

# **La concentration dans l'édition professionnelle au regard des règles communautaires de concurrence**

*Présentation lors d'une table ronde « Logiques et enjeux de la concentration de l'information dans le secteur de l'information professionnelle » organisée par le Groupement français de l'industrie de l'information (GFII) le 6 décembre 2001 à Londres*

Hanns Peter Nehl<sup>1</sup>

- I. Introduction**
- II. Objectifs, applicabilité et fonctionnement des règles communautaires en matière de concentration**
- III. L'appréciation de l'existence ou de la création d'une position dominante dans l'édition professionnelle sur la base d'une analyse des marchés pertinents**
- IV. Conclusion**

## ***I. Introduction***

J'aimerais vous remercier de l'occasion qui m'est offerte d'aborder aujourd'hui, au sein de cette table ronde d'experts, ce sujet de la concentration dans l'édition professionnelle au regard des règles de concurrence communautaires, d'une grande actualité. Je dis « de grande actualité » parce que premièrement le secteur de l'édition professionnelle ne cesse de gagner en complexité et richesse, du fait de la prolifération de l'information, du développement de nouvelles techniques d'édition et du développement d'une infrastructure révolutionnaire, Internet, qui permet une distribution « en ligne ». En effet, la diversité de l'activité éditoriale ainsi que la diffusion plus ample de l'information constituent plus que jamais des piliers essentiels du progrès économique, de la science, de la recherche, de la formation et de la vie professionnelle en général au sein

---

<sup>1</sup> Conseiller, Commission européenne, Direction générale de la concurrence, unité médias, éditions musicales. Le discours n'engage que son auteur.

de nos sociétés modernes. En deuxième lieu, l'édition professionnelle est actuellement marquée par une vague d'opérations de concentration tandis qu'une forte inélasticité de la demande – plus ou moins insensible aux prix – subsiste pour certaines catégories de publications professionnelles. Il en découle la nécessité, pour les autorités de concurrence telles que la Commission européenne, de veiller d'autant plus attentivement à ce que des conditions concurrentielles saines soient préservées ou rétablies, ceci afin de garantir la liberté de choix, ainsi que des prix adéquats, au bénéfice tant des auteurs/éditeurs que des utilisateurs/consommateurs d'éditions professionnelles. En troisième lieu, les autorités nationales de concurrence font preuve d'une grande vigilance dans l'examen des restructurations majeures impliquant des éditeurs d'envergure européenne, voire internationale. En témoigne une série de décisions récentes prises en application du droit de la concurrence national. Alors que par exemple la « Competition Commission » britannique, à l'issue d'une procédure difficile, a fini par avaliser, en juillet 2001, une fusion entre les éditeurs « Reed Elsevier » et « Harcourt », la Cour de concurrence autrichienne (« Kartellgericht ») a pour la première fois dans ce secteur, interdit en septembre 2001 un projet de fusion entre le groupe international « Wolters-Kluwer » et l'éditeur autrichien spécialisé dans le domaine de l'information juridique « Linde ».

Au regard du développement actuel et du défi lancé à toutes les autorités de l'Union européenne gardiennes de la concurrence, vous m'avez demandé d'exposer les grandes lignes de l'approche de la Commission européenne en la matière. Plus particulièrement, vous souhaitez connaître ses critères d'appréciation des projets de concentration dans l'édition professionnelle. Une pratique décisionnelle s'élabore progressivement. Or, à ce jour, il existe seulement deux décisions communautaires importantes

dans ce secteur d'activité. Elles donnent néanmoins, de par leur contenu, des précisions utiles quant au traitement de cas futurs, notamment en ce qui concerne l'analyse et la délimitation des marchés en cause. Mais la politique de la concurrence dans le secteur de l'édition professionnelle est encore en gestation. De surcroît, si l'on prend en compte les développements récents des marchés pertinents ainsi que l'émergence rapide de la distribution en ligne, une telle « politique » sera probablement, dans le futur proche, sujette à des efforts d'adaptation et de redéfinition. En présentant « l'acquis communautaire » en la matière, j'essaierai de tenir compte de cette hypothèse dans la suite de mon discours. La première partie traitera des objectifs, de l'applicabilité et du fonctionnement des règles communautaires en matière de concentration en général tout en distinguant le contrôle a priori et le contrôle a posteriori. La deuxième partie présentera l'appréciation par la Commission de l'existence ou de la création d'une position dominante dans le secteur de l'édition professionnelle sur la base d'une analyse des marchés de contenus concernés.

## ***II. Objectifs, applicabilité et fonctionnement des règles communautaires en matière de concentration***

### **1. La différence entre contrôle a priori et contrôle a posteriori**

La Commission européenne dispose essentiellement de deux outils pour mener à bien sa mission de surveillance des marchés du secteur des médias tels que celui de l'édition professionnelle. Sous l'angle des objectifs des règles de concurrence il est utile de distinguer, d'une part, le contrôle a priori prévu par les règles applicables aux concentrations (Règlement 4064/89 ; J.O. L 395 du 30/12/1989, p. 1 et L 257 du 21/9/1990, p. 13) et, d'autre part, le contrôle a posteriori applicable aux ententes et abus de position dominante en application des articles 81 et 82 du Traité et du Règlement n°17 de 1962. L'article 81 prévoit la nullité d'ententes anti-

concurrentielles entre opérateurs économiques, tandis que l'article 82 interdit, lui, tout abus de position dominante d'une entreprise dans un marché déterminé. Cette disposition revêt ainsi une importance particulière pour l'appréciation de la légalité du comportement concurrentiel d'opérateurs puissants, le cas échéant, résultant d'une concentration.

Le contrôle *a priori* ou *préventif* des concentrations; repose sur le Règlement 4064 de 1989 (plusieurs fois amendé). Ce contrôle est effectué en règle générale par la « Task Force Concentrations » de la Direction Générale de la Concurrence à la suite d'une notification obligatoire des parties prenantes au projet de concentration dès lors que leur chiffre d'affaires atteint un certain seuil de « dimension communautaire ». L'objectif de ce contrôle est de prévenir la création ou le renforcement d'une position dominante soit des opérateurs économiques faisant partie du projet de fusion soit de l'entité nouvellement créée – le cas échéant conjointement avec d'autres opérateurs (« dominance collective ») – dans la mesure où cette fusion risque d'entraver de manière significative le libre jeu de la concurrence dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Par ailleurs, pour le secteur de l'édition, le contrôle *a posteriori* incombe à l'Unité Médias de la Direction Générale de la Concurrence, et il concerne tout particulièrement l'article 82 sur les abus de position dominante. Cette disposition prohibe les abus de la part d'opérateurs économiques ayant déjà atteint – éventuellement suite à une opération de concentration – une position dominante dans le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Pour la Commission, et à la différence du contrôle préventif prévu par le Règlement 4064/89, il s'agit ici de démontrer que l'opérateur en cause est réellement « coupable » d'une prati-

que abusive. Celle-ci peut se manifester par exemple dans la fixation de prix discriminatoires vis-à-vis des consommateurs ou dans la fixation de prix excessifs inappropriés aux conditions du marché. Les exigences de preuve d'un abus de position dominante dans le domaine de l'édition professionnelle constituent une difficulté non-négligeable dans la lutte contre ce type de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre du contrôle a posteriori.

Malgré leurs différences apparentes dans leur fonctionnement, les deux mécanismes de contrôle ont des points communs, notamment les concepts économiques qu'ils utilisent. Ceci est particulièrement vrai pour la délimitation des marchés en cause (voir sous III.).

## 2. Procédure en matière de contrôle de concentration et pratique décisionnelle de la Commission dans l'édition professionnelle

Sous l'angle des procédures, en particulier celle du contrôle des concentrations, il convient de présenter brièvement les différentes décisions que la Commission peut adopter. La procédure, je le rappelle, débute par une notification obligatoire d'un projet de fusion, qui a un effet suspensif, à savoir que les parties ne peuvent pas le mettre en œuvre tant qu'il n'a pas été autorisé. Dans ce contexte il est important de souligner que la compétence de la Commission ne s'étend qu'aux concentrations de « dimension communautaire » dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires. Aussi la grande majorité des projets de concentrations du secteur, s'ils sont susceptibles d'être notifiés aux autorités nationales de concurrence, ne sont-ils pas notifiés à la Commission.

Après une investigation préalable qui dure un mois à compter de la date de notification effective et complète, la Commission est dotée des compétences suivantes soit pour avaliser la concentration soit pour passer à une phase d'investigation approfondie (phase II) : (1) les décisions de compatibilité ou de « non-opposition » selon l'article 6 § 1 a) ou b) du Règlement 4064/89 ; (2) la décision d'ouverture de « phase II » en cas de « doutes sérieux » relatives à la compatibilité de la concentration avec le marché commun selon l'article 6 § 1 c) du Règlement. En outre, à la fin de la phase II d'une durée maximale de quatre mois, la Commission dispose de toute une panoplie de mesures pour déclarer la concentration soit compatible soit incompatible avec le marché commun (article 8 du Règlement 4064/89). A défaut d'exemples concrets dans la pratique de la Commission en matière d'édition professionnelle je ne m'attarderai pas sur cet aspect. Il en va de même des décisions d'interdiction, éventuellement combinées avec l'imposition d'une amende, relevant du contrôle a posteriori en application de l'article 82 du Traité que la Commission, jusqu'à présent, n'a pas eu l'occasion d'adopter dans ce secteur.

Je me contente ici d'attirer votre attention sur les décisions de la Commission prises à la fin de la phase I des procédures de concentrations, c'est-à-dire de l'investigation préalable, puisque ce sont les seules ayant été adoptées dans le secteur de l'édition professionnelle. Il s'agit de la décision IV/M.1275 « Havas / Bertelsmann / Doyma » du 27 août 1998 relative à l'édition médicale ainsi que de la décision IV/M.1377 « Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer » du 15 février 1999 relative, en particulier, à l'édition académique et professionnelle prises en application de l'article 6 § 1 b) du Règlement 4064/89 (« non-opposition »). A ceci il faut ajouter une « communication de griefs » non-publée relevant de la phase II datant du 20 février 1998 dans l'affaire

IV/M.1040 « Wolters-Kluwer / Reed Elsevier » intéressant toute une série de publications professionnelles spécifiques. Cet acte de procédure semble avoir donné lieu à l'abandon du projet de fusion de la part des parties dès lors que la Commission avait clairement signalé qu'elle était fortement inclinée à interdire la transaction (cf. communiqué de presse de la Commission du 3 mars 1998). Ce dernier document, ainsi que les décisions susmentionnées constituent les références les plus intéressantes en la matière sur lesquelles je vais revenir dans la deuxième partie de mon propos.

**III. *L'appréciation de l'existence ou de la création d'une position dominante dans l'édition professionnelle sur la base d'une analyse des marchés pertinents de « contenus »***

1. La Communication de la Commission de 1997 « sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence »

La définition assez complexe et technique, des marchés de produits et géographiques en cause, constitue une condition préalable pour que la Commission puisse, le cas échéant, conclure à l'existence, au renforcement ou à la création d'une position dominante susceptible d'avoir un impact néfaste sur le libre jeu de la concurrence. La Commission s'est efforcée d'explicitier ses outils d'analyse, tant en général que dans le cas spécifique de l'édition professionnelle. Dans cette optique, il convient d'abord d'énoncer brièvement les critères établis dans la Communication de 1997 de la Commission « sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » (J.O. C 372 du 9/12/1997, p. 2) :

L'objectif de la délimitation du marché est de déterminer le périmètre – tant au niveau des produits et des services offerts que géographiquement – à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. En particulier, elle permet d'évaluer s'il existe des concurrents réels, capable de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. Finalement, cette délimitation constitue la condition préalable pour mesurer les parts de marché qui, à leur tour, déterminent soit l'existence soit la création d'une position dominante d'une entreprise par le biais d'une concentration.

Selon la Communication, le critère crucial et le plus immédiat pour cette appréciation consiste en l'analyse de la « **substituabilité du point de vue de la demande** », c'est-à-dire du consommateur d'un bien ou d'un service. Il s'agit de déterminer si des produits semblables selon leurs caractéristiques, leur prix et leur usage, sont perçus comme substituables par le consommateur. En d'autres termes, se pose la question de savoir si les clients, en cas de hausse légère et permanente des prix de tel ou tel produit, se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs. Si tel est le cas, il convient de conclure, en règle générale, que les produits en cause ainsi que leurs producteurs/fournisseurs se concurrencent et forment une partie intégrante d'un marché déterminé.

Un deuxième critère important est celui de la « **substitution du côté de l'offre** ». Sous cet angle se pose la question de savoir si un producteur/fournisseur est en mesure de réorienter facilement sa production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des varia-

tions légères, mais permanentes, des prix relatifs. Lorsque tel est le cas, le supplément de production qui est ainsi mis sur le marché exerce un effet de discipline sur le comportement concurrentiel des entreprises offrant le produit en cause (exemple : des entreprises qui offrent tout un choix de qualités ou de types pour un même produit). Dès lors, le marché du produit pertinent englobera tous les produits qui sont substituables pour la demande et l'offre, et les ventes actuelles de ces produits seront additionnées pour calculer la valeur ou le volume total du marché.

Je vais à présent préciser ces notions générales dans le cas particulier de l'édition professionnelle.

## 2. L'appréciation des marchés en cause dans l'édition professionnelle

### a) L'importance du concept de la « substituabilité de l'offre »

Les affaires « Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer » et « Wolters-Kluwer / Reed Elsevier » – dont l'exposition des détails factuels dépasserait le temps à ma disposition – ont clairement démontré la complexité particulière de la délimitation des divers marchés en matière d'édition professionnelle. Par ailleurs, elles ont mis en relief que la technique d'analyse basée essentiellement sur les préférences des consommateurs, telle que suggérée par la Communication de 1997, est difficilement applicable à ce secteur au vu de ses caractéristiques propres qui le distingue de nombre d'autres secteurs/marchés. C'est ainsi que la Commission a opté pour une approche basée en premier lieu sur le concept de la **substituabilité de l'offre** tout en reléguant au second rang le concept de la substituabilité de la demande.

Les raisons en sont essentiellement les suivantes : Rarement deux publications relevant de ce secteur sont considérées comme substituts parfaits du point de vue de l'utilisateur professionnel. Ceci se traduit particulièrement par une différence non négligeable dans le contenu, l'exhaustivité et la précision de l'édition professionnelle. De surcroît, les publications professionnelles sont non seulement subdivisées en différentes catégories d'édition s'adressant à des groupes différents de consommateurs professionnels, mais elles peuvent aussi satisfaire à des besoins distincts d'utilisateurs appartenant à une seule profession (absence d'une interchangeabilité fonctionnelle). Un bon exemple est celui des journaux portant sur l'impôt sur les revenus d'une part et ceux portant sur la TVA d'autre part. Les utilisateurs, y compris ceux appartenant à une seule catégorie professionnelle (par exemple conseiller fiscaux), ne seraient pas inclinés à substituer les uns pour les autres même dans le cas d'une hausse relative et permanente des prix.

En effet, dans les affaires susmentionnées, l'hétérogénéité des produits en cause avait rendu quasiment impossible une délimitation pertinente des marchés sur la base d'un test d'interchangeabilité fonctionnelle ou de substituabilité du point de vue du consommateur. L'analyse avait mis en évidence que les éditeurs de publications professionnelles similaires ou avoisinantes se concurrencent assez souvent justement par le moyen de la différenciation ou de la création d'une valeur ajoutée – par exemple la mise à la disposition du lecteur d'un service d'information supplémentaire – qui, au regard des besoins spécifiques d'une certaine profession, réduit la substituabilité avec d'autres produits. Pour cette raison, ne prendre en compte que la seule substituabilité de la demande n'aboutirait pas à des solutions réalistes. Tout au contraire, cette approche conduirait à la définition artificielle de marchés de tailles très réduites et fortement

fragmentés, et les entreprises s’y verraient très souvent reconnaître une position dominante. Ceci n’implique pas, bien sûr, que le critère de la demande ou le point de vue du consommateur ne joue dans ce secteur aucun rôle. En particulier, les bibliothèques en tant qu’utilisateurs d’éditions professionnelles et académiques avec un budget restreint, à la suite à des hausses de prix continues, se voient de plus en plus contraintes d’abandonner certains abonnements de titres au profit de publications incontournables dites « phares » relevant du même marché pertinent.

b) Délimitation des marchés pertinents en fonction de la « substituabilité de l’offre »

Il en résulte que la Commission, dans la plupart des cas, a préféré un test de **substituabilité du point de vue de l’offre**. Ainsi, elle a vérifié dans quelles conditions un éditeur est capable de lancer sur le marché une publication destinée à un certain groupe d’utilisateurs/consommateurs professionnels. C’est particulièrement vrai d’éditeurs commercialisant certaines catégories de publications qui, si elles ne sont pas parfaitement substituables, sont assez proches les unes des autres ou relèvent d’une même discipline académique ou professionnelle (par exemple médecine avec ses diverses sous-disciplines). Dans cette hypothèse les éditeurs sont au moins des concurrents potentiels.

Les critères pertinents utilisés par la Commission pour apprécier la substituabilité de l’offre sont les suivants : L’expertise de l’éditeur dans un domaine spécifique défini par des catégories d’utilisateurs (par exemple professions juridiques, chercheurs, conseillers fiscaux) ; la notoriété et l’image de marque, en particulier concernant la précision, la fiabilité et l’exhaustivité de l’information offerte aux utilisateurs professionnels ; le degré de protection des droits d’auteur ; la connaissance du cercle des

utilisateurs/consommateurs et des canaux de distribution directe vis-à-vis de ces derniers (par exemple sociétés d'avocats, bibliothèques universitaires, écoles). Dans le cadre de cette analyse la Commission a en outre estimé que le contenu de la publication professionnelle, et non sa forme, est décisif. En effet, les éditeurs sont, en règle générale, capable de produire sans difficultés ces contenus sous des formats différents (par exemple livres, journaux, feuilles amovibles).

C'est donc en prenant en compte la substitutabilité du point de vue de l'offre que l'on peut définir de manière réaliste le marché pertinent dans le secteur de l'édition professionnelle. Ce marché réunit tous les éditeurs concurrents réels ou au moins potentiels étant capables de commercialiser des publications relevant d'une certaine catégorie d'éditions professionnelles ou de disciplines académiques. Dans cette optique la Commission a distingué dans les affaires « Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer » et « Wolters-Kluwer / Reed Elsevier » les marchés suivants (liste non-exhaustive) : Un marché mondial pour l'édition académique (par exemple la médecine), probablement subdivisé en sous-marchés en fonction des caractéristiques et des demandes des utilisateurs professionnels spécifiques ; des marchés nationaux pour l'édition dans le domaine de l'enseignement et de la formation (scolaire) ; des marchés nationaux pour l'édition professionnelle au sens étroit, probablement subdivisée en fonction des groupes d'utilisateurs professionnels (praticiens) relevant d'un secteur particulier (par exemple les médecins) et de la possibilité que certaines éditions s'adressent aussi bien aux praticiens qu'aux chercheurs (par exemple juristes) ; des marchés nationaux pour l'édition juridique – la distribution électronique incluse – avec un haut degré de substituable du point de vue de l'offre (les éditeurs étant capables de diriger leurs activités vers d'autres domaines du droit) ; des marchés nationaux distincts

pour l'édition dans le secteur de l'impôt d'une part et de la comptabilité d'autre part (Grande Bretagne, sauf pour l'Italie et la France où la publication dans le secteur de l'impôt fait partie de l'édition juridique) ; des marchés distincts, délimités géographiquement du point de vue linguistique, pour l'édition de dictionnaires bilingues et monolingues.

c) Un marché en ligne séparé ?

Il est intéressant de relever que la Commission s'est jusqu'à ce jour abstenue de définir un marché séparé pour la distribution en ligne (en l'occurrence concernant les publications juridiques). La raison principale en est que beaucoup d'éditeurs offrent parallèlement des éditions en format papier et en format électronique sans, pour autant, modifier leur contenu. De ce fait, la Commission a estimé, dans les affaires susmentionnées qu'il s'agissait de canaux de distributions largement substituables. En revanche, elle a également pris en compte le fait que la création d'un service électronique effectif reposant sur des bases de données élaborées requiert un investissement considérable en termes de ressources et de temps. Par ailleurs, compte tenu du progrès technique en matière de distribution en ligne, de l'expertise et des conditions spécifiques nécessaires à sa mise en place effective par les éditeurs ainsi que la « valeur ajoutée » susceptible d'être apportée par rapport à l'édition ordinaire, il ne saurait être exclu que la Commission admette un jour l'existence de marchés de distribution électronique à part d'éditions professionnelles.

d) Délimitation géographique

La délimitation géographique des marchés pertinents se fait en fonction de critères particuliers tels que la langue ou la législation applicable sur un territoire. Tandis qu'il existe pour toute une série d'éditions professionnelles, notamment dans le domaine des sciences naturelles, humaines

ou médicales, des marchés pertinents mondiaux, certains des marchés d'édition se délimitent géographiquement en fonction de frontières nationales, ou pour le moins de barrières linguistiques, compte tenu de la différenciation continue des besoins professionnels dans les différents Etats membres de l'Union européenne (par exemple divers régimes de droit, systèmes fiscaux). Ceci montre également que dans l'édition professionnelle le critère de la demande joue un rôle primordial au moins pour la délimitation géographique des marchés en cause. Tel est notamment le cas même lorsqu'une publication académique se réfère, en principe, de par son objet et sa substance à un marché mondial. L'édition médicale en est un bon exemple. Dès lors qu'elle est publiée dans une langue particulière que seul un cercle restreint d'utilisateurs maîtrise, le marché pertinent géographique se réduit proportionnellement.

#### ***IV. Conclusions***

Les concepts utilisés par la Commission dans l'analyse des concentrations au sens du Règlement 4064/89 pour délimiter les marchés pertinents relatifs à l'édition professionnelle sont parfaitement transposables sur le contrôle « antitrust » en application des articles 81 et 82 du Traité. Celui-ci, en particulier celui du contrôle d'abus de position dominante, pourrait gagner une importance accrue dans le futur. La vaste majorité des transactions n'atteignent pas le seuil de chiffres d'affaires rendant obligatoire la notification à la Commission européenne de projets de concentrations. Or, la Commission n'en est pas moins préoccupée par le haut degré de concentration atteint en Europe dans le secteur de l'édition professionnelle ces dernières années, et elle observe attentivement son impact sur la concurrence dans le marché commun. Elle est soucieuse de mettre fin à toute éventuelle pratique anticoncurrentielle, notamment dans le domaine de la distribution électronique qui se voit exposée à de forts risques de

monopolisation. De même, la Commission devra continuer à être vigilante quant à la hausse continue des prix pour des éditions professionnelles et académiques sous l'angle de l'article 82, en particulier dans le domaine des publications « phares » incontournables (« must-have-titles »). Celles-ci constituent des instruments indispensables à la promotion de la recherche et de l'activité académique au sens large qui, de prime abord, est assurée par les facultés et bibliothèques universitaires ou des institutions de recherche en tant que « multiplicateurs » et utilisateurs de premier rang dans ce secteur. En même temps, la confrontation de budgets restreints de ces entités académiques – c'est-à-dire d'une forte inélasticité de la demande – avec des prix élevés de publications académiques « phares » risque de produire un effet de marginalisation au détriment d'autres éditions. Cette évolution entraînerait une réduction néfaste non seulement de la diversité du choix et de la qualité de performance des utilisateurs académiques mais aussi de la concurrence dans les marchés pertinents à la suite d'un effet de monopolisation et de « verrouillage » préjudiciable aux éditeurs tiers.