

Chapitre 4 :

Le droit de la concurrence

Supports :

- Emmanuel Combe (2008) *La politique de la concurrence*, La Découverte
- Patrick Van Cayseele, Roger Van den Bergh (2000) *Antitrust law* (librement accessible en ligne)
- Lévêque François (2006) "Is Online Music Locked in by Leveraging?", *Communications & Strategies*, n°63

Introduction

- Promouvoir la concurrence = idée ancienne, antérieure à la "main invisible" d'Adam Smith :
 - libre concurrence = un comportement de "bataille" en affaires non entravé
 - "offre au rabais" (les vendeurs se concurrencent pour écouler leurs stocks poussant les prix à la baisse jusqu'au coût de production, éliminant toute rente)
 - "demande à l'enchère" (les acheteurs se concurrencent pour pouvoir obtenir les produits poussant ainsi les prix à la hausse et garantissant que ce sont les agents qui valorisent le plus les produits qui les acquièrent).
 - acheteurs assurés d'acquérir les marchandises à leur juste prix et vendeurs d'obtenir un profit normal.
- Le problème (Léon Walras) = assurer les conditions institutionnelles de cette libre concurrence en éliminant les monopoles et les ententes entre vendeurs empêcher les comportements de "batailles en affaires »

Introduction

- la politique de la concurrence = ensemble de règles et d'institutions dont l'objectif = favoriser le jeu de la concurrence afin de maximiser le bien-être des consommateurs.
 - éliminer les ententes restrictives, l'abus de position dominante et les aides publiques excessives supposés fausser totalement la concurrence.
- **Établir les règles de la concurrence** = exercice difficile car la notion de concurrence est elle-même la source d'un paradoxe important :
 - d'un côté, la concurrence = un processus de sélection pouvant aboutir à l'élimination des concurrents les moins efficaces
 - de l'autre, elle peut aboutir par ce processus même de sélection à la constitution de positions monopolistiques entravant le jeu normal de la concurrence.
- **Les règles de la concurrence ne visent pas à protéger les concurrents** (à empêcher leur disparition) mais plutôt à contrôler les moyens utilisés par les firmes pour parvenir à leurs fins (définir les seuils d'un jeu « normal » de la concurrence)

Introduction

- Le droit de la concurrence est à la croisée :
 - de l'AED (étude des conséquences économiques des règles de droit de la concurrence)
 - et du droit économique (sous-champ de l'analyse juridique dont l'objet est l'analyse des relations entre l'évolution des régimes juridiques et les changements économiques).
- enjeu = fournir une représentation très précise des formes prises par la régulation de la concurrence par le droit.
- Plan :
 - (1) fondements économiques de la politique de la concurrence
 - (2) les formes prises par la politique de la concurrence
 - (3) exemple du marché de la musique en ligne

Historique rapide

- Aux **Etats-Unis**, la politique de la concurrence est une politique ancienne :
 - 1890 : adoption du Sherman Act en 1890 pour lutter contre la formation de géants industriels dans le pétrole, la sidérurgie et l'électricité
 - 1914 : l'arsenal juridique a été complété par l'adoption du Clayton Act et du FTC Act
 - Les textes de références aux Etats-Unis :
 - Department of Justice : Antitrust division (www.usdoj.gov/atr)
 - Federal Trade Commission : Bureau of Competition (www.ftc.gov/bc)
- En **Europe**, politique de la concurrence plus récente
 - partie intégrante du projet d'intégration initié par le Traité de Rome de 1957, avec notamment les articles 85 et 86 (qui ont depuis changé pour devenir les articles 81 et 82).
- Au niveau de chaque **Etat membre**, la politique de la concurrence a longtemps occupé une place mineure en matière de régulation des marchés :
 - Allemagne : 1947 et modifiée en 1958 (imposée par les Alliés)
 - France : 1953 puis 1977, 1986 (Conseil de la Concurrence)
 - Ailleurs, législations souvent tardives : 1962 en Espagne, 1993 aux Pays-Bas...
- **Raison ?**
 - certes prévue dans Traité de Rome mais en fait années 80-90 pour uniformisation aux standards européens et renforcement des sanctions + autorités antitrust indépendantes du pouvoir politique.
 - place des aides publiques aux entreprises + entreprises publiques (interventionnisme plus important en Europe qu'aux Etats-Unis)
 - La politique industrielle passait avant tout : « champions nationaux », recherche d'économies d'échelle, etc.

Des objectifs multiples

- Définir les objectifs de la politique de la concurrence = un exercice difficile.
- (définitions tautologiques) : « la PC vise à accroître l'efficacité des marchés » :
 - traduction : la PC vise à promouvoir la concurrence !
- En fait, finalités variables en fonction des époques et des pays
 - différences entre EU et UE = objectif d'intégration des économies européennes.
 - peuvent varier au cours du temps, en fonction des alternances politiques (mise en sommeil de la PC aux EU durant les années Reagan-Bush, cas Microsoft...)
- objectifs de la PC difficiles à cerner : champ d'intervention interfère avec d'autres politiques écos : politiques sectorielles, politique industrielle
 - En Europe, la PC prioritaire actuellement par rapport la politique industrielle
 - Mais avant les années 90, la pol. indus. était prioritaire : créer des champions nationaux capables de rivaliser avec les firmes américaines ou japonaises
 - Au Japon, la PC est soumise à la politique industrielle

Deux visions de la PC

- d'un côté, une **vision structuraliste** mettant l'accent sur la nécessaire dilution du pouvoir économique
- de l'autre, une **vision plus dynamique** issue de l'Ecole de Chicago mettant l'accent sur l'objectif d'efficacité économique

L'analyse structuraliste S-C-P (Harvard)

- Origine = le modèle néoclassique de la CPP
 - structure de marché idéale :
 - aucune firme ne détient de pouvoir de marché suffisant pour influencer les prix
 - idéal car maximise le bien-être total
 - + un marché est concentré (- le nombre d'offreurs est élevé), + les profits réalisés par les firmes au détriment des consommateurs sont élevés
 - monopole = source de gaspillage de ressource et de perte de bien-être social (les consommateurs perdent plus que ce que gagne le monopoleur).
- école structuraliste : S-C-P (structure-comportement-performance)
 - les firmes peuvent s'entendre sur les prix ou ériger des barrières à l'entrée face aux concurrents potentiels.
 - Pb = le libre jeu du marché ne permet pas en soi de contester les positions dominantes (pouvoir de marché durable des oligopoleurs).
 - Seule solution : la dilution du pouvoir économique
 - La politique de la concurrence a donc un rôle central :
 - soit préventive (contrôle des concentrations)
 - soit répressive (démantèlement des monopoles, sanction des cartels...).

La théorie des marchés contestables

- **Baumol, Panzar et Willig (1982)**
 - conteste l'hypothèse structuraliste du grand nombre de firmes comme garant de l'efficacité
 - condition non nécessaire
- pour qu'un marché soit concurrentiel, ce n'est pas le nombre de firmes effectivement présentes sur le marché, mais la **menace potentielle d'entrée de nouvelles firmes**
 - une firme en monopole sur un marché adopte un comportement analogue à celui de la concurrence, dès lors que le marché est **contestable**
 - **= absence d'obstacle à l'entrée et à la sortie** : les firmes entrant sur le marché peuvent à tout moment en ressortir sans subir de pertes substantielles
 - La firme menacée en permanence par cette concurrence potentielle fixe des prix de niveau concurrentiel ($p=c$)
 - sinon, elle provoquerait des entrées sur son marché (firmes attirées par perspectives de surprofits)
- Conséquences : rôle de la politique de la concurrence ?
 - inutile de diluer le pouvoir économique
 - il suffit parfois de rendre le marché contestable en déréglementant l'accès au marché
 - Ex. : élimination des barrières réglementaires comme les *numerus clausus* ou les brevets, suppression des aides publiques, libre accès aux infrastructures publiques,...
- Approche encore très utilisée actuellement par les autorités de la concurrence

L'école de Chicago

- Autre opposition à l'approche structuraliste
- 3 constats :
 - **la concentration industrielle ne dépend pas seulement du comportement des firmes, mais des caractéristiques structurelles du marché.**
 - Ainsi des rendements croissants définissent la structure naturelle du marché engendrant un monopole
 - il vaut mieux qu'une seule firme produise le bien que plusieurs, (sinon gaspillage de ressources = une duplication inutile des investissements...)
 - dilution du pouvoir économique (multiplication du nombre d'offres, contraintes sur le monopoleur) inefficace
 - **la concentration industrielle = résultat d'un processus de sélection des firmes les plus efficaces**
 - preuve de la vivacité de la concurrence entre les firmes sur un marché.
 - Une firme plus efficace, plus innovante que les autres fait des profits supérieurs, gagne des parts de marché sur ses concurrents.
 - La rente monopolistique = la récompense pour leur supériorité technologique et commerciale.
 - rente temporaire, constamment remise en question par l'innovation ou l'imitation de la part de concurrents
 - **en dynamique, un pouvoir de marché monopolistique n'est pas forcément nuisible pour les consommateurs.**
 - Les rentes monopolistiques dégagées dans une première période permettent aux firmes innovantes de lancer de nouveaux produits dans une seconde période.
 - vision schumpéterienne de l'innovation : le pouvoir de marché est un mal nécessaire à l'innovation.

L'école de Chicago

- Impact très fort sur la définition des objectifs assignés à la politique de la concurrence
 - évaluer les stratégies des firmes = prendre en compte 2 éléments :
 - non seulement leur pouvoir de marché,
 - mais également les gains d'efficacité qui peuvent en résulter et bénéficier à l'ensemble de la société.
 - Le bien-être n'est plus seulement défini par le surplus des consommateurs, mais par la mise sur un pied d'égalité du surplus des consommateurs et du surplus des producteurs (leurs profits)
 - en dynamique, le premier dépend fortement du second.
 - Par conséquent, le pouvoir de marché des firmes cesse d'être présumé coupable...

Les instruments de la PC européenne

- Un champ étendu : droit de la concurrence + aides publiques + services universels
- Tout d'abord, la politique de la concurrence se fonde sur le droit de la concurrence
- lequel se décline en **trois volets fondamentaux**
- applicables à toutes les entreprises qu'elles soient privées ou publiques, communautaires ou originaires de pays tiers

Article 81 du Traité CE : ententes restrictives

- concerne les accords horizontaux et verticaux entre firmes visant à restreindre le commerce :
 - cf. section 1 du Sherman Act, section 3 du Clayton Act aux Etats-Unis, article L420-1 du Code du commerce en France (reprenant les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence).
- paragraphe 1 de l'art. 81 Traité CE : interdit les ententes et pratiques concertées visant à :
 - fixer les prix
 - limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique, les investissements
 - à répartir les marchés
 - à discriminer entre partenaires commerciaux
 - à pratiquer la vente liée
- Toutefois, paragraphe 3 autorise les ententes et pratiques concertées qui contribuent à :
 - améliorer la production ou la distribution des produits
 - à promouvoir le progrès technique ou économique.
- Donc toute entente et pratique concertée ne sont pas condamnables...
(influence des théoriciens de l'école de Chicago)

Article 81 du Traité CE

1. *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:*
 - a) *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;*
 - b) *limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;*
 - c) *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;*
 - 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;*
 - e) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

(...)

3. *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*
 - *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
 - *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises,*
 - *à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:*
 - a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
 - b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*

Les formes de collusion

- Le modèle de la CPP suppose un nombre tel d'entreprises qu'elles sont incapables de se coordonner entre elles et d'agir sur les conditions mêmes de la concurrence.
- Elles subissent complètement les contraintes que leur impose le marché, en particulier :
 - les prix (preneurs de prix)
 - l'homogénéité des produits
 - la transparence de l'information
 - l'absence de barrières à l'entrée.
- Théories alternatives fondées sur l'idée de concurrence imparfaite = levée des hypothèses du modèle de la concurrence pure et parfaite.
- Par exemple, levée de l'hypothèse de transparence => modèles de différenciation permettant aux entreprises de se préserver face à une guerre des prix préjudiciables à leurs intérêts (moindres recettes et donc moindres profits)

Les formes de collusion

- "accords horizontaux" : les firmes sont amenées à établir des coopérations avec leurs concurrents : R&D, accords de commercialisation, accords sur la standardisation, adoption de normes communes, etc.
- Dans nombre de situation, ces accords horizontaux sont mutuellement avantageux pour les firmes et les consommateurs :
 - diminuer les coûts de production (et donc les prix)
 - augmenter la qualité des produits (en mettant en commun un savoir-faire ou en atteignant ensemble le seuil d'investissement nécessaire pour réaliser de la R&D)
 - accélérer le rythme de lancement de nouveautés sur le marché et de l'innovation.
- Cependant, également des accords horizontaux dont les effets sur le bien-être social s'avèrent négatifs dans certaines circonstances :
 - accords de collusion (prix, partage du marché, limitations volontaires de production, etc.)
 - objectif = se préserver des effets de la concurrence par les prix en les maintenant à un niveau supérieur à celui d'une concurrence sans coordination.
 - Par exemple, une coopération de vente peut permettre aux agriculteurs de réaliser un surprofit alors qu'une libre concurrence (absence de coordination) auraient conduit à un équilibre de long terme caractérisé par des profits nuls.

Les formes de collusion

- Un tel exemple démontre que la contestabilité du marché (la libre entrée et sortie du marché) ne suffit pas à garantir l'établissement de prix concurrentiels.
 - Il faut également que les entreprises en place ne coordonnent pas leurs stratégies
 - Toutefois, de telles collusions sont instables :
 - le plus souvent illégales (notamment lorsqu'elles sont explicites),
 - incitation à tricher en augmentant quota ou en diminuant prix individuellement.
 - Certes, les entreprises liées par un accord collusif peuvent fixer des clauses prévoyant de sanctionner toute déviation par rapport au comportement collusif.
 - Toutefois, de telles clauses sont le plus souvent illégales en tant que telles car constitutives d'une entente restrictive et préjudiciable au libre jeu de la concurrence.
- Les formes de collusion :
 - **collusion explicite** : accords de cartel (par exemple, l'OPEP sur les quotas de production de pétrole)
 - **collusion tacite** : comportement sur le marché permettant aux firmes d'obtenir des sur-profits (profits de long terme non nuls) = situations dans lesquelles les firmes obtiennent des profits extra positifs sans pour cela établir d'accords formels ou se concerter avec leurs concurrents.

Les formes de collusion

- En l'absence de communication ou de coordination, a priori improbable d'obtenir une telle situation de collusion implicite.
- Jean Tirole : théoriquement possible : la "collusion" renvoie simplement au fait que les résultats (prix, quantités produites) convergent avec la collusion explicite.
- La **collusion implicite** apparaît lorsque les entreprises interagissent de manière répétée.
 - Elles peuvent dans ces conditions maintenir des prix plus élevés en s'engageant tacitement à sanctionner tout comportement déviant à travers des représailles (*retaliation*).
 - Pour être crédibles, ces représailles doivent être suffisamment importantes (coûteuses pour les firmes déviantes) et surpasser les bénéfices à court terme de la trahison par rapport au comportement collusif.
 - le coût d'opportunité associé à un comportement de trahison (de déviation) doit être suffisant pour dissuader toute firme de l'adopter : les représailles doivent rendre le profit lié à la déviation inférieur au profit lié à l'adoption d'un comportement de collusion tacite.
 - De plus, les actions punitives doivent être praticables et dans l'intérêt des concurrents
- Ces représailles peuvent simplement consister dans le fait de revenir définitivement à une concurrence "normale" (baisse des prix au niveau de la

Les formes de collusion

- Concrètement ces représailles = revenir définitivement à une concurrence "normale" (baisse des prix au niveau de la concurrence parfaite) de sorte à éliminer tout profit extra positif.
 - Dans ces conditions, les firmes vont anticiper que les prix collusifs seront maintenus tant qu'aucune d'entre elles ne dévient.
 - nourrit donc une forme de "confiance".
 - D'autres formes de représailles existent, plus sophistiquées comme une guerre des prix temporaire ou des mesures de rétorsion ciblées uniquement à l'encontre de la firme déviante (concurrence acharnée de ses concurrents uniquement sur son segment de marché).
- Il existe un certain nombre de facteurs favorables (ou non) à l'apparition d'une collusion implicite sur un marché donné.
 - mettre en évidence ces facteurs pour comprendre pourquoi conditions non concurrentielles
 - objectif = mieux adapter la politique de la concurrence

Les formes de collusion

- Concrètement ces représailles = revenir définitivement à une concurrence "normale" (baisse des prix au niveau de la concurrence parfaite) de sorte à éliminer tout profit extra positif.
 - Dans ces conditions, les firmes vont anticiper que les prix collusifs seront maintenus tant qu'aucune d'entre elles ne dévient.
 - nourrit donc une forme de "confiance".
 - D'autres formes de représailles existent, plus sophistiquées comme une guerre des prix temporaire ou des mesures de rétorsion ciblées uniquement à l'encontre de la firme déviante (concurrence acharnée de ses concurrents uniquement sur son segment de marché).
- Il existe un certain nombre de facteurs favorables (ou non) à l'apparition d'une collusion implicite sur un marché donné.
 - mettre en évidence ces facteurs pour comprendre pourquoi conditions non concurrentielles
 - objectif = mieux adapter la politique de la concurrence

Article 82 du Traité CE : abus de position dominante

- La deuxième disposition = l'abus de position dominante
 - un ensemble de pratiques allant des stratégies de prix prédateurs à l'exclusion de concurrents en passant par la forclusion
 - section 2 du Sherman Act « tentatives de monopolisation d'un marché »
 - article L420-2 du Code du commerce en France).
- L'article 82 du Traité CE condamne l'exploitation abusive d'une position dominante (qui consiste à avoir recours aux pratiques abusives recensées dans l'article 81)
- Néanmoins, l'article 82 ne condamne pas la position dominante en tant que telle.
 - pendant longtemps, les autorités européennes silencieuses sur le pb des concentrations d'entreprises.
 - arbitrage délicat entre le souci d'éviter les monopoles (supprimant toute concurrence) et la volonté de favoriser les fusions et acquisitions (formation d'entreprises à la dimension du grand marché).
 - Mais accélération des regroupements à la fin des années 80
 - la relance du marché intérieur a imposé l'adoption d'une procédure de surveillance des concentrations.
 - objet de la troisième disposition complétant le cadre classique du droit de la concurrence

Article 82 du Traité CE

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) 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;*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.*

Contrôle des opérations de concentration

- troisième disposition = le contrôle des opérations de concentration (notamment la formation d'une position dominante par fusion-acquisition)
 - article 7 du Clayton Act de 1914, renforcé par un Act de 1978 = part importante de l'activité des autorités antitrust américaines
 - en France, art. L430-1 à 7 modifié en 2001 (loi sur les nlls formes de régulation économique)
- En Europe, ce volet est apparu très tardivement, avec le règlement du 1er décembre 1989 révisé le 1er mars 1998 :
 - impose une notification obligatoire auprès d'un guichet commun (la Commission) des projets de fusions et d'acquisitions
 - trois seuils destinés à apprécier la dimension communautaire du projet sont atteints
 - le total des CA mondiaux cumulés est supérieur à 2,5 milliards d'euros
 - le CA européen d'au moins une des deux firmes est supérieur à 100 millions d'euros
 - chaque entreprise ne doit pas réaliser plus des 2/3 de son chiffre d'affaires dans un seul et même Etat membre
- Résultat : entre 1990 et 1999, 1051 opérations notifiées, 31 cas d'approbation assortie de conditions et 10 décisions d'interdiction
 - dont l'exemple célèbre en 1991 du rachat de l'avionneur canadien De Havilland par le consortium Aérospatiale-Alenia.
 - Motif : $\frac{1}{2}$ du marché mondial et $\frac{2}{3}$ du marché européen de la construction des avions de transport régional (entrave significative à la concurrence).

La notion de "marché pertinent"

- La notion d'élasticité-prix croisée :
- Les conditions d'offre d'un bien ont-elles un effet sur la demande d'un autre bien ? Le prix du carburant influence-t-il la circulation sur les autoroutes ?.
- L'élasticité-prix croisé entre deux biens A et B mesure le rapport entre la variation de la quantité demandée d'un produit A et la variation du prix d'un produit B.
 - L'objectif est de déterminer si la variation du prix de B a un effet sur la demande de A.
- Trois types de relations sont alors envisagés :
 - aucune relation : l'élasticité est nulle et les demandes pour les 2 biens sont indépendantes.
 - une complémentarité : une élasticité négative traduit alors le fait qu'une diminution du prix de B entraîne une augmentation de la demande de A.
 - une substituabilité : une élasticité positive montre qu'une augmentation du prix de B entraîne une augmentation de la demande de A.

La notion de "marché pertinent"

- Le test SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price)
- En droit de la concurrence, pour pouvoir déterminer si un concurrent bénéficie d'une position dominante sur un marché donné, les agences de régulation (Commission européenne, conseil de la concurrence...) doivent en premier lieu déterminer le marché en question.
- Un marché pertinent (*relevant market*) = l'ensemble des produits (biens ou services) considérés comme des substituts par les consommateurs.
 - Un tel marché peut être alors un cible intéressante pour une firme en quête de position dominante
 - les consommateurs sont en effet privés d'alternatives si elle parvient à monopoliser l'offre.
 - La firme peut alors fixer un prix uniquement en fonction de la réactivité de la demande.

La notion de "marché pertinent"

- Le marché pertinent peut être déterminé de manière ad hoc en avançant des arguments sur la similarité des produits.
- Une autre méthode est le test SSNIP = déterminer le marché pertinent le plus petit sur lequel une firme pourrait obtenir une position dominante préjudiciable aux consommateurs et à la concurrence.
 - identifier le plus petit marché pertinent sur lequel un cartel ou un monopole pourrait décider d'une augmentation de prix faible mais significative.
- Cette évaluation se fait par enquêtes individuelles par lesquelles il est demandé aux consommateurs si, suite à une augmentation de 5% ou 10% du prix d'un produit et en supposant que les conditions de commercialisation de tous les autres produits restent inchangées, ils changeraient pour consommer des produits alternatifs sur le marché et déterminer si la perte inhérente de recettes commerciales rend ce changement de prix non profitable. Auquel cas, le marché hypothétique testé à travers l'enquête ne peut pas être considéré comme un marché pertinent pouvant servir de base à une procédure judiciaire en droit de la concurrence. Cette méthode fut introduite en 1982 par le DOJ (département de la justice aux Etats-Unis) et testée la première fois en 1992 Europe dans l'affaire Nestlé/Perrier et reconnue officiellement comme méthode d'investigation par la Commission européenne en 1997).

La notion de "marché pertinent"

- Plusieurs critiques ont été apportées à ce critère :
 - son caractère "statique" (dans les faits, une augmentation des prix par le monopole peut provoquer l'apparition de nouveaux produits qui n'existent pas au moment du test ou amènent les consommateurs/clients à considérer des alternatives qu'ils n'auraient pas considérer comme des substituts avant l'augmentation du prix),
 - le test SSNIP ne considère que la concurrence par les prix (or, les firmes ont d'autres armes pour "verrouiller" les consommateurs car les switching costs)
 - etc...

Articles 87 et 88 : aides publiques

- La spécificité européenne : en plus de cet arsenal classique, des dispositions relatives aux aides publiques (subventions, bonifications d'intérêt, exonérations d'impôt dès lors qu'elles dépassent un certain seuil).
- ces aides versées par les Etats ainsi que les dispenses de charges qu'ils accordent aux entreprises sont de nature à fausser les conditions de la concurrence dans le cadre communautaire, notamment en favorisant indûment les entreprises nationales.
- Ces dispositions sont définies par les articles 87 et 88 (anciennement 92 et 93) du Traité CE

Article 87

- L'article 87 du Traité CE délimite les aides publiques jugées compatibles avec le marché unique :
 - aides à caractère social, celles destinées à remédier à des événements exceptionnels, à soutenir le développement des régions en retard de développement et à promouvoir la culture.
 - Ex. : sont autorisées les aides d'Etat octroyées après une catastrophe naturelle ou en faveur de publics ou de régions en difficulté. L
 - es aides d'Etat aux actions internes de formation des entreprises sont autorisées en dessous de seuils variant de 25% des dépenses pour les grandes entreprises à 90% pour les PME des régions en retard de développement.
 - Les incitations fiscales ne posent pas de problèmes de concurrence et sont, au contraire, encouragées par la Commission européenne.

Article 87

1. *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.*
2. *Sont compatibles avec le marché commun:*
 - a) *les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits;*
 - b) *les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires;*
 - c) *les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division.*
3. *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun:*
 - a) *les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi;*
 - b) *les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre;*
 - c) *les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun;*
 - d) *les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun;*
 - e) *les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission.*

Article 88

- impose aux Etats membres d'informer la Commission des mesures qu'ils projettent dès lors que l'aide dépasse un certain montant faute de quoi, l'aide est illégale et son remboursement est exigé.
- Ce texte précise les conditions de la suppression ou de l'aménagement d'une aide si elle s'avère incompatible avec le marché commun ou « appliquée de façon abusive ».
- La Commission européenne a le pouvoir de mettre fin aux pratiques illégales.

Contrôle des aides publiques et jurisprudence

- Comment interpréter ces contrôles des aides publiques aux entreprises
 - de toute évidence, optique libérale (Traité de Rome) présumant systématiquement les relations entre l'Etat et les entreprises (notamment les entreprises publiques) de venir fausser le libre jeu de la concurrence.
 - Ainsi sont traquées au travers des dotations en capital accordé par l'Etat actionnaire les aides publiques déguisées.
- rôle important joué par la jurisprudence aux EU mais aussi au niveau de la Commission européenne.
 - Aux Etats-Unis, distinction entre 2 types d'évaluation des comportements anticoncurrentiels :
 - l'approche per se : un comportement est autorisé ou interdit de par son existence même et aucune justification n'est invoquée (par ex., approche de Harvard)
 - la règle de la raison (*rule of reason*) : analyses au cas par cas et mise en balance des avantages et des risques d'un comportement stratégique avant de rendre le jugement
 - les *guidelines* (notices d'interprétation) informant les entreprises sur les procédures utilisées pour juger d'un comportement.
 - établies en Europe depuis 1997 avec la publication de la Notice sur la définition du marché pertinent
- Cadre juridique (voir le site de la Commission européenne) :
 - institutions, partage des compétences, niveau des sanctions au niveau communautaire, plafonnées à 10% du CA global des entreprises, calculé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction,
 - problème de la dépénalisation du droit de la concurrence...

Le monopole des entreprises publiques

- article 86 traité CE, les Etats membres peuvent accorder des droits spéciaux ou exclusifs, un monopole, à des entreprises publiques ou privées
 - afin que celles-ci remplissent leur mission d'intérêt économique général
 - ce monopole ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement du service public
- Ex. : secteurs de la poste, des télécommunications, du transport ferroviaire, production et distribution d'électricité ou de gaz.
- En fait, difficile de créer dans ces secteurs une 2ème infrastructure (duplication des réseaux existants)
- D'où principe communautaire de séparation des infrastructures et des activités commerciales
 - oblige le monopoleur à donner accès aux tiers souhaitant le concurrencer sur les services qu'il offre sur son réseau

Le monopole des entreprises publiques

- **Services publics** = l'ensemble des activités échappant à la logique de rentabilité du marché :
 - elles concernent l'ensemble de la société, et non pas tel ou tel sous-groupe de la collectivité.
 - Certaines prestations considérées comme indispensables à la nation et ne pouvant être abandonnées aux insuffisances ou aux incertitudes de l'initiative privée.
 - Ex. : service postal universel ou raccordement au téléphone des zones rurales isolées.
- Problème avec la notion de service public « à la française » :
 - Pour les autorités européennes de la concurrence, les gouvernements ont appelé « services publics » les activités qu'ils décidaient d'exercer et non celles qui, par nature, pouvaient être considérées comme faisant partie de la sphère publique.
 - Le service public « à la française » évoque ainsi davantage une activité de monopole contrôlé par l'Etat.
- A la notion française d'entreprises de service public, le Traité CE préfère alors celle d'**entreprises chargées de la gestion « d'un service d'intérêt économique générale »**

Le monopole des entreprises publiques

- Jusqu'à une date récente, l'Europe a privilégié les objectifs de marché aux dépens d'objectifs de cohésion sociale
 - notion de service public longtemps ignorée
 - hypothèse était celle de la supériorité des marchés concurrentiels sur toute autre forme d'organisation
 - Traité de Rome : les entreprises chargées de la gestion de service public sont soumises aux règles de la concurrence dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de leur mission.
- Plus récemment, rapprochement de la position européenne par rapport à la vision française.
 - notion de service d'intérêt général réhabilitée sous la forme des « services publics universels ».
 - but = faciliter l'accès des citoyens à des services d'intérêt général contribuant à des objectifs de solidarité et d'égalité de traitement.
- Exceptions au principe de la concurrence justifiées par l'existence de missions d'intérêt général : bien que les règles de concurrence s'appliquent également aux entreprises publiques, il leur est concédé une double dérogation par rapport à ce droit commun :
 - art. 86 CE : l'application des règles de concurrence [aux entreprises de service public] ne doit pas faire « échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie » (protection particulière par rapport au marché)
 - art. 73 CE : les aides publiques versées à ces entreprises jugées compatibles avec le marché commun si elles répondent « aux besoins de la coordination des transports » ou si elles correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public ».
 - Remarque : rien n'est dit sur les aides de l'Etat actionnaire, source de conflits entre la Commission européenne et l'Etat français...)

Le monopole des entreprises publiques

- Quelles justifications économiques donner au monopole de services publics ?
- Le **monopole naturel** des entreprises de réseau (électricité, gaz, eau, télécommunication, service postal,...) et des services publics associés et leur réglementation justifiés traditionnellement en raison de **trois défaillance** de marché
 - (1) les **effets de réseaux** : + il y a d'abonnés à un réseau, plus l'utilité du réseau augmente et parallèlement, plus il y a de prestations sur ces réseaux, renforçant à son tour l'utilité du réseau du point de vue de ses abonnés
 - L'intervention publique est alors jugée nécessaire pour corriger le système de prix par la prise en charge des premiers raccordements (généralement, les plus chers, les plus coûteux) afin d'amorcer des effets « boule de neige ».
 - (2) les **biens collectifs** : les services publics = biens collectifs particuliers : il est difficile de déterminer un niveau optimal de production et il posent des problèmes de tarification qui justifie leur financement par l'impôt, car il est impossible d'exclure les non-payeurs en cas de production par le marché.
 - (3) les **rendements croissants** : une seule entreprise est plus efficace que plusieurs entreprises en concurrence => un monopole avec le risque inhérent de prix supérieurs au niveau concurrentiel.
 - souvent jugé nécessaire de mettre en place des tarifs administrés ou réglementés de façon à obtenir des niveaux de prix favorables aux consommateurs.

Le démantèlement des services publics (+monopoles)

- Conception européenne = celle d'un service public minimal
- La Commission est ainsi largement favorable à une mise en concurrence des opérateurs (« accès des tiers au réseau »).
- La **déréglementation** a touché progressivement toutes les activités de réseaux : transport, télécommunication, énergie.
 - principe = dégager le marché des contraintes administratives et à mettre en concurrence les agents (notamment en ouvrant les marchés domestiques aux non résidents)
 - Ex. : exemple est le dégroupage de la boucle locale en France ayant permis à de nouveaux opérateurs d'utiliser les infrastructures de télécommunication pour offrir des services concurrents à ceux de France Télécom.
- Démantèlement des services publics :
 - conception libérale de la construction européenne s'est donc imposée (Traité de Rome).
 - vision renforcée avec l'Acte unique (1986) : enjeu = rendre les services publics plus performants. La Communauté souhaitait ainsi que les infrastructures des services publics organisés en réseaux n'agissent plus comme une barrière à l'entrée pour les nouveaux opérateurs, mais au contraire, soient utilisables contre le paiement d'une redevance

Le démantèlement des services publics (+monopoles)

- Ainsi un ensemble de secteurs ont été progressivement ouverts à la concurrence :
 - 1991 : une directive européenne du 29 septembre prévoit la séparation de la gestion de l'infrastructure et de l'activité de transport ferroviaire, reconnaissance de la responsabilité des Etats dans le financement des infrastructures,...
 - 1997 : libéralisation du transport aérien : ouverture à la concurrence des lignes intérieures
 - 1998 : libéralisation totale du secteur du téléphone et des télécommunications (accès aux satellites, au réseau filaire,...)
 - début années 2000 : libéralisation progressive du secteur postal (directive du 1er décembre 1997) aboutissant à l'accès des tiers par l'installation d'autres réseaux de distribution.
 - 2000 : ouverture des secteurs de l'électricité et du gaz à la concurrence (directive sur le gaz, directive du 19 décembre 1996 sur l'électricité).

Le démantèlement des services publics (+monopoles)

- De plus, jurisprudence européenne applique de + en + la doctrine états-unienne des «facilités essentielles» (issue de la *judge-made law*)
 - concerne les activités caractérisées par un monopole naturel (activités en réseaux).
 - 1er cas aux Etats-Unis en 1912 et en Europe en 1986
 - objectif général = permettre la concurrence dans les activités en réseau caractérisées par des rendements croissants : chemins de fer (infrastructures/services de voyage), télécommunication (interconnexion), services postaux,...
 - conditions d'application de cette doctrine :
 - l'entreprise en monopole doit disposer d'une ressource rare,
 - difficilement reproductible,
 - à laquelle les concurrents ont besoin d'accéder pour pouvoir offrir leurs produits ou leurs services.
 - De plus, le possesseur d'une telle ressource ou facilité essentielle est généralement une entreprise en monopole intégré verticalement
- Néanmoins, cette doctrine pose un problème sérieux quant au financement des infrastructures.
 - En effet, si l'on autorise tel quel cette doctrine, frein à l'innovation concernant la ressource essentielle, voire élimination de toute innovation de la part du détenteur initiale de la ressource essentielle.
 - Ainsi, si l'on oblige France Télécom à ouvrir son réseau local à l'ensemble de ses concurrents, pourquoi améliorerait-il cette infrastructure, dès lors que toute amélioration profitera forcément à tous ses concurrents opérant sur le même réseau ?

Service universel et service d'intérêt général

- Problème de la rentabilité des opérateurs historiques dans ce mouvement de déréglementation. Ainsi auparavant était réalisée une péréquation tarifaire entre les services rentables et les services déficitaires permettant ainsi le maintien et le développement d'une offre de services universels. Il existait des « subventions croisées » entre les différentes activités prises en charge par les opérateurs en situation de monopole. Par exemple, les abonnés à l'électricité situés en centre-ville subventionnent les usagers localisés dans des régions rurales isolés en payant le même tarif qu'eux, alors même que le coût de raccordement et de distribution de l'électricité dans les campagnes isolées est largement supérieur.
- Le principe de l'« accès des tiers au réseau » pose alors le problème de l'« écrémage ». En effet, en ouvrant le réseau à la concurrence, les nouveaux entrants orienteront évidemment leur offre vers les services les plus rentables. Les opérateurs historiques se retrouvent donc concurrencés sur les segments de marché les plus rentables et leurs principales recettes diminuent, alors même que pour des obligations de service universel, ils sont contraints de fournir les services non rentables. Or, dans ces conditions, il s'avérerait quasiment impossible pour un opérateur historique (EDF, France Télécom,...) d'offrir de tels services (acheminer le courrier dans le moindre petit village ou dans des habitations isolées en haute montagne...) tout en évitant d'être déficitaires...
- Leurs obligations de services universels justifient alors qu'ils conservent un monopole d'exploitation sur certains services rentables afin de parvenir à l'équilibre d'exploitation. Par exemple, la Poste conserve en France le monopole du publipostage, service hautement rentable.
- En 1996, la Commission européenne définit les « services d'intérêt général » comme « les activités de services, marchands ou non, considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public ». Ils incluent les services d'intérêt économique général définis comme les « activités de services marchands remplissant des missions d'intérêt général et soumises de ce fait par les Etats membres à des obligations de service public ». Ces services marchands correspondent notamment aux services de transport, d'énergie, de communication.
- Ces services d'intérêt général sont supposés répondre à des « besoins fondamentaux » (se déplacer, avoir accès à l'électricité, communiquer). Ils répondent donc à des impératifs politiques : sécurité de l'approvisionnement, protection du consommateur, protection de l'environnement, solidarité économique, aménagement du territoire.

Une application : l'industrie musicale

l'industrie musicale

- Le développement d'Internet et l'intrusion des TIC dans le domaine des industries culturelles ont donné lieu à différentes affaires en matière de droit de la concurrence.
- octobre 2000 : la fusion AOL-Time-Warner est agréée par la Commission européenne à la condition que AOL rompt ses liens avec Bertelsmann (détenteur d'un catalogue de droits important dans la musique)
- mars 2004 : décision de la Commission européenne contre Microsoft qui est accusé de lier son lecteur multimédia WMP à son système d'exploitation Windows.
- novembre 2004 : rejet de la plainte de VirginMega versus Apple par le Conseil de la Concurrence français. VirginMega demande à Apple de lui accorder une licence pour utiliser Fairplay (le système DRM propriétaire de Apple).
- Les décisions de condamnation ou non ont été fondées sur des analyses économiques plus ou moins contestables. L'application de la doctrine des essential facilities a notamment fait l'objet de critiques importantes car elle ne prend pas en compte l'ensemble des intérêts en jeu ou n'est pas adaptée à un contexte de changement technologique majeur comme celui du numérique actuellement.
- Nous allons voir comment 2 affaires (fusion AOL-Time-Warner et VirginMega/Apple permettent d'illustrer la manière dont la théorie économique peut être mobilisée pour évaluer les effets anticoncurrentiels éventuels d'une intégration verticale (restrictions verticales).

Effet de levier et facilité essentielle

- Deux biens sont complémentaires lorsque la baisse du prix de l'un (ou une augmentation de sa qualité) provoque une augmentation de la quantité vendue de l'autre. Les 2 biens forment en quelque sorte un système cohérent (rasoir et lames de rasoir).
- L'élasticité-prix croisé entre deux biens A et B mesure le rapport entre la variation de la quantité demandée d'un produit A et la variation du prix d'un produit B. L'objectif est de déterminer si la variation du prix de B a un effet sur la demande de A.
- Trois cas de figure sont alors envisagés :
 1. aucune relation (l'élasticité est nulle et les demandes pour les 2 biens sont indépendantes),
 2. une relation de complémentarité (élasticité négative : une diminution du prix de B entraîne une augmentation de la demande de A)
 3. une relation de substituabilité (élasticité positive : une augmentation du prix de B entraîne une augmentation de la demande de A).
- Le calcul de ce type d'élasticité-prix est très utilisé en politique de la concurrence.

Effet de levier et facilité essentielle

- Peut-on considérer la musique en ligne payante comme complémentaire des lecteurs portables de musique.
 - Oui, mais à un degré faible car (1) les lecteurs peuvent servir à lire des copies personnelles ou des musiques en libre accès sur Internet et (2) la musique en ligne payante peut être utilisée sur d'autres matériels de lecture (ordinateurs, CD gravés pour lecteur sur lecteurs de salon...).
- Une firme peut utiliser stratégiquement son pouvoir économique sur un marché d'input pour empêcher l'entrée sur un autre marché.
 - étendre son monopole d'un marché à un autre.
 - cas des biens strictement complémentaires ou pouvant faire l'objet d'une offre groupée (bundling).
 - quels avantages stratégiques et anti-concurrentiels réels une firme obtient-elle alors ?
- Pour l'école de Chicago, aucun avantage pour un monopole à agir de la sorte.
 - idée contestée : une firme monopolisant une ressource (un input) nécessaire à la production d'autres biens et services va se servir de cet avantage pour conquérir un second monopole sur les marchés en aval où cet input est utilisé conjointement à d'autres pour produire de nouvelles marchandises (outputs).
 - Selon l'école de Chicago, intuition fausse :
 - le monopoleur n'a aucune incitation à étendre son pouvoir de marché parce qu'il suffit de fixer le prix de son input au prix de monopole pour extraire tout le profit de monopole en amont sans avoir à investir pour s'implémenter sur le marché de l'output (théorie du "single monopoly profit").

Effet de levier et facilité essentielle

- **les facilités essentielles.**

- Selon la doctrine des essential facilities telle que pratiquée par la Commission européenne (source : ec.europa.eu/comm/competition), une facilité essentielle est une "installation ou infrastructure nécessaire pour atteindre les clients et/ou pour permettre aux concurrents d'exercer leurs activités ».
- Une facilité est essentielle lorsque sa reproduction est impossible ou extrêmement difficile en raison de contraintes physiques, géographiques, juridiques ou économiques.
- Ex. : un réseau électrique national utilisé par les différents producteurs d'électricité pour approvisionner les consommateurs finals:
 - dans la mesure où il ne serait pas viable pour ces producteurs de construire leur propre réseau de distribution, ils dépendent de l'accès à l'infrastructure existante.
 - Le fait de refuser l'accès à une facilité essentielle peut être considéré comme un abus de position dominante de la part de l'entité contrôlant cette facilité, notamment lorsque cela empêche toute concurrence sur un marché situé en aval.

La fusion Time Warner + AOL

- En octobre 2000, la Commission européenne approuve la fusion entre Time Warner et AOL à condition toutefois que AOL rompt son lien avec Bertelsmann (et son catalogue de droits musicaux) afin d'empêcher la nouvelle entité de dominer le marché de la distribution payante de musique en ligne.
- La Commission européenne justifie sa position :
 - L'ensemble ainsi constitué aurait détenu 30 à 40% des catalogues de droits en Europe (Time Warner + Bertelsmann affiliée à AOL) donc une position dominante sur le marché des droits.
 - Cette entité aurait essayé de profiter de sa position dominante pour obtenir un pouvoir de marché significatif sur :
 1. le marché de la distribution de musique en ligne en refusant de céder des droits d'exploitation à ses concurrents, en leur imposant des prix discriminatoires, des conditions commerciales injustes. Voire en distribuant les contenus des concurrents sous une qualité inférieure ou en les associant à des services très limités (par rapport à ceux associés à ses propres contenus).
 2. sur le marché des DRM et des lecteurs multimédia : elle numérisait son catalogue à un format propriétaire (format Winamp) qui deviendrait de facto dominant et qu'elle refuserait de céder à ses concurrents.
- L'effet de levier constituerait alors une barrière à l'entrée (forclusion) permettant in fine à AOL-Time-Warner d'étendre sa position dominante sur les catalogues de droits aux marchés du codage numérique, des lecteurs multimédia et de la distribution en ligne.

La fusion Time Warner + AOL

- **Lévêque (2006)**, critiques de la position de la Commission européenne :
 - (1) Quelles seraient les motivations de AOL Time Warner de réduire la concurrence ?
 - (2) Quels seraient les obstacles à une telle stratégie ? Sa rentabilité ?
 - (3) Quels seraient les effets sur le bien-être des consommateurs ?
- **Le succès de la stratégie AOL-Time-Warner ?**
 - Le raisonnement de la Commission n'explique pas la motivation de la fusion et d'exercer un effet de levier. Quel bénéfice à adopter un tel comportement anti-concurrentiel ?
 - En fait, le refus de céder ses droits sur son catalogue ou sur l'utilisation de son format de codage peut priver la nouvelle entité de revenus substantiels, surtout lors d'une phase d'émergence du marché où les canaux, les services utilisés, etc... ne sont pas stabilisés (on ne connaît pas encore la forme définitive de l'offre)
- **La rentabilité ?** La Commission n'analyse pas les obstacles à une telle stratégie.
 - Il faut démontrer que :
 - l'accès aux catalogues Warner+Bertelsmann est essentiel pour les distributeurs de musique en ligne (1/3 du catalogue total des droits)
 - l'accès à la plate-forme de distribution AOL est essentiel pour les distributeurs de musique.
 - De plus, les concurrents sont alors nombreux et lors de la phase d'émergence, il est difficile de déterminer quel canal de distribution va s'imposer.
- **Le préjudice causé aux consommateurs ?**
 - Le fait d'augmenter en amont le prix de cession des droits sur les œuvres musicales ne prouve ni ne conduit automatiquement à une augmentation du prix en aval, sur le marché des services finals proposés aux consommateurs. Ainsi, s'il existe des offres concurrentes sur le marché en aval, rien ne dit que les concurrents vont également augmenter leurs prix ou qu'il y ait une quelconque collusion entre les offreurs qui aille dans ce sens. Le degré de concurrence peut garantir aux consommateurs que les prix vont rester à leur niveau (donc leur surplus demeure le même avant et après l'intégration verticale).

VirginMega vs. Apple

- Rappel des faits : aux débuts des années 2000, Apple propose à la vente un lecteur portable de musique numérique incorporant un disque dur, l'iPod, permettant initialement des fichiers codés au format mp3. Apple lance en 2004 en France, une plate-forme de vente de musique en ligne (payante et légale), iTunes Music Store : les morceaux et albums doivent être téléchargés à travers l'interface iTunes avant de pouvoir être lus par le lecteur virtuel ou le lecteur portable (l'iPod) proposés par Apple. Il existe toutefois une "passerelle technologique" permettant aux utilisateurs d'autres outils de lecture de pouvoir consommer de la musique achetée et téléchargée sur iTunes Music Store, à savoir graver la musique ainsi obtenue sur un CD et en transformer ensuite le contenu au format désiré (mp2 ou ATRAC) pour pouvoir l'utiliser sur d'autres plates-formes que celles proposées par Apple. Et inversement, un morceau ou un album acquis sur une autre plate-forme que celle d'Apple doivent être gravés et transformés pour pouvoir être ensuite lus sur ses lecteurs virtuel et physique. Cette non-interopérabilité fut créée par l'existence d'une solution DRM (digital right management) utilisée par Apple : Fairplay.
- Suite au refus d'Apple de céder à VirginMega (autre distributeur de musique en ligne) une licence d'utilisation sur son système de gestion des droits numériques pour pouvoir le rendre compatible avec sa propre plate-forme de distribution de musique, ce dernier porte plainte. Toutefois, en novembre 2004, le Conseil de la concurrence rejette une plainte de VirginMega à l'encontre de la firme Apple en se fondant sur la doctrine des facilités essentielles.

Les DRMs

- La gestion et le respect des droits peuvent être facilités par l'utilisation de systèmes techniques aussi appelés « digital rights management » (DRM).
- Ces systèmes consistent (1) dans l'identification des droits et des titulaires de droits via l'attribution d'un identifiant (ex. code ISBN pour les livres, ISAN pour les films, etc.) et/ou la description de la nature des droits (métadonnées renvoyant à une base de données) et/ou la description des utilisations possibles et (2) dans les techniques de mise en oeuvre des restrictions d'usage : sécurisation du contenu, mise en oeuvre des règles d'usage, via le cryptage, signature électronique, etc.
- Ainsi il peut s'agir d'empêcher ou de limiter :
 - la consultation d'une œuvre hors de la zone géographique prévue (les zones des DVD)
 - l'utilisation de matériel concurrent pour consulter une œuvre (incompatibilité des verrous appliqués aux formats musicaux)
 - l'utilisation d'une œuvre pour des utilisations non souhaitées par les ayants droit
 - le transfert des oeuvres d'un appareil à l'autre (limitation de la copie)
 - l'extraction numérique de passages de l'œuvre (sampling)
- Les mesures techniques de protection permettent ainsi la discrimination par les prix (en empêchant la revente) et le versionning.
- Elles sont en cela protégées par l'interdiction légale de supprimer les informations légales (métadonnées, informations sur la titularité...) et de neutraliser ou de contourner ces limitations techniques (DMCA aux Etats-Unis, DADVSI en France).

Les DRMs

- Dans le secteur de la musique, la fonction des DRM est de restreindre l'usage possible des titres téléchargés par le consommateur, conformément aux droits qui ont été négociés entre le producteur (la maison de disque) et le distributeur (la plate-forme de téléchargement). Des incompatibilités peuvent être créées via les formats d'encodage et les DRM. Les plateformes payantes utilisent pour la plupart un couple formé d'un format d'encodage et d'un DRM :
 - iTunes Music Store, la plateforme d'Apple utilise le couple (AAC, Fairplay)
 - Sony Connect, la plateforme de Sony utilise le couple (ATRAC, Open MG)
 - Les autres plate-formes payantes françaises utilisent le format WMA et le DRM de Microsoft
- Pour sa part, le DRM FairPlay d'Apple n'a pas, à ce jour, fait l'objet d'aucune cession de licences à des tiers. Il est installé exclusivement sur le logiciel de lecture iTunesPlayer, sur la plate-forme iTunes Music Store et sur les baladeurs iPod.

Caractérisation d'un abus ?

- Sur la pratique dénoncée et la caractérisation d'un abus, VirginMega utilise le DRM de Microsoft tandis que le seul DRM compatible avec l'iPod est le DRM propriétaire d'Apple, FairPlay. VirginMega demande une licence contre le paiement d'une redevance, de manière à avoir accès à FairPlay, mais Apple refuse d'octroyer une telle licence.
- Allégations du plaignant :
 - (1) l'accès au DRM FairPlay est indispensable à l'exercice de l'activité de distributeur de musique en ligne : FairPlay est une ressource essentielle. Le refus d'accès de la part d'un opérateur dominant sur le marché connexe des baladeurs numériques sécurisés à disque dur constitue un abus de PD.
 - (2) Le refus d'Apple conduit à une absence d'interopérabilité des systèmes de protection des droits qui peut pénaliser les consommateurs. Pour simplifier, la non-interopérabilité oblige les consommateurs à graver des CD pour pouvoir lire et transférer des contenus entre les applications Apple et les autres plates-formes. Par conséquent, pour faciliter la vie des clients, il est nécessaire d'obtenir une licence FairPlay, mais VirginMega essuie un refus de la part de Apple, d'où sa plainte auprès du Conseil de la concurrence.

Caractérisation d'un abus ?

- Sans méconnaître les inconvénients liés à l'absence de compatibilité, les situations de ce type sont récurrentes dans les TICs. Cela signifie que les ajustements des marchés aux innovations ne révèlent pas nécessairement des atteintes au droit de la concurrence
- Problème : Les marchés pertinents de DRM n'ont pas encore été définis par la jurisprudence : faut-il segmenter les marchés par type de contenu (audio, vidéo, données informatiques) et/ou par type de matériel client (baladeur, téléphone portable, personal digital assistant, etc.)?
- En fait, la question n'a pas été tranchée (abandon affaire Microsoft-Time Warner / ContentGuard en 2005 + délicate dans un contexte d'évolution rapide des technologies, absence de notion de "marché d'innovation" en Europe). Deux marchés sont distingués :
 - Marché des baladeurs numériques (capacité de stockage + prix)
 - Marché du téléchargement payant de musique en ligne
- Une certitude toutefois : le marché du téléchargement sur Internet distinct de celui de la distribution physique (caractéristiques différentes tant du côté de l'offre que de la demande + des écarts de prix significatifs). Des marchés géographiques : national (segmentation par pays).

La doctrine des *essential facilities*

- L'argumentation a été fondée sur l'application de la jurisprudence récente en matière d'accès à une facilité essentielle au cas d'espèce. La jurisprudence pose des conditions très strictes sur le caractère indispensable de l'accès à une facilité essentielle, notamment le fait qu'il ne doit pas exister de substituts réels ou potentiels réalistes. Le caractère indispensable de l'accès à FairPlay pour le développement des plates-formes de téléchargement de musique en ligne doit être apprécié au regard des 3 éléments suivants :
 - - Les usages actuels de la musique téléchargée
 - - Les éventuelles possibilités de contournement par les consommateurs
 - - L'évolution de l'offre de baladeurs numériques
- En l'espèce, le caractère indispensable de l'accès au DRM d'Apple n'apparaît pas prouvé pour 3 raisons :
 - - Le caractère minoritaire du transfert sur baladeur dans les usages actuels de la musique téléchargée
 - - L'existence d'une possibilité simple, peu coûteuse et très courante de contournement de l'incompatibilité des DRM : la gravure sur CD
 - - L'apparition récente de nombreux baladeurs numériques, avec et sans disque dur, sécurisés avec le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega

La doctrine des *essential facilities*

- Pour que le refus d'accès puisse être considéré comme abusif, la jurisprudence exige que le risque d'élimination de la concurrence soit bien établi. En fait, ce risque est apparu faible, surtout sur un marché en phase d'émergence.
- La jurisprudence impose enfin l'existence démontrée d'un lien de causalité entre la position dominante et l'abus. Ce lien de causalité entre la position éventuellement dominante d'Apple sur le marché des baladeurs à disque dur et la situation de la concurrence sur le marché du téléchargement n'a pas été pas établi.
- L'attractivité d'une plate-forme payante de téléchargement de musique en ligne dépend :
 - - du prix et plus généralement des modalités de tarification
 - - de la facilité, simplicité et le confort d'utilisation de la plate-forme
 - - des caractéristiques du catalogue proposé
 - - de la facilité et simplicité des moyens de paiement
- Donc la concurrence entre plates-formes est largement multidimensionnelle
- Conclusion : Le Conseil de la concurrence n'a pas trouvé d'élément probant pour caractériser un abus de position dominante (en l'espèce, aucun de ces 3 éléments n'est présent)

Critique de François Lévêque (2006)

- Cet économiste français propose une analyse alternative en termes d'effet de levier.
- L'idée est simple : l'incompatibilité est un avantage concurrentiel pour Apple.
- Question : comment l'évaluer ?
- Réponses :
 - - Selon le Conseil de la concurrence : le coût d'un CD-R est négligeable et le coût d'apprentissage pour les consommateurs nul (internauts compétents a priori).
 - - Pour Lévêque, il est nécessaire de prendre en compte le temps dépensé à graver et à transférer les fichiers. Il évalue ce temps à 25 centimes d'euros (90 secondes pour effectuer l'opération et une valeur du temps égale à 10 euros par heure, benchmark habituellement utilisé dans les évaluations économiques = coût du temps perdu dans le trafic automobile).
- Or, ce surcoût infligé par Apple constitue un avantage concurrentiel car ses concurrents doivent offrir un prix inférieur de 25% au 99 centimes d'euros d'Apple ou une qualité de service supplémentaire évaluée à 25% par les consommateurs possesseurs d'un iPod pour les convaincre d'acheter sur les plates-formes concurrentes d'Apple.
- Par ailleurs, l'interopérabilité constitue pour Apple un verrouillage de la base installée de clients.

Critique de François Lévêque (2006)

- Il existe toutefois des contre-arguments :
 - autres consommateurs
 - la musique téléchargée sur Internet n'est pas forcément destinée à être lue sur un lecteur portable.
- Le problème est de comparer :
 1. le consentement à payer des concurrents d'Apple pour obtenir une licence visant à rendre interopérables leurs offres avec celle d'Apple ;
 2. les coûts de l'interopérabilité pour Apple (pertes de revenus dues à des surcoûts éventuels liés à la divulgation d'informations (risque de neutralisation accru de son DRM) et à la nécessité de reconfigurer l'architecture de son DRM (en intégrant le fait que d'autres utilisateurs professionnels sont autant de fuites et de failles supplémentaires pouvant nuire à l'efficacité du DRM) + coût en terme d'image (les consommateurs d'Apple pour une question d'image peuvent préférer cette non-interopérabilité ; donc si Apple réduit sa stratégie de différenciation, alors perte de clients) + l'avantage d'avoir une base installée d'utilisateurs "captifs" permet à Apple de mieux amortir ses coûts fixes (donc de maintenir des prix fixes et relativement peu élevés) tout en bénéficiant de taux de royalties plus intéressants auprès des fournisseurs de contenus grâce à un pouvoir de négociation plus fort.