fondements propices à des comportements unilatéraux anticoncurrentiels par les trois opérateurs de réseau restants. Le type d'engagements proposés par les parties (c.-à-d. les mesures correctives visant à remplacer la force concurrentielle sortante par une nouvelle qui lui est similaire) a tendance à reproduire le même mécanisme que celui déjà employé sur les marchés mobiles.

Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique

Les nouveaux arrivants et les nouveaux modèles commerciaux ont entraîné des changements au niveau des goulets d'étranglement. En fonction de l'évaluation du marché dans chacun des cas, il est possible que les goulets d'étranglement traditionnels d'accès au réseau s'estompent pour laisser place à de nouveaux goulets. Il convient de les contrôler de près en vertu des règles de la concurrence.

Contexte

Figure 54 : Enjeux clés associés aux goulets d'étranglement à l'ère numérique

	Général	Enjeux relatifs à l'ère numérique
Réseaux d'accès fixes et mobiles	Qu'est-ce qui constitue un goulet d'étranglement ?	<p>Le détournement par Internet a-t-il eu pour effet d'affaiblir les goulets d'étranglement (mobiles) ?</p> <p>Les substitutions et les contraintes indirectes ont-elles eu pour effet de creuser les goulets d'étranglement ?</p> <p>Les réseaux d'accès fixes et mobiles sont-ils toujours des goulets d'étranglement ?</p> <p>Dans quelle mesure existe-t-il des goulets d'étranglement, sont-ils traités de manière équivalente aux nouveaux goulets d'étranglement ?</p>
Spectre	<p>En raison de sa rareté, le spectre constitue un goulet d'étranglement.</p> <p>Le spectre est en forte demande en raison de l'augmentation de l'utilisation des données.</p> <p>Les régulateurs devraient prôner l'utilisation efficace du spectre.</p>	<p>Le refarming et le commerce des spectres de fréquence ont libéré du spectre et abouti à des gains d'efficacité.</p> <p>Les opérateurs mobiles devraient pouvoir utiliser les fréquences du dividende numérique.</p> <p>L'utilisation de fréquences sans licence a pour effet de réduire la valeur des fréquences existantes et de diminuer la qualité de service apportée aux clients.</p>
OTT fermés	La demande d'OTT fermés ne cesse de croître.	<p>Les OTT introduisent une concurrence accrue aux services de voix et de messagerie.</p> <p>Les effets de réseau peuvent entraîner des OTT fermés, qui constituent un goulet d'étranglement.</p> <p>Les OTT fermés recueillent des données sur les clients, ce qui procure un avantage commercial.</p>

	Général	Enjeux relatifs à l'ère numérique
Boutiques d'applications et systèmes d'exploitation	<p>Le système d'exploitation constitue un élément essentiel d'un smartphone.</p> <p>Chaque système d'exploitation a sa propre boutique d'applications.</p>	<p>Les développeurs d'applications doivent avoir l'autorisation de mettre une application sur une boutique d'applications. Le système d'exploitation peut se révéler être un nouveau type de goulet d'étranglement, malgré les caractéristiques « open source » d'Android (qui font actuellement l'objet d'une enquête par l'Union européenne). Regrouper une boutique d'applications au système d'exploitation est un moyen pour le système d'exploitation et le marché des appareils d'exercer de la puissance de marché de la boutique d'applications. Le manque d'interopérabilité entre les applications, les boutiques d'applications et les systèmes d'exploitation peut créer une barrière aux transferts et à l'entrée.</p>
Interconnexion IP	<p>L'interconnexion IP est nécessaire pour connecter les clients avec du contenu et des applications.</p> <p>On compte cinq parties dans la chaîne de valeur IP: les fournisseurs de contenus et d'applications (FCA), les fournisseurs de transit IP, les fournisseurs d'échange de trafic Internet, les réseaux de diffusion de contenu (CDN) et les fournisseurs d'accès à internet (FAI).</p>	<p>Les FCA et les FAI sont en train de procéder à l'intégration verticale et à la désintermédiation des fournisseurs de connectivité internet purs.</p> <p>Il est en train de se produire une consolidation entre les FCA et les opérateurs de gros, ce qui a pour effet d'accroître leur pouvoir de négociation.</p> <p>Les CDN en ressortent comme étant un acteur majeur dans la chaîne de valeur. Beaucoup de grandes sociétés de logiciels, comme Microsoft, ont développé leurs propres CDN.</p> <p>Il est possible que les CDN forment un nouveau goulet d'étranglement (alors que les utilisateurs désireux d'obtenir des vitesses de réseau plus grandes et une meilleure expérience de l'utilisateur final exigent cette technologie). Les CDN remettent aussi en question les suppositions entretenues depuis longue date au sujet des goulets d'étranglement traditionnels à l'accès dans les marchés mobiles.</p>

Le débat

Les goulets d'étranglement traditionnels d'accès au réseau de télécommunications sont-ils toujours d'actualité à l'ère numérique ?

Les innovations et les nouvelles technologies ont pour effet de réduire les goulets d'étranglement traditionnels, tels que la capacité potentielle des opérateurs de réseaux mobiles à exploiter leur pouvoir de monopole au sein de leur propre réseau. En particulier, les applications Internet et VoIP réduisent le risque que les réseaux d'accès causent des préjudices aux consommateurs en leur offrant un choix accru avec le marché de la

messagerie instantanée et de la voix. De plus, avec l'émergence des réseaux fixes, de données et de voix comme substituts, même si un opérateur de réseau mobile venait à bloquer l'accès à un consommateur, il peut toujours connecter son appareil mobile à un réseau Wi-Fi et passer un appel sur Internet (contournement de l'Internet). À mesure que le contournement des OTT s'intensifie, il pourrait être justifié d'envisager la déréglementation de PSM des réseaux d'accès, surtout si les nouveaux goulets d'étranglement de l'ère numérique échappent à la réglementation de PSM.

Quels sont les nouveaux goulets d'étranglement qui font leur apparition ?

Parmi les nouveaux goulets d'étranglement potentiels, on compte les systèmes d'exploitation, les boutiques d'applications et des éléments de la chaîne de valeur d'interconnexion IP. Des applications telles que WhatsApp ont exercé des effets de réseau considérables et ont par conséquent accès aux données des clients, ce qui augmente sensiblement la fonctionnalité de ses produits par rapport aux nouveaux arrivants. Comme on l'a vu plus haut ([Impact de la numérisation croissante sur la politique de la concurrence](#)), Facebook possède maintenant les services qui sont les plus utilisés (parmi eux, WhatsApp). Facebook a créé le plus gros leurre de ces derniers temps : les annonceurs mobiles sont désormais contraints de payer pour avoir accès aux communautés, alors que ce sont eux déjà qui ont payé pour les créer. Les données clients représentent un avantage concurrentiel significatif pour les entreprises car ils révèlent des schémas d'information qui permettent aux entreprises de comprendre le comportement et les préférences des utilisateurs et d'améliorer (ou de cibler) leurs produits et services (et leurs prix) en conséquence.

Dans une perspective de droit de la concurrence, une théorie possible des préjudices est que dans les cas de concentrations, le regroupement de datasets des parties à la concentration pourrait offrir aux entreprises un avantage concurrentiel, en les aidant à améliorer leur produit ou service de l'entité fusionnée postérieurement à la concentration d'une manière que leurs concurrents seraient incapables d'égaliser. Il est possible que le fait d'être propriétaire de données confère à leur détenteur une position de puissance de marché. (Voir [Concept clé n° 6 - Applications Internet fermées](#) et [Concept clé n° 5 - Systèmes d'exploitation et boutiques d'applications](#)).

Les compétences juridiques et les pouvoirs conférés par la loi suffisent-ils pour faire face de manière cohérente à ces goulets d'étranglement anciens et nouveaux ? Suffit-il de s'en remettre à une intervention ex post pour remédier aux défaillances du marché qui résultent de nouveaux goulets d'étranglement ?

Une question fondamentale se pose lors de l'examen des goulets d'étranglement traditionnels et des nouveaux. Alors qu'il existe un régime de réglementation de PSM (ou de réglementation de l'accès) qui vise à répondre aux enjeux relatifs à la transmission des données sur des réseaux de télécommunications traditionnels, les nouveaux goulets d'étranglement échappent à cette réglementation. Reste à savoir s'il est toujours adapté qu'une forme particulière de réglementation et d'application de la loi s'applique uniquement au secteur des télécommunications, compte tenu de la dynamique du marché qui s'opère et qui est exposée dans ce manuel. Il est important de regarder au-delà les goulets d'étranglement traditionnels dans le secteur des communications pour appréhender les nouveaux goulets d'étranglement et utiliser pour autant que possible le cadre existant du droit de la concurrence.

Comment faire pour veiller à imposer en cas de goulets d'étranglement des mesures correctives qui soient équitables et non discriminatoires et qui contribuent à des conditions de concurrence équitables entre les services traditionnels et ceux de l'ère numérique ?

Pour l'heure, du fait que les régulateurs sont tenus par le régime existant de PSM, quand ils appliquent des obligations de PSM, ils devraient s'assurer que les mêmes services soient soumis aux mêmes règles. Deux aspects sont particulièrement importants à retenir :

- À l'ère numérique, il convient de revoir les concepts traditionnels de la réglementation des goulets d'étranglement des télécommunications, en tenant dûment compte de la définition de marché et de l'analyse de marché appropriées.
- Si l'application du régime réglementaire risque de fausser la situation concurrentielle sur le marché en faveur des OTT (étant les propriétaires des nouveaux goulets d'étranglement), la réponse devrait être de s'abstenir d'appliquer la réglementation de PSM.

Concepts clés

Les goulets d'étranglement sont un élément essentiel du paysage concurrentiel au sein du secteur des télécommunications, car ils permettent potentiellement aux acteurs du marché d'exercer un pouvoir de monopole au détriment des consommateurs. Cette partie du manuel s'intéresse aux goulets d'étranglement potentiels.

Concept clé n° 1

[Goulets d'étranglement à l'ère numérique](#)

Concept clé n° 2

[Réseaux d'accès fixes et mobiles](#)

Concept clé n° 3

[Spectre des fréquences radioélectriques sous licence](#)

Concept clé n° 4

[Interconnexion IP, CDN](#)

Concept clé n° 5

[Systèmes d'exploitation et boutiques d'applications](#)

Concept clé n° 6

[Applications Internet fermées](#)

Concept clé n° 1

Goulets d'étranglement à l'ère numérique

Il est bien possible que la puissance de marché conférée par la propriété de réseaux fixes et mobiles traditionnels soit en train de battre de l'aile pour faire jour à de nouveaux goulets découlant de la propriété de clients et de contenus. Il est important que la politique de la concurrence reconnaisse cette mutation qui est en train de s'opérer.

Un goulet d'étranglement existe dès lors que des éléments de l'infrastructure ne sont pas techniquement ou économiquement reproductibles.²³⁰ On retrouve des goulets d'étranglement dans la plupart des industries de réseau, qui proviennent des coûts d'investissement irrécupérables élevés pour entrer sur le marché et des avantages uniques qui en découlent. Tout propriétaire de goulet d'étranglement peut prétendre à de la puissance de marché, surtout si celui-ci cherche à évincer d'autres acteurs qui ont besoin d'utiliser la facilité concernée.

De tout temps, les goulets d'étranglement dans les communications ont été associés avec les opérateurs de réseaux fixes et mobiles. Les enquêtes sur la concurrence partent généralement du principe que les opérateurs fixes tout comme les opérateurs mobiles bénéficient des avantages de leurs propres réseaux d'accès et que, sans intervention, ils pourraient user du fait d'en être propriétaires pour nuire à la concurrence.

L'identification des goulets d'étranglement constitue une partie importante de l'analyse de marché dans le secteur des télécommunications, étant donné qu'une certaine puissance de marché est accordée implicitement au propriétaire d'un goulet d'étranglement. Bien entendu, cela ne signifie pas pour autant qu'il va abuser de ce pouvoir ou qu'il en résultera forcément

des préjudices pour les consommateurs. Il n'empêche que le potentiel d'un tel préjudice peut bel et bien exister et qu'à ce titre, les autorités réglementaires ont eu tendance à soit réglementer l'accès à ces goulets d'étranglement, soit tout du moins à garder un œil de près dessus. Lorsqu'une analyse du marché faite en bonne et due forme révèle qu'il existe en fait des goulets d'étranglement et que la propriété du réseau entraîne des abus ou est susceptible de le faire, il est important d'intervenir pour protéger ou promouvoir la concurrence. Pour cela, on intervient soit en vertu du droit de la concurrence, soit en vertu de la réglementation de PSM. Toute intervention doit être sous-tendue par des pouvoirs d'exécution.²³¹

Dans le secteur des réseaux, il existe deux types d'intervention réglementaire.

La réglementation par le comportement : Des interventions au niveau des différentes décisions d'un monopole de goulet d'étranglement, comprenant l'entrée, la sortie, le prix, les investissements voire même les standards techniques. On compte comme exemples les contrôles du prix d'accès.

La réglementation structurelle : Les conditions spécifiques à l'entrée et à la sortie d'un marché par une entreprise, et la conception de la structure du marché à proprement parler. On peut citer comme exemples le dégroupage

²³⁰ Lee, I. (2009) «Handbook of telecommunications Planning and Management for Business»

²³¹ Il est préoccupant de voir que dans certains cas, un régulateur ou une autorité de la concurrence reconnaît le potentiel de causer des préjudices aux consommateurs dans certaines situations et va même jusqu'à prononcer un arrêt, mais celui-ci se traduit par une faiblesse d'exécution.

de réseau et la séparation opérationnelle ou structurelle.

Implications de l'ère numérique

La capacité des propriétaires de réseaux de communications traditionnels à exercer leur puissance de marché se trouve affaiblie par l'accroissement des possibilités de substitution. Les services fournis sur le réseau fixe ou mobile créent de plus en plus de contraintes sur l'autre réseau (alors que les consommateurs y voient là des substituts et donc sujets à des contraintes indirectes au niveau du gros) et les applications Internet offrent la possibilité de contourner un réseau mobile dans son ensemble dès lors qu'elles sont disponibles via une connexion Wi-Fi.

Dans la mesure où les réseaux d'accès télécoms (surtout les réseaux fixes) représentent toujours un goulet d'étranglement, il apparaît une classe émergente de concurrents en aval pour qui celui-ci n'est pas pertinent et, partant, les opérateurs ont d'autant moins de chance de tirer parti de la puissance qu'ils détiennent sur les réseaux fixes pour la mettre à profit sur les marchés en aval (voir [Concept clé n° 2](#)). Les opérateurs peuvent être limités par le pouvoir d'achat d'autres acteurs de la chaîne de valeur, et les consommateurs quant à eux utilisent les services de tout un éventail de fournisseurs, tels que Microsoft, Facebook, Google et Apple, qui eux ne dépendent pas des offres de gros des propriétaires de réseaux.

La disponibilité du spectre sous licence a elle aussi été considérée traditionnellement comme un goulet d'étranglement, mais les nouveaux moyens de se connecter « en mode nomade » se répandent de plus en plus, ce qui affaiblit d'autant la possibilité pour le propriétaire du spectre sous licence d'obtenir de la puissance de marché (voir [Concept clé n° 2](#) ci-dessous).

En fait, de nouveaux goulets d'étranglement numériques sont en train d'émerger qui

résultent de la propriété (i) du consommateur, (ii) de contenus appréciés par le consommateur, et (iii) de l'utilisation de données sur les consommateurs. Comme on l'a fait remarquer, « les opérateurs de plates-formes numériques visent à se rendre indispensables autant pour les utilisateurs finaux que pour les annonceurs et se mettent en position de gardien ». ²³² Par exemple :

- Les droits de propriété intellectuelle peuvent être un goulet d'étranglement. Les restrictions géographiques de droit d'auteur peuvent empêcher l'accès au contenu et aboutir à un géoblocage. Dans l'UE, il s'agit là non seulement d'un problème de concurrence, mais c'est aussi un problème tenant au marché intérieur, en empêchant les importations parallèles. L'abolition du géoblocage a été identifiée comme étant l'une des actions de la stratégie du marché unique numérique de l'Union européenne. ²³³ Les brevets accordent le contrôle d'accès aux technologies et aux standards et, par exemple, jouent un rôle de premier plan dans la bataille pour le leadership au niveau des systèmes d'exploitation (voir [Concept clé n° 4](#)). En revanche, la possibilité pour les entreprises d'obtenir un brevet ou d'autres droits de propriété intellectuelle fournit également une incitation à innover, ce qui peut potentiellement augmenter le choix des consommateurs. (voir [INTEL, Rôle des droits de propriété intellectuelle dans la politique de la concurrence – Analyse](#))
- Les réseaux sociaux, les applications Internet fermées qui contiennent de grandes quantités de données sur les consommateurs, créent d'importants effets de réseau et sont en train de s'élargir à des marchés connexes, comme ceux des services de messagerie ou d'entreprise (voir [Concept clé n° 6](#))

²³² Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », cité, page 24.

²³³ Vice-Président Ansip, Discours sur le marché unique numérique du 26 novembre 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-2182_en.htm.

- Les boutiques d'applications verrouillent les clients dans des systèmes d'exploitation et/ou des appareils donnés et elles peuvent servir à bloquer l'accès à des applications spécifiques ou à des contenus particuliers (voir [Concept clé n° 6](#)). Les boutiques d'applications et les systèmes d'exploitation soulèvent l'un comme l'autre des problèmes quant à l'existence possible de nouveaux goulets d'étranglement.

L'interconnexion IP a elle aussi été considérée comme un nouveau goulet d'étranglement à l'ère numérique, bien que pour les raisons expliquées ci-dessous ([Concept clé n° 4](#)), le secteur se caractérise par la chute des prix et de l'innovation, en raison de l'émergence de réseaux de diffusion de contenu (« Content Delivery Network », CDN).

Il est impératif que la politique de la concurrence reconnaisse l'émergence de nouveaux goulets d'étranglement et l'affaiblissement d'autres. S'il est nécessaire d'intervenir, il convient de le faire dans le secteur dans son entier. En vertu du régime actuel, lorsqu'il s'agit de déterminer qui détient la puissance de marché, à la fois

pour les analyses de PSM et les enquêtes sur la concurrence, tant les opérateurs de réseaux traditionnels que les nouveaux arrivants dans la chaîne de valeur numérique doivent être pris en compte afin de pouvoir analyser l'ensemble des contraintes concurrentielles qui s'exercent sur le marché. Si en vertu des règles en vigueur, en tenant compte de toutes les contraintes concurrentielles qui s'exercent, l'analyse aboutit à ce qu'un régulateur estime qu'il est nécessaire de soumettre les fournisseurs de télécommunications existants à la réglementation de PSM (par ex. en matière d'accès aux réseaux fixes), alors il convient d'imposer la réglementation et ce avec force. Toutefois, celle-ci doit impérativement suivre une analyse du marché en bonne et due forme.

Les grandes enquêtes antitrust sur Microsoft, Google et d'autres, et les lourdes amendes qui en ont résulté, démontrent que ces entreprises numériques ont le potentiel de fausser la concurrence à mesure que les consommateurs s'en remettent de plus en plus à leurs smartphones, ordinateurs et tablettes dans tous les aspects de leur vie.

Concept clé n° 2

Réseaux d'accès fixes et mobiles

Cela fait longtemps que les réseaux d'accès sont réglementés comme forme de goulet d'étranglement. Les innovations réalisées à l'ère numérique suscitent des interrogations quant à la solidité des goulets d'étranglement traditionnels détenus par les opérateurs mobiles et fixes.

Les réseaux d'accès sont la partie du réseau de télécommunications qui connecte les abonnés au réseau de base. Les réseaux d'accès fixes ont des caractéristiques monopolistiques en raison de leurs investissements irrécupérables élevés et de leurs fortes économies d'échelle, ce qui fait que traditionnellement, on estime qu'ils représentent un goulet d'étranglement pour ce qui est d'atteindre l'abonné.

Traditionnellement, les autorités et les régulateurs ont défini l'accès fixe et l'accès mobile, tant au niveau du gros que du détail, comme étant des marchés différents. Les réseaux fixes sont généralement réglementés aussi bien pour les services de départ que de terminaison, tandis qu'en raison du plus grand nombre d'opérateurs de téléphonie mobile concurrents, les réseaux mobiles sont en général réglementés pour des services de terminaison d'appel seulement.

Implications de l'ère numérique

En raison de la concurrence qui s'exerce en matière d'accès mobile, qui permet aux consommateurs de substituer un fournisseur de réseau par un autre, tout opérateur donné est moins libre de facturer aux consommateurs des tarifs supérieurs aux niveaux concurrentiels. Même pour ce qui est de la terminaison d'appels mobiles, le multihébergement et le contournement par Internet sont tels que bien souvent, les réseaux mobiles ne détiennent plus le monopole pour la terminaison d'appels sur leurs propres réseaux.

Bien qu'il subsiste des différences notables entre le marché fixe et le marché mobile du point de vue de la demande, la convergence qui s'opère est en train de combler l'écart qui les sépare.²³⁴ (voir [Définition des marchés, Concept clé n° 8, Contraintes indirectes](#)) :

- Les opérateurs lancent des services 3G et 4G de qualité comparable, dans bien des cas, à celle des réseaux fixes
- Les smartphones se connectent au Wi-Fi et à des hotspots, parallèlement aux réseaux mobiles, alors que les clients changent d'un réseau à l'autre en fonction de la disponibilité et du coût²³⁵
- Les opérateurs offrent le triple play et le quad play, de sorte que les consommateurs reçoivent un service unique et une seule facture et sont moins conscients de l'identité du fournisseur du service (voir [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 10, Les offres groupées dans l'évaluation du marché](#))

Le renforcement de la substitution qui se produit au niveau du détail exerce sur le réseau de gros des contraintes indirectes, telles que décrites au chapitre [Définition des marchés, Concept clé n° 8, Contraintes indirectes](#).

Parmi les acteurs Internet, beaucoup d'entre eux sont des multinationales, capables d'exercer leur propre puissance de marché et de l'utiliser parallèlement à leur pouvoir d'achat, en vue de restreindre la capacité des opérateurs de

²³⁴ Pour une discussion quant au bienfondé de considérer les réseaux mobiles et fixes comme des « compléments », ou des « substituts », voir plus haut, [Du fixe au mobile: Substituts ou compléments?](#)

²³⁵ Cette tendance ne va faire que s'accélérer à mesure que la disponibilité et la qualité du wifi vont s'améliorer. Voir GSMA, Mobile Industry Radar, avril 2015.

télécommunications de tirer parti de tout pouvoir de réseau d'accès qu'elles pourraient avoir dans d'autres secteurs de la chaîne de valeur. Les consommateurs ont plus tendance à s'identifier avec bon nombre de ces acteurs

qu'avec le fournisseur de réseau télécom sous-jacent. On en arrive à la situation où l'on peut maintenant considérer que ce sont eux les « propriétaires » des clients et, plus encore, de leurs données.

Concept clé n° 3

Spectre des fréquences radioélectriques sous licence

Dans un certain nombre de pays, historiquement, le spectre des fréquences radioélectriques sous licence était considéré comme un goulet d'étranglement qui représentait un actif important, apportant aux opérateurs de réseau mobile de la puissance de marché. Toutefois, ce goulet d'étranglement est mis à mal à mesure qu'un éventail d'autres technologies d'accès font leur apparition, tels que le Wi-Fi, et qui permettent aux utilisateurs de contourner les réseaux traditionnels. Le refarming du spectre satellite pour un usage terrestre ne fait que renforcer la concurrence sur certains marchés.

La télévision et la radiodiffusion, les réseaux de communications mobiles, les services d'urgence, le radar et de nombreux autres services et applications dépendent tous d'un accès au spectre radioélectrique. L'accès à de grandes parties du spectre radioélectrique est placé sous le contrôle strict des États. Différentes parties du spectre sont attribuées à des services spécifiques et l'utilisation du spectre est régie au moyen d'autorisations et par l'octroi de licences.

Les signaux transmis sur les fréquences basses voyagent plus loin et réussissent mieux à pénétrer les bâtiments. En revanche, ils ne conviennent pas pour transporter de grandes quantités de données. À l'inverse, des fréquences plus élevées transportent bien plus de données, mais sur une portée et à une capacité nettement réduites pour assurer la couverture dans les immeubles. La plupart des opérateurs de réseaux mobiles cherchent à utiliser un mélange de basses fréquences (700 à 900 MHz) et de hautes fréquences (1800 MHz à 2600 MHz) du spectre pour parvenir à un bon équilibre entre couverture et capacité.

Le nombre de fréquences attribuées au secteur des communications mobiles n'a pas cessé d'augmenter, permettant à un plus grand nombre d'opérateurs d'entrer sur le marché, de prendre en charge davantage de clients et d'offrir un éventail de services élargi. À titre d'exemple, en Europe, les premiers réseaux de téléphonie mobile analogique fonctionnaient

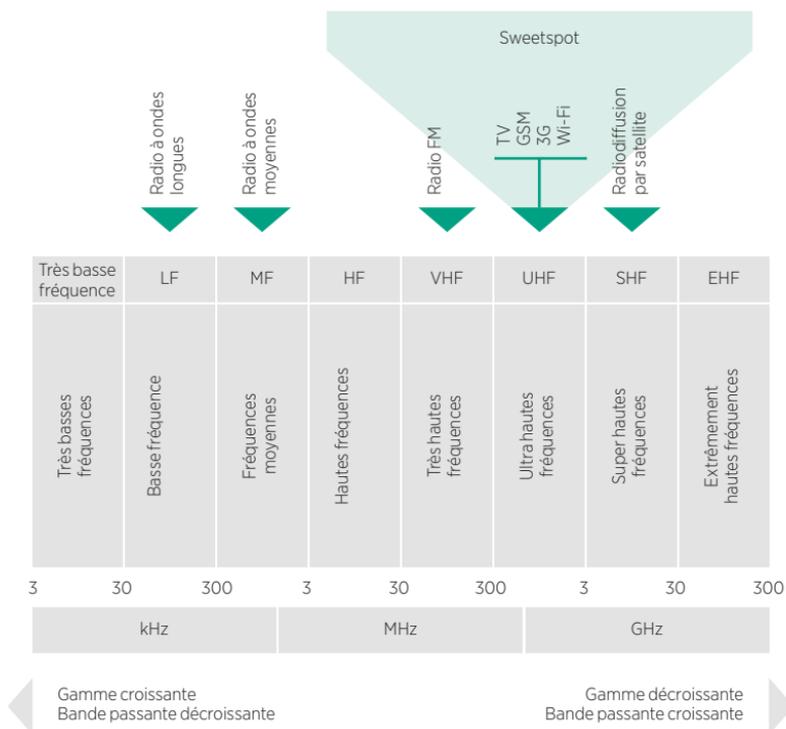
à la bande de fréquences de 450 MHz. Les services mobiles numériques (2G) ont été rendus possibles grâce à l'utilisation du spectre de fréquences de 900 MHz, puis de celui de 1800 MHz. Des services de données plus rapides ont pu voir le jour par l'attribution du spectre de 2100 MHz pour la 3G, et plus récemment les services 4G ont été rendus possibles par l'attribution du spectre à 700-800 MHz et 2600 MHz. Certaines de ces fréquences, et en particulier dans la gamme de 700 à 800 MHz, ont été prélevées d'utilisateurs tels que des diffuseurs de radio et TV, pour les réattribuer à d'autres.

Comme la consommation de trafic de données mobiles continue d'augmenter, la demande d'encore plus de fréquences à attribuer au secteur des communications mobiles s'intensifie elle aussi.

Le spectre radioélectrique avait toujours été considéré comme un goulet d'étranglement, en raison du spectre limité de fréquences qui existe. Celui-ci signifie qu'il existe une limite au nombre d'opérateurs de réseau mobile qui peuvent être pris en charge sur un marché donné. Même si davantage de fréquences sont attribuées au secteur des communications mobiles, les opérateurs existants en ont besoin pour pouvoir répondre à la demande croissante de trafic de données.

L'importance stratégique du spectre est attestée par les mesures correctives

Figure 55: Fréquences du spectre radioélectrique et utilisation



qu'imposent les autorités de la concurrence à titre de conditions pour autoriser des concentrations entre opérateurs de réseau mobile. Les exemples récents sont nombreux, tant en Europe que dans d'autres régions, où les opérateurs qui fusionnent se voient obligés de se départir d'une partie de leur portefeuille de spectre combiné pour les empêcher de renforcer leur puissance de marché ou d'acquérir une position dominante.

Implications de l'ère numérique

La numérisation a le double effet d'encourager les nouveaux arrivants (par la demande de trafic de données provenant des consommateurs), et de leur permettre (grâce aux développements technologiques) de trouver des moyens de contourner les réseaux mobiles traditionnels et,

par conséquent, de réduire ainsi le risque que le spectre sous licence soit perçu comme un goulet d'étranglement qui représente un actif.

On compte parmi les exemples en la matière

- *La popularité et la grande disponibilité des réseaux d'accès Wi-Fi.* Près de 50 % de la consommation de trafic de données (source: Cisco Visual Networking Index) sur appareils mobiles est prise en charge par Wi-Fi au lieu des réseaux cellulaires traditionnels. À ce jour, cette consommation a principalement été consacrée aux services de données sur Internet, mais elle met de plus en plus en jeu des services de communication (voix et messagerie). Le Wi-Fi permet aussi à toute une variété de nouveaux opérateurs hybrides de pénétrer sur le marché mobile

Figure 56: Exemples de concentrations mobiles tenues à une obligation de cession de fréquences

Pays	Parties à la concentration	Obligation de cession de fréquences
Autriche	Three Autriche et Orange	Cession de fréquences radioélectriques et octroi d'autres droits à un nouvel arrivant intéressé
Irlande	Three Irlande et O2 Irlande	Cinq blocs de fréquences dans les bandes de fréquences de 900 MHz, 1800 MHz et 2100 MHz
Allemagne	E-Plus et O2 Allemagne	Cession de fréquences radioélectriques et octroi d'autres actifs à un nouvel arrivant ou ORVM
Argentine	Movistar et BellSouth	35 Mhz
Chili	Movistar et BellSouth	Fréquences de 25 MHz dans la bande de 800 MHz
États-Unis	Verizon et SpectrumCo	Fréquences de spectre variées dans la bande de fréquences de 700 MHz
Royaume-Uni	T-Mobile et Orange	2 x 15 MHz de fréquences de spectre dans la bande de fréquences de 1800 MHz

traditionnel. Ces opérateurs combinent leurs réseaux d'accès à haut débit fixe à des hotspots Wi-Fi publics pour créer des réseaux à grande distance (« WAN ») à bas coût. Ceux-ci sont souvent étayés de services mobiles superposés traditionnels, obtenus soit au moyen d'un accord avec un ORVM, soit par des investissements dans une petite quantité de fréquences du service mobile. Cette stratégie technologique a permis à des acteurs perturbateurs de pénétrer un certain nombre de marchés mobiles (p. ex. Iliad en France)

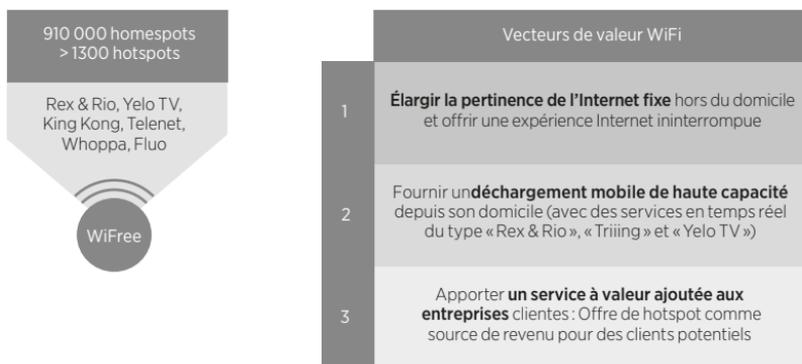
- *Réorientation du spectre.*²³⁶ Sur certains marchés, les opérateurs satellites utilisent leur spectre pour créer des réseaux de téléphonie

mobile. Aux États-Unis, par exemple, grâce à ses actions de lobbying, l'opérateur satellite DISH a obtenu le changement d'usage de certaines fréquences qui lui appartiennent. Ces fréquences lui avaient été accordées à l'origine en vue d'être utilisées comme lien ascendant et lien descendant, mais elles peuvent maintenant être utilisées pour des services de réseaux mobiles terrestres. Si on y ajoute les fréquences supplémentaires qu'il a acquises par des ventes aux enchères, DISH dispose désormais de suffisamment de spectre pour envisager de créer une nouvelle infrastructure de réseau mobile à travers le marché américain. Cette réorientation de spectre présente comme potentiel d'accroître la concurrence. La proposition d'utiliser des

²³⁶ Il ne faut pas confondre réorientation du spectre avec refarming du spectre (voir le glossaire)

Figure 57: Importance du déchargement de Wi-Fi pour l'offre cellulaire hybride de Telenet

WiFree est un vecteur clé pour faire le lien entre nos offres de valeur fixes et mobiles, à travers les segments résidentiel et B2B



Utilisation de données hors du domicile par tous les clients Telenet

Utilisation de données hors du domicile par les clients mobiles de Telenet

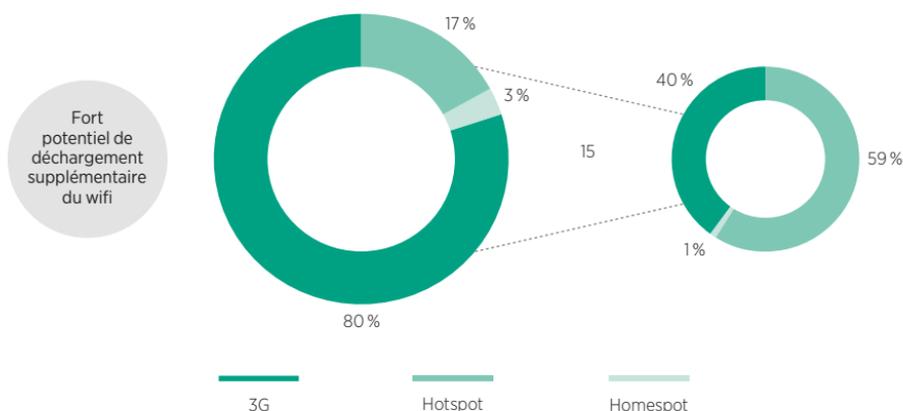
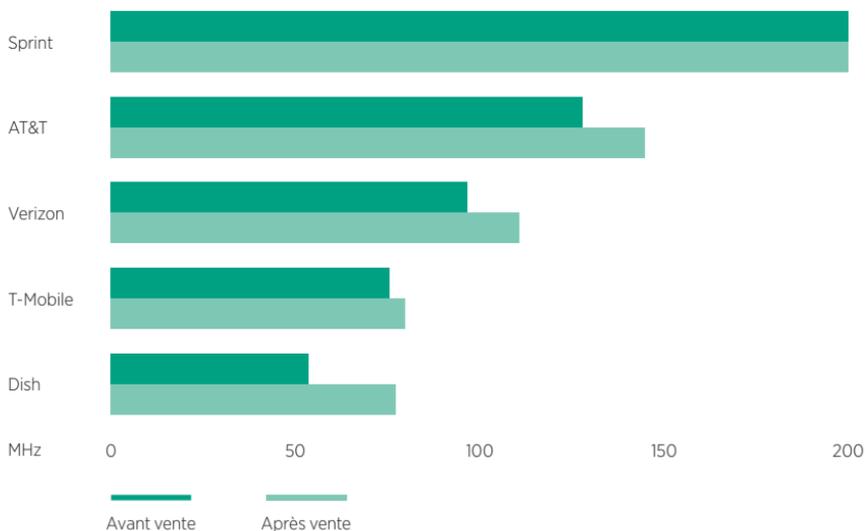


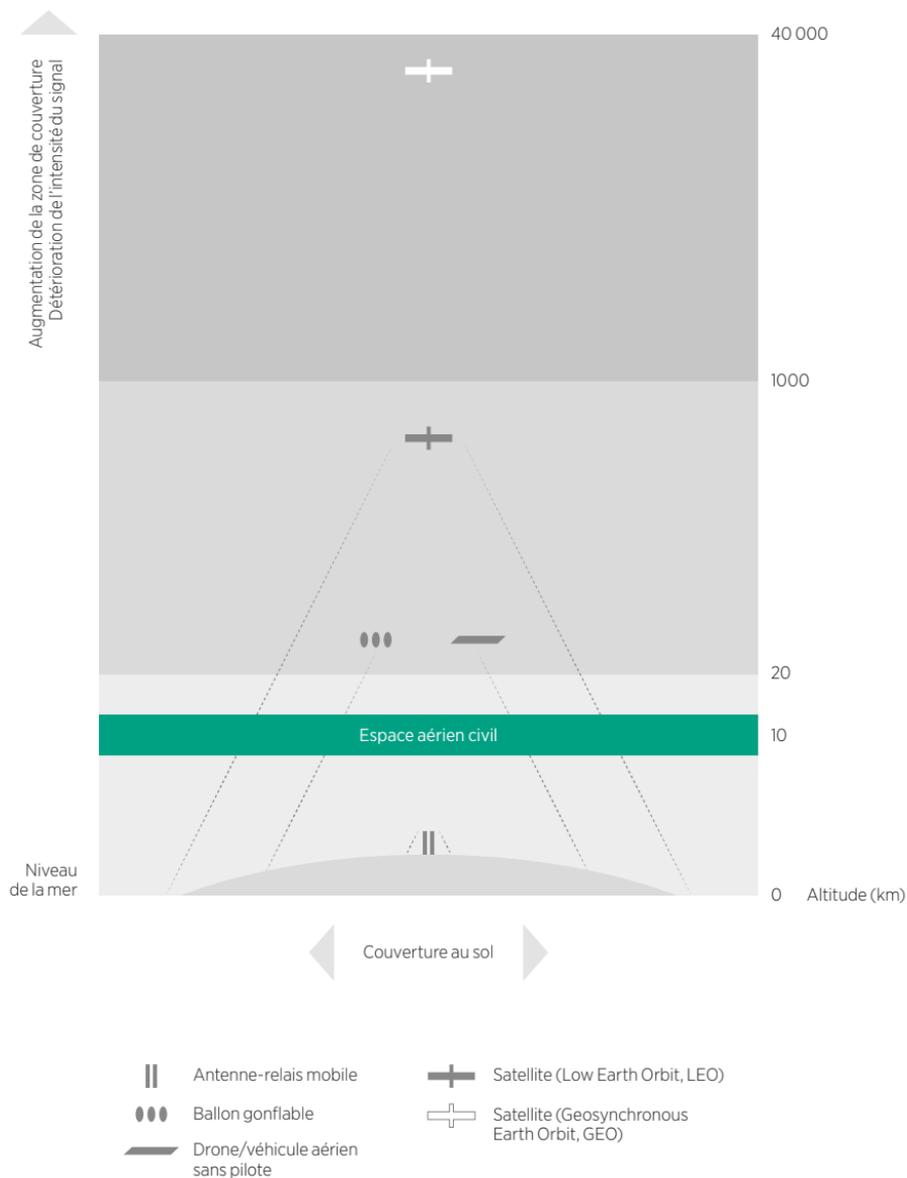
Figure 58 : Propriété du spectre de Dish suite à la vente aux enchères AWS-3

espaces blancs du spectre attribué à d'autres usages pourrait avoir un effet similaire.

- *Ballons gonflables et drones.* Plusieurs entreprises, dont Google et Facebook, sont en train de procéder à des essais très médiatisés de technologies d'accès alternatives. La plupart de ces essais utilisent du spectre à hautes fréquences sans licence pour créer de nouveaux types de réseau d'accès en ayant recours à des ballons gonflables de haute altitude ou à des drones de basse altitude pour servir d'antennes-relais dans le ciel. Pour l'heure, la plupart de ces essais s'attachent à pallier aux lacunes de la connectivité rurale, mais certains de leurs promoteurs ont fait part de leurs ambitions de couvrir le monde entier. Si les technologies qui sont actuellement testées produisent des résultats encourageants, elles pourraient être une nouvelle source de concurrence pour les opérateurs mobiles traditionnels à moyen et à long termes.

Il est important aussi que les décideurs politiques jugent correctement le rôle que peuvent avoir d'autres secteurs utilisant du spectre à créer des goulets d'étranglement du spectre. Les radiodiffuseurs, notamment, ont actuellement accès à des quantités importantes de spectre radioélectrique à basses fréquences que le secteur mobile pourrait utiliser à meilleur escient pour élargir la couverture des réseaux et en augmenter la capacité. En raison du passage à la transmission numérique, les secteurs de la radiodiffusion ont besoin de moins de spectre qu'avant pour fournir leurs services, et Internet constitue de plus en plus une plateforme de distribution alternative à ce type de contenu. En réattribuant davantage de spectre au secteur mobile, les décideurs politiques peuvent apporter leur appui à une croissance économique soutenue et à l'inclusion sociale en offrant la connectivité à un segment plus large de la population.

Figure 59: Réseaux aériens



Concept clé n° 4

Interconnexion IP, CDN

Les modèles d'interconnexion IP doivent évoluer pour faire face à la quantité de trafic Internet générée par les nouvelles formes de contenus. Bien que les déséquilibres qui existent aient diminué le nombre d'accords d'échange de trafic sans paiement, le secteur de l'interconnexion IP affiche des signes d'une saine concurrence, avec des prix à la baisse et le développement de nouveaux produits, tels que les réseaux de diffusion de contenu (CDN).

L'interconnexion IP est un accord business-to-business qui est essentiel pour assurer la qualité et la fonctionnalité de l'Internet. Les fournisseurs de contenus et d'applications, comme Google, YouTube, Amazon et Netflix, génèrent de gros volumes de trafic au niveau de l'interconnexion IP.

Il est impératif d'accroître les investissements et l'innovation dans les accords d'interconnexion IP. Pour assurer le développement d'applications futures, en particulier celles qui affichent des besoins élevés en termes de données et de normes de qualité de service, les modèles d'interconnexion IP vont devoir évoluer.

Toutefois, une stratégie qui consisterait à refuser une interconnexion IP est vouée à l'échec : les réseaux de télécommunications sont tributaires des contenus pour attirer et conserver leurs clients de détail. Les fournisseurs de contenus et d'applications, comme Google, YouTube, Amazon et Netflix, peuvent se connecter à Internet par le biais d'un FAI, d'un CDN ou d'un fournisseur de transit IP. Ils se trouvent en bonne position pour négocier la baisse des prix en contrepartie de gros volumes au niveau de l'interconnexion IP, et ils peuvent tirer parti de leurs contenus et applications de qualité premium pour orienter les décisions des utilisateurs finaux quant au choix d'un fournisseur de services Internet.

En effet, la question de savoir si les principaux opérateurs télécom européens avaient violé

le droit de la concurrence dans leurs accords d'échange de trafic et de transit sur Internet a été étudiée en France ainsi que par la Commission européenne, et dans les deux cas, les allégations ont été rejetées. En France, en 2012, Cogent a porté plainte devant l'autorité française de la concurrence en alléguant que France Télécom avait abusé de sa position dominante en demandant à se faire payer en contrepartie de l'augmentation de la capacité d'échange de trafic direct. L'autorité française de la concurrence a rejeté cette demande et la cour d'appel de Paris a confirmé cette décision en appel.²³⁷ La cour a confirmé (entre autres) que :

- l'échange de trafic direct et l'accès indirect par transit sont substituables. L'échange de trafic direct est l'une des alternatives qui existent pour avoir accès aux abonnés de France Télécom, mais elle n'est pas la seule
- l'échange de trafic sans paiement s'appuie sur des équilibres de trafic entre parties se trouvant dans des positions à peu près équivalentes. Lorsque le trafic n'est pas équilibré, demander paiement à titre de condition pour augmenter la capacité d'échange de trafic ne constitue pas en soi une pratique discriminatoire (à condition que le même principe s'applique aux autres partenaires se trouvant dans une position similaire)

²³⁷ <http://www.himediacomms.com/files/2014/01/Cogent-France-Telecom-Dec-19-2013.pdf>

En juillet 2013, la Commission européenne a effectué des perquisitions à l'aube contre des opérateurs Internet sur des allégations similaires, mais en octobre 2014 l'enquête a été close, n'ayant constaté « aucune preuve de comportement visant à exclure les services de transport en commun du marché ou à fournir un avantage injuste aux propres services de contenus propriétaires des opérateurs télécom ». ²³⁸

En fait, deux grands facteurs sont symptomatiques d'un secteur concurrentiel de l'interconnexion IP, à savoir la baisse des prix et l'innovation.

Baisse des prix

Des inquiétudes ont été exprimées en ce qui concerne le remplacement d'accords d'échange de trafic sans règlements entre FAI, par des accords de transit IP dans le cadre desquels un opérateur fournit la connectivité à toutes les destinations IP mondiales et le prix du transit est fixé en fonction de la capacité. ²³⁹ Il s'agit là d'une fonction du déséquilibre croissant des volumes de trafic, alors que les consommateurs exigent de grandes quantités de bande passante pour pouvoir consommer certains services, comme de la vidéo à la demande.

Un rapport récent suggère que les prix de transit IP ont chuté en dessous de 1 €, pour les gros volumes, les prix d'échange de trafic se situant généralement à ce niveau ou légèrement au-dessus. ²⁴⁰ Cela indique que le transit et l'échange de trafic IP pourraient être considérés comme des substituts. Si les réseaux venaient à choisir de ne pas conclure d'accords d'échange de trafic du fait que le déséquilibre du trafic les rend non viables commercialement, il existe des fournisseurs niche de services de transit IP qui seront prêts à offrir des services de connectivité à un niveau similaire à des accords d'échange de trafic.

Innovation – le développement des CDN

Le développement de réseaux de diffusion de contenu (« CDN ») répond aux problèmes posés par l'augmentation croissante du trafic de réseau, la généralisation mondiale de la consommation de vidéo en ligne, et la popularité croissante des services Internet.

Traditionnellement, quand ils se connectent à un site, les usagers Internet sont réorientés via un serveur d'hébergement web, à savoir un système informatique qui héberge des sites web à un site centralisé. Chaque utilisateur de site accède à ce serveur unique pour visualiser le site. Lorsque le volume de trafic est élevé, le serveur unique peut se trouver en surcharge ce qui entraîne son ralentissement, voire même son effondrement. Quand un utilisateur de site consulte une page qui est hébergée à des milliers de kilomètres de là, il se produit un certain de temps de latence (temps d'attente). Le fait de stocker les fichiers sur plusieurs serveurs répartis dans toute une zone géographique peut être un moyen de veiller à ce que l'utilisateur charge des fichiers qui ne se trouvent pas trop loin.

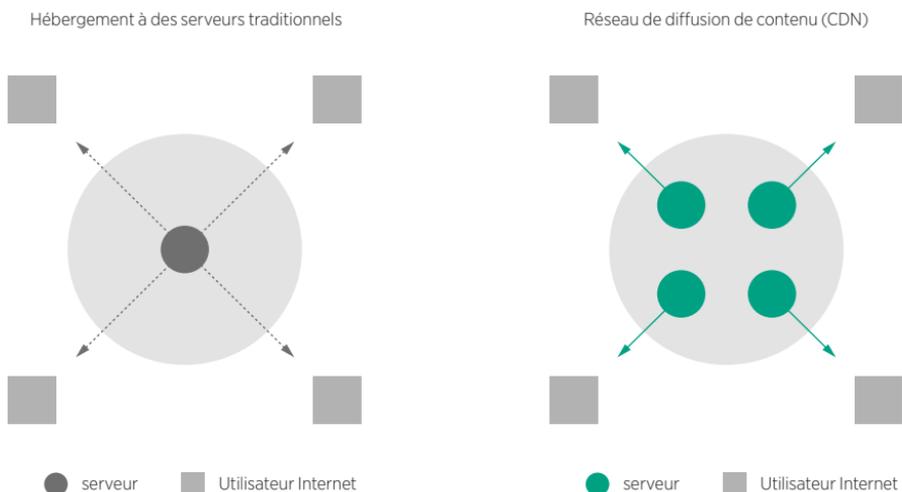
Quand un site emploie un CDN, le contenu web est stocké sur un réseau de serveurs, pour ensuite le propager à travers le monde entier. Un CDN de grande envergure peut compter des milliers de serveurs disséminés dans le monde entier, de sorte que le fournisseur est capable d'envoyer le même contenu vers un grand nombre d'appareils de manière efficace et fiable, même lorsque la bande passante est limitée ou quand il se produit des hausses soudaines de la demande. Les CDN sont particulièrement bien adaptés pour fournir de l'audio et de la vidéo en streaming et des émissions de télévision par Internet (IPTV). Dans le cas d'une attaque Internet ou d'un dysfonctionnement à une jonction, le contenu qui est hébergé sur un serveur CDN reste à la disposition des autres utilisateurs.

²³⁸ <http://www.telecompaper.com/news/ec-stops-peering-probe-into-telefonica-orange-telekom--1040998>.

²³⁹ En vertu d'un accord d'échange de trafic Internet, il est possible aussi que les clients doivent s'engager envers une bande passante minimale.

²⁴⁰ The future of the internet, innovation and investment in IP interconnection. Arthur D Little, mai 2014.

Figure 60 : Hébergement sur CDN par rapport à des serveurs traditionnels



La technologie CDN peut permettre aux opérateurs de réseaux mobiles d'accroître de l'ordre de 30 % la vitesse de la diffusion de contenu, tout en réduisant de près de 20 % le trafic de données mobiles.²⁴¹ En outre, les CDN louent généralement de la bande passante

(c-à-d de l'espace de stockage) auprès d'opérateurs mobiles. Les CDN assument désormais une partie importante du contenu sur Internet, alors que l'on estime que la valeur du marché devrait s'élever à plus de 12 milliards de dollars d'ici 2019.

²⁴¹ CDNetworks: Content Acceleration Brochure, <http://www.cdnetworks.com>.

Figure 61: Ericsson déploie le CDN Rostelecom

Étude de cas: Ericsson déploie le plus grand CDN d'opérateur au monde pour Rostelecom

En 2013, Rostelecom, l'opérateur et le fournisseur de haut débit russe, a déployé le plus grand CDN d'opérateur au monde en utilisant la solution Media Delivery Network d'Ericsson. Grâce à elle, Rostelecom peut optimiser l'envoi de contenu dans la Russie entière par la répartition stratégique de serveurs périphériques multi-services qui rapprochent le contenu de l'utilisateur final. Cette solution permet à l'opérateur de forger de nouveaux modèles commerciaux plus durables avec les fournisseurs de contenu et d'exploiter plus pleinement la valeur de son réseau dans le monde des médias en pleine expansion. En adoptant une approche unique à une seule plate-forme en matière de contrôle de politique, de routage et de mise en cache de tous les types de contenu, le CDN apporte aussi aux opérateurs une plus grande efficacité de réseau et économise de la bande passante, de l'empreinte ainsi que les coûts opérationnels.

Le CDN compte des serveurs de contenu implantés dans 30 grandes villes à travers tous les districts fédéraux de Russie. En outre, le réseau a une capacité de plus de 1 téraoctet par seconde pour desservir les 9,5 millions d'abonnés au haut débit de Rostelecom, sur une base totale de 28 millions d'abonnés. Alors que la concurrence entre les fournisseurs de contenu n'a jamais été aussi forte, la qualité et la rapidité de livraison aux consommateurs sont devenues un différenciateur essentiel, et la garantie de qualité de l'expérience est particulièrement importante pour les fournisseurs de contenu.

Concept clé n° 5

Systèmes d'exploitation et boutiques d'applications

Tous les systèmes de smartphone fonctionnent sur un système d'exploitation et les applications doivent être téléchargées sur une « boutique d'applications » qui est compatible avec ce système d'exploitation. Cette exigence a des répercussions sur la capacité des développeurs à développer des applications qui soient compatibles avec le système d'exploitation, et pour les clients qui se trouvent bloqués en raison de la difficulté du portage de contenu d'un système d'exploitation à l'autre.

En cette ère numérique, l'interaction entre les systèmes d'exploitation et les smartphones, les systèmes d'exploitation et les applications et les boutiques d'applications donne lieu à des problèmes en vertu de la politique de la concurrence. Rien n'illustre mieux les difficultés rencontrées dans ce domaine que l'annonce faite au début de juillet 2015 que Microsoft va revoir à la baisse les opérations de sa division de téléphonie qui se débattait pour survivre, ayant eu du mal à faire des percées avec son téléphone Windows pour lutter contre les principaux systèmes d'exploitation que sont Android et iOS.²⁴²

Systèmes d'exploitation : Un système d'exploitation est un logiciel qui gère les ressources matérielles et logicielles d'un ordinateur et qui fournit une plate-forme commune pour les applications. Les smartphones ont besoin d'un système d'exploitation pour fonctionner. Il n'existe qu'un petit nombre seulement de grands fournisseurs de systèmes d'exploitation. On compte parmi eux Android, BSD, iOS, Linux et Microsoft Windows. Android et iOS (le système d'exploitation d'Apple) sont les deux systèmes d'exploitation les plus couramment utilisés dans les smartphones. Au T4 de 2013, la part du système d'exploitation mobile Android de Google s'élevait à 78 % du total des utilisateurs dans le monde entier.²⁴³ Celle du système iOS d'Apple s'élevait à 18 %. Les données de la

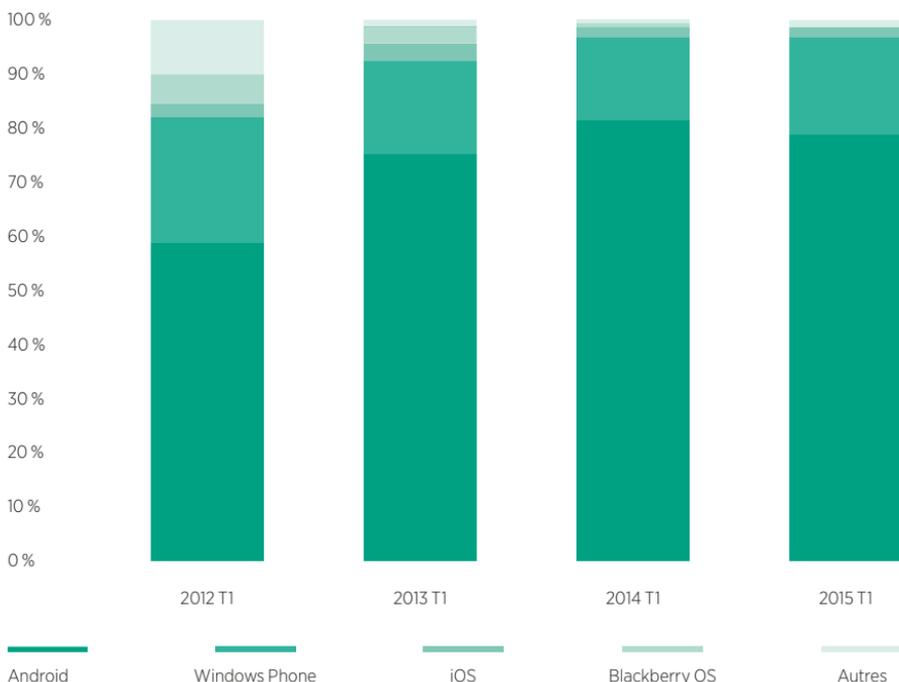
GSMA montrent qu'à la fin de 2014, la part d'iOS d'Apple était de 20 % et celle d'Android de 76 % des utilisateurs dans le monde.

Si le système Android est « open source », iOS n'est pas ouvert à des développeurs d'appareils tiers. Comme les fabricants de combinés doivent rechercher un système d'exploitation, le manque de disponibilité de l'iOS crée potentiellement un goulet d'étranglement au développement des smartphones. Les fournisseurs de contenu doivent concevoir leur contenu pour s'adapter à des systèmes d'exploitation particuliers, tandis que les développeurs d'applications doivent développer des applications pour les différents systèmes d'exploitation.

Applications et boutiques d'applications : Les boutiques d'applications, qu'on appelle aussi « app stores », sont une plate-forme de distribution pour les applications mobiles, c'est-à-dire des boutiques en ligne où les utilisateurs peuvent consulter les applications disponibles avant de les télécharger sur leur appareil. Ces applications sont conçues pour fonctionner sur des appareils spécifiques et sont développées pour un système d'exploitation particulier. Par exemple, chaque système d'exploitation a sa propre boutique d'applications, de laquelle les utilisateurs peuvent télécharger des applications mobiles qui fonctionnent dessus (les téléphones Android ont le Play Store tandis

²⁴² <http://www.fastcompany.com/3048370/fast-feed/microsoft-to-eliminate-up-to-7800-jobs>.

²⁴³ International Data Corporation : <http://www.idc.com/prodsvr/smartphone-os-market-share.jsp>

Figure 62: Part des différents systèmes d'exploitation mobiles dans le monde.²⁴⁴

que les téléphones d'Apple ont un App Store ou iTunes store).

Production de contenus pour les boutiques d'applications :

Les applications disponibles sur la plupart des boutiques d'applications ne sont compatibles qu'avec un seul système d'exploitation. Beaucoup de boutiques d'applications exigent que les soumissions d'applications potentielles fassent l'objet d'une procédure d'approbation : les applications sont inspectées pour déterminer si elles respectent certaines lignes directrices, et dans certains cas elles peuvent être refusées à la discrétion du propriétaire du système d'exploitation.

Dans le cas de certaines boutiques d'applications, notamment Apple App Store, il

n'existe pas de moyen d'échapper à l'App Store (on parle alors de « App Store Bypass »), ce qui a les conséquences suivantes :

- Les développeurs d'applications doivent adapter leurs produits aux différentes plateformes qui existent et se soumettre à un processus d'adoption pour chaque boutique d'applications, procédure qui peut prendre plusieurs semaines et retarder le lancement de nouvelles applications.
- En règle générale, les fournisseurs de contenu doivent concevoir leur contenu pour qu'ils soient adaptés à des systèmes d'exploitation particuliers.
- Les boutiques d'applications perçoivent généralement un pourcentage du prix

²⁴⁴ International Data Corporation : <http://www.idc.com/prodserv/smartphone-os-market-share.jsp>

Figure 63 : L'évolution des boutiques d'applications

Étude de cas : L'évolution des boutiques d'applications

En 2007, Apple Computer a lancé l'iPhone, le tout premier smartphone de la marque. Lors de son lancement, cet appareil ne prenait pas en charge le moindre logiciel tiers, Apple étant convaincue que les applications web disponibles sur Internet allaient pouvoir fournir suffisamment de fonctionnalité pour la plupart des utilisateurs. Toutefois peu de temps après sa parution, des développeurs se sont mis à coder des applications tierces pour l'appareil.

Avec la parution de l'iPhone OS 2.0 en juillet 2008, Apple a annoncé le lancement officiel de l'App Store, en y introduisant le développement d'applications de tiers et leur distribution sur la plate-forme. Le service permet aux utilisateurs d'acheter et de télécharger de nouvelles applications pour leur appareil, via soit l'App Store sur l'appareil, soit iTunes Store sur le logiciel iTunes.

Toutes les applications sont soumises à un examen technique et de leur contenu par le personnel d'Apple. D'autre part, Apple perçoit une commission de 30 % sur les revenus pour les applications payantes vendues sur l'App Store. L'App Store a été une réussite pour Apple, franchissant la barre de plus de 40 milliards de téléchargements d'applications en 2013, avec une bibliothèque de plus de 800 000 applications disponibles.²⁴⁵ D'après les données de la GSMA, l'App Store compte actuellement plus de 100 milliards de téléchargements et plus d'un million d'applications.

La popularité de l'App Store d'Apple a entraîné l'apparition de marchés équivalents par des systèmes d'exploitation mobiles concurrents : Android Market a été lancé lors de la sortie du premier smartphone Android (le HTC Dream) en septembre 2008, et App World de BlackBerry a été lancé en avril 2009. En janvier 2011, Apple a aussi lancé le Mac App Store, une plate-forme de distribution similaire pour le logiciel OS X sur les ordinateurs Macintosh. Les développeurs peuvent toujours distribuer des applications pour Mac en usant des méthodes traditionnelles, mais le Mac App Store impose des obligations de certification similaires à celles de son homologue iOS en termes de sécurité et de fiabilité.

d'achat pour les applications payées, généralement de l'ordre de 30 %

Y a-t-il des applications à avoir

impérativement (« must have ») ?

Une question ouverte en particulier consiste à déterminer si certaines applications peuvent être cruciales pour le succès d'un nouveau système d'exploitation sur le marché. Si l'analyse du marché révèle qu'une application donnée est un « must have », dans le sens où les consommateurs n'achèteraient pas un appareil qui ne prend pas en charge l'application en question, il serait concevable qu'il y ait un débat

autour de la question de savoir s'il ne serait pas possible d'imposer au développeur de l'application une obligation d'accès qui prévoit que, s'il ne souhaite pas développer l'application pour un autre système d'exploitation, d'autres que lui pourraient le faire.

Emprisonnement du consommateur

(« lock-in ») : En règle générale, l'intégration de plates-formes multiples par le biais de données utilisateur crée une meilleure expérience autant pour les utilisateurs que pour les annonceurs. Lorsque l'utilisateur bénéficie d'un service plus performant en raison de l'utilisation de

²⁴⁵ Source: <http://www.statista.com/statistics/263794/number-of-downloads-from-the-apple-app-store>

Figure 64 : Mise à jour du système d'exploitation iOS

Étude de cas : Lancement du système d'exploitation Apple iOS

Apple a lancé le système d'exploitation Apple iOS à l'été 2014. Celui-ci présentait :

- Une meilleure interopérabilité entre applications, de sorte que, par exemple, des applications liées à la santé peuvent « se parler » entre elles en partageant des données.
- Élargissement de la commande vocale aux achats de contenus numériques via Siri et extension du système d'authentification d'empreinte digitale TouchID à des développeurs tiers.
- Les fonctionnalités « Spotlight » de l'App Store, qui suggèrent aux utilisateurs finaux des applications et des applications groupées. Leur commercialisation vidéo peut se faire sur l'App Store.

Cette mise à jour du système d'exploitation a élargi les fonctionnalités de l'App Store et des applications achetées dans la boutique. Elle risque toutefois aussi d'augmenter la quantité de données de consommateurs qui sont générées et partagées entre les applications et de renforcer les effets de réseau. Elle a le potentiel d'emprisonner encore plus les clients dans une boutique d'applications, un système d'exploitation et un appareil donné, avec pour effet d'élever les barrières à l'entrée et les obstacles au changement. Elle exacerbe aussi le risque d'effet de levier de la puissance de marché que des boutiques d'applications peuvent exercer sur d'autres marchés connexes, notamment celui des applications. Cependant, du fait que les développeurs d'applications bénéficient de bon nombre de ces innovations en termes de facilité de commercialisation des applications, il pourrait s'agir là d'un compromis qu'ils seraient prêts à accepter.

profils de données à caractère personnel dans un environnement multiplateforme, il devient moins tenté d'aller voir ailleurs. Comme on l'a dit : « *En quelque sorte, les consommateurs se prennent eux-mêmes au piège en fournissant leurs données à caractère personnel* » (et dans la plupart des cas, à leur insu).²⁴⁶ Une fois qu'un consommateur a acheté un appareil/système d'exploitation donné, il ne lui est pas toujours possible d'en conserver le contenu lorsqu'il change de type d'appareil ou cherche à le mettre à niveau. Le consommateur ne contrôle pas son contenu numérique et, par exemple, quand un utilisateur délaisse la plate-forme Apple en faveur d'une autre, il est possible qu'il ne puisse pas transférer son contenu et ses applications iTunes avec lui. Cela peut avoir pour double effet de créer une barrière à l'entrée

pour les nouveaux développeurs d'applications et, éventuellement, pour les développeurs du nouveau système d'exploitation, ainsi qu'un obstacle au changement pour les consommateurs. Ce point est illustré à la Figure 64 en faisant référence aux nouvelles fonctionnalités améliorées du système d'exploitation Apple iOS.

Ces pratiques (concernant les systèmes d'exploitation et les boutiques d'applications) pourraient-elles revêtir un caractère anticoncurrentiel ?

En application du cadre élaboré dans ce manuel, la première étape consiste à définir le marché (voir [Concept clé n° 1, Définition du marché dans la pratique](#)). Si par exemple, une enquête est axée sur la plainte déposée par un développeur en raison de son incapacité à obtenir l'approbation de la part

²⁴⁶ Parlement européen, « *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy* », cité, page 33.

Figure 65 : Enquête de l'UE sur Android

Étude de cas : Enquête de l'UE sur Android

En avril 2015, l'UE a annoncé un projet d'enquête concernant Android. Android est le leader mondial des systèmes d'exploitation de smartphones, dont la part de marché est comprise entre 50% au Royaume-Uni et près de 90% en Espagne (source Kantar World Panel).

L'enquête de l'UE cherche à répondre à trois questions précises :

1. Google a-t-il entravé le développement d'applications concurrentes en « exigeant ou incitant » des fabricants tels que Samsung, HTC et LG, à préinstaller la propre suite d'applications et de services de Google, telles que Google Maps, Gmail et la boutique Google Play ?
2. Google a-t-il entravé le développement de versions d'Android appelées « forks » (en français, fourches ou encore embranchements), en empêchant les entreprises à l'origine du développement de ces logiciels de les installer sur les applications leader du marché de Google ?
3. Google a-t-il entravé de manière illicite le développement d'applications concurrentes par des offres liées ou groupées d'applications et de services à d'autres interfaces de programmes d'Android de Google ?

Google a répondu en déclarant qu'Android est un système d'exploitation open source et que les applications qui sont en concurrence directe avec les applications Google sont librement disponibles sur Android et que beaucoup d'entre elles sont également pré-chargées aux côtés d'autres de Google. Cependant, d'aucuns font valoir qu'Android n'est pas vraiment open source, car la version open source s'accompagne d'applications clés de Google et que pour les obtenir, les développeurs sont tributaires de l'obtention de la certification accordée par Google.

du propriétaire d'une boutique d'applications, quel est le marché pertinent ? S'agit-il de la boutique d'applications à proprement parler, ou du marché pour l'ensemble des plates-formes de distribution d'applications mobiles ? Du côté de la demande, si les consommateurs sont susceptibles de choisir une autre boutique d'applications en réponse à l'augmentation des prix pratiquée par un monopoleur hypothétique de cette première boutique, il se peut que le marché soit plus large que la boutique à proprement parler et qu'on pourrait s'attendre du développeur à ce qu'il développe son application pour une plate-forme substituable.

Si la réponse est négative, il se peut alors que la boutique d'applications soit elle-même le marché pertinent. Dans ce cas-là, le propriétaire de la boutique d'applications en question n'a

pas de concurrents sur ce marché, c'est-à-dire qu'il en détient l'intégralité des parts, qu'il en est le monopoleur.

C'est alors que les pratiques visant à exclure de cette boutique un développeur en l'absence de justification objective pourraient être à caractère abusif (comme on l'a vu plus haut, [Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 8 \(Exclusion abusive\)](#) et [Concept clé n° 10](#)), tout comme il a été jugé qu'il était abusif de la part de Tetra Pak de chercher à exclure des fabricants tiers de briques en carton d'utiliser son équipement, ou que Hilti cherche à exclure des fabricants tiers de clous ([Analyse de la puissance de marché, Concept clé n° 10](#)).

La Figure 65 fournit des précisions sur l'enquête Android de Google.

Concept clé n° 6

Applications Internet fermées

Pour pouvoir communiquer sur les plates-formes de certains acteurs Internet, les utilisateurs doivent s'abonner aux plates-formes concernées. Si les services sont gratuits, les utilisateurs y trouvent là une incitation à s'abonner et à utiliser ces plates-formes, ce qui a pour effet de renforcer les effets de réseau et la quantité de données dont disposent les acteurs Internet. Du tort peut être causé aux consommateurs, surtout s'ils ne sont pas (ou pas suffisamment) au courant que les données concernant leur utilisation sont monétisées, et surtout en l'absence d'une possibilité de se retirer de conditions d'utilisation unilatérales.

Les systèmes OTT sont typiquement « fermés » : en l'absence d'interopérabilité, les utilisateurs ne peuvent pas communiquer avec ceux d'autres applications Internet. Ainsi donc, pour pouvoir se mettre en relation avec un utilisateur sur WhatsApp, l'expéditeur tout comme le destinataire du message doivent s'être inscrits à WhatsApp. Il en va de même pour Skype ou encore Facebook. Les iPhones ont iMessage et FaceTime, qui permettent à des utilisateurs d'iPhone de communiquer directement entre eux. Les Blackberries ont BBM (Blackberry Messenger).

Les applications Internet fermées affichent de forts effets de réseau dès lors qu'elles atteignent une certaine taille. En outre, les clients existants sont réticents à changer en faveur d'applications concurrentes, craignant ne plus pouvoir se mettre en rapport avec les contacts de leur réseau existant (les clients peuvent rechigner aussi à changer s'il ne leur est pas possible de porter leur contenu sur un autre appareil, (voir [Concept clé n° 5, Système d'exploitation et boutiques d'applications](#)). À son tour, cela signifie que les applications Internet et les réseaux ont recueilli une quantité considérable de données sur les clients,²⁴⁷ leur permettant de mieux cibler les services vers les clients et de recueillir des informations stratégiques précieuses.

Les effets de réseau et les enseignements tirés des données client peuvent être un moyen pour les acteurs historiques d'empêcher d'autres acteurs d'avoir accès à des revenus directs (tels que d'autres systèmes de messagerie, d'appels vocaux ou de réseaux sociaux), et à des revenus indirects de ces utilisateurs (par ex. les informations sur les utilisateurs peuvent être traduites en valeur monétaire via la publicité en ligne), ce qui pourrait restreindre la concurrence au sein du secteur.

Il existe le risque de causer des préjudices aux consommateurs : il est difficile d'établir clairement si les utilisateurs de ces produits prennent bien toute la mesure de la possibilité que leurs données servent de source de revenus pour les OTT, et de la manière dont elles sont utilisées. Même s'ils en sont conscients, la nécessité de faire partie d'une plate-forme à grand succès peut l'emporter sur des doutes légitimes quant à l'adhésion aux conditions d'utilisation de ces plates-formes. Il n'y a pas d'autre alternative pour l'utilisateur désireux de faire partie d'un Internet fermé que d'adhérer aux conditions unilatérales offertes. Les enquêtes en cours par différentes autorités de la concurrence sur les conditions du commerce en ligne permettront peut-être de jeter plus de lumière sur l'expérience des utilisateurs, notamment en termes d'OTT fermés.

²⁴⁷ La concentration de données pourrait être en soi un problème de concurrence, comme on le voit dans le présent Manuel (voir D. Feinstein, cité).

Intel

Le rôle des droits de propriété intellectuelle en matière de politique de la concurrence à l'ère numérique – Analyse²⁴⁸

Préserver les avantages des standards par le respect des engagements FRAND

Les avantages des standards sont incommensurables. Les standards permettent à ce que des produits de différents fabricants fonctionnent ensemble et communiquent entre eux. Cette compatibilité sans faille rendue possible par les standards simplifie le développement de produits, réduit les coûts d'opérations, encourage l'investissement et l'innovation qui s'appuie sur les technologies largement adoptées et intensifie la concurrence.²⁴⁹

L'économie de l'information d'aujourd'hui, bâtie sur une panoplie d'appareils numériques, dépend fortement des standards. Elles s'infilrent à tous les niveaux des secteurs de l'informatique, des communications, de la mise en réseau et de l'électronique. Par exemple, la spécification USB permet à des smartphones, appareils photo, imprimantes et à d'innombrables autres appareils d'échanger des données avec des ordinateurs via un connecteur standard, indépendamment de l'identité du fabricant du circuit USB.

Les standards d'interopérabilité sont généralement élaborés sur une base de coopération par différents acteurs de l'industrie, souvent des concurrents, sous les auspices d'organismes de normalisation. Le système normatif pris dans son ensemble bénéficie grandement de l'innovation, de la concurrence et des consommateurs. Ce système reste toutefois vulnérable à des abus en raison de la puissance unique qu'il procure aux titulaires de brevets dont les brevets sont incorporés dans les standards. Comme la Commission européenne l'a fait remarquer, cette puissance vient du fait que «l'objectif même de choisir un standard est de permettre à un secteur de se coordonner sur une solution technologique spécifique au détriment d'autres.»²⁵⁰ Comme on a pu le voir dans cette section du manuel, la politique de la concurrence a un rôle unique à jouer pour préserver les avantages des standards en empêchant l'abus de brevets essentiels liés à un standard.

²⁴⁸ Ce document exprime les opinions des auteurs et n'est pas forcément le reflet des opinions de la GSMA ou de tout opérateur mobile donné.

²⁴⁹ Voir dans ses propos d'ordre général, la soumission par l'Union européenne au comité de la concurrence de l'OCDE, Normalisation DAF/COMP (2010) 33, 8 mars 2011, au point 197; Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (2011/C 11/01) § 308 («Lignes directrices sur l'article 101»).

²⁵⁰ Affaire n° COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, 13 février 2012, §§ 53, 54 (“Google/Motorola Mobility”).

Les engagements FRAND restreignent la puissance de marché des titulaires de brevets essentiels

Dès lors qu'un standard est finalisé, le pouvoir de négociation des titulaires de brevets essentiels « monte en puissance car un preneur de licence prospectif n'a pas d'autre choix que de prendre le brevet sous licence. Il se trouve à la merci du titulaire de brevet. »²⁵¹ Cela aboutit inévitablement à un risque d'abus, comme la Commission européenne a pu le décrire :

« Une fois qu'un standard a été convenu et que les acteurs du secteur ont lourdement investi dans des produits conformes au standard, le marché se trouve de fait prisonnier à la fois du standard et des brevets essentiels concernés. Les entreprises peuvent y trouver là autant de raisons d'adopter des comportements anticoncurrentiels, par exemple en « emprisonnant » les utilisateurs après l'adoption du standard, en excluant des concurrents du marché, en exigeant des redevances excessives, en établissant des conditions de licence réciproques que le preneur de licence n'accepterait pas dans d'autres circonstances ou en obligeant le preneur de licence à renoncer à ses revendications d'invalidité ou de non-infraction contre les brevets essentiels. »²⁵²

C'est aux organismes de normalisation et de standardisation que la responsabilité incombe d'élaborer des politiques solides de propriété intellectuelle, qui prévoient un rendement raisonnable sur les investissements consentis par les titulaires de brevets essentiels, tout en réduisant les éventuels abus de brevets. Ainsi, ces organismes exigent généralement des participants aux activités de normalisation qu'ils accordent leurs brevets essentiels selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (« FRAND ») à toute entreprise qui fabrique, utilise, ou vend des produits conformes au standard en question. Les organismes de normalisation imposent les engagements FRAND pour éviter de conférer aux titulaires de brevets essentiels une puissance de marché qu'ils n'auraient pas gagnée. Sinon, d'après la Commission européenne, il risque d'y avoir abus de cette puissance de marché « en refusant d'octroyer une licence ou en exigeant des redevances déloyales ou déraisonnables (en d'autres termes, des redevances excessives) une fois le secteur dépendant du standard ».²⁵³ L'engagement FRAND restreint ainsi la puissance de marché et donne aux promoteurs du standard (et plus particulièrement aux fabricants) la garantie qu'ils recevront une licence vis-à-vis de brevets essentiels selon des conditions raisonnables.

L'essence de l'engagement FRAND est un accord volontaire par le titulaire du brevet essentiel de renoncer au droit (i) d'exclure d'autres acteurs de mettre en pratique la technologie brevetée et (ii) d'exiger une redevance qui reflète l'absence de solutions de rechange concurrentielles au brevet essentiel une fois qu'un standard est adopté. En échange de contraintes imposées quant à l'exploitation de brevets pour lesquels le marché commercial pourrait ne pas avoir existé en l'absence du standard, les

²⁵¹ Apple, Inc. contre Motorola, Inc., 869 F. Supp. 2d 901, 913 (N.D. Ill. 2012); voir aussi Google/Motorola Mobility, § 53 (« Une entreprise souhaitant produire des produits conformes à un standard donné ne peut le faire sans soit une licence pour la technologie incorporée dans le standard en question, soit violer les brevets couvrant la technologie en question. »)

²⁵² Note sur la politique de la concurrence de la Commission européenne, Numéro 8 (juin 2014).

²⁵³ Commission européenne, Lignes directrices relatives à l'article 101, § 287.

titulaires de brevets essentiels qui prennent les engagements FRAND obtiennent la possibilité de toucher des redevances raisonnables auprès d'un grand nombre de promoteurs du standard.²⁵⁴

Les autorités judiciaires et les autorités de la concurrence jouent un rôle essentiel dans la définition des engagements FRAND et dans la garantie de leur application cohérente

Malheureusement, les ambiguïtés tenant au sens de FRAND dans les politiques des DPI ont contribué à la vague récente de litiges portant sur les brevets essentiels. Des responsables du ministère américain de la Justice ont fourni des conseils sur la manière dont les organismes de normalisation pourraient revoir leurs politiques relatives aux brevets pour « profiter à la concurrence en réduisant les risques d'exploiter les ambiguïtés d'un engagement de concession de licence FRAND. »²⁵⁵ Certains organismes de normalisation ont modifié en conséquence leurs politiques en matière de DPI, tandis que d'autres ne sont pas en mesure de le faire. Ils comptent parmi leurs membres des titulaires de brevets essentiels qui veulent faire payer une redevance aussi élevée que possible pour les brevets essentiels attachés à des conditions FRAND, du fait que les revenus d'attribution de licences de leur brevet constituent une partie essentielle de leur modèle commercial. Par exemple, certains détenteurs de brevets essentiels continuent de critiquer, voire vont même jusqu'à bloquer, les clarifications des politiques relatives à la propriété intellectuelle des organismes de normalisation.²⁵⁶ Ainsi, l'assistance des autorités judiciaires et des autorités de la concurrence reste d'importance déterminante, autant pour continuer à clarifier la signification de FRAND que pour faire appliquer de manière cohérente les conditions FRAND. Il est possible de dégager les grands principes suivants de la jurisprudence et des conseils formulés par les autorités de la concurrence :

1. Les titulaires de brevets essentiels soumis à des conditions FRAND n'ont pas le droit de demander ou d'appliquer des injonctions en cessation ou des injonctions d'exclusion, sauf en cas de circonstances particulières

Certains titulaires de brevets essentiels utilisent la menace d'injonction en cessation et d'exclusion du marché comme moyen d'imposer des exigences déraisonnables en termes d'octroi de licences. Comme la Commission européenne l'a expliqué, « *La menace d'injonction, la demande d'injonction, voire même l'application réelle d'une injonction en cessation prononcée à l'encontre d'un preneur de licence potentiel de bonne foi... peut contraindre le preneur de licence potentiel à convenir de conditions d'octroi de licence potentiellement contraignantes qu'il n'aurait autrement pas acceptées* » y compris, « *par exemple, une redevance plus élevée.* »²⁵⁷ De même, les tribunaux américains, européens, chinois et japonais ont fait part de leur inquiétude

²⁵⁴ Les titulaires de brevets essentiels de WiFi, par exemple, peuvent percevoir des redevances raisonnables sur les milliards de puces WiFi utilisées dans de nombreux produits, y compris des ordinateurs portables, des smartphones, imprimantes, appareils photo, téléviseurs, dispositifs médicaux et appareils ménagers.

²⁵⁵ Voir par ex., Renata Hess, Assistant adjoint du ministre de la Justice, « Six 'Small' Proposals for SSOs Before Lunch », propositions préparées pour la table ronde sur les brevets de l'UIT-T (10 octobre 2012), p. 9.

²⁵⁶ Par ex. Bill Merritt (InterDigital), « Why We Disagree with the IEEE's Patent Policy », eeTimes (27 mars 2015).

²⁵⁷ Google/Motorola Mobility, § 107.

que la menace d'une injonction inflige des pressions sur les preneurs de licence potentiels d'accepter lors des négociations d'octroi de licence des conditions de licence contraires aux conditions FRAND.²⁵⁸

Le recours à des injonctions en cessation est particulièrement pernicieux lorsque les brevets essentiels sont mis en œuvre au niveau des composants d'un produit complexe de haute technologie. Dans ces cas-là, « même un brevet très faible pourrait justifier une redevance élevée à titre de règlement. »²⁵⁹ Les injonctions en cessation posent aussi des problèmes majeurs pour les petits promoteurs du standard, qui en viennent souvent à conclure que mieux vaut payer une redevance déraisonnable que de risquer un litige coûteux mettant en jeu des brevets essentiels.²⁶⁰

Les autorités de la concurrence ont statué que la menace de mesures injonctives ou de leur utilisation à l'encontre de preneurs de licence volontaires est à la fois anticoncurrentielle et fondamentalement incompatible avec la promesse faite par les conditions FRAND. Selon la Commission européenne, un engagement FRAND est une volonté d'accorder sous licence, qui « prévoit la rémunération adéquate du titulaire du brevet essentiel, de sorte que la demande ou l'application d'injonctions en cessation ne se justifie plus. »²⁶¹ Étant donné que les injonctions en cessation sont conçues pour servir de mesure corrective lorsqu'une rémunération monétaire n'est pas envisageable, celles-ci ne devraient être autorisées que lorsqu'un promoteur du standard soit rechigne à payer une redevance FRAND décidée par voie judiciaire, soit n'est pas capable de la payer, soit échappe à la compétence du tribunal de sorte que le redressement pécuniaire ne pouvait pas être appliqué.

2. Un engagement FRAND est une promesse d'accorder une licence à tous les promoteurs du standard qui sont désireux de le faire.

Un autre moyen pour les titulaires de brevets essentiels d'obtenir des redevances déraisonnables consiste à refuser d'accorder leur licence à des entreprises qui fabriquent des composants mettant en œuvre le standard et qui n'accordent une licence qu'aux fabricants de produits finis. Leur refus sélectif est un moyen pour eux d'imposer potentiellement une redevance plus élevée aux clients fabricants de puces qui fabriquent le produit final plus cher, au lieu du composant bien moins cher qui met en pratique les inventions revendiquées par le brevet essentiel. Cette

²⁵⁸ Voir par ex. Samsung contre Apple, Nos. 400367 / HA ZA 11-2212, 400376 / HA ZA 11-2213, 400385 / HA ZA 11-2215 (Dis. Ct., The Hague, ND) (14 mars 2012), au § 4.31; Apple, Inc. contre Motorola, Inc., 869 F. Supp. 2d 901, 913 (N.D. Ill. 22 juin 2012), révisé en partie, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 25 avril 2014); Formulaire 10-K, InterDigital, Inc., au point 23 (26 février 2013) disponible à <http://files.shareholder.com/downloads/IDCC/2438652851x0xS1405495-13-10/1405495/filing.pdf>; « *Decision of the Tokyo District Court in the FRAND Defense Case* » (7 octobre 2013), disponible à http://www.nakapat.gr.jp/english/legal/2013/10/decision_of_the_tokyo_district_1.html.

²⁵⁹ Voir par ex. Colleen V. Chien & Mark A. Lemley, Patent Holdup, The ITC, And The Public Interest, 98 CORNELL L. REV. 1, 8 (2012).

²⁶⁰ Fiona Scott Morton and Carl Shapiro, Strategic Patent Acquisitions au point 5-6 (2013), disponible à <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/pae.pdf> (en concluant qu'un promoteur de standard rationnel serait disposé à se contenter de plus de trois fois le niveau de redevances que le tribunal jugeait raisonnable dans l'affaire Microsoft Corp. contre Motorola, Inc., 2013 WL 2111217 (W.D. Wash., 25 avril 2013) afin d'éviter une simple chance de 1,2% d'être débouté en justice).

²⁶¹ Commission européenne, « Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents – Questions and Answers », à 1, 6 mai 2013, disponible à http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm.

stratégie pourrait être évitée si les fabricants de puces disposaient d'une licence.²⁶² Il est possible d'interpréter une telle conduite comme une infraction à l'engagement FRAND d'accorder une licence selon des conditions à la fois raisonnables et non discriminatoires.

En accord avec les politiques concernées relatives aux organismes de normalisation, le droit communautaire européen exige des titulaires de brevets essentiels de s'engager « par écrit à offrir d'accorder sous licence leur DPI essentiel à tous les tiers » désireux d'obtenir et de conclure une licence conforme aux conditions FRAND.²⁶³ À cette fin, les grands organismes de normalisation, comme l'IEEE et l'Union internationale des télécommunications (UIT), exigent des titulaires de brevets essentiels « d'accorder une licence à un nombre illimité de demandeurs »²⁶⁴ désireux d'en mettre en œuvre les standards. Comme l'a statué une cour d'appel aux États-Unis, ces termes « n'admettent aucune limite quant à l'identité ou au nombre de demandeurs susceptibles de recevoir une licence » des brevets essentiels.²⁶⁵ D'autres grands organismes de normalisation exigent aussi que tout demandeur qui met en œuvre un standard ait obligatoirement droit à obtenir une licence.²⁶⁶

3. Les titulaires de brevets essentiels soumis aux conditions FRAND n'ont pas le droit d'exiger des preneurs de licence potentiels qu'ils obtiennent des licences pour des brevets qui ne sont pas essentiels.

Certains titulaires de brevets essentiels essaient d'obtenir des redevances excessives auprès de promoteurs du standard, en exigeant des preneurs de licence potentiels qu'ils acceptent un « package de licence » qui inclut des brevets non essentiels. Le fait de lier des brevets essentiels à des brevets non essentiels est un mécanisme qui cherche à échapper au contrôle des prix des brevets essentiels que l'obligation FRAND impose. Il est trop facile d'exiger une redevance de 0,50 dollar sur un produit qui coûte 1 dollar en liant des brevets non essentiels à des brevets essentiels soumis aux conditions FRAND, quand bien même les brevets non essentiels peuvent n'avoir que peu de valeur, voire aucune, pour le preneur de licence et qui sont inclus dans le package de licence principalement pour déguiser les demandes de redevances excessives pour les brevets essentiels.

²⁶² En vertu d'une doctrine en droit des brevets connue depuis longtemps comme étant le principe d'épuisement du droit de brevet, la première vente d'un produit incorporant une invention brevetée, appartenant en propre ou obtenue sous licence, épuise les droits du titulaire du brevet en vertu du brevet, et donc l'empêche d'obtenir des redevances auprès des clients en aval du produit. Voir Commission européenne, Lignes directrices sur l'application de l'Article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie, au § 6.

²⁶³ Lignes directrices relatives à l'article 101, § 285; voir aussi l'affaire n° COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, 13 février 2012, § 55 (FRAND « oblige les propriétaires de brevets essentiels : [...] à mettre le brevet en question à la disposition de l'ensemble des tiers intéressés »).

²⁶⁴ Règlement intérieur des standards IEEE-SA § 6.2(b), disponible à http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/sb_bylaws.pdf; UIT, General Patent Statement and Licensing Declaration Form, disponible à <http://www.itu.int/oth/T0404000002/en>.

²⁶⁵ Microsoft Corp. contre Motorola, Inc., 696 F.3d 872, 874 (9th Cir. 2012).

²⁶⁶ Voir par ex., ETSI, Intellectual Property Rights Policy § 6.1 (30 novembre 2011), disponible à <http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI%20IPR%20Policy%20November%202011.pdf> (majuscules omises).

Le fait de lier des brevets pour échapper aux contrôles des prix et obtenir des redevances non méritées constitue une pratique anticoncurrentielle.²⁶⁷ Dans plusieurs pays, y compris aux États-Unis et en Chine, les tribunaux ont statué que l'imposition de packages de licence qui comportent des brevets non essentiels relèvent d'une violation des conditions FRAND.²⁶⁸

4. Les titulaires de brevets essentiels devraient être empêchés de taxer des fonctionnalités ou des composants de produits qui ne sont pas couverts par leurs brevets.

Les litiges portant sur les redevances dans des affaires concernant des brevets essentiels de WIFI soumis aux conditions FRAND font apparaître que certains titulaires de brevets essentiels cherchent à bloquer des promoteurs du standard en enfreignant leurs engagements FRAND (qui exigent de ne demander que des redevances raisonnables).

Par exemple :

- En avril 2013, Motorola a obtenu en réparation près du 1/2000^e du montant original de 4 milliards de dollars qu'il cherchait à obtenir à titre de redevances auprès de Microsoft pour les standards de l'IEEE et de l'UIT. Le tribunal a jugé que Motorola avait droit à 0,3471 dollar par console Microsoft Xbox, soit une minuscule part des 6 à 8 dollars par unité que Motorola demandait à l'origine tout en menaçant Microsoft d'une injonction en cessation²⁶⁹
- La même année, Innovatio IP Ventures, LLC, a poursuivi en justice des centaines de petites entreprises, telles que des cafés-restaurants et des hôtels franchisés, en demandant à chacune d'entre elles des milliers de dollars pour offrir une connexion Wi-Fi à leurs clients. La demande d'Innovatio représentait plusieurs fois le prix de 1 à 2 dollars de nombreuses puces Wi-Fi en échange d'une licence de moins de 1 % de l'ensemble des brevets essentiels du Wi-Fi. Après que plusieurs entreprises aient été contraintes de régler les montants demandés, le tribunal a fini par accorder

²⁶⁷ Voir de manière générale la commission du ministère américain de la justice et du commerce fédéral, « Antitrust Guidelines For The Licensing Of Intellectual Property » § 5.3 & n.34 (1995), disponible à <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/>; Orientations sur les priorités d'application de la Commission européenne dans l'application de l'article 82 CE concernant la conduite d'exclusion abusive par des entreprises dominantes [aujourd'hui l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], 2009/C 45102, au § 57.

²⁶⁸ Par exemple, le tribunal populaire intermédiaire de Shenzhen a statué que InterDigital avait enfreint le droit antimonopole chinois, notamment en liant l'octroi de licence de brevets essentiels à l'octroi de licence de brevets non essentiels. En conséquence, le tribunal a ordonné à InterDigital de cesser son regroupement illicite de brevets essentiels et non essentiels de InterDigital. Voir Formulaire 10-K, InterDigital, Inc., au point 23 (26 février 2013), disponible à <http://files.shareholder.com/downloads/IDCC/2438652851x0xS1405495-13-10/1405495/filing.pdf>. Voir aussi Apple, Inc. contre Motorola Mobility, Inc., 2011 U.S. dist. LEXIS 72745 aux points *32-*33 (W.D. Wisc. 7 juin 2011) (déboutant la demande de rejeter la revendication au titre de violation de contrat, fondée en partie sur l'affirmation que Motorola « avait cherché à inclure des licences croisées à certains brevets non essentiels d'Apple à titre de condition à un accord d'octroi de licence, et avait poursuivi en justice Apple lorsque cette dernière avait refusé d'accéder aux demandes de Motorola », car ces « allégations suffisent pour sous-entendre que Motorola n'a pas honoré sa promesse d'accorder une licence selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires »).

²⁶⁹ Voir Microsoft Corp. contre Motorola, Inc., 2013 WL 2111217 (W.D. Wash. 25 apr. 2013) (l'attribution de quelque 1,8 million de dollars divisée par la revendication d'origine de 8 milliards de dollars représente 0,045 %, soit le 1/2222^e, du prix demandé).

à Innovatio la redevance raisonnable de 0,0956 dollar par unité, soit une fraction minuscule de ses premières revendications²⁷⁰

- Dans une autre affaire encore, celle de LSI Logic, le titulaire de seulement deux brevets essentiels WiFi soumis aux conditions FRAND exigeait qu'un fabricant de puces Wi-Fi verse une « redevance supérieure au prix de vente des produits [du fabricant de la puce] ». ²⁷¹ Le tribunal a accordé au demandeur une redevance comprise entre 0,0019 et 0,0033 par puce, ²⁷² soit une minuscule fraction de la redevance que réclamait LSI à l'origine, qui dépassait le prix estimé compris entre 1,00 et 1,75 dollar du prix des puces à leur fabrication.

Suite à ces affaires et à plusieurs autres aux États-Unis qui ont analysé le fondement pour des redevances adéquates en matière de brevets, il semblerait qu'il se dégage un consensus autour des principes suivants :

- Premièrement, en ce qui concerne tous les brevets, qu'ils soient ou non sujets aux engagements FRAND, les redevances doivent rémunérer les titulaires de brevets essentiels uniquement dans la limite de la contribution apportée par la ou leurs caractéristiques brevetées au produit pris dans son ensemble. Cela signifie qu'il convient de calculer la redevance en faisant référence au prix de vente du plus petit composant vendable qui met en pratique la fonction brevetée, et qui doit par la suite être répartie à nouveau pour tenir compte de la contribution de cette fonctionnalité à la plus petite unité vendable (par exemple, quand cette unité est un système sur une puce qui intègre plusieurs fonctionnalités à la fois). La seule exception à ce principe de la « plus petite unité vendable » est acceptée si la fonctionnalité brevetée à elle seule pousse la demande du produit pris dans son ensemble²⁷³
- Deuxièmement, en ce qui concerne les brevets essentiels soumis aux conditions FRAND, la redevance doit refléter uniquement la contribution de la fonction brevetée au standard et la contribution de la standard au produit. La redevance doit (i) prendre en compte la valeur du brevet par rapport à celle d'autres brevets inclus sur le même produit, et (ii) ne pas récompenser le titulaire de brevet essentiel de quelque valeur supplémentaire que ce soit que le brevet gagne à être inclus dans un standard²⁷⁴

²⁷⁰ Dans l'affaire *Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig.*, 2013 WL 5593609 9 (N.D. Ill. 3 octobre 2013)

²⁷¹ *Realtek Semiconductor Corp. contre LSI Corp.*, 2012 WL 4845628 au point *2 (N.D. Cal. 20 mai 2013).

²⁷² Formulaire du verdict du jury, *Realtek Semiconductor Corp. contre LSI Corp.*, Affaire n° C-12-3451-RMW, Docket N° 324 (26 février 2014).

²⁷³ Voir *Ericsson Inc. contre D-Link Systems, Inc.*, 773 F.3d 1201, 1227 (Fed. Cir. 2014); *LaserDynamics contre Quanta Computer, Inc.*, 694 F.3d 51, 67, 69 (Fed. Cir. 2012); *VirnetX, Inc. contre Cisco Systems, Inc.*, 767 F.3d 1308, 1326, 1327 (Fed. Cir. 2014) (citation omise).

²⁷⁴ Voir par ex. *Apple, Inc. contre Motorola, Inc.*, 869 F. Supp. 2d 901, 913 (N.D. Ill. 2013), révisé en partie, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014); *Microsoft Corp. contre Motorola, Inc.*, 2013 WL 2111217, aux points *10, *11, et *20 (W.D. Wash. 25 apr. 2013), entériné, 2015 WL 4568613 (9e Cir. 30 juillet 2015); Dans l'affaire *Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig.*, 2013 WL 5593609, aux points *6, *9 & *13 (N.D. Ill. 3 octobre 2013); *D-Link*, 773 F.3d aux points 1226, 1232.

Tandis que les tribunaux dans la plupart des pays en-dehors des États-Unis ne sont pas encore prononcés sur la fixation des redevances FRAND,²⁷⁵ les principes établis par les arrêts américains susvisés devraient s'appliquer uniformément dans l'ensemble des pays en raison du caractère convaincant de leur raisonnement. Ils critiquent tout particulièrement les brevets essentiels soumis aux conditions FRAND qui concernent les produits de technologies de l'information et des communications, dont l'un quelconque d'entre eux peut être soumis à des dizaines de milliers de brevets²⁷⁶ et de standards.²⁷⁷ Si ces principes quant à l'assiette des redevances ne sont pas appliqués de manière uniforme, la vague récente d'abus des engagements de FRAND continuera de représenter un risque important au bien-être du consommateur, ainsi qu'à l'innovation et à la concurrence dans l'économie numérique.

²⁷⁵ Une exception en la matière concerne un procès entre Interdigital et Huawei qui est survenu en Chine. Le tribunal populaire intermédiaire de Shenzhen a déclaré que les demandes de redevance d'Interdigital ne respectaient pas les conditions FRAND et, partant, a statué (avec peu d'explications) que les redevances que Huawei devait verser pour les brevets essentiels chinois pour la 2G, la 3G et la 4G d'InterDigital ne devraient pas dépasser 0,019 % du prix de vente réel de chaque produit Huawei. Voir Formulaire 10-K, InterDigital, Inc., au point 23 (26 février 2013), disponible à <http://files.shareholder.com/downloads/1DCC/2438652851x0xS1405495-13-10/1405495/filing.pdf>.

²⁷⁶ Un estimatif couramment cité indique qu'un smartphone utilise plus de 250 000 brevets. Voir RPX Corporation, Amendement n° 3 au formulaire S-1, 11 avril 2011, au point 59, disponible à <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1509432/000119312511101007/dsla.htm>.

²⁷⁷ D'après une étude, au moins 251 brevets d'interopérabilité sont mis en pratique sur tout ordinateur portable moyen. http://www.standardlaw.org/How_Many_Standards.pdf.

Glossaire

Brevet : Un brevet est un ensemble de droits exclusifs accordés par un État à un inventeur ou un bénéficiaire pendant une période limitée en échange de la divulgation publique détaillée d'une invention.

CDN – Réseau de diffusion de contenu : Système de serveurs distribués qui offrent des pages web et d'autres contenus web à un utilisateur en fonction de l'emplacement géographique de l'utilisateur, de l'origine de la page web et du serveur fournissant le contenu. Voir [Comprendre les goulets d'étranglement à l'ère numérique, Concept clé n° 5](#).

Commission européenne : Représente les intérêts de l'Union européenne comme un tout, indépendamment des gouvernements nationaux. Elle est : (i) l'initiateur de l'action dans les propositions de l'Union et rédige des ébauches de nouvelles lois européennes, qu'elle présente au Parlement européen et au Conseil ; (ii) la gardienne de l'Union (des traités), en mettant un terme aux violations de la législation par les États membres ; et (iii) l'organe exécutif de l'Union, en procédant à la mise en œuvre détaillée des décisions politiques prises par le Conseil et le Parlement et en appliquant ses propres pouvoirs de décision (par ex. en droit de la concurrence). La Commission a également un rôle externe à jouer, par exemple dans la négociation de politiques commerciales.

Contournement des OTT : Phénomène (appelé aussi « OTT Bypass ») par lequel les clients au détail à l'ère numérique peuvent contourner les réseaux de téléphonie mobile (et le fixe), en utilisant une solution de rechange à un téléphone mobile et/ou en connectant leur smartphone directement à internet via WiFi.

Coûts de transfert : Frais engagés par le consommateur lorsqu'il change d'un produit à l'autre. Il s'agit généralement de coûts monétaires, bien qu'il faille aussi tenir compte d'autres types de coût, comme le temps ou la facilité d'utilisation.

Économies d'échelle : La capacité d'une entreprise à diminuer les coûts par unité à mesure que la quantité produite augmente. Cela est dû au fait qu'à mesure que la production augmente, les coûts fixes d'entrée sont répartis entre un grand nombre d'unités.

Effets de réseau : Ces effets existent dans les secteurs où les avantages de la consommation dépendent du nombre total de consommateurs qui achètent des produits compatibles. Dans un réseau physique, tel qu'un réseau de communication, toute augmentation du nombre de consommateurs sur le même réseau augmente les avantages de consommation pour chaque membre du réseau (effets de réseau direct). Dans un système de « matériel/logiciel », les avantages de la consommation du matériel augmentent en fonction de la disponibilité des logiciels compatibles (effets de réseau virtuels (ou indirects)). Toute augmentation du nombre d'utilisateurs de matériel augmente la demande de logiciels compatibles, et par conséquent la fourniture de logiciels. Les modèles commerciaux basés sur plate-forme s'appuient tous sur l'exploitation d'effets de réseau, aussi bien des effets de réseau directs (une plate-forme devient plus attrayante pour les consommateurs si le nombre total de consommateurs augmente) que des effets de réseau indirects (une plate-forme devient plus attrayante pour les consommateurs à mesure que le nombre de fournisseurs de service et de contenus augmente et vice versa, elle

Glossaire

devient plus attractive pour les fournisseurs de services et de contenus à mesure que le nombre de consommateurs augmente).

Ex ante : En d'autres termes, « avant l'événement » (on dit aussi « a priori »). On dit souvent que la réglementation économique et la réglementation relative à l'opérateur dominant (« dominant carrier regulation ») s'appliquent « ex ante », quand un régulateur détecte une défaillance du marché. Il est inutile de prouver qu'il y a eu un abus de position dominante ou que les parties ont conclu une entente anticoncurrentielle contraire au droit de la concurrence, que l'on dit s'appliquer ex-post. Il s'agit là d'une manière utile de caractériser et de les distinguer l'un l'autre, mais dans la pratique, il existe des nuances. Voir [Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui](#).

Ex post : « Après l'événement » (on dit aussi « a posteriori »). On dit du droit de la concurrence qu'il s'applique « ex post », après un abus de position dominante ou une entente anticoncurrentielle. Il s'agit là d'une manière utile de caractériser et de les distinguer l'un l'autre, mais dans la pratique, il existe des nuances. Voir [Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui](#).

Femtocellule : Petite antenne-relais cellulaire de faible puissance, généralement conçue pour être utilisée dans une maison ou une petite entreprise.

FON : FON a commencé sous forme d'approche de peer-to-peer vis-à-vis du Wi-Fi: les membres partagent leur accès sans fil et en contrepartie, ils peuvent utiliser gratuitement le WiFi quand ils trouvent un autre point d'accès FON. Ce concept a été adopté par les opérateurs de télécommunications qui offrent à leurs clients qui acceptent de partager leur point d'accès, la possibilité d'accéder gratuitement au réseau WiFi d'autres clients.

Freemium : Des applications Freemium sont disponibles à télécharger ou à obtenir gratuitement, mais comprennent souvent des modules ou des mises à jour payantes à l'intérieur de l'application.

Géoblocage : Pratique qui consiste à empêcher des utilisateurs d'accéder à du contenu en fonction du lieu.

Indice GUPPI : « Gross Upward Pricing Pressure Index », méthode pour déterminer la pression à la hausse des prix qui se produirait suite à une concentration, et pour évaluer le risque que la concentration induise des effets concurrentiels unilatéraux.

Industries de réseaux : Les secteurs tels que les télécommunications et l'énergie nécessitent des investissements importants dans l'infrastructure pour fournir des services dans toute une région. On les appelle industries de réseaux.

Interopérabilité : Dans quelle mesure des systèmes et appareils sont capables de fonctionner ensemble. Par exemple, dans le plus simple des cas, les téléphones mobiles sont capables d'appeler n'importe quel appareil, indépendamment du fabricant. L'interopérabilité est faible entre les plateformes qui appartiennent à différents acteurs Internet. Le manque d'interopérabilité soulève des barrières à l'entrée qui découlent d'effets de réseau et d'emprisonnement (« lock-in »).

Multihébergement : Cela signifie que les consommateurs sont accessibles par l'intermédiaire du même moyen, par exemple, Facebook ou Whatsapp, sur plusieurs appareils, comme par exemple un ordinateur ou un Smartphone.

ORECE : Organe des régulateurs européens des communications électroniques

ORM : Opérateur de réseau mobile. Fournisseur de services de communication sans fil qui contrôle tous les éléments nécessaires pour fournir des services à un utilisateur final, y compris l'attribution de fréquences du spectre radioélectrique, l'infrastructure de réseau sans fil, la facturation, le service à la clientèle, la mise en service des systèmes informatiques et des entreprises de marketing et de réparation.

ORVM : Un opérateur de réseau virtuel mobile est un fournisseur de services de communications sans fil qui n'est pas propriétaire de l'infrastructure de réseau sans fil. Au lieu de cela, il conclut un accord commercial avec un opérateur de réseau mobile pour accéder en vrac aux services de réseau à des tarifs de gros, pour ensuite fixer ses tarifs de détail indépendamment. Un ORVM peut utiliser son propre service à la clientèle, ses propres systèmes de facturation, son propre personnel de marketing et de vente.

OTT : « Over-the-top ». Dans ce manuel, ce terme désigne le fait que les services Internet sont livrés sans contrôle vis-à-vis du réseau sous-jacent, d'où leur appellation « services OTT ». La plupart des types de services numériques sont OTT.

PSM – Puissance significative sur le marché : Terme utilisé en matière de réglementation en Europe et dans plusieurs autres pays. La désignation PSM est nécessaire avant d'imposer à un opérateur des mesures correctives réglementaires. Bien que la PSM et la position dominante soient définies dans des termes équivalents, il existe des différences importantes entre les deux, tant sur le plan conceptuel qu'en matière d'application de la loi. Voir [Mode de fonctionnement de la politique de la concurrence aujourd'hui](#). En Australie, la puissance significative sur le marché est un terme utilisé dans les enquêtes du droit de la concurrence menées sur les opérateurs puissants sur le marché.

SIEC – Significant Impediment to Effective Competition : Entrave significative à une concurrence effective – Concept équivalent dans ses grandes lignes à SLC.

SLC – Substantial Lessening of Competition : Voir Analyse de la puissance de marché à l'ère numérique, [Concept clé n° 3, Position dominante / PSM SLC / SIEC](#).

SMS : Short Messaging Service : Service de messages texte pour les communications mobiles.

SSNIP – Small but Significant Non-transitory Increase in Price : Augmentation légère mais significative et non provisoire du prix – Voir Définition des marchés à l'ère numérique, [Concept clé n° 6, Le test SSNIP](#).

Système d'exploitation : Un système d'exploitation est un logiciel qui gère les ressources matérielles et logicielles d'un ordinateur et qui fournit une plate-forme commune pour les applications.

Télévision IP : Système de programmation de télévision Internet par le biais duquel des services télévisés sont diffusés en utilisant Internet plutôt que des formats traditionnels terrestres, par signal satellite et de télévision câblée.

VoIP : Voix sur IP. Ensemble de technologies qui offrent des communications vocales via internet. Celles-ci ont été développées sous la forme d'applications mobiles telles que Skype et Viber.

WBA : Marché de gros de l'accès à large bande.

Index des Figures

- Figure 01 Numérisation : D'un phénomène sur le web à des pans entiers de l'économie
- Figure 02 Paysage émergent des communications sur les réseaux sociaux
- Figure 03 Présence des opérateurs sur les réseaux fixes et mobiles
- Figure 04 Chaîne de valeur du numérique (2013)
- Figure 05 Types de contenu transmis sur Internet
- Figure 06 Premières applications par volume de trafic mobile
- Figure 07 Impact d'IM sur les volumes de CS et SMS
- Figure 08 Montée en puissance de la messagerie IP
- Figure 09 Système de réglementation de PSM économique et de droit de la concurrence s'appliquant aux opérateurs télécom
- Figure 10 Réglementation de PSM et droit de la concurrence – Tour d'horizon des pays
- Figure 11 Examen de l'ICASA des marchés de radiodiffusion convergents
- Figure 12 Enjeux clés associés à la définition du marché à l'ère numérique
- Figure 13 Définition du marché – Marché des produits et marché géographique
- Figure 14 Illustration: Le cadre réglementaire européen
- Figure 15 Concentration entre Facebook et WhatsApp: Comment définir un marché?
- Figure 16 Difficultés d'appliquer des outils économiques standard à l'ère numérique
- Figure 17 Méthodes de communication par type d'appareil
- Figure 18 Internet comme complément à la téléphonie traditionnelle
- Figure 19 Exemples de collaborations Internet
- Figure 20 Tests utilisés pour définir les marchés
- Figure 21 Facebook et Google comme exemples de marchés à triple face
- Figure 22 Exemple de marché biface/triple face dans le secteur mobile
- Figure 23 La définition du marché dans un monde de convergence
- Figure 24 Exemple de secteur subissant des contraintes indirectes
- Figure 25 Les contraintes indirectes et le processus de définition du marché
- Figure 26 Deutsche Telecom – Convergence fixe-mobile
- Figure 27 Point de vue d'Ofcom sur la substitution fixe-mobile
- Figure 28 Point de vue de l'ORECE sur la substitution fixe-mobile et les contraintes indirectes
- Figure 29 La chaîne de substituabilité dans le secteur de la télévision
- Figure 30 Chaîne de substitution – évolution des arguments en Afrique du Sud
- Figure 31 La chaîne de substitution dans la concentration H3G / Telefonica Ireland
- Figure 32 Définition des marchés en présence de ventes groupées mixtes

- Figure 33** Exemples d'offres groupées dans la chaîne de valeur numérique
- Figure 34** Enjeux clés associés à la définition du marché à l'ère numérique
- Figure 35** Analyse du marché en matière de politique de la concurrence
- Figure 36** Position dominante et PSM dans l'UE
- Figure 37** Analyse du marché / Facteurs de PSM et de position dominante
- Figure 38** Évaluation du marché dans les affaires de contrôle des concentrations
- Figure 39** Indice GUPPI
- Figure 40** Concentration entre Liberty Global et Ziggo
- Figure 41** Position dominante conjointe en droit de la concurrence
- Figure 42** Position dominante conjointe: France Télécom / Orange
- Figure 43** Outils pour apprécier la part de marché
- Figure 44** Considérations en termes d'analyse de marché dans l'UE
- Figure 45** Parts de marché dynamiques – BT / Esat
- Figure 46** Acteurs Internet mondiaux dans la chaîne de valeur numérique
- Figure 47** Acquisition de Vuclip par PCCW Media
- Figure 48** Exemple de secteur à intégration verticale
- Figure 49** Critères d'intervention sur les marchés d'offres groupées
- Figure 50** Offre groupée par Microsoft de Media Player – UE
- Figure 51** Offre groupée par Microsoft de Media Player – États-Unis
- Figure 52** Offre groupée d'applications, de systèmes d'exploitation et de téléphones
- Figure 53** Enjeux clés associés aux questions d'efficacité à l'ère numérique
- Figure 54** Enjeux clés associés aux goulets d'étranglement à l'ère numérique
- Figure 55** Fréquences du spectre radioélectrique et utilisation
- Figure 56** Exemples de concentrations mobiles tenues à une obligation de cession de fréquences
- Figure 57** Importance du déchargement de Wi-Fi pour l'offre cellulaire hybride de Telenet
- Figure 58** Propriété du spectre de Dish suite à la vente aux enchères AWS-3
- Figure 59** Réseaux aériens
- Figure 60** Hébergement sur CDN par rapport à des serveurs traditionnels
- Figure 61** Ericsson déploie le CDN Rostelecom
- Figure 62** Part des différents systèmes d'exploitation mobiles dans le monde
- Figure 63** L'évolution des boutiques d'applications
- Figure 64** Mise à jour du système d'exploitation iOS
- Figure 65** Mise à jour sur l'enquête de l'UE sur le système d'exploitation Android