



Réflexions sur certains aspects économiques du cadre juridique de l'audiovisuel

Laurent BENZONI

Exposé au Conseil de l'Europe à l'occasion du dixième anniversaire de l'Observatoire européenne de l'audiovisuel

17 Janvier 2003

TERA Consultants
32, rue des Jeûneurs
75002 PARIS
Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10
Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €
RCS Paris B 394 948 731

Réflexions sur certains aspects économiques du cadre juridique de l'audiovisuel

Laurent BENZONI

Professeur à l'Université Paris 2
Associé fondateur de TERA Consultants
Directeur scientifique de Quantifica

Exposé au Conseil de l'Europe à l'occasion du dixième anniversaire de
l'Observatoire européenne de l'audiovisuel
Conseil de l'Europe, 17 Janvier 2003

Permettez-moi, avant toutes choses, de vous remercier pour votre invitation à cette conférence célébrant le dixième anniversaire de l'Observatoire européen de l'audiovisuel. Je suis l'un des lecteurs assidus et des utilisateurs fervents des travaux et des publications de l'observatoire. Je peux attester que sans le travail de l'observatoire, j'éprouverai beaucoup de difficultés à exécuter et à mener à bien mes propres recherches et missions. C'est donc un réel plaisir pour moi de pouvoir participer à cette conférence.

Pour cette session consacrée au cadre juridique de l'audiovisuel, vous avez souhaité recueillir l'avis, ou du moins le témoignage, d'un économiste, observateur proche des acteurs du marché de l'audiovisuel. L'économiste parle en dernier dans cette session et dans cette matinée, c'est peut-être une façon de signifier que l'économie et le marché, même si on peut le regretter, ont souvent le dernier mot...

Il paraît en effet utile, si ce n'est indispensable, d'introduire la dimension économique dans la conception des règles qui visent à encadrer et structurer ce marché si spécifique qu'est le marché de l'audiovisuel et plus généralement le marché des contenus.

Il est usuel d'entendre dire ou de lire : «l'audiovisuel n'est pas un marché comme les autres». Cela est tout à fait vrai, car le produit présente des particularités économiques et sociales (externalités positives et négatives de consommation) qui

justifient une intervention publique et un encadrement particulier. Mais pour autant les entreprises privées de l'audiovisuelle, les producteurs de programmes, diffuseurs, distributeurs restent quant à elles des entreprises comme les autres, dès lors que l'on accepte que des offreurs privés puissent intervenir dans ce secteur.

Les entreprises privées intervenant dans l'audiovisuel ou l'industrie du cinéma sont, comme toutes les entreprises, gouvernées par des objectifs de croissance, de diversification, de rentabilité. Elles entrent en concurrence pour capter un marché d'audience, ou d'abonnés ou de paiements à l'acte et, à ce titre, elles sont assujetties aux lois générales d'encadrement des marchés : le droit de la concurrence.

Et c'est finalement à cette réalité économique que se confrontent, et bien souvent s'affrontent, les règles spécifiques de l'audiovisuel. Si ce secteur était resté entièrement monopolisé par l'Etat, comme cela était le cas, il n'ya pas si longtemps encore, dans nombre de pays européens, la plupart des questions controversées dont nous débattons aujourd'hui seraient sans objet... On peut être nostalgique de cette période où l'éditorial des journaux d'information télévisuels se constituait dans les ministères de la communication et où les créateurs devaient être conformes aux lignes du pouvoir politique en place : mais la marche vers le pluralisme et la démocratie a éradiqué ce mode d'organisation et l'on ne trouvera plus beaucoup de défenseurs d'une telle organisation monolithique. En ce sens, on ne doit jamais omettre que l'incursion du marché dans le secteur de l'audiovisuel constitue l'aboutissement d'un processus d'ouverture et de recherche de la pluralité et de la diversité.

Maintenant que le marché et la concurrence fondent l'organisation du secteur, l'enjeu est alors clair, si le cadre spécifique de l'audiovisuel n'intègre pas mieux *ex ante* les règles de l'économie de la concurrence, le droit de la concurrence, qui est un droit *ex post*, s'en chargera : il sera mobilisé pour régler les litiges et les contentieux entre les acteurs ce qui interférera directement sur les règles de fonctionnement du secteur de l'audiovisuel. Il n'est alors pas certain que ressorte d'une jurisprudence élaborée, par définition au cas par cas, un cadre adéquat qui serve au mieux les objectifs que se fixe la régulation de l'audiovisuel.

On peut mentionner 3 problématiques à caractère économique que le cadre juridique spécifique de l'audiovisuel devrait sans doute mieux intégrer qu'il ne le fait aujourd'hui : l'exclusivité, la protection, la concentration.

L'exclusivité

Le succès économique dans l'industrie audiovisuelle se nourrit de l'exclusivité : l'accès exclusif aux programmes, aux contenus, constitue un facteur de différenciation entre les diffuseurs et/ou les distributeurs. Pour les créateurs, les producteurs de programme, la distribution exclusive constitue bien souvent un vecteur de succès et une garantie de rémunération. Mais d'un point de vue concurrentiel, les pratiques d'exclusivité peuvent rapidement conduire s'il l'on n'y met pas quelques gardes-fous à des mécanismes d'exclusion des concurrents sur le marché. Et c'est bien pour cette raison que le droit économique, c'est à dire le droit de la concurrence, examine toujours d'un œil suspicieux les clauses d'exclusivité dans les contrats entre entreprises surtout si elles sont dominantes ou puissantes sur le marché en cause.

Prenons un exemple : l'accès aux programmes de football professionnel. Ce type de programme constitue un produit phare de la télévision payante, un produit d'appel. Les mécanismes d'exclusivité qui caractérisent l'accès à ces programmes peuvent pratiquement expliquer à eux seuls, la disparition de plusieurs plates-formes de télévision payantes en Europe (Italie, Grande-Bretagne, Espagne). Cette disparition de concurrents n'est alors bonne ni pour le consommateur, ni pour les producteurs à long terme pour l'ensemble des producteurs de programmes... On sait que ces mécanismes d'exclusivité tant pour le football que pour les programmes audiovisuels ou cinématographiques donnent dorénavant lieu à des enquêtes voire à des décisions des autorités de concurrence. Ces décisions s'imposent alors comme des règles qui sur-déterminent bien souvent le cadre juridique ; elles peuvent alors modifier substantiellement les règles du marché de l'audiovisuel. Le droit de la concurrence reste un droit « ex post » : il corrige, il sanctionne, mais il ne prévient pas, à l'exception des avis émis lors des opérations de fusion acquisitions. Il serait donc bon de prévenir les abus liés aux pratiques d'exclusivité : et tel doit bien être l'un des attributs du cadre juridique de l'audiovisuel de mieux préciser les bonnes pratiques, c'est-à-dire dans ce cas d'insérer plus spécifiquement et systématiquement des règles plus précises quand au bon usage concurrentiel de

l'exclusivité afin de mieux préserver les intérêts communs des producteurs, des diffuseurs, des distributeurs et des consommateurs.

La protection

La protection constitue le deuxième thème que je souhaitais aborder. Pour préserver, sauvegarder leurs cultures, les Etats, les régions, les collectivités instaure un jeu complexe de règles de protection explicites ou tacites. Ces protections sont très courantes dans l'univers de l'audiovisuel. L'économiste que je suis tend à penser que la «protection de la culture», objectif politique tout à fait respectable, tend à cacher en réalité, une demande de protection du marché, c'est à dire une demande de protection des offreurs en place, le plus souvent au détriment des préférences, de la liberté de choix, et des intérêts économiques du consommateur.

On peut toujours considérer que cette restriction des choix imposée aux consommateurs est la contrepartie de « l'éducation » que l'on souhaite leur inculquer, mais l'on sent bien que ce type d'approche, dans une démocratie, situe le débat sur la protection sur un terrain particulièrement glissant...

Or si la protection de la culture peut-être, doit être, permanente et structurelle, la protection du marché doit rester quant à elle temporaire et conjoncturelle. Sinon cela signifie :

- d'une part que la règle de protection du marché est inefficace, elle s'attaque aux effets et non aux causes ; il faut alors éradiquer les règles inefficaces ;
- d'autre part que, la protection du marché de la culture peut se transformer à terme en une « culture de la protection ». Les offreurs en place finalement bloquent l'émergence de la diversité au détriment des concurrents de l'innovation c'est à dire dans le domaine culturelle au détriment de la création et de la créativité.

Les statistiques de l'observatoire européen de l'audiovisuel sont au demeurant claires : le commerce intra-européen des programmes ne se développe pas tandis que les flux internationaux de programmes nord-américains tendent à augmenter

considérablement. On peut alors rechercher dans ce constat objectif et chiffré deux explications alternatives :

- soit les consommateurs ont une préférence avérée pour les programmes nationaux qui expliquent ce frein au développement des échanges : on en déduit logiquement que les règles de protection nationale sont donc inutiles et qu'il faut les abolir, car il existe une barrière « culturelle » à l'entrée sur les marchés locaux, régionaux ou nationaux ;
- soit les règles de protection servent à bloquer l'entrée des programmes des pays tiers ce qui explique ce blocage du développement des échanges intra-européen. Alors il convient aussi de reconsidérer les règles de protection car, d'une part elles interdisent l'émergence de groupes européens d'une taille comparable aux groupes américains en interdisant aux acteurs de l'offre de bénéficier des économies d'échelle liées à la taille du marché intérieur européen, d'autre part elles freinent l'émergence d'une culture pan-européenne et favorise ainsi l'appétence pour les produits américains : l'effet produit se situe alors à l'opposé de l'effet recherché.

Il appartient donc au cadre juridique de l'audiovisuel de mieux discerner ce qui procède de la protection de la culture de ce qui procède de la « culture de la protection ». Au demeurant, si cette distinction était mieux appréhendée, comprise et gérée, à n'en point douter, les modalités d'intervention et de régulation dans l'industrie audiovisuelle et cinématographiques s'en trouveraient radicalement modifiées. Par exemple on pourrait alors se demander pour quelles raisons les subsides publics ne peuvent-ils pas bénéficier à des organismes de diffusion privés dès lors que ces derniers respectent un cahier des charges clairement établi pour produire et diffuser des programmes subventionnés par la puissance publique.

La concentration

La concentration éditoriale et la concentration capitaliste sont de nature différente. La concentration éditoriale s'apprécie sur les marchés pertinents du côté des

consommateurs, de la demande. La concentration capitaliste, s'apprécie quant à elle du côté de l'offre et des offreurs. Comme indiqué au début de cet exposé, l'économie conserve souvent le dernier mot ; en l'occurrence, le marché finit par imposer les mouvements de concentration capitaliste dès lors que la logique ou la contrainte économique impose cette concentration. A la suite de plusieurs auteurs qui se sont exprimés sur cette question, il est ainsi fort probable que la logique économique pousse à la concentration capitaliste dans l'industrie cinématographique et audiovisuelle car les programmes à succès sont de plus en plus coûteux à produire, à vendre et à distribuer : ils sont soumis à une logique de rendements croissants et la croissance des coûts est plus lente que la croissance de la demande solvable (abonnements ou publicité). Il s'agit là aussi avant tout d'un constat. L'inflation des coûts est un peu inscrite dans la logique économique fondamentale de l'industrie des contenus, du fait de l'importance du facteur humain et des mécanismes de rémunération des « talents rares » (cf. «Economics of superstars»). L'inflation de certains coûts (marketing et communication) est peut être aussi à mettre en relation avec les excès de la concurrence ou la stratégie d'acteurs puissants qui peuvent par ce biais préempter l'attention des consommateurs et mieux vendre, voire imposer, leurs produits.

Sur ce point de la concentration, les cadres juridiques de l'audiovisuel doivent aussi être améliorés. En réalité, ce qu'il faut prévenir, c'est moins la concentration de la majorité du capital d'un organisme de diffusion entre les mains d'un actionnaire (seuil de détention), c'est moins de savoir si les producteurs sont ou non « indépendants » que de s'assurer qu'aucun offreur puisse monopoliser ou cartelliser l'offre d'un genre de programmes, puisse contrôler un vecteur de distribution essentiel afin d'en faire un instrument d'éviction, puisse créer des distorsions verticales ou préempter les ressources essentielles, etc. Ces modalités de régulation économiques de l'industrie audiovisuelle ne peuvent être instaurées sans une identification préalable des marchés pertinents sur lesquels peuvent s'exercer des abus de concurrence qui peuvent altérer, *in fine*, la production de la diversité des programmes et élever le prix de l'accès aux programmes pour les consommateurs (abonnés ou publicitaires).

Il est significatif d'observer que le secteur des télécommunications qui entre en force au sein du paysage de l'audiovisuel européen et mondial dans la prochaine décennie via l'internet haut débit, est un secteur qui se régule *ex ante* sur la base de la définition préalable de marchés pour contrôler les abus comportementaux et non sur la base de règles *ex ante* d'interdiction de la concentration capitaliste, qui restent,

quant à elles, régit par le droit général de la concurrence. La régulation de l'audiovisuel et des contenus semble se situer, quant à elle, dans une logique inverse : on régule les règles de concentration capitalistique *ex ante* et on laisse au droit de la concurrence le soin de réguler *ex post* les abus sur les marchés. Les marchés pertinents sont ainsi définis au gré de l'évolution de la jurisprudence, c'est-à-dire au gré des abus dénoncés et sanctionnés : mais il est alors bien souvent trop tard.

La protection de la culture sera sans doute mieux assurée si l'on protège aussi les consommateurs et non pas uniquement certains acteurs particuliers de l'offre.

Une question finale que pose l'économie, en relation avec le thème de la régulation est la suivante : si un marché ne peut être laissé à lui-même et s'autoréguler, il faut créer un cadre juridique spécifique pour le réguler, donc un régulateur. Ainsi, le régulateur régule le marché et les entreprises qui interviennent sur ce marché : la question qui surgît est la suivante : qui régule le régulateur ? L'économiste Joseph Stigler, a fourni une solution à cette énigme. En substance nous dit-il, on trouve la réponse à cette question en recherchant à qui profite, en premier lieu, les règles de la régulation. Dans son analyse, il parle ainsi de «capture» : un art qui consiste à protéger des intérêts particuliers, privés ou publics, sous couvert de protection de l'intérêt collectif par le biais d'une activité de lobbying auprès des décideurs (hommes politiques, régulateurs, leaders d'opinion, etc.). Pour certains économistes, cette activité menée avec efficacité en arrive à déséquilibrer les flux d'information en direction des décideurs, cela en faveur des acteurs «écoutés» et au détriment des acteurs «passifs». Comme l'information est l'input de la décision, les déséquilibres d'information peuvent bien évidemment engendrer des décisions déséquilibrées, en toute méconnaissance de cause par des décideurs «mal» informés... L'efficacité de la capture renvoie donc aux modalités de fonctionnement des réseaux sociaux, des corporatismes, des institutions politiques concernées mais l'on touche ici aux frontières de la pertinence de l'analyse économique pure. «L'économie sociale» ou «l'économie politique» deviennent alors le complément indispensable de la compréhension des mécanismes des décisions des législateurs et des régulateurs. En résumé, la formation des règles n'échappent pas à l'influence déterminante des acteurs qui sont censées les supporter.

En guise de synthèse et de conclusion :

Le cadre juridique audiovisuel est confronté en permanence à la réalité économique du marché. Ce cadre doit donc constamment se réformer pour prendre en compte les modifications constantes qui s'opèrent au gré des innovations techniques et des stratégies des acteurs. Si je devais ne faire passer qu'un seul message au terme de cet exposé, il serait le suivant : pour que l'industrie l'audiovisuelle «ingère» mieux le marché, il conviendrait d'instaurer, dans le cadre juridique qui le régle, un peu plus de règles à caractère économique en relation directe avec le fonctionnement de la concurrence et des entreprises, et limiter en contrepartie l'instauration ou la prorogation de règles ad hoc ou de droits spécifiques que les acteurs qui les promeuvent ont tôt fait de métamorphoser en «passe-droits».

En vous remerciant de nouveau pour votre invitation et en vous remerciant pour le formidable travail que l'Observatoire Européen de l'audiovisuel mène avec constance, vigueur et qualité depuis dix ans et je l'espère, pour de nombreuses décennies à venir...