

COMPETITION POLICY AND FILM DISTRIBUTION

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Paris 1996

32340

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Complete document available on OLIS in its original format

Copyright OECD, 1996

**Applications for permission to reproduce or translate all or part of this material should be made to:
Head of Publications Service, OECD, 2, rue André-Pascal, 75775 - Paris Cedex 16, France.**

Copyright OCDE, 1996

**Les demandes de reproduction ou de traduction doivent être adressées à :
M. le Chef du Service des Publications, OCDE, 2 rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.**

FOREWORD

This document comprises proceedings, in their original language, of a roundtable on Competition Policy and Cinema and Television Film Distribution. This roundtable was held by the Committee on Competition Law and Policy in November 1995.

This document is published as a general distribution document under the responsibility of the Secretary General of the OECD to bring information on this topic to the attention of a wider audience.

PRÉFACE

Ce document rassemble la documentation dans la langue d'origine dans laquelle elle a été soumise, relative à une table ronde sur la politique de la concurrence et la diffusion de film au cinéma et à la télévision. Cette table ronde s'est tenue en novembre 1995 dans le cadre du Comité du Droit et de la Politique de la Concurrence.

Ce document est mis en diffusion générale sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE afin de porter à la connaissance d'un plus large public, les éléments d'informations qui ont été réunis à cette occasion.

TABLE OF CONTENTS

FOREWORD	3
BACKGROUND NOTE BY THE SECRETARIAT	5
NATIONAL CONTRIBUTIONS:	
Australia	23
Germany	29
Portugal	35
Switzerland	39
United Kingdom	43
United States	49
European Commission	59
AIDE-MEMOIRE OF DISCUSSION BY THE SECRETARIAT	67

BACKGROUND NOTE

(by the Secretariat)

One hundred years after its conception the cinema remains a popular art form and in the developed countries appears to be the most widely practised cultural activity. Because of advances in technology -- and much is yet to come in this regard -- a critical period will be reached where, at the same time as the development of the industry is being promoted, different questions from those seen so far are likely to be raised as far as competition is concerned, questions linked to the horizontal concentration and vertical integration of companies operating in film distribution markets.

Three film distribution sectors

With the advance of technology, in addition to the traditional distribution of films in cinemas, television and video are now also available to producers.

Television plays an increasingly important role in film exhibition thanks to the emergence alongside traditional broadcast channels financed by advertising and/or licence fees, of encoded channels for which a charge is made and whose arrival has been made possible by the development of cable and satellites¹. This new category of channels may itself be divided in two, those charging by monthly subscription (premium channels) and pay per view channels. Similarly, the video sector is an expanding method of film exhibition as most households now have a video recorder. This sector principally covers the purchase and rental of prerecorded film cassettes.

However, the traditional vehicle for distribution remains the cinema, though this sector has seen significant changes. There is a trend towards the grouping of cinemas within a small number of national or regional circuits with independent cinemas not part of a circuit now being the exception. This development is explained primarily by the very substantial investment entailed by the modernisation of existing cinemas and the appearance of cinema complexes. Cinemas in these networks, mainly located in urban areas, either in town centres or in the suburbs, are designed to meet the new demands of the public in terms of comfort and services. Thus, the new complexes have comfortable auditoria with large screens, offer easy access and parking, and are well-served by shops, restaurants and other related services.

To assess the competitive conditions in which films are distributed in the three different sectors, an analysis in several stages is required. Firstly, the market concerned should be defined and the degree of concentration of that distribution activity determined. Secondly, it must be found whether there are regulations or practices which prevent market entry; where such barriers co-exist with high concentration, there will be the risk of exercise of market power, which will make further horizontal concentration and, in some cases, vertical integration, threatening to competition.

Market definition²

Market definition entails distinguishing between new films shown exclusively in cinemas, known as "first run films", and others, and examining the different film distribution sectors -- television, video and cinema -- endeavouring to identify any relevant sub-sectors.

First, a distinction must be made between first run films, which are shown exclusively in cinemas, and films which are no longer first run and which may be exhibited by any one of the three sectors, or even all three at once.³

Given that first run films are available only in cinemas, do consumers consider older films (or indeed other forms of entertainment) available on other media, as close substitutes? That is an empirical question, of course. Despite continuing advancements in home entertainment technology, however, the cinema continues to be a popular form of entertainment. As long as producers continue to choose to exhibit new, mass market films only in cinema houses, a good argument can be made for first run exhibition as a distinct product market. Thus it must be asked whether producers are likely to consider television or video as alternatives to cinema houses for new films. In the near future such a change does not appear to be likely. As discussed further below, new technology could alter such a calculation in the longer run, however.

For first run films, distributed in cinemas, the producer must determine whether certain cinemas are preferable to others because of their location or the ancillary services⁴ they offer. Thus, cinemas situated in key markets⁵ will be preferred, since box office results -- in light of which the value of television and video rights and foreign sales is negotiated -- are often based on fairly limited markets; likewise, cinemas which offer greater financial guarantees, for example, will be sought after by producers.

For films which are no longer first run, the producer has to assess whether the return would be the same if the film were distributed in the cinema, on television or on video, or whether one of these media is preferable to the others. On this point, the producer may find it useful to observe consumer behaviour. For older films, the film viewer's order of preference is likely to be television, then video and finally the cinema.

There is evidence that once new techniques and available frequencies allow films to be broadcast on television and on video⁶, the latter become close substitutes for the cinema. Films can now be viewed at home continuously in the same version as in the cinema soon after their release as first runs; because of the potential return which these new opportunities offer, the time-lag between when a film is shown in the cinema and when it is broadcast on television and video is continuing to decrease significantly.

However, when considering television, the producer must distinguish between encoded and unencoded channels. Subscribers to encoded television channels, who have to pay more than for unencoded television, are greater consumers of films on television than unencoded television viewers, since although their main motivation seems to be to have a wider selection of programmes, an important factor remains the opportunity to see more films. However, the regular viewer of pay-per-view film channels is the biggest consumer of films. Pay-per-view film channels, which are only now becoming prevalent as a result of new technology, offer the producer a significant new source of revenue. These channels may someday compete with, or supplant, first run exhibition.

The pre-eminence of television and video in the exhibition of films which are not first runs must be qualified, however, in certain cases where exhibition in the cinema appears to regain its specific character. For a section of the public as for certain films, broadcasting on television does not have the same impact as in the cinema. Certain film viewers still feel that impressions are stronger in a cinema auditorium; this is particularly true of "big screen" films⁷ where the picture, sound and spectacle are of decisive importance and the experience is enhanced by the comfort of a cinema auditorium and the special feeling of a visit to the cinema.

To assess whether these media are of equal value for film distribution the producer/distributor must also determine whether they are accessible on the same terms to all consumers everywhere. The area where the film viewer lives will determine how often he/she visits the cinema and the extent to which

television is general, and encoded subscription or pay-per-view channels in particular, or indeed video, are available as a substitute.⁸

Horizontal concentration

Once the film distribution market has been defined together with its particular components, the degree of concentration of the industry is an important element to be taken into consideration. Some firms in the film industry are quite large by absolute standards, and there appears to be a trend toward the creation of even larger enterprises by merger. In competition analysis, however, it is not the absolute size of a firm which by itself is important, but the resulting market share.

In the cinema industry there has been a trend toward consolidation into a limited number of circuits, each of which may control several cinemas in a given market. In many markets a relatively few independent cinemas survive. Television broadcasting is highly concentrated in most markets, with relatively few broadcast channels available. The advent of cable television, which provides many more channels, and of direct satellite broadcasting, is rapidly altering the television environment, however. Film production, on the other hand, appears to be less highly concentrated in many countries. Alongside the large, well-established production companies exist a number of independent producers, which produce successful films from time to time. The trend toward vertical integration in the industry, discussed further below, may adversely impact this situation, however.

In competition analysis, of course, high concentration and substantial market shares are not by themselves a cause for concern; they may in themselves reflect welcome economic efficiency. The analysis should be taken further in order to find out whether possible barriers to market entry exist which could exclude, or reinforce the exclusion of, competitors.

Barriers to entry

Various barriers to entry to film exhibition may be erected, whether of a regulatory nature, thus constituting barriers to entry in the more traditional sense, or relating to the implementation of practices. Examples include:

- regulations, which exist in some countries, intended to protect distribution in the cinema from the development of television and video; such regulations may provide that new films released in the cinema may not be shown on television or marketed on video for a fixed clearance period; they may also provide for the following hierarchy in film distribution: cinema, video and finally television. Regulatory clearance periods may also vary according to the nationality and box office success of a film, thus creating further discrimination, as marketing on video may increase the film producer's return.⁹ Thus, many producers tend to demand longer clearance periods between marketing on video and the broadcasting of their films on pay-per-view and premium television channels in order to increase video retailers' returns and consequently their own;
- in the second category of barriers, the growing dominance of large cinema circuits in many markets may operate to squeeze cinemas which do not belong to a circuit out of the schedule of film releases. Not only may independent cinemas thus be deprived of first-run films to show on their screens but they may also be forbidden to exhibit older films which are no longer being shown as first runs by competitors who are members of a circuit. The circuit members keep this option, plus the corresponding revenues for themselves, thus controlling all of a film's revenues until its box office value is exhausted. Similarly, through their

programming, these major circuits may squeeze out small producers, showing films by powerful producers only;¹⁰

- In other respects, however, entry barriers in cinema exhibition may be considered relatively insignificant. It does not appear unduly difficult in most markets simply to build and operate a cinema complex, any more than any other type of large retail establishment. Those entry barriers that exist appear to be centred on the ability to acquire the rights to exhibit popular first run films;
- Entry barriers in television are quite different, and probably more significant than in cinema markets. The number of available broadcast channels is limited, and closely regulated. In most markets, television cable service is a regulated monopoly. The cable network has aspects of a natural monopoly, although new entry by direct broadcast satellite service and possibly by local telecommunications operators are bringing about changes in this regard. Finally, while direct broadcast satellite service promises to offer new and dramatic competition to traditional cable service, entry into DBS itself is difficult, and is characterised by large economies of scale, regulatory barriers, and possible shortages of available programming.

Vertical integration

Vertical integration may take the form of a system of common ownership or of contractual provisions. In either case, co-ordination of production, distribution and exhibition decisions upstream and downstream are the result, and these replace or supplement the incentives that existed when competitors in these industries were acting independently. These vertical relationships may be efficiency-enhancing; they have the advantage for the companies concerned of ensuring the better co-ordination of production and distribution decisions. However, where market conditions upstream or downstream -- concentration, barriers to market entry etc. -- allow, these vertical relationships may lead to co-ordinated decision-making, resulting in more complete exploitation of market power or to decisions which disadvantage rival companies.¹¹

In the film industry, vertical integration is not a new phenomenon, since producers and cinema operators long ago realised that their operations could be enhanced by joint control of distribution and exhibition. With the advent of new distribution media (television and video), this vertical integration was extended and has now taken a more complex turn with the sometimes inextricably linked ownership of the three film distribution sectors.

By controlling the distribution of their films, producers and distributors can improve economic efficiency and ensure that their films are shown. But in addition, if concentration in these industries is high, and entry difficult, vertical integration may squeeze out competition from independent producers and exhibitors. When examining the principal restrictive practices implemented, it is therefore important to distinguish between those which improve efficiency and those which have a negative effect on competition.

Cinema operators claim that producers and distributors treat cinemas differently according to whether or not they are integrated. Cinemas belonging to circuits and also vertically integrated allegedly are given greater opportunity to exhibit blockbusters, and are also granted deductions in rental fees when they show two films, an extended exhibition period and special preview exhibitions.

On the other hand, cinemas which are not part of a circuit and not vertically integrated may find themselves subject to a number of constraints, in particular as regards:

- first runs, which allow maximum revenue to be gained from films shown in the form of a series of distribution in cinemas across the country; producers generally reserve this type of distribution for cinemas with a high turnover, most often belonging to a powerful circuit.

Films are then distributed in cinemas with a lower turnover until their box-office potential is exhausted;

- the length of the distribution period; the requirement that this period be relatively long (4 weeks or more) as a condition of licensing popular films reduces the ability of cinemas with a limited number of screens to meet consumer demand and aggravates the problems encountered by independent producers;
- the setting of a clearance period between the end of a film's first run and the time when it may be reshowed in cinemas which, particularly if this is a long period, allows more income to be obtained from the first run. If the clearance period is very long a film will exhaust its box office value and in consequence the operators who have negotiated subsequent distribution of the film will in reality be out in the cold. Moreover, what income there is to be earned from redistribution will be captured by video and television;
- zoning, which consists of setting geographic boundaries within which a given cinema will have exclusive exhibition rights. This practice ensures that the cinema operator will obtain the largest possible audience for his film and will prevent other cinemas nearby from competing for the viewers who want to see that particular film. In defence of the practice, however, it is pointed out that a reasonable zone of exclusivity is necessary to induce the cinema operator to provide adequate promotion for the film;
- block booking, which is a form of tying, and which is the practice whereby authorisation to show a film or a package of films is granted on condition that the operator also takes one or more other films from the distributor. This provides an outlet for poorer quality films or those with limited box-office potential. Where a producer is linked by contract with the biggest stars, cinema operators are well-advised to take his less commercial films if they want to have the more commercial ones. This practice, which prohibits bidding for films cinema by cinema, makes it impossible for small competitors to obtain first runs and gives an advantage to those who are affiliated to a major network;
- blind bidding, which is the practice whereby a distributor requires an operator to order a film without prior viewing;
- advance payments, which are made by the cinema operator before distribution of the film as security or to effect payment under a distribution agreement;
- a guarantee, which is a minimum amount the cinema operator guarantees the distributor in return for authorisation to show a given film.

Similarly, by buying out or taking a substantial share in a television channel, a producer can secure outlets for his catalogue of films and, in so doing, enhance the value of his less popular films. However, this benefit to the producer may be accompanied by a corresponding exclusion of other producers who will find outlets for their own production correspondingly more difficult to find.

As far as broadcasters are concerned, television companies, for example, may find it in their interests to control film production as this will enable them not only to extend their profit base¹² but in particular to obtain a competitive advantage. By obtaining priority over its competitors¹³ the producer channel captures its rivals' audience and competes with video¹⁴; it may also bring about more competition between television and cinema, to the extent the integrated producer elects to exhibit relatively new films on television. Non-integrated cinemas may be adversely affected, on the other hand.¹⁵ Declining audiences lead cinemas, which also have to pay off modernisation costs, to increase ticket prices, thus giving film-viewers another reason to desert the cinema.

Moreover, although control of film production by television companies may benefit the integrated film producers, it may also lead to the exclusion of certain producers who do not make films considered suitable for television audiences.¹⁶ This may lead independent producers¹⁷ to become employees of major groups and thus to lose their independence.

The adverse negative effects from vertical integration described above are not inevitable, however. The integration of a film producer and a television network may foreclose other television networks from access to the integrated producer's films, for example, but that will be of little consequence if there remain a significant number of independent producers whose films are available to other networks. The same analysis applies to access to television and other means of film exhibition. It is not clear, for example, that merely because a television company is integrated with a film producer it would be unwilling to consider exhibiting the products of independent producers. Such a policy could be self-defeating, particularly if the products of the captive producer turn out to be unpopular with the public. These questions and others, particularly those involving the effects of vertical integration on conditions of entry, will be considered by competition officials as they confront the current trend toward vertical integration in the film industry.

Questions for discussion

The brief analysis above gives some indications of the elements to be taken into account in determining whether film distribution conditions are satisfactory from the point of view of competition. It omits one important feature of the industry however, which very often gives rise to government intervention, namely, the preservation and encouragement of pluralism and the expression of a diversity of views, together with the affirmation of a country's cultural identity¹⁸.

This analysis has attempted nevertheless to give delegates of the Committee on Competition Law and Policy a structure for examination of the cases which will be submitted to them at the next meeting, on 9 and 10 November 1995 and which will be discussed during a Round Table lasting one and a half hours. After briefly placing them in context as regards the film industry in their country (structure, production level, etc.) delegates submitting case studies might give particular details of:

- how they analysed the market in question and how they assessed the degree of substitutability;
- what type of barriers to entry (regulations or practices) they detected;
- what market share appeared to them to present the risk of market power and why;
- what abuse of market power has been observed if any;
- what horizontal restrictions have been identified as likely to exclude competitors from the market;
- what vertical restrictions have been identified as likely to exclude competitors from the market;
- whether these vertical and horizontal restrictions have led to economic progress;
- what remedial measures they have implemented and an assessment of the results.

NOTES

1. Notably multichannel distribution technologies such as cable networks, Direct Broadcast Satellites (DBS), Satellite Master Antenna Television (SMATV), and Multichannel Microwave Distribution Systems (MMDS).
2. For a theoretical description of methods of analysis and market definition which may be applied to the film industry, see Competition Policy and a Changing Broadcast Industry, OECD (1993) pp. 102 et seq.
3. Some films are made exclusively for television, and are not exhibited in all three sectors. However, in certain circumstances they may affect the broadcasting of films on television, see par. 18 below.
4. Ancillary services such as bars, restaurants, shops selling items promoting the film being shown in the cinema, explain the success of the complexes described in paragraph 4.
5. Markets considered in the industry as ones which both shape opinion and reflect how a film is perceived.
6. In this respect, if HDTV (High Definition Television) transmission standards, which ensure better quality audio and video broadcasts, become widespread, the differences in sound and picture quality between broadcasting in the cinema and audio-visual broadcasting will be reduced further.
7. "Gone with the Wind" and "Star Wars" for example.
8. In rural areas, certain channels may not be accessible, as cable services and certain over-the-air channels do not always cover an entire country.
9. This discrimination will be continued if a shorter clearance period is granted more readily to successful national films than to foreign films; the producer may then increase profits through good video sales.
10. This applies in particular where there is a fairly close relationship between the producer and the cinema network; see the analysis of vertical integration below.
11. For an analysis of the effects of vertical integration, see Competition Policy and a Changing Broadcast Industry, OECD (1993) pp. 123 et seq.
12. In the case of a co-production, when a television channel finances a film it purchases two things: a share in the co-production and priority broadcasting rights. Its interest is therefore twofold: financing films which, if successful, may pay back its production costs but also and more importantly, taking out an option for the first showing on television.
13. Or shorter clearance periods between cinema release and broadcasting on television when these periods are set to protect cinemas from competition from television and video.
14. Which may lead video clubs to prefer to market foreign films or those which did not enjoy box office success.

15. Producer channels could suffer from this phenomenon, however, as it seems that films have to be seen in a cinema if they are to have an authentic aura, and box office success is needed in order to create a television audience.
16. Foreign producers in particular are likely to be discriminated against in countries where television is obliged to abide by specifications which, inter alia, impose a quota for the broadcasting of national films. Producers who make unusual films which are not to the taste of television viewers or spectacles which the public prefer to see on the big screen, may also be affected.
17. In Europe the integration of film and television production appears to be more complete than in the United States, where until recently regulations have prevented television networks from owning much of their programming. Those restrictions have been lifted, however, resulting in proposed mergers of film producers and television companies.
18. Thus, many Member countries give subsidies to promote national production.

NOTE DE RÉFÉRENCE

(par le Secrétariat)

Cent ans après sa création, le cinéma reste un art populaire et semble être dans les pays développés la pratique culturelle la plus importante. Grâce aux nouvelles technologies -- et beaucoup reste encore à venir dans ce domaine --, une étape décisive devrait être franchie qui, tout en favorisant le développement de cette industrie, risque de soulever de nouveaux problèmes de concurrence par rapport à ceux que l'on observe déjà et qui sont liés à la concentration horizontale et à l'intégration verticale des entreprises qui opèrent sur le marché de la diffusion du film.

Trois filières de diffusion du film

En effet, avec les progrès de la technologie, les producteurs disposent désormais à côté de la filière traditionnelle de diffusion des films en salles, des filières télévision et vidéo.

La filière télévision joue ainsi un rôle croissant comme vecteur de diffusion de films grâce à l'émergence à côté de chaînes hertziennes "en clair" qui sont financées par la publicité et/ou une redevance, de chaînes cryptées payantes dont l'avènement a été rendu possible par le développement du câble et des satellites¹. Cette nouvelle catégorie de chaînes se décompose elle-même en deux avec d'une part, les chaînes payantes par abonnement mensuel et d'autre part, les chaînes payantes, à la carte, en fonction du film vu. De même, la filière vidéo représente un mode de diffusion des films en expansion avec la généralisation de l'acquisition d'un magnétoscope par l'ensemble des ménages. Cette filière recouvre principalement les achats et locations de cassettes de films pré-enregistrées.

La filière traditionnelle de diffusion en salles demeure cependant, mais elle a significativement évolué. On observe, en effet, un phénomène de regroupement des salles au sein d'un nombre limité de groupements nationaux ou régionaux, la salle indépendante non intégrée à un réseau devenant l'exception. Cette évolution s'explique principalement par les investissements très lourds qu'ont supposé la modernisation du parc de salles ainsi que l'apparition des complexes voire multiplexes de salles. Les salles de ces réseaux principalement localisées dans les régions urbanisées, que ce soit en centre ville ou à la périphérie urbaine, se doivent en effet de répondre aux nouvelles exigences du public en terme de confort et de prestation de services. C'est ainsi que ces nouveaux complexes regroupent des salles confortables qui peuvent accueillir des écrans de taille importante, qui offrent des facilités d'accès et de stationnement et qui sont bien desservis en commerce, restaurations et autres services connexes.

Afin d'apprécier les conditions de concurrence dans lesquelles le film est diffusé à travers ces trois filières il importe de procéder à une analyse suivant plusieurs séquences. En premier lieu, il convient de définir le ou les marchés concernés puis de déterminer le degré de concentration de cette activité de diffusion. Ensuite, il faut rechercher si des réglementations ou des pratiques font obstacle à l'entrée sur le marché; dans l'hypothèse où de tels obstacles sont constatés en même temps qu'un phénomène de forte concentration, il y aura un risque de puissance sur le marché qui rendra des opérations de concentration horizontale et, dans certains cas, d'intégration verticale, dangereuses pour la concurrence.

Définition du marché²

La définition du marché suppose à la fois de distinguer entre les films nouveaux diffusés en première exclusivité et les autres, et de passer en revue les différentes filières de diffusion du film -- télévision, vidéo et salles -- en s'efforçant d'identifier le cas échéant les sous filières qu'elles peuvent comporter.

Il convient d'abord de distinguer entre les films nouveaux qui sortent et qui sont diffusés en première exclusivité en salles uniquement et les films qui ne font plus l'objet d'une diffusion en première exclusivité et peuvent être diffusés indifféremment par l'une des trois filières voire les trois simultanément³.

Dans la mesure où les films nouveaux diffusés en première exclusivité ne sont visibles qu'en salles, les consommateurs estiment-ils que les films plus anciens (ou d'autres formes de divertissements) visibles sur d'autres supports constituent de proches substituts? Ceci est bien sûr une question empirique. En dépit des progrès continus de la technologie qui permettent d'obtenir ce type de divertissement à la maison, le film vu au cinéma continue à être une forme populaire de distraction. Aussi longtemps que les producteurs continueront à diffuser leurs nouveaux films uniquement en salles, on pourra faire valoir que la diffusion en première exclusivité constitue un marché de produit distinct. On doit donc s'interroger sur le point de savoir si les producteurs en viendront à considérer la télévision ou la vidéo comme des alternatives aux salles pour la diffusion des nouveaux films. Ceci ne paraît pas probable dans un avenir proche. Cependant, ainsi que cela est indiqué plus bas, le développement des nouvelles technologies pourrait à plus long terme modifier cette analyse.

Pour les films en première exclusivité qui sont diffusés en salles, le producteur devra déterminer s'il existe certaines salles préférables à d'autres compte tenu de leur emplacement ou des services connexes⁴ qu'elles offrent. Ainsi des salles situées sur un marché directeur⁵ seront plus recherchées que d'autres car c'est souvent sur des marchés bien circonscrits que se jouent le nombre d'entrées, à partir desquelles se négociera la valeur des droits pour la télévision, la vidéo et les ventes à l'étranger; de même, des salles qui offrent, par exemple, des garanties financières supérieures seront recherchées des producteurs.

Pour les films qui ne sont plus diffusés en première exclusivité, il appartiendra au producteur d'apprécier s'il est équivalent, en terme de recettes, de voir son film diffusé en salles, à la télévision ou en vidéo, ou si l'une de ces filières est préférable aux autres. L'observation du comportement des consommateurs peut, à cet égard, lui être utile. On constate, en effet, que pour les films plus anciens l'ordre des filières choisies sera le plus vraisemblablement la télévision puis la vidéo et enfin les salles de cinéma.

Il semble évident qu'à partir du moment où les nouvelles techniques et les fréquences disponibles le permettent⁶, les films diffusés par la télévision et sous forme de vidéo, deviennent des substituts très proches de la diffusion en salles. Les films peuvent, en effet, désormais être visionnés à domicile de façon continue dans la même version que dans les salles et ce, assez peu de temps après leur sortie en salles en première exclusivité; en raison du potentiel de recettes que représentent ces nouveaux créneaux, le délai entre la date de diffusion des films à travers les filières télévision et vidéo et celle de leur diffusion en salles tend encore à se réduire significativement.

Toutefois, en considérant la filière télévision, le producteur devra distinguer entre la télévision en clair et la télévision cryptée. L'abonné de la télévision cryptée qui doit payer plus que pour voir la chaîne en clair, est un plus gros consommateur de film à la télévision que le seul spectateur de la télévision en clair car si sa motivation principale semble être d'avoir une offre de programme élargie, une motivation importante demeure la faculté de voir davantage de films. Mais c'est l'habitué des chaînes cinéma, payantes à la carte, qui représente le consommateur de film le plus important. Les chaînes payantes à la carte, qui grâce aux nouvelles technologies tendent maintenant à se développer, offrent aux producteurs une nouvelle

source de revenus significatifs. Ces chaînes pourraient un jour faire une certaine concurrence voire supplanter la diffusion en première exclusivité.

Cette primauté de la télévision et de la vidéo pour la diffusion de films qui ne sortent plus en première exclusivité doit cependant être nuancée dans certains cas où la diffusion en salles semble reprendre sa spécificité. En effet, il apparaît que pour une fraction du public ou pour certains films, leur visionnage en salles ou à la télévision ne soit pas équivalente. En effet, le sentiment persiste chez certains que dans une salle de cinéma les impressions sont plus fortes; ceci est particulièrement vrai pour les films "grand écran" ⁷ pour lesquels l'image, le son, le grand spectacle sont des critères déterminants qui supposent le confort d'une salle et le caractère exceptionnel d'une sortie de cinéma.

Pour permettre au producteur/distributeur d'apprécier si ces filières sont équivalentes en terme de diffusion, il devra également vérifier si elles sont accessibles dans les mêmes conditions à tous les consommateurs quelque soit le lieu géographique où ils se trouvent. En effet suivant sa localisation, le consommateur de film fréquentera plus ou moins les salles de cinéma et disposera plus ou moins facilement à titre de substitut de la télévision, et au sein de cette filière, des chaînes cryptées par abonnement ou payables à la carte⁸ ou encore de la vidéo.

Concentration horizontale

Une fois le marché de la diffusion du film défini y compris dans ses composantes particulières, le degré de concentration de cette activité est un élément important à prendre en considération. Certaines entreprises dans l'industrie cinématographique sont très grandes en termes absolus, et il semble qu'il y ait une tendance à la constitutions d'entreprises encore plus grandes, suite à des fusions. Toutefois, dans une perspective d'analyse de la concurrence, ce n'est pas la taille, en terme absolu, de l'entreprise elle même qui importe mais la part de marché qui en résulte.

Dans l'industrie cinématographique, on constate une tendance à la consolidation en un nombre limité de réseaux, chacun d'eux contrôlant plusieurs salles de cinéma dans un marché donné. Dans de nombreux marchés, relativement peu de cinémas indépendants subsistent. La diffusion par la télévision est fortement concentrée dans la plupart des marchés avec relativement peu de chaînes de diffusion disponibles. Le développement de la télévision par câble qui offre beaucoup plus de chaînes et de la diffusion directe par satellites modifie cependant rapidement l'environnement télévisuel. Par ailleurs, la production de film semble dans la plupart des pays être moins fortement concentrée. A côté d'entreprises bien établies et importantes coexistent un certain nombre d'entreprises de production indépendantes qui produisent de temps à autre des films à succès. L'intégration verticale de l'industrie, évoquée ci-dessous, peut cependant affecter négativement cette situation.

Dans une perspective d'analyse de la concurrence, une forte concentration et une part significative de marché ne sont pas en soi préoccupants; elles peuvent, en tant que telles, refléter une efficience économique bienvenue. L'analyse doit être poussée plus avant pour détecter l'existence d'éventuelles barrières à l'entrée qui permettraient d'exclure ou de renforcer l'exclusion de concurrents.

Barrières à l'entrée

Diverses barrières peuvent être érigées à l'entrée sur le marché de la diffusion du film, qu'elles soient d'ordre réglementaire, constituant alors des barrières à l'entrée au sens traditionnel, ou liées à la mise en oeuvre de pratiques. A titre d'exemple, on pourra citer notamment

- les règles, qui existent dans certains pays, visant à protéger la diffusion en salles, menacée par le développement de la télévision et de la vidéo; ces règles peuvent non seulement fixer les

délais dans lesquels les films nouveaux peuvent être diffusés à la télévision ou commercialisés en cassettes vidéo après leur sortie en salles mais également, prévoir une hiérarchie dans la diffusion des films avec dans l'ordre, une diffusion en salle, une diffusion en vidéo et enfin une diffusion à la télévision. Ces délais peuvent également varier, créant ainsi une discrimination supplémentaire, suivant la nationalité et le succès en salle des films car une commercialisation vidéo peut rehausser la recette trop faible pour le producteur d'un film⁹. Ainsi, beaucoup de producteurs tendent à exiger une augmentation des délais de diffusion entre la commercialisation par vidéo et la diffusion de leurs films par les chaînes de télévision payantes afin d'accroître les recettes des détaillants vidéo et les leurs, par voie de conséquence ;

- dans la deuxième catégorie de barrières, la domination croissante exercée par les gros réseaux de salles sur de nombreux marchés peut conduire à évincer les salles non intégrées à un réseau, du plan de sortie des films. Non seulement ces exploitants indépendants peuvent se voir ainsi privés de films à projeter en première exclusivité sur leurs écrans mais ils peuvent aussi se voir interdits la faculté de rediffuser des films qui ne passent plus en première exclusivité chez leurs concurrents, membres d'un réseau. Ceux-ci, en effet, s'approprient cette faculté ainsi que les recettes correspondantes, captant ainsi l'intégralité des recettes d'un film jusqu'à épuisement de sa valeur en salle. De même ces gros réseaux peuvent par leur programmation évincer les petits producteurs, pour ne diffuser que les films de producteurs puissants¹⁰ ;
- à d'autres égards cependant, les barrières à l'entrée dans la diffusion de film peuvent être jugées relativement insignifiantes. Il ne paraît pas plus difficile dans ce secteur que dans d'autres de monter et d'exploiter une entreprise commerciale d'envergure. Les barrières à l'entrée qui peuvent exister, semblent être liées à la capacité d'acquérir les droits de diffusion des films en première exclusivité les plus populaires ;
- les barrières à l'entrée concernant la télévision sont assez différentes et probablement plus importantes que pour le cinéma. Le nombre de chaînes de diffusion disponibles est limité et étroitement réglementé. Dans la plupart des marchés, le service de télévision par câble est un monopole réglementé. Le réseau câblé présente des aspects de monopole naturel quoique des entrées nouvelles par le service de diffusion directe par satellite et probablement par des opérateurs locaux de télécommunication soient de nature à apporter des changements à cet égard. Enfin, alors que le service de diffusion directe par satellite promet de faire une concurrence nouvelle et importante au service traditionnel du câble, l'entrée dans DBS est difficile, se caractérise par d'importantes économies d'échelle, des barrières réglementaires et de possibles réductions en terme de programme disponible.

Intégration verticale

L'intégration verticale peut prendre la forme d'un régime de propriété commune ou de dispositions contractuelles. Dans chaque cas, il en résulte une coordination des décisions de production de distribution et de diffusion en amont ou en aval; ceci remplace ou complète les incitations qui existaient lorsque les concurrents agissaient indépendamment. Ces relations verticales peuvent renforcer l'efficacité; elles présentent l'avantage pour les entreprises concernées de mieux coordonner les décisions en matière de production et de commercialisation. Toutefois, lorsque les conditions du marché en amont ou en aval -- concentration, barrières à l'entrée sur le marché, etc. -- s'y prêtent, ces relations verticales peuvent entraîner une coordination des décisions qui permet une exploitation plus complète d'une puissance sur le marché ou qui rend possible des décisions qui désavantagent des entreprises rivales¹¹.

Dans l'industrie cinématographique, l'intégration verticale n'est pas un phénomène nouveau; il date de l'époque où les producteurs et les distributeurs ont pris conscience que la maîtrise conjointe de la distribution et de la diffusion était de nature à renforcer leurs opérations. Avec l'avènement des nouveaux supports de diffusion (télévision et vidéo), cette intégration verticale s'est étendue et prend, désormais, un tour plus complexe en raison de l'enchevêtrement parfois inextricable des liens de propriété entre les trois filières de diffusion du film.

En maîtrisant la diffusion de leurs films, producteurs et distributeurs peuvent renforcer l'efficacité économique mais aussi assurer l'accès aux écrans de leurs films. En outre, si la concentration est forte et l'entrée difficile, l'intégration verticale peut écarter la concurrence de producteurs et de diffuseurs indépendants. En passant en revue les principales pratiques restrictives mises en oeuvre, il importe donc de distinguer entre celles qui améliorent l'efficacité de celles qui présentent un bilan négatif en terme de concurrence.

Les exploitants de salles prétendent que les producteurs et les distributeurs traitent les cinémas différemment selon qu'ils sont ou non intégrés. Les salles appartenant à des réseaux et qui sont, de surcroît, intégrées verticalement se voient, paraît-il, consentir non seulement une plus grande possibilité de diffuser des films de large audience, mais aussi des déductions de redevances lorsqu'elles projettent deux films, un délai de diffusion étendu et des visionnages préalables particuliers.

En revanche, les salles qui n'appartiennent pas à un circuit et qui ne sont pas verticalement intégrées peuvent se voir imposées une série de contraintes liées notamment à :

- la diffusion en première exclusivité qui permet de tirer un maximum de revenu des films diffusés sous forme d'une série de diffusions dans des cinémas à travers le pays; ce type de diffusion est généralement réservé par les producteurs aux salles réalisant des chiffres d'affaires élevés, le plus souvent appartenant à un réseau puissant. Ultérieurement, les films seront diffusés dans des cinémas à chiffre d'affaires moins élevés jusqu'à ce que leur potentiel de revenu en salle soit épuisé ;
- la longueur du délai de projection; l'exigence de période de projection relativement longue (quatre semaines ou plus) comme condition de fourniture de copies de films populaires réduit la capacité des salles disposant d'un nombre d'écran limité à répondre à la demande des consommateurs et aggrave les difficultés de diffusion rencontrées par les producteurs indépendants ;
- la fixation d'un délai entre la fin de la sortie en première exclusivité du film et le début de sa rediffusion en salles qui permet, surtout si le délai est long, d'obtenir davantage de revenu de la sortie en première exclusivité en salles. Si ce délai est très long un film épuiera sa valeur en salle et par voie de conséquence les exploitants qui auront négocié sa rediffusion seront en réalité mis hors jeu. De surcroît, la vidéo et la télévision captent les revenus de ces rediffusions dans la mesure où il reste encore des revenus de rediffusion à capter ;
- le zonage qui consiste à fixer des frontières géographiques au sein desquelles un cinéma donné aura des droits de diffusion exclusifs. Cette pratique assure à l'exploitant qu'il obtiendra la plus grande audience possible pour son film et empêchera les autres cinémas situés à proximité d'entrer en concurrence pour les mêmes spectateurs qui souhaiteraient voir ce film là; en revanche, cette pratique a le mérite de répondre au besoin qu'a l'exploitant de disposer d'une zone raisonnable d'exclusivité pour assurer une promotion adéquate du film ;
- la réservation en bloc qui constitue une forme de vente liée et qui est la pratique par laquelle on accorde l'autorisation de diffuser un film ou un ensemble de films à condition que l'exploitant prenne également un autre ou d'autres films du distributeur. Elle permet de

trouver des salles pour diffuser des films de moindre qualité ou ayant un potentiel limité en terme de succès commercial. Dans la mesure où un producteur est lié par contrat avec les acteurs les plus populaires, les exploitants de salles ont intérêt à prendre ses films les moins commerciaux s'il veut avoir les plus commerciaux. Cette pratique qui interdit la possibilité de soumissionner pour des films salle par salle, conduit à éliminer la possibilité pour les petits concurrents d'obtenir des films en première exclusivité et donne un avantage à ceux qui sont affiliés à un réseau important ;

- la commande à l'aveugle qui est la pratique selon laquelle un distributeur oblige un exploitant à commander un film sans avoir pu le visionner au préalable ;
- les avances qui sont des fonds versés l'exploitant de salle avant la diffusion du film à titre de sécurité ou qui sont appliqués aux paiements au titre d'un tel accord ;
- une garantie qui est un minimum de revenu que l'exploitant de salle garantit au distributeur pour l'octroi d'une autorisation de diffuser un film donné.

Similairement, en rachetant ou en prenant une participation significative dans une chaîne de télévision, un producteur peut assurer des débouchés à son catalogue de films et, accessoirement, valoriser les films secondaires de son catalogue. Mais ce gain pour le producteur peut s'accompagner d'une exclusion correspondante des autres producteurs dont les débouchés pour leur propre production seront réduits d'autant.

De son côté, un diffuseur, par exemple, une chaîne de télévision, peut avoir intérêt à maîtriser la production de films car cela lui permettra non seulement d'élargir l'assiette de ses profits¹² mais surtout cela lui permettra d'obtenir un avantage sur ses concurrents. En obtenant une priorité sur ses concurrentes¹³, la chaîne productrice capte l'audience de ses rivales et concurrence la vidéo¹⁴; elle peut également entraîner une plus grande concurrence entre la télévision et le cinéma dans la mesure où le producteur intégré choisit de diffuser des films relativement nouveaux à la télévision. Des cinémas non intégrés peuvent être par ailleurs affectés négativement¹⁵. Ce phénomène de désertion conduit les salles qui doivent par ailleurs amortir leurs frais de modernisation à augmenter les prix des billets, ce qui donne un motif supplémentaire aux spectateurs de fuir les salles.

Par ailleurs, si la maîtrise de la production de films par la télévision peut profiter au producteur de film intégré, elle peut également conduire à l'éviction de certains producteurs qui ne font pas des films jugés adéquats pour ce type de public¹⁶. Cette évolution peut conduire les producteurs indépendants¹⁷ à devenir des salariés de grands groupes et à perdre de ce fait, leur indépendance.

Les effets négatifs de l'intégration verticale décrits ci-dessus ne sont pas cependant inévitables. L'intégration d'un producteur de film et d'un réseau de télévision peut évincer d'autres réseaux de télévision de l'accès aux films du producteur intégré, par exemple, mais cela aura peu d'importance si subsistent un nombre suffisant de producteurs indépendants dont les films sont accessibles aux autres réseaux. La même analyse s'applique à l'accès à la télévision et aux autres modes de diffusion de film. Il n'est pas évident par exemple que parce qu'elle est intégrée à une maison de production, une télévision se refuse à envisager de diffuser les films de producteurs indépendants. Une telle politique serait suicidaire, dans l'hypothèse où les films du producteur captif n'auraient plus de succès. Ces questions et d'autres, notamment celles concernant les effets de l'intégration verticale sur les conditions d'entrée, seront examinées par les autorités de la concurrence lorsqu'ils auront à faire face à la tendance actuelle à l'intégration verticale dans l'industrie cinématographique.

Questions pour la discussion

L'analyse succincte ci-dessus fournit quelques indices concernant les éléments à prendre en compte pour déterminer si les conditions de diffusion du film sont satisfaisantes du point de vue de la concurrence. Elle omet cependant un paramètre important dans ce secteur d'activité, qui inspire bien souvent le jugement des pouvoirs publics à savoir, la préservation voire l'encouragement du pluralisme et de l'expression d'une diversité de vues ainsi que l'affirmation de l'identité culturelle d'un pays¹⁸.

Elle tente, néanmoins, d'offrir aux délégués du Comité du Droit et de la Politique de la Concurrence une grille d'examen des cas qui leur seront présentés lors de sa prochaine réunion, les 9 et 10 Novembre 1995, et qui feront l'objet d'une discussion au sein d'une table ronde d'une heure et demie. Les délégués présentant des études de cas pourraient, après les avoir brièvement situés par rapport à la situation de l'industrie cinématographique de leur pays (structure, niveau de production, etc.), préciser notamment :

- comment ils ont analysé le marché en cause et indiquer comment ils ont apprécié le degré de substituabilité ;
- quel type d'obstacles (barrières ou pratiques) à l'entrée ils ont détecté ;
- quelle part de marché leur a paru représenter un risque de puissance sur le marché et pourquoi ;
- quel abus éventuel de puissance sur le marché a pu être observé ;
- quels accords de caractère horizontal ils ont identifié comme susceptibles d'exclure des concurrents du marché ;
- quels accords de caractère vertical ils ont identifié comme susceptibles d'exclure des concurrents du marché ;
- si une compensation de ces restrictions verticales et horizontales par le progrès économique a pu être observée ;
- quels remèdes ils ont mis en oeuvre et quel bilan ils en font.

NOTES

1. Ceci vise notamment les technologies de distribution multicanal telles que réseaux câblés, satellites de diffusion directe (DBS), les systèmes de télévision par satellites avec antenne collective (SMATV) et les services de distribution hyperfréquences multicanal (MMTDS).
2. Pour une description théorique des méthodes d'analyse et de définition du marché pouvant être transposées au marché du film, voir Politique de la Concurrence et Mutation du Secteur de la Diffusion Audiovisuelle. OCDE (1993) pp. 117 et suivantes.
3. Certains films sont faits exclusivement pour la télévision et ne sont pas susceptibles d'être diffusés alternativement dans ces trois filières. Ils peuvent cependant dans certaines conditions, affecter la diffusion des films dans la filière télévision voir para. 18 ci-dessous.

4. L'offre de services connexes tels que bar, restaurants, magasins de vente d'articles promotionnels liés à la sortie du film diffusé en salle, explique le succès des complexes décrits au paragraphe 4.
5. Il s'agit du marché considéré par la profession comme celui qui fait à la fois l'opinion et reflète la perception de l'opinion sur un film.
6. A cet égard, si les normes de transmission HDTV (télévision haute définition) qui assurent une émission audio et vidéo de meilleure qualité se généralisent, les différences dans la qualité du son et de l'image entre la diffusion en salles et la diffusion audiovisuelle se réduiront encore.
7. Comme "Autant en emporte le vent" ou la "Guerre des Étoiles".
8. Il peut arriver-- c'est le cas dans les zones de campagne isolées-- que certaines chaînes ne soient pas accessibles, les services du câble ou certaines chaînes hertziennes ne couvrant pas toujours l'ensemble du territoire.
9. Cette discrimination se vérifiera dans la mesure où une réduction de délai pourrait être accordée plus libéralement à des films nationaux à succès qu'à des films étrangers; or, le producteur peut améliorer son profit grâce à de bonnes ventes vidéo.
10. Ce phénomène se vérifiera d'autant plus qu'il existera une relation plus ou moins étroite entre le producteur et le réseau de cinémas voir infra. analyse de l'intégration verticale.
11. Pour une analyse des effets de l'intégration verticale, voir Politique de la Concurrence et Mutation du Secteur de la Diffusion Audiovisuelle, OCDE (1993) pp. 143 et suivantes.
12. Dans le cas d'une coproduction, lorsqu'une chaîne de télévision finance un film, elle achète deux choses: une part de coproduction et un préachat en droits de diffusion. Son intérêt est donc double, financer des films qui en cas de succès peuvent rémunérer l'apport à la production mais aussi et surtout prendre une option pour la première diffusion à la télévision.
13. Ou un raccourcissement des délais de diffusion entre la sortie en salle et la diffusion à la télévision lorsque ces délais sont fixés pour protéger les salles de la concurrence de la télévision et de la vidéo.
14. Ce qui peut conduire les vidéo clubs à préférer commercialiser des films étrangers ou des films ayant connu un faible succès en salles.
15. Ce phénomène pourrait, cependant, devenir pénalisant pour les chaînes productrices car il semble que seule la salle donne à un film l'aura du cinéma, et seul le succès en salles fabrique l'audience à la télévision.
16. Ce seront surtout les producteurs étrangers qui risquent d'être discriminés dans les pays où la télévision est tenue de respecter un cahier des charges qui impose, entre autres, un quota de diffusion de films nationaux. Cela peut également concerner les producteurs qui font des films différents qui ne correspondent pas au goût du public de la télévision ou qui font des films à grand spectacle que le public préfère voir sur grand écran.
17. En Europe l'intégration entre film et télévision semble être plus complète qu'aux États-Unis où jusqu'à il y a peu, des réglementations empêchaient des réseaux de télévision de posséder leur propre programmation. Ces restrictions ont toutefois été levées à la suite de projets de fusions entre producteurs de films et sociétés de télévision.

18. A ce titre, une politique d'aides est mise en oeuvre dans de nombreux pays Membres pour favoriser la production nationale.

CONTRIBUTION FROM AUSTRALIA

Vertical Links in the Film Industry

As in many other countries, the film industry in Australia is characterised by vertically integrated arrangements. Australia has three major film distribution organisations. UIP distributes in Australia, the output of its owners, the US film companies, Paramount, Universal and MGM/UA. Fox-Columbia-TriStar distributes the films of its joint venture partners. The third distributor, Roadshow, is an Australian company jointly owned by two of the three major Australian cinema exhibitors, Village and Greater Union. It distributes Warner Bros, Disney and independent productions.

Of the major American film companies, only Warner Bros has interest in cinema exhibition in Australia. However as noted above, the major Australian exhibitors Village and Greater Union are integrated backwards into distribution. The third major exhibitor, Hoyts, has operated a film distribution company in the past but has no distribution interests at present.

The vertically integrated relationships between distributors and exhibitors have been reinforced by 'tying' arrangements in the major cities. These arrangements are long standing. For example, Fox has distributed through Hoyts cinemas for more than 50 years. Paramount has had similar arrangements with Greater Union for at least as long. Rarely do distributors change exhibitors and all major distribution/exhibition arrangements have been in place for at least 25 years.

The development of large suburban multi-screen cinemas having at least six screens, (multiplexes), has led to a breakdown of the traditional distribution patterns. The multiplexes take films from all three distributors to ensure sufficient product flow for their screens.

The distribution/exhibition arrangements have generated a number of competition policy concerns over the past few years. The issue of access to films by small independent cinema operators and the terms and conditions of such access has been problem which Australian regulatory authorities have examined over a number of years. A second long standing issue has been access by Australian film producers to local distribution and exhibition.

Problems of Independent Exhibitors

The Trade Practices Commission has been actively investigating complaints from independent cinema operators regarding terms and conditions of film hire. The major complaints have related to access to particular film titles and exclusivity clauses in film contracts. Independent exhibitors have claimed that they do not get films at the same time as the major exhibitors and may not get a particular film until it has played in a competing cinema operated by a major exhibitor. According to the independents, by the time they get the film demand has waned and they cannot make a profit from hiring the film for exhibition.

Independent exhibitors are particularly critical of a policy imposed by the major distributors which requires the exhibitor to show only one title on a screen for a prescribed number of weeks. This policy called 'no share' prevents a cinema from showing different titles at different times of the day/week. Independent exhibitors with only one or two screens are particularly disadvantaged. Major exhibitors operating cinema complexes with numerous screens can accommodate distributor demands while the

independents might be forced to tie up their only screen with non profitable titles. This is becoming a major issue for independents as the number of weeks 'no share' has steadily increased.

There is concern that the actions of the vertically integrated and tied distribution/exhibition groups has led to a decrease in the number of independent cinema operators. An inquiry by the Prices Surveillance Authority in 1992 found that independent cinema operators priced below the major exhibitors and were the source of most of the price competition in exhibition. The loss of this competitive sector of the market may lead directly to the demise of much price competition in the market.

Pricing policies of distributors may further reduce the viability of independent cinema operators. Distributors generally take a percentage of the cinema box office receipts and cinemas are free to choose their exhibition prices. However, independent cinemas have complained that their access to particular titles has been hindered unless they raise their admission prices. Distributors have also attempted to introduce 'per capita' pricing whereby under film rental agreements exhibitors are required to pay some minimum amount per ticket to the distributor rather than a percentage of revenue. Such pricing techniques will place upward pressure on the low exhibition prices charged by independent operators.

The Trade Practices Commission has been constrained in its attempts to maintain competitive conditions. Under s46 of the Trade Practices Act it is an offence for a firm to use its substantial market power to engage in anti competitive behaviour as defined by the legislation. Generally it is an offence to eliminate or substantially damage a competitor or prevent entry to a market or prevent another from engaging in competitive conduct.

Independent exhibitors have argued that distributors' refusal to supply prints and their requirements of no share periods breach s46. They claim that the distributors and the major exhibitors are attempting to remove independent exhibitors from the exhibition market. The independent exhibitors argue that their policy of pricing below the prices of the major exhibitors forces the major exhibitors to lower their prices on the titles screened by independents, lowering revenue to the major exhibitors and consequently, the distributors. In the absence of price competition from the independents, prices charged by the major exhibitors would likely rise, according to the independents.

The Prices Surveillance Authority report was supportive of this claim. In the absence of a competitive independent exhibition sector it is likely that the industry would quickly become a tight, vertically integrated monopoly, particularly given that Greater Union, the country's largest exhibitor, is the major shareholder in the exhibitor Village, and the distributor, Roadshow.

The Trade Practices Commission has investigated the various complaints from independent exhibitors. In its investigation, the Commission has tended to take the view that cinema exhibition of films is a distinct market, although it has not had to prove this definition at this stage. However, even with this definition which excludes video and TV distribution, the Commission has reservations that any distributor, acting independently, has the requisite substantial market power. Distributors argue that they operate in a highly competitive market, citing the fact that they are not always able to get particular titles into as many screens as they want nor always get the terms from the major exhibitors that they request.

Further, the behaviour of the distributors is not necessarily in breach of s46 of the Act. Given that distributors take a percentage of box office revenues after exhibition costs have been deducted, it may be in the interests of the distributors to restrict the number of cinemas accessing a title. By placing a film in fewer cinemas and earning more per screen, the distributors may simply be engaging in efficient maximising behaviour. If independent cinemas earn less revenue than those of major exhibitors, (perhaps because of poorer location, older infrastructure etc), then the distributors' behaviour is economically efficient and would not breach the Act. However, independent cinemas deny that revenue per cinema or per title are lower in independent cinemas.

The 'no share' policy of preventing exhibitors from showing more than one title per screen may also be explained by revenue maximising behaviour on the part of distributors. Distributors have argued that given the cost to them of film prints and the substantial advertising expenses incurred upon opening a film, the requirement that exhibitors not show other titles for a given period is reasonable. Without such a policy, distributors argue that some exhibitors will allocate too few session times to a title to enable the distributor to earn a profit.

Such a claim could well be valid. However, the question arises as to whether distributors could use such a policy to deliberately eliminate operators of one or two screen cinemas. Independent exhibitors have claimed that excessive 'no share' periods jeopardise their viability and reduce revenue to distributors by forcing exhibitors to show titles for periods longer than demand would justify. It is interesting to note that in Britain the Monopolies and Mergers Commission recommended that 'no share' be limited to two weeks.

Problems of Independent Producers

A second competition issue in cinema distribution and exhibition is that of the relationship between independent Australian film producers and the vertically integrated distribution/exhibition groups. Australian film producers have complained of their inability to get local cinema distribution for their films. Independent film producers have argued that the US based production/distribution companies and their Australian distribution subsidiaries have excluded independently produced Australian films from local distribution and exhibition.

An inquiry by the House of Representatives Standing Committee on Environment Recreation and the Arts, The Moving Pictures Inquiry (1992), found that the US owned distributors, UIP and Fox-Columbia-TriStar, rarely distributed Australian films either in Australia or overseas. However the locally owned Roadshow Distributors, part of the Village-Greater Union cinema exhibition group acquires Australian film productions for cinema and ancillary distribution as do a number of small local distribution organisations.. Roadshow has a supply agreement with the movie channels of cable pay TV operator OptusVision. Australian broadcast legislation (The Broadcasting Services Act 1992) also requires that pay TV operators devote 10 per cent of expenditure on drama channels to Australian programs. Consequently there are some limited mechanisms for independent producers to gain distribution of their productions to cinema and pay TV.

Appendix

Vertical Relationships in the Pay TV Market

Australia has three free to air commercial broadcast networks and two government free to air networks. Pay TV began in 1995.

The emerging pay TV market in Australia has coalesced into three major groupings; two suppliers of pay TV via cable and one supplier of pay TV via MDS and satellite.

Telstra Corporation, the government owned telecommunications carrier and News Corporation, a leading information/entertainment company have established Foxtel. Foxtel plans to begin supplying pay TV services via cable by the fourth quarter 1995.

Optus Communications, Australia's second telecommunications carrier has established OptusVision to supply cable pay TV services. The OptusVision partners are Optus, Continental CableVision, and two of Australia's three commercial free-to-air television networks. It plans to commence services in September 1995.

The satellite and MDS provider of pay TV services, Galaxy, is a consortium whose principal shareholders include the US companies TCI and Century Communications. Telstra and News Corp hold a minor share holding in one of the Galaxy associates. It is currently the only supplier of pay TV services in Australia.

The major US entertainment companies have taken equity in the movie channels operated by each of the pay TV suppliers. Paramount, Universal, Sony (Columbia/TriStar) and Twentieth Century Fox have a majority share holding in the two movie channels currently broadcast by Galaxy. They are also linked with Foxtel via an agreement whereby Foxtel has exclusive cable distribution of the Galaxy channels. The other US studios, Warner Bros, Disney and MGM/UA are equity partners in the movie channels operated by OptusVision.

In summary, the major US production houses have vertical links into the distribution of movies by the three major pay TV groupings in Australia. Furthermore, News Corp, the parent of US production house Twentieth Century Fox, has 50 percent direct equity in the pay TV operator, Foxtel, as well as interests in the Galaxy movie channels via its ownership of Fox.

In the pay TV market the Commission has been required to make a number of decisions relating to market definition and access. Australian legislation does not prevent telecommunications companies from becoming involved in the provision of pay TV services by cable. Australia's publicly owned national carrier, Telstra Corporation has joined the News Corporation to provide cable TV services via a joint venture Foxtel. Australia's second telco Optus, has joined the US company Continental Cablevision and two of Australia's three free-to-air TV networks to form a second cable TV company, OptusVision.

The two cable TV companies plus the satellite pay TV operator Galaxy have been actively buying exclusive Australian rights to a wide range of overseas programs. The owner of the pay TV transmission facility will own or control almost all of the programming and channels on its particular network.

Access to Programs by Independent Pay TV Operators

One recent issue of relevance to this discussion has been the proposed development of a number of small regional cable TV operations by operators independent of the two large telco cable TV operations. Concern has been expressed by these proposed operators that they will be unable to purchase programming for their regional services. Both of the major cable operators, Foxtel and OptusVision, have been active in securing Australia wide exclusive rights to popular sports, movies and general entertainment programs, often via their vertically integrated partners. Should Foxtel and OptusVision refuse to supply the small regional cable operators with programming, it is unlikely that the investment in cabling by these operators will proceed. Australia has no specific legislation which would require pay TV channel suppliers to supply on a non-exclusive basis.

Access by Independent Producers

The ability of independent program and channel suppliers to gain access to cable and satellite distribution mechanisms is also a cause of concern. While the Commission has received no formal complaints by independent program suppliers so far, the industry is in its infancy and few Australian content suppliers have yet been established. However, Australian Information Media (AIM), a joint venture between Australia's public broadcaster ABC and the Fairfax media group to provide two channels of news and entertainment, has been rejected by both cable TV groups who have announced plans to provide their own channels which would be similar to those proposed by AIM.

It is likely that the Australian pay TV industry will be dominated by vertically integrated software/program suppliers. It is difficult to determine at this stage whether such domination will limit the ability of independent Australian content suppliers to develop channels. Government prescribed local content requirements may facilitate opportunities for non integrated content suppliers, but it is unlikely that complete independent channels will be developed given the vast amount of programming available to the cable operators via their vertically integrated partners.

CONTRIBUTION FROM GERMANY

Discussions about the German markets for audio-visual software are usually centred on the markets for the exploitation of film rights.

In general, the pattern of distribution of feature films in Germany is as follows: for the purpose of showing films on TV producers and distributors (agents and TV providers) conclude licensing agreements providing for the exclusive right to screen a film in a particular area (language area) and for a fixed period. Between distributors and film theatres, agreements are concluded which provide for exhibition rights for individual cinemas. Films are then shown for one year in first-run and second-run theatres and subsequently distributed as video films. Ever since Premiere, a pay TV provider, has been active in Germany, feature films are shown for 12 months on subscription TV before they may be screened by public or other private TV stations. This does not always apply to the less successful films either because they have shorter runs in cinemas, or because they will be neither distributed as videos nor shown on pay TV.

Market structures

Production

Only a minor part of feature films played in German cinemas are made by German studios. Out of 263 feature films that were first released in 1993, 130 came from the United States and 67 from Germany, about half of the latter being co-produced with TV companies. German producers compete in the fields of cinema films as well as TV, advertising and industrial films. In 1993, more than 70 German firms, most of them small and medium-sized, were found to exist¹. German film producers are Neue Constantin, Bavaria, UFA and PRO-jekt. However, films produced in the United States continue to play a predominant role.

Distribution

Release by film theatres

The leading companies distributing films for exhibition in cinemas continue to be German subsidiaries of US firms (so-called 'majors'). They include UIP (United International Pictures), Warner, Columbia and Fox. Only two of the six leading distributors are German companies, viz. Tobis and Neue Constantin. According to published data, total turnover of the distribution industry in 1993 amounted to about DM 500 million, German films accounting for about 7.2 per cent, US films² for 87.8 per cent, and French films for about five per cent of that amount. US and German distributors cooperate regularly in the "Verband der Filmverleiher" (association of film distributors).

Obtaining films for TV programming

The admission of private TV providers in 1985 has led to an enormous increase in programming needs, which are largely covered by feature films. Since a complete catalogue of feature films so far produced does not exist, the Federal Cartel Office has to rely on estimates. At present, approximately

30 000 films are available for screening by German TV companies, about one third of which are distributed by the US majors³. A significant part of distribution rights for these films in Germany is held by the Taurus group, which belongs to the Kirch group of companies. The Kirch group is generally believed to hold an important position in the market⁴. According to Kirch's own statements, the group holds rights in more than 15 000 feature films of all categories⁵. The Kirch group's position is further strengthened by its holdings in various TV stations (SAT 1, Deutsches Sport Fernsehen, Premiere as well as, through members of his family, in Pro 7, Kabel 1). Other important dealers in distribution rights in German-language films are Tobis Film Kunst, Arthur Brauner, Connexion, Tele München, Ufa Media- und Marketing GmbH and Scriba Film Holding as well as Beisheim. The public TV stations ARD⁶ and ZDF have their own purchasing companies which buy screening rights either direct from the US majors or through Kirch and other intermediaries.

Besides feature films, made-for-television movies (TV-movies) have become an important programming source because they can be produced at lower cost. Often, they are sponsored by the TV companies.

When films are released in cinemas, which is both risky and expensive, distributors agree on a percentage in box-office receipts. By contrast, the rights to TV screening are sold at fixed prices which are based, e.g., on the licensing period, the number of screenings etc.

Film theatres (cinemas)

As a result of rapid technological progress in the field of audio-visual media, the importance of film theatres has undergone various changes in the course of the years. The spread of television and video cassette recorders as well as the considerable rise in private stations have exposed the film theatres to markedly stronger competition from other media.

In 1990, there were 1 054 companies owning about 3 500 film theatres in Germany, of which about 1 580 were multi-screen theatres (more than three screens) and 954 so-called one-room theatres⁷. Film theatres in Germany are mostly independent small and medium-sized firms⁸. In 1993, 82 per cent of film theatres had an annual turnover of less than DM one million. Their share in total industry turnover was 29 per cent. Currently, the largest group is the Riech group which operates about 300 cinemas all over Germany. But even the turnover of this biggest German group obtained from the sale of tickets, articles and publicity is far lower than the quantitative threshold (DM 500 million) laid down in the merger control provisions of the German Act against Restraints of Competition (ARC). Flebbe, the second largest group, which owns approximately 100 cinemas, has become known besides by taking over the Ufa theatres, by the construction of multiplexes.

In a few regions and cities there are local market dominators which, as a rule, are not vertically integrated. Corporate links with film producers and film distributors hardly existed for a long time and had only marginal economic effects. By the construction of so-called multiplexes beginning in the nineties, US and German film producers began to operate directly on the German cinema market. The main companies active in Germany are UCI (United Cinemas International), a joint venture between Paramount and Universal Pictures (Matsushita group) and a joint venture between Time/Warner and Neue Constantin Gruppe as well as the cinema chain Flebbe (Cinemaxx) mentioned above.

Multiplexes house a large number of theatres of different sizes in one building, have sophisticated audio-visual technology and luxurious furnishing, and offer entertainment in addition to the mere showing of films. Since 1990, there have been seven multiplexes in Germany with a total of 90 screens and 23,800 seats. Further multiplexes are planned or already under construction. In 1992, the seven existing multiplexes were used by about seven million visitors, but even their turnover is below the turnover thresholds laid down in the Act against Restraints of Competition.

So far, there has been no case of a film producer supplying its films preferably to its own cinemas, so that it has not yet been necessary to institute anti-discrimination proceedings in Germany.

Powers to intervene under competition law

Merger control

The Bundeskartellamt will prohibit a merger if the merger is likely to create or strengthen a market-dominating position in a market. A merger is not subject to control if the turnover of the parties involved is less than DM 500 million.

Internal growth, e.g. the building by a group of its own multiplexes, is therefore not subject to control under the Act against Restraints of Competition. As stated above, German film theatres have not yet reached the turnover for merger control proceedings under German law. Should major companies, including foreign firms such as US distributors, intend to acquire German film theatres, such mergers would be subject to control, because these companies achieve higher turnovers.

In the film distribution markets, no mergers have yet been prohibited, because there has so far been substantial competition.

Boycott

If a first-run theatre requests a distributor not to supply any film or certain films to a competitor, this constitutes boycott under German competition law⁹. As a rule, film theatres are reluctant to give information about such practices, nor has any clear evidence been found at distributing companies that would point in this direction. In fact, most proceedings in this area have to be discontinued for lack of evidence. Moreover, unless an incitement to boycott has effects beyond the territory of a Federal Land, the competition authority of that Land is responsible.

Ban on discrimination

The Federal Cartel Office takes the view that the major film distributors are subject to the ban on discrimination. They must not unfairly hinder film theatres nor treat them differently from similar enterprises without factual reasons¹⁰. They are therefore required to distribute copies of their films to film theatres according to factually justified criteria.

In 1987, the distributors published standards for distribution which the Federal Cartel Office has recognised as being non-discriminatory. According to those standards, theatres will be supplied with films primarily on the basis of their past box-office performance (receipts and playing periods). Secondary criteria that are taken into account are the location of the film theatre, its surroundings, transport links, technical equipment and service etc. After the contractually agreed playing period in the first-run house has ended, other cinemas may show the film without infringing the first-run right. This rule is to prevent first-run theatres from playing certain films for excessively long periods, thereby inhibiting second-run houses from showing them. The leading film distributors have agreed to observe the standards in future.

The degree of vertical integration in this area has so far been relatively low. In the Bundeskartellamt's view, the above distribution standards apply also to vertically integrated companies. The duty to supply depends on the supplier's market power and the extent of hindering in a particular case. If cinemas situated close to group-owned multiplexes were not supplied with films, they would be worse

off than film theatres that are not situated in the neighbourhood of group-owned multiplexes. So far no case has become known where a multiplex received preferential treatment by its parent company¹¹.

The competition authorities have in the past challenged several cases of refusal to supply. Some smaller film theatres had demanded to be supplied with a large number of films on a permanent basis at the customary terms and conditions. However, according to a 1986 court decision¹² film theatres have no right to be supplied with a particular successful film.

Should any discrimination come to the knowledge of the Bundeskartellamt, e.g. if a distributor does not keep to the standards by discriminating against particular film theatres, proceedings would be instituted to prohibit the discriminatory practice, and an administrative fine could be imposed. In this area there is specially close cooperation between the Federal Cartel Office and the Land cartel offices.

Ban on cartels

The conclusion of joint film purchasing agreements, which is customary among cinema groups and smaller cinemas, may violate the ban on cartels in certain circumstances. In most cases cinema operators seek to strengthen their position vis-à-vis distributors by pooling their demand for feature films in order to obtain a better supply of box-office attractions. When challenging such cases, the Bundeskartellamt also takes the market position of the parties concerned into account, and it does not prosecute cases of minor importance.

In two cases (in 1985/1986), the companies concerned abandoned their project when the Federal Cartel Office raised objections against their joint purchasing arrangements.

Vertical restraints of competition

Block booking

On several occasions, the Bundeskartellamt raised objections against the practice of 'block booking'¹³, whereby distributors license films as a block which film theatres have to take as a whole. The distributors concerned had formed blocks of up to twelve feature films and offered them to one-cinema places (small towns with only one cinema). This practice restricted the cinema operators' freedom of economic action. The distributors then agreed to join not more than six films in one block, and the Federal Cartel Office subsequently stated that it saw no reason to intervene under the changed circumstances, but would challenge any other abuses in connection with block booking. Since then no further cases of illegal block booking have come to the Federal Cartel Office's notice.

NOTES

1. Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung DIW: Die Filmwirtschaft in der Bundesrepublik - eine Strukturuntersuchung -, 1990, p. 47.
2. See Filmstatistisches Handbuch 1994.
3. Media Perspektiven II - 12/93. Note, however, that the criteria for granting distribution rights are unclear.

4. The Federal Cartel Office may conduct market inquiries only in the context of an actual proceeding. At present, no proceedings are pending in this sector, also see: DIW-Die Filmwirtschaft in der Bundesrepublik, p. 48 ff.
5. This information is taken from newspaper articles (1987) and has not yet been verified, nor does a breakdown of this figure by category exist.
6. Film purchasing company: Degeto.
7. Hauptverband Deutscher Filmtheater 1991: Anlage 18.
8. See DIW: Die Filmwirtschaft in der Bundesrepublik, p. 64 ff.
9. Section 26 (1) of the Act against Restraints of Competition.
10. See Section 26 (2) sentence 2 of the Act against Restraints of Competition. Enterprises on which small or medium-sized enterprises depend to such an extent that sufficient and reasonable possibilities of dealing with other enterprises do not exist must not unfairly hinder, directly or indirectly, another enterprise in business activities which are usually open to similar enterprises, nor in the absence of facts justifying such differentiation treat such enterprise directly or indirectly in a manner different from the treatment accorded to similar enterprises.
11. Medienbericht 1994, p. 250.
12. Decision of Oberlandesgericht Hamburg of 27 February 1986 (WuW/E OLG 3871 ff.) 'Nachtspieltheater'.
13. See Activity Report 1964, p. 44 and Activity Report 1970, p. 83, objections under Section 18 of the Act against Restraints of Competition.

CONTRIBUTION DU PORTUGAL

Le marché du cinéma au Portugal

En tant que spectacle, le cinéma occupe, au Portugal, une place à part, tant par le nombre de séances (98 pour cent), que par le nombre de spectateurs (92 pour cent) et le volume des recettes (70 pour cent).

En règle générale, les maisons de production choisissent de faire distribuer leurs films par un nombre limité d'entreprises. Il n'est pas rare, en effet, de voir un seul distributeur s'occuper du marché international dans son ensemble, en accordant des licences à des distributeurs locaux dans chaque pays. Ces distributeurs locaux sont souvent des filiales de la maison de production.

La production

Au Portugal, l'industrie cinématographique est peu développée, la production nationale ne représentant qu'un pourcentage négligeable des films diffusés sur le territoire national, que ce soit en salle, à la télévision ou en vidéo. A l'exemple d'un grand nombre d'autres pays, le cinéma américain détient une position prépondérante sur le marché national. En effet, selon une étude du "Secrétariat National de l'Audiovisuel" (le "SAN"), 60 pour cent des films distribués au Portugal sont réalisés par les "majors" américaines.

La distribution

La distribution cinématographique au Portugal est contrôlée par un petit nombre d'entreprises, dont trois seulement ont une dimension plus significative. Par ailleurs, la principale entreprise du secteur ("Lusomundo") connaît une forte concentration horizontale et une intégration verticale importante.

Les distributeurs portugais peuvent être répartis en trois groupes par ordre d'importance décroissante:

- "grandes entreprises": "Filmes Lusomundo", "Columbia, Tristar & Warner - Filmes de Portugal", et "Filmes Castello Lopes";
- "entreprises moyennes": "Atlanta Filmes";
- "petites entreprises": "Sociedade Distribuidora Vitória Filmes", "Visao Filmes", "Filmes MX", etc.

Les contrats de concession pour la distribution des oeuvres cinématographiques reposent sur une relation d'exclusivité entre les producteurs et leurs distributeurs ("concessionnaires"). Il s'agit, néanmoins, d'une exclusivité non réciproque, car, s'il est vrai que chaque distributeur peut représenter différents producteurs concurrents, ces derniers n'accordent des droits exclusifs qu'à un seul distributeur.

La diffusion en salle

La diffusion des films en salle est, en règle générale, assurée par le biais de contrats de location signés entre le distributeur et le diffuseur. Toutefois, un certain nombre de distributeurs (dont le plus important, "Lusomundo") assurent également la diffusion dans des salles qu'ils contrôlent.

L'ensemble des salles de cinéma sont réparties de façon très inégale. Les agglomérations de Lisbonne et Porto regroupent la majorité des grandes salles, ainsi que celles qui disposent des meilleures installations. Les taux de remplissage y sont également les plus élevés du pays. D'après les chiffres disponibles, les deux agglomérations urbaines représentent 43 pour cent des salles disponibles dans tout le pays, dont 23 pour cent dans les seules villes de Lisbonne et Porto. Quatre entreprises de diffusion ont, à elles seules, 45 pour cent des salles, ce chiffre datant de 70 pour cent à Lisbonne. Récemment, deux des plus grands distributeurs ("Lusomundo" et "Warner") ont commencé à exploiter ensemble des salles de cinéma.

Pratiques restrictives de la concurrence sur le marché de la distribution et diffusion de films

Introduction

Jusqu'à présent, un seul cas a fait l'objet d'une attention particulière de la part des autorités de la concurrence, suite à des plaintes déposées par des entreprises concurrentes qui considéraient être victimes de pratiques abusives de la part de "Lusomundo".

L'instruction de la procédure n'est toujours pas close. Il en résulte que les considérations qui figurent ci-après ne sauraient être considérées comme définitives.

La délimitation des marchés en cause

Les éléments recueillis ont permis à la Direction générale de la Concurrence et des Prix (ci-après "DGCeP") de conclure, en première analyse, que le marchés concernés étaient ceux de la distribution et de la diffusion des oeuvres cinématographiques en première exhibition au Portugal. Par ailleurs, il a été considéré que la distinction selon le type de film - comédie, drame, documentaire, dessin animé, fiction, aventure, etc. - n'était pas pertinente du point de vue de la délimitation du marché, vu le relatif degré de substituabilité entre eux.

Selon les conclusions provisoires de la DGCeP, il convient également de distinguer le "marché des premières exhibitions" du "marché des reprises". Alors que le premier recouvre les oeuvres diffusées pour la première fois dans une certaine zone géographique, le second englobe la diffusion d'oeuvres cinématographiques qui ne sont pas inédites. Ces deux "produits", bien que "voisins", ne soient pas, en principe, interchangeables.

Les restrictions de la concurrence

L'analyse des marchés concernés a permis de vérifier l'existence d'une forte concentration au niveau de la distribution et de la diffusion, la principale entreprise de distribution ayant, en même temps, le contrôle d'un nombre significatif de salles. En outre, les relations d'exclusivité existantes entre les distributeurs et les représentants des maisons de production américaines confèrent aux premiers un plus grand pouvoir, et rendent plus difficile l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché.

S'agissant des comportements visés dans les plaintes dont la DGCEP a été saisie, il a été constaté que, en règle générale, ils sont étroitement liés à la concentration de l'offre dans un nombre très limité d'entreprises et, en particulier, à l'existence d'une part de marché très significative dans le chef d'une seule entreprise. Ces comportements concernent, pour l'essentiel, des :

- refus de céder des copies (les distributeurs intégrés verticalement réservent normalement leurs salles pour la projection des films les plus attendus, proposent leurs films de qualité inférieure à des tiers et accordent, aux diffuseurs indépendants ou à ceux liés à d'autres distributeurs, des conditions moins favorables - nombre de copies, pourcentage des recettes, dates, etc. - pour la location de leurs films), et
- menaces de rétorsion (notamment l'arrêt des relations commerciales avec les entreprises qui refusent de collaborer à leur stratégie de présentation et de diffusion).

Les éventuelles mesures à prendre

Ainsi que nous l'avons souligné ci-dessus, l'instruction du dossier n'est toujours pas close. Cependant, il apparaît déjà comme évident que "Lusomundo" est en position dominante sur le marché de la distribution et que certains de ses comportements sont susceptibles d'être qualifiés d'abusifs. En effet, cette entreprise étant non seulement le distributeur exclusif de catalogues très importants (UIP, Disney), mais contrôlant également un nombre significatif de salles, il semble à première vue que le simple fait de se réserver la "première diffusion" des films dont elle est le distributeur - ou de rendre plus difficile leur diffusion par des concurrents - constitue, en soi, un abus.

Outre l'application éventuelle, par le Conseil de la Concurrence, des sanctions prévues dans la loi relativement aux comportements d'abusifs identifiés ci-dessus, il conviendrait, toutefois, de réfléchir plus attentivement sur l'opportunité d'adopter des "mesures" complémentaires.

Faudrait-il, par exemple, empêcher la "concentration" au niveau de la distribution de films, c'est-à-dire, ne pas autoriser la distribution exclusive de plus d'un "grand catalogue"? Ou, serait-il mieux d'empêcher l'intégration verticale, lorsqu'elle est de nature à permettre au distributeur de s'assurer une part significative du marché de la diffusion? Faudrait-il "obliger" le diffuseur - qui est également distributeur - à passer un pourcentage donné de films dont il n'est pas le distributeur?

La réponse à ces questions n'est pas facile, surtout dans un petit marché comme le marché portugais (que ce soit au niveau géographique ou au niveau du "chiffre d'affaires") ou les entreprises doivent atteindre une certaine dimension pour faire face à la concurrence internationale (un grand distributeur américain se prépare à ouvrir un grand nombre de salles à Porto) et pour que l'exploitation de l'activité de distribution et diffusion de films puisse être rentable.

Le marché de la télévision par câble

L'activité d'opérateur du réseau de distribution de télévision par câble au Portugal est dans sa phase initiale. En effet, ce n'est que très récemment que les premiers réseaux câblés ont commencé leurs activités, le nombre d'abonnés dans le pays étant très limité.

La distribution de télévision par câble requiert l'octroi d'une licence qui, pour l'instant, ne concerne que la diffusion, simultanée et intégrale, d'émissions télévisées achetées à des tiers. Jusqu'à présent, des licences ont été attribuées à cinq entreprises, à savoir "T.V. Cabo Portugal", "Bragatel", "Multicanal", "Cabo T.V. Madeirense" et "Cabo T.V".

Malgré le "poids" limité du marché, il y a deux aspects qui méritent d'être soulignés d'ores et déjà. En premier lieu, "T.V. Cabo Portugal" est le "holding" créé par "Portugal Telecom" - le concessionnaire du service public de télécommunications - pour l'activité de distribution de télévision par câble (par le biais de plusieurs sociétés régionales). Cette situation est, à première vue, de nature à permettre à "T.V. Cabo Portugal" d'accéder aux infrastructures de télécommunications dans des conditions plus favorables que les autres entreprises du secteur, ce qui justifie une attention particulière des autorités de concurrence.

En second lieu, il faut souligner que "Multicanal" appartient à "Lusomundo". Ce fait, qui pour l'instant ne pose pas de problèmes particuliers du point de vue de la concurrence, présentera certainement plus de problèmes à l'avenir lorsque la distribution de télévision par câble cessera d'être limitée à la diffusion, simultanée et intégrale, d'émissions télévisées achetées à des tiers. En effet, "Multicanal" sera alors en position privilégiée pour avoir accès aux films des catalogues dont "Lusomundo" est le distributeur exclusif, pouvant ainsi entraîner sur ce marché les mêmes effets négatifs déjà rencontrés sur le marché du cinéma.

CONTRIBUTION DE LA SUISSE

Point de la situation

En Suisse, une réglementation du secteur cinématographique apparaît nécessaire à deux égards :

- D'une part, il s'agit, par le biais d'une réglementation, de promouvoir le cinéma suisse et de garantir la diversité de l'offre et la liberté de choix, et cela pour des motifs de politique culturelle et de politique générale. A cet égard, l'ordonnance sur le cinéma entrée en vigueur en 1993 prévoit des instruments de promotion du cinéma ainsi qu'un régime d'autorisation pour la distribution et la projection de films. Le système d'autorisation mis en place soustrait, jusqu'à un certain point, le secteur cinématographique au libre jeu des forces du marché pour le soumettre à un régime de marché de caractère étatique afin de répondre aux intérêts de politique globale déjà cités.
- D'autre part, des prescriptions en matière de concurrence doivent permettre d'éviter que n'apparaissent, sur le marché cinématographique, des concentrations nuisibles et des situations d'intégration verticale indésirables. La réglementation du marché cinématographique s'appuie avant tout sur des considérations relevant de la politique culturelle et de la politique générale et la réalisation d'objectifs liés à la politique de la concurrence ne passent qu'au second plan.

Domaines faisant problème du point de vue de la politique de la concurrence

Du point de vue de la politique de la concurrence, le secteur suisse du cinéma se trouve confronté à des problèmes dans les domaines suivants:

- Le marché suisse de la distribution de films se caractérise par une structure particulière : il est dominé par quatre filiales de sociétés de production cinématographique ayant leur siège aux Etats-Unis (10th Century Fox, United International Pictures, Warner Bros., Buena Vista). Ces quatre distributeurs se partagent à eux seuls environ 75 pour cent du marché. Les 25 pour cent restants se répartissent entre 30 autres distributeurs. La part de marché des quatre grandes sociétés susmentionnées tend à s'accroître. Cette tendance est liée au fait que la position d'un distributeur sur le marché dépend du succès d'un nombre de plus en plus restreint de films (films en tête du "box-office"). Cette structure de marché porte un grave préjudice aux distributeurs de films indépendants qui éprouvent des difficultés à placer leurs films sur le marché du cinéma soumis à d'importantes variations saisonnières, surtout pendant les périodes qualifiées de "semaines sensibles".
- La structure du marché de la projection de films s'est modifiée radicalement ces derniers temps. On constate une nette tendance à la concentration. Des entreprises se regroupent pour constituer de véritables chaînes de cinéma. Dans certaines villes suisses, ces concentrations ont entraîné la formation de monopoles de fait.
- On ne constate pas pour l'instant, sur le marché suisse, de liens établis, par le biais de concentrations, entre distributeurs et exploitants de salles. En revanche, il est permis de penser que, favorisés par la réglementation du secteur cinématographique par l'état (système d'autorisation pour la distribution et la projection de films), les deux échelons du marché ont conclu des accords ayant pour effet de restreindre la concurrence.

Instruments juridiques

Ordonnance sur le cinéma

L'ordonnance de 1993 qui régit le secteur cinématographique prévoit un régime d'autorisation, un contrôle des fusions et une interdiction de certaines pratiques contractuelles :

Régime de l'autorisation

En Suisse, la distribution comme la projection de films sont soumises à un régime d'autorisation. L'autorisation de distribution est délivrée au niveau fédéral, par l'Office fédéral de la culture, alors que l'autorisation de projection relève de la compétence des autorités cantonales. Pour se voir délivrer une autorisation, le requérant doit avoir son domicile ou son siège en Suisse et prouver qu'il dispose de moyens financiers suffisants. En outre, il doit offrir toutes les garanties nécessaires pour que ni la diversité de l'offre, ni la liberté de choix ou l'indépendance des activités de distribution et de projection cinématographiques en Suisse ne soient menacées ou limitées¹. Une atteinte à la diversité de l'offre est présumée lorsqu'un distributeur contrôle plus de 25 pour cent du marché ou qu'il possède plus du quart des installations de projection du pays ou d'une région linguistique².

Contrôle des fusions

L'ordonnance sur le cinéma contient de véritables prescriptions sur le contrôle des fusions, bien qu'elles ne soient pas explicitement désignées comme telles. Des modifications essentielles de circonstances, qui doivent d'ailleurs être signalées par les intéressés, peuvent justifier une révocation de l'autorisation ou l'imposition de charges par les autorités compétentes. Ces charges peuvent consister en la dissolution de liens établis ou de concentrations avec des producteurs ou avec d'autres entreprises de distribution ou de projection. Il est également possible de prohiber à titre préventif des liens avec certaines entreprises de projection³.

Accords cartellaires

L'ordonnance sur le cinéma déclare en outre illicites certains accords cartellaires caractéristiques du secteur cinématographique. Sont visés la distribution ou l'acquisition de films au moyen de louages en blocs, le droit d'exploitation prioritaire et le droit de blocage d'un film après son exploitation, les dates de programmation fixées plus de neuf mois à l'avance, les contrats d'exploitation portant sur une durée disproportionnée par rapport aux possibilités d'exploitation d'une entreprise de projection et enfin les pratiques contractuelles qui pourraient empêcher d'autres titulaires d'une autorisation de conclure un contrat d'exploitation⁴.

Les prescriptions prévues par l'ordonnance sur le cinéma visent avant tout à réaliser des objectifs liés à la politique culturelle et à la politique générale. Les objectifs relevant de la politique de la concurrence, telle la volonté d'éviter la formation de monopoles ou de garantir l'indépendance des entreprises concernées, ne passent qu'au second plan. Cela explique peut-être le fait que, depuis leur entrée en vigueur, les prescriptions en matière de concurrence n'ont donné lieu, jusqu'à présent, à aucune décision d'importance⁵.

Droit général de la concurrence

L'ordonnance sur le cinéma réserve expressément l'application du droit général de la concurrence⁶. Les travaux législatifs visant à l'élaboration d'une nouvelle loi suisse sur les cartels se sont achevés cet automne. Il est probable que la nouvelle loi pourra être mise en vigueur au cours de l'année 1996.

La nouvelle loi, plus sévère que la loi actuelle, devrait permettre d'introduire d'avantage de concurrence, même dans des secteurs dont le marché est réglementé par l'état, tel le secteur cinématographique. Dans la mesure où la réglementation d'un marché par l'état n'empêche pas le libre jeu de la concurrence, les futures autorités suisses en matière de concurrence n'auront plus à faire preuve de réserve dans ce domaine. Les autorités de la concurrence ont à leur disposition tous les moyens que leur donne la loi sur les cartels pour exiger des entreprises concernées qu'elles se plient aux principes de la concurrence.

NOTES

1. Cf. art. 31 et 35 de l'ordonnance sur le cinéma.
2. Cf. art. 31, 2e al., de l'ordonnance sur le cinéma.
3. Cf. art. 36 de l'ordonnance sur le cinéma.
4. Cf. art. 37 de l'ordonnance sur le cinéma.
5. Il n'existe que deux décisions émanant d'autorités cantonales et portant sur l'autorisation de projection cinématographique à Berne. Le marché de cinéma dans cette ville est caractérisé par l'existence de deux grandes chaînes de cinéma. L'une de ces chaînes envisageait d'ouvrir une nouvelle salle "duplex". Dans les deux cas, les autorités ont octroyé une autorisation sans émettre aucune réserve du point de vue de la concurrence.
6. Cf. art. 38, 3e al., de l'ordonnance sur le cinéma.

CONTRIBUTION FROM UNITED KINGDOM

The Supply of Cinema Films for Exhibition in the UK

In 1994 the Monopolies & Mergers Commission (MMC) report on the supply of films in the UK was published. The main focus of the investigation was on various vertical links which existed between film distributors and exhibitors. The primary concern of the Director General of Fair Trading (DGFT) in making the reference was that these links might reduce the overall level of competition in film markets both through dampening competition amongst distributors and exhibitors and by making it more difficult for non-vertically integrated or small companies to gain access to popular films and cinema screens.

The MMC concluded that two particular vertical relationships operated against the public interest: alignment, the practice whereby a distributor normally offers its films to one only of the two major circuits of exhibitors, and the imposition of long minimum exhibition periods.

Analytical Approach

The first step in the analysis is to define the relevant market. The MMC then examines the market structure, including the extent of barriers to entry, and then makes an assessment as to whether firms either individually or collectively have market power. Vertical links and other alleged anti-competitive practices are then examined within this context using what is essentially a rule of reason approach¹.

The Relevant Market

The MMC defined two relevant product markets: film distribution and film exhibition. In reaching this conclusion the MMC paid particular attention to the fact that cinemas provided the only means of watching first release films and that viewing a film collectively at a cinema was quite a different experience to watching a film at home on video or television.

The geographical extent of both markets was taken to be the UK. One of the main factors in this decision was the existence of national chains of exhibitors who negotiated for films on a UK basis and who operated a national pricing policy. Another factor was the growth of out of town multiplexes which have the effect of strengthening demand side geographic chains of substitution. The MMC did however recognise that competition was strongest where two high street cinemas operated side by side.

Market Shares

The market shares of distributors and exhibitors can be heavily influenced by the success of an individual film. The MMC thus considered that averaging market shares over the previous four years provided a better indicator of current market power.

Film Distribution 1990-1993

Vertically linked distributors²	Per cent Share of rental receipts
UIP	24.9
Warner Distribution	17.0
Buena Vista ³	14.5
Columbia	12.0
Fox	<u>8.2</u>
Sub total	76.6
Independent distributors	
Guild	8.3
Entertainment UK	2.5
Rank Film Distributors	4.7
First Independent	1.3
Others	<u>6.6</u>
Sub total	23.4
Total	100.0

Film Exhibition 1990-93

Vertically linked exhibitors	Per cent Share of rental payments
MGM ⁴	26.7
Odeon	20.5
UCI	20.0
Natl Amusements	6.7
Warner Theatres	<u>4.1</u>
	77.5 ⁵
Independents	<u>22.4</u>
Total	100.0

Source: 1994 MMC Film report, tables 4.2 and 4.8

Legal Position

Only MGM, with 26.7 per cent of the exhibition market, qualified as a scale monopolist (that is, accounted for 25 per cent or more of the market). However the MMC identified complex monopolies in both film distribution (the nine distributors named above) and in exhibition (MGM and Odeon only) in that these companies together had 25 per cent or more of the market and engaged in practices which limited competition.

Vertical Linkages

All the major Hollywood production studios are vertically integrated into distribution. Their in-house distributors do however compete to distribute films made by independent producers.

Only two production studios, UIP (which owns UCI) and Warner, are vertically integrated into exhibition. The only other vertical integration is between the Odeon exhibition chain and Rank, an independent distributor with no links to production.

Although vertical integration is relatively recent in the UK, historically the major distributors have been aligned to one of the two major exhibition circuits. UIP and Warner, the two leading distributors, are aligned to the MGM chain, whilst the other leading Hollywood distributors are aligned with Odeon.

Competition in the Film Distribution and Exhibition Markets

Overview

The MMC found that the market for film distribution was generally competitive. Competition to distribute independently produced films is particularly fierce with independent distributors competing alongside studio-owned companies to secure distribution rights. Barriers to entry are very low and indeed many independent producers form their own distribution company specifically to market a particular film. Although the studio owned distributors do not have to compete to obtain film rights there is still substantial competition between them to market their films and to secure exhibition space.

In the UK exhibition market the two leading circuits have historically been dominant. However the evidence available to the MMC suggested that this power had been eroded by the recent entry of new chains of multiplexes most notably UCI. International price comparisons and financial analysis revealed no evidence of excess profits amongst exhibitors or distributors.

Vertical Integration

An independent exhibitor will always wish to screen the film that it expects will maximise its box office receipts. A vertically integrated exhibitor may however prefer to show a less popular in-house film - although revenues may be lower, costs will be too, as it avoids having to pay out rentals to a rival distributor⁶. The MMC was concerned that if in-house films were favoured in this way consumer choice would be restricted and non-vertically integrated distributors might have more difficulty in gaining access to cinema screens.

The MMC carried out a thorough investigation into whether such bias existed in practice. They found however that most vertically integrated exhibitors were run at an arms length basis from their parent distributor. Although there was possibly a very small bias towards showing in-house films, there was no evidence that they had longer runs than they otherwise would or that rival distributors were being offered poorer terms.

One caveat, however, is that in the UK the two studios which are vertically integrated into exhibition only own multiplexes. In-house bias is much less likely to arise in a multiplex as the exhibitor needs to secure films from all its major rivals in order to fill their screens. Thus while the MMC were satisfied that vertical integration was not presently operating against the public interest they recommended that the situation be monitored.

Alignment

Alignment is the practice whereby distributors normally offer their films first, and discuss their timing and release strategy, with their aligned circuit.

The MMC argued that this informal vertical relationship restricts competition both between aligned distributors and between the two exhibition circuits. An exhibition circuit for example knows that all its cinemas will be given the latest blockbuster film whatever their individual merits. Consequently there is less pressure on exhibitors to compete by improving a cinema's facilities. Similarly aligned distributors do not have to compete so strongly to convince cinemas that they have a good film as they are guaranteed a circuit-wide release.

The MMC identified 20 locations where alignment had a significant adverse effect on competition. These were predominantly places where cinemas of the two exhibition circuits competed side by side and where there was no nearby multiplex (which are not aligned). The MMC considered the argument that alignment served to reduce risks and negotiating costs. However they did not regard these benefits to be of sufficient importance to outweigh the adverse effect on competition. They thus recommended an end to alignment in the 20 locations.

Vertical Restraints

Minimum exhibition periods

Minimum exhibition periods of 2-4 weeks are commonly agreed between distributors and exhibitors. The distributors argued that they are used primarily to help them plan their release strategy. In particular they reduce the risk that a film scheduled for wide release will not be given sufficient screen time. They are also used to ensure that a particular film will be shown during popular periods e.g. a children's film during school holidays.

The MMC noted that minimum exhibition periods tied an exhibitor into screening a film for longer than they might otherwise wish. They were concerned that long minimum exhibition periods used up scarce screen time, particularly in small cinemas, and thus made it more difficult for independent distributors to compete. The MMC's primary concern, however, was that they prevented exhibitors from switching to a more popular film in response to consumer demand and in so doing reduced competition between distributors. The MMC considered that these anti-competitive effects outweighed any efficiency gains, and that they restricted consumer choice. They thus found the practice to be against the public interest.

Refusal to supply exhibitors

The MMC investigation had largely been prompted by complaints from independent exhibitors who had been refused supplies of first run prints for potential blockbuster films. The primary cause of these refusals was that under the present rental system a distributor earns more revenues if its audience is concentrated in one cinema. This means that it is not in a distributor's financial interest to supply two competing cinemas unless the additional audience generated is sufficient to outweigh both the loss of rentals through shared receipts and the additional cost of the print.

The MMC considered such refusals to supply to be reasonable given that distributors had no individual market power. Although the MMC remained concerned that the method of calculating rentals was restricting competition between exhibitors they decided against recommending any changes. This was largely due to the fact that the present system enjoyed widespread support amongst both distributors and

exhibitors as a means of sharing risk. They did however recognise the concerns of small exhibitors and therefore proposed independent machinery to ensure that refusals were not unfairly discriminatory.

Other matters

Other matters considered by the MMC included distributors' influence over admission prices, film exclusivity, restrictions on screen use and conditional booking, but no adverse public interest findings were made.

Remedies

The MMC recommended the following remedies:

- Alignment: The practice should be banned. They also recommended that the parties should submit information to the DGFT to demonstrate compliance.
- Minimum exhibition periods: These should be restricted to two weeks for films on first release and one week for all others. The film could be retained by the exhibitor at the end of the minimum exhibition period by mutual consent.

Other recommendations

Although in the case of refusal to supply, conditional booking and restrictions on screen use no adverse findings were made, the MMC recommended that an independent tribunal should be set up to consider complaints. They also recommended that the extent and effects of vertical integration should be monitored by the Office of Fair Trading.

Government response

The Corporate Affairs Minister accepted the MMC's findings and after considering the advice of the DGFT, he invited him to negotiate undertakings with the companies concerned to cease the practice of alignment and to limit minimum exhibition periods. He also asked the DGFT to pursue with the industry the question of monitoring, and encouraged the industry to set up a panel combining industry and independent representatives to draw up guidelines and consider complaints.

NOTES

1. See UK paper on vertical restraints presented at the 1995 European Competition Forum.
2. Includes distributors aligned to a major exhibition circuit as well as those who have their own cinema interests.
3. Before November 1992 Walt Disney films were distributed in the UK by Warner Walt Disney.
4. Subsequently purchased by Virgin plc from Credit Lyonnais.
5. Includes statistical adjustment of -0.5.
6. This problem arises because rentals in the UK are generally related to the level of box office receipts rather than expressed as a fixed sum per film.

CONTRIBUTION FROM UNITED STATES

The business of licensing movies for exhibition in cinema houses (called "theatres" in the U.S.) has traditionally been handled by "distributors," many of whom are operated by major film studios. By the 1930s the major distributors, and through them the studios themselves, were vertically integrated into exhibition, or ownership and operation of movie theatres. In the late 1930s and 1940s the Antitrust Division brought a series of cases against eight distributors alleging various horizontal and vertical violations of the Sherman Act. Eventually, judicial decrees were entered in the cases, collectively called the "Paramount" decrees (Paramount, Inc. was one of the defendant distributors). The decrees are not identical, but they share many common elements.

Those distributors that were vertically integrated into exhibition were required to divest their theatre assets, and some (but not all) were prohibited from re-entering the exhibition business. The decrees also contained certain injunctive provisions intended to prevent discrimination against small, independent exhibitors, and to prevent vertical re-integration by contract. The distributors could not engage in "block booking," or conditioning the licensing of a desired film on the simultaneous licensing of other films, or in other specified types of contractual arrangements that effectively bound a theater or chain of theatres to a distributor. See *U.S. v. 20th Century Fox*, 882 F.2d 656 (2d Cir. 1989), cert. den. 110 S. Ct. 722 (1990). Most of the decrees contained a requirement that defendants license their films "theater by theater, solely upon the merits and without discrimination" This language gave rise to much litigation under the decrees.

The decrees remain in effect, but in the intervening almost half century the markets have changed significantly. Film distribution has remained moderately concentrated, with eight to ten large distributors existing at any given time. Individual market shares are not stable, however. In one year a distributor may have a highly successful "blockbuster" film; in another it may have several failures. Further, as noted above, not all distributors are subject to the constraints of the Paramount decrees. Some of the original Paramount defendants no longer exist, although all the big distributors today were Paramount defendants fifty years ago (with the exception of Disney, which took over distribution of its own product in the 1950s). Some distributors are vertically integrated while others are not.

The exhibition business has changed significantly as well. In the years following the entry of the Paramount decrees, movie exhibition markets were characterized by the existence of small, independent theater operators, though there were a few very big chains even in the 1950s. The operators were considered to be disadvantaged in their dealing with the distributors, upon whom the operators depended for films ("product") to exhibit. Distributors often required exhibitors to bid against one another for films. Moreover, the bidding was often "blind;" exhibitors had to bid without having seen the film, knowing only what they had learned from the advance publicity, such as the story line and the cast. Blind bidding was considered so onerous that exhibitors succeeded in having the practice declared illegal in several states. Where films were licensed through negotiations instead of bidding, however, the distributors were thought to have undue leverage against the independent exhibitors.

To counteract this perceived imbalance, exhibitors instituted the practice of "splitting" in many markets. (Geographic markets in exhibition were, and probably still are, localized, consisting of towns or metropolitan areas.) Splitting was simply a form of horizontal market allocation. Groups of exhibitors in a market met periodically and allocated ("split") among themselves those films that were coming up for licensing. Subsequently, the members of the cartel negotiated for only those films that were allocated to them. Splitting was conducted more or less openly, and was condoned by the antitrust authorities in situations where the distributors acquiesced. In the 1970s, however, the Antitrust Division declared that

it considered splitting to be per se illegal and would begin to prosecute it, initially in civil suits. This effort culminated in the Capitol Services case (United States v. Capitol Services, Inc., 568 F. Supp. 134 (1983), aff'd 756 F.2d 502 (7th Cir.), cert. denied, 474 U.S. 945 (1985)). It was held that splitting was indeed a per se violation of the Sherman Act. Subsequently the Division brought several criminal suits against splitting, and the practice has effectively ceased.

More recently, exhibition markets have undergone changes resulting from another phenomenon - horizontal mergers. Where there used to be many individual theater operators or small chains of theatres, today there are more large independent chains of theatres that operate regionally or nation-wide. The major studios dominated many markets in the 1950s, and today many individual markets are still highly concentrated. Even in large metropolitan markets where there are many theatres there may be a relatively few distinct owners, sometimes only one or two.

In the Syufy Enterprises case the Antitrust Division unsuccessfully challenged a series of theater acquisitions by a chain in Las Vegas, Nevada, which resulted in the defendant having virtually all of the theatres suitable for "first run exhibition" in the city. The government argued that the acquisitions gave the defendant monopsony power in the film licensing market, and introduced evidence tending to show that the defendant undertook the acquisitions for that purpose, at least in part. Nevertheless the court ruled in the defendant's favour. The principal basis for its holding was that entry into movie exhibition was easy, requiring little more than some real estate and funds to construct a building. United States v. Syufy Enterprises, 712 F. Supp. 1386 (N.D. Cal. 1989), aff'd 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990). Despite what the courts said in 1989 about ease of entry, Syufy still dominates the market for first run exhibition in Las Vegas today.

Changes have also occurred in the methods by which films are licensed. Today there is very little bidding by exhibitors for exhibition rights. Negotiation is the preferred method. Further, many of the terms of film licenses have become fairly standard. Longer term, formal and informal arrangements between distributors and exhibitors are much more common.

Current Issues

There has been relatively little antitrust litigation recently in the U.S. involving these markets, but there are some interesting new issues that may arise in a competition analysis of the movie business today.

Traditionally the relevant product market in movie exhibition cases has been "first run movie exhibition," that is, exhibition of new, mass market films in movie theatres. ("First run is to be distinguished from "sub run," or re-release of older films.) Some have argued that the relevant market must now include video tape rentals, television movie channels and/or television pay-per-view, or, for that matter, non-movie television entertainment or even other forms of entertainment.

Clearly, a first run exhibition market still exists from the perspective of distributors. Most new films are first exhibited only in theatres. It is said that the success of a film in the theater is vital to the later stages of exhibition on home video, network television, or cable, even if theater exhibition no longer accounts for the bulk of the income from a film. Thus, for these reasons distributors who suffer an anticompetitive five or ten percent decline in theater rentals might not forgo first run theater exhibition in favor of direct sales to cable or video tape.

An interesting question is whether a discrete first run exhibition market exists for consumers, or theater-goers. Again the question of substitutability of video tapes, movie channels, or television entertainment for consumers is relevant. It could be of interest currently, given the concentration in ownership of movie theatres in many markets today.

Consideration of conditions of entry into movie exhibition might also bear re-examination under current circumstances. In many metropolitan markets it may not be so easy to acquire the necessary land and official permits to construct new theater buildings, at least in the center city. The trend toward longer term formal and informal relationships between film distributors and exhibitors could also inhibit entry by new exhibitors.

APPENDIX

QVC/PARAMOUNT COMMUNICATIONS

On November 15, 1993, the Federal Trade Commission announced its acceptance, subject to final approval, of a consent agreement with Tele-Communications, Inc. ("TCI") and Liberty Media Corporation ("Liberty") in connection with the proposed acquisition of Paramount Communications, Inc. by a group composed of QVC Network, Inc. ("QVC"), Liberty and others (collectively, the "QVC group").¹

TCI is by far the largest cable television multiple system operator ("MSO") in the United States. Liberty, its programming affiliate, packages program inputs and sells the programming to cable system operators such as TCI; it also owns cable television systems and provides satellite-delivered programming services to various distribution media including cable television. TCI's and Liberty's affiliated cable systems control distribution of cable programming to about 25 per cent of all cable television subscribers in the United States. TCI and Liberty also hold substantial stock ownership in many popular cable television programming networks, including The Discovery Channel, The Learning Channel, Turner Broadcasting (producer of CNN and TNT), Request Television, Inc., Black Entertainment Television, The Box, Courtroom TV, Encore, Starz, The Family Channel, Home Shopping Networks, and QVC.

Paramount is a major Hollywood studio. Its businesses include the production and the licensing of new theatrically released movies for transmission on cable television channels, as well as a 50 per cent ownership interest in USA Networks.

The complaint accompanying the consent agreement alleges that the acquisition of Paramount by QVC may substantially lessen competition and tend to create a monopoly in two relevant product markets: subscription television program distribution to consumers, and cable television premium movie channels. The subscription program distribution market includes cable TV systems as well as other distribution alternatives that deliver multi-channel television signals to consumers for a subscription fee. The cable television premium movie channel market includes such cable movie channels as HBO, Showtime and Encore.

To put these charges in some perspective, it is necessary to describe in some detail the subscription television industry, and the merging parties' role in that industry. The industry involves at least three levels of vertical relationships.² At one level are the programming producers, such as Paramount. These are the businesses that produce the materials such as movies and other programs that are packaged for viewing on a cable television channel as well as on other media. Examples of program producers include movie studios, TV producers and syndicators.

At another level are the programming packagers -- the businesses that package programming inputs and prepare them for sale and distribution to cable operators. For example, Liberty, currently a member of the QVC group, buys movie rights from movie studios and packages and distributes movies to cable operators through its Encore premium movie channel, for ultimate subscription sale to viewers.³ Liberty has interests in other cable channels as well, as does QVC.⁴ USA Network, 50 per cent owned by Paramount, is another cable program packager.

The third level of the subscription television industry is composed of the distributors of programming to viewers, currently comprised primarily of cable system operators.⁵ This level of the

industry is involved in the QVC/Paramount transaction as well. The largest shareholder in QVC is Liberty, which in turn is controlled by two individuals who also control TCI.⁶ Liberty has a 21.5 per cent interest in QVC and has entered into an agreement with Comcast (a 12.5 per cent owner of QVC) and the CEO of QVC to vote their shares as a block. QVC is also partly owned by Time-Warner and other, smaller MSOs.

The Commission's complaint alleges competitive concerns at two levels. First, at the programming packaging level, TCI/Liberty's influence over Paramount allegedly may tend to lessen competition or tend to create a monopoly in the market for cable television premium movie channels. Second, the complaint allegation regarding the distribution market reflects a concern that the proposed acquisition could make it necessary for entrants into the distribution market to enter the programming level as well. Thus, the complaint alleges overall that the purpose, capacity, tendency, or effect of the acquisition may be to: 1) reduce the output and quality of premium movie channels; 2) raise programming fees to cable operators; 3) raise cable television subscriber fees to consumers; 4) enhance dominant firm behavior; 5) enhance coordinated interaction among vertically integrated multiple system cable operators; and 6) increase the difficulty of entry into the provision of subscription television programming distribution.

Since the alleged competitive problems stem from the vertical link between TCI/Liberty and QVC, the FTC's consent order addresses them by severing that link. A variety of interrelated provisions in the order assure that TCI's control of QVC is eliminated completely and immediately. The consent order requires TCI and Liberty, among other things, to divest all ownership interest in QVC and to divest or terminate all their interest in all existing agreements concerning voting of any shares of stock of QVC. Both the divestiture of ownership interests and the divestiture or termination of voting interests are to be made within 18 months from the date the order becomes final.

To preserve competition during the period prior to final acceptance of the consent order as well as until final divestitures are completed, the consent order is accompanied by an interim agreement which prohibits TCI and Liberty, among other things, from exercising any direction of or control over the operations or management of QVC or Paramount, exercising any voting rights or agreements in connection with Liberty's ownership in QVC, or participating in any change in the management of QVC or Paramount.

In addition, the interim agreement provides that within five days of the date the agreement containing the consent order is placed on the public record, any officers, directors, or employees of TCI or Liberty who are present members of the board of directors of QVC or Paramount will resign as members of such boards. No officer, director, or employee of TCI or Liberty will serve on the board of directors of either QVC or Paramount.

Further, until the divestiture of ownership interests and the divestiture or termination of voting interests are completed, the consent order prohibits TCI and Liberty from entering into any agreements with QVC or Paramount that grant TCI or Liberty exclusive exhibition rights to recently released theatrical motion pictures after Paramount's current contract with certain other parties terminates.

The consent order provides that TCI and Liberty shall not be obligated to comply with the order if: 1) QVC terminates or abandons its attempted acquisition of Paramount; or 2) QVC does not acquire more than ten percent of the common stock of Paramount within twelve months of the date the order becomes final.

TCI-LIBERTY MEDIA CONSENT DECREE

The April 28, 1994 consent decree filed by the Department of Justice concerning the proposed merger of Tele-Communications Inc. ("TCI") and Liberty Media Corporation ("Liberty") settled the first challenge to a vertical merger by the Department in over ten years. TCI was the largest cable multiple systems operator ("MSO") in the United States in terms of subscribers, and Liberty was one of the largest MSOs. Combined, TCI and Liberty would have financial interests in cable systems accounting for more than 13 million subscribers, or approximately one-fourth of the nation's cable subscribers. The combined firms would also have substantial financial interests in a large number of providers of video programming to multichannel subscription television distributors. The Department was concerned about effects on competition resulting from:

- Decreasing actual and potential competition among video programming providers, because the combined TCI-Liberty would have the increased ability and incentive to discriminate with respect to access to its cable systems, or the terms and conditions of such access, in favour of its affiliated video programming providers and against unaffiliated video programming providers.

- Decreasing actual and potential competition among multichannel subscription television distributors, because the combined TCI-Liberty could have the increased ability and incentive to deny to competing multichannel subscription television distributors access to its affiliated video programming services, or to provide such access only on unreasonable terms.

The Final Judgment entered in the case enjoined the parties from discriminating against unaffiliated video programmers with respect to access to its cable systems and other multichannel subscription television distributors ("MSTDs"), and from discriminating against other MSTDs with respect to its programming providers, where such discrimination results in an unreasonable restraint on competition.

Description of the Parties and the Proposed Transaction

TCI was the largest cable multiple systems operator ("MSO" -- a cable systems firm that owns a number of cable systems or cable franchises) in the United States, with financial and management interests in cable systems serving more than 10.2 million subscribers. TCI also had substantial interests in direct-to-home satellite delivery of multichannel subscription television service. TCI also had financial and management interests in programming services such as The Discovery Channel, The Learning Channel, E! Entertainment Television, Request Television (pay-per-view), Home Shopping Network Inc., QVC Network Inc., Starz, Rocky Mountain Prime Sports Network, and Turner Broadcasting Systems, Inc. (which provides Cable News Network (CNN), Headline News, The Cartoon Network, TBS and Turner Network Television (TNT)).

Liberty was a large cable MSO, with financial and management interests in cable systems serving 2.9 million subscribers. Liberty also had financial and management interests in a wide range of programming services, including Black Entertainment Television (BET), The Box, Courtroom Television Network, Encore, Starz, Family Channel, Home Shopping Network Inc., QVC Network Inc., Prime Sports Network and more than a dozen regional sports channels.

Together TCI and Liberty would serve more than 13 million subscribers, or about a quarter of the nation's cable subscribers, and have financial interests in a wide range of programming services, including a number of the most popular and widely-carried services.

Historical Relationship Between TCI and Liberty

In 1990, TCI created Liberty, a new public company, through a rights offering to TCI shareholders, and moved certain TCI assets into Liberty. According to TCI, the new company was created for two reasons. First, the company anticipated that possible federal legislation or regulation might force such divestiture later under unfavorable circumstances; a voluntary separation allowed TCI to retain ties to the new company. Second, in a smaller company, management would be able to devote greater attention to maximizing the value of Liberty assets and have greater freedom to pursue growth opportunities in the cable industry. TCI management also felt that capital and financial markets had not given appropriate recognition to certain TCI interests and assets, particularly in the cable programming area, because they were difficult for security analysts and others to identify, value and track; TCI hoped that, in a smaller company, the actual and potential value of those interests and assets would be appropriately recognized.

Although Liberty was organized as a separate company, it shared stockholders and directors with TCI. TCI acknowledged that the two companies had cooperated closely since Liberty was formed, and were partners in a number of ventures.

In 1992, Congress passed the Cable Television Consumer Protection and Competition Act ("1992 Cable Act"), which, combined with implementing FCC regulation, established a legal framework regarding, among other things, the number of cable subscribers a person is authorized to reach through cable systems owned by such person, or in which such person has an attributable interest, and delineating the extent to which multichannel video programming distributors may engage in the creation or production of video programming. TCI claimed that the cable system and programming assets of TCI and Liberty could be recombined under this regulatory framework, and that appropriate market valuation for Liberty's assets had been achieved, thus obviating the principal reasons for separating the companies. According to TCI the recombination would eliminate certain inefficiencies and costs of separation, as well as eliminate confusion and conflicts that may have resulted from the separation.

Recognizing the cooperative relationship between the firms and the commonality of control in five shareholders and common managers and directors, the Department nonetheless analyzed the proposed merger as a transaction involving two separate entities, since separate legal and fiduciary obligations existed for each of the firms that required each firm to operate in its distinct interest.

Effects on Competition

A multichannel subscription television distributor ("MSTD") is an entity that provides multiple channels of video programming to consumers on a subscription or fee basis, as differentiated from local broadcast television stations which individually provide a single channel at no charge within their broadcast areas. MSTDs deliver programming to consumers utilizing various methods, including cable, multichannel multipoint distribution ("MMDS"), satellite master antenna television ("SMATV"), direct-to-home satellite, or the facilities of common carrier telephone companies or their affiliates.

The Department determined that the proposed merger could substantially lessen competition *(i)* among providers of video programming to MSTDs in the United States, and *(ii)* among MSTDs in the areas in the United States in which TCI and Liberty control cable systems. The merger of TCI and Liberty would result in a vertically integrated firm with *(1)* substantial interests in widely distributed and popular video programming and *(2)* control of approximately one-quarter of the nation's cable subscribers.

Accordingly, the merged firm would have both the ability and incentive to lessen competition by discriminating against non-affiliated programmers in terms of access to its MSTDs and by denying to competing MSTDs access to its video programming on reasonable terms.

The market for multichannel subscription television distribution is overwhelmingly dominated by local cable systems. Cable television service is available in nearly all urban and suburban areas in the United States as well as many rural areas, passing more than 95 per cent of the nation's estimated 92 million television households. Cable television systems currently serve more than 55 million subscribers in more than 11 300 cable systems located in all 50 states, or about 60 per cent of households passed. Nearly all communities are served by a single cable system; fewer than 0.5 per cent of the more than 10 000 cable franchise areas have more than one cable system available to local cable subscribers.

Cable television service involves installation of the cable by the distributor for a nominal charge and the transmission of a number of channels of programming over the cable to the consumer, who pays the distributor a monthly subscription fee for a group of "basic" programs. Consumers can also pay additional subscription fees for monthly access to "premium" channels or a per-event fee for certain movies or special events ("pay-per-view"). The number of channels of programming provided by cable systems vary, with some systems offering a dozen or so and others more than 100 channels. The deployment of fiber optic cable and recently developed digital compression technology is widely expected to increase channel capacity greatly in the near future. Cable television systems face very limited competition from other types of distribution systems, including MMDS, SMATV, and direct-to-home satellite, and may face competition in the future from video dialtone services.

MMDS delivers programming over microwave channels received by subscribers with special antennae. At the time of the merger there were fewer than 150 MMDS systems in operation, serving an estimated 600,000 subscribers (these numbers have grown in the period since the merger). MMDS had recently obtained regulatory approval to deploy systems that were considered technologically superior, which could increase its availability and attractiveness as an alternative to cable television service.

SMATV is essentially a private cable system, typically used in apartment buildings or other high-density housing. SMATV is estimated to have fewer than one million subscribers.

Home satellite dishes are used to receive programming from communications satellites. More than two and one-half million satellite dishes have been sold in the United States. C-band satellite service, which is provided by low-power satellites, requires consumers to install satellite receiving dishes eight to twelve feet in diameter at an installed cost of \$1 500 or more. Because of its high installed cost and the size of the receiving dish required, C-band satellite is a poor alternative to cable television service for most current or potential cable subscribers. Medium-power Ku-band satellite service, provided by TCI and its partners in a joint venture called Primestar Partners, L.P., uses dishes three feet in diameter and had approximately 70 000 subscribers at the time of the merger (this number too has grown). High-power DBS recently became operational, using a dish 18 inches in diameter, and has been extremely successful; it may by virtue of its smaller dish size be more attractive to consumers so that it ultimately offers greater competition to cable service than the other satellite services.

Video dialtone is a multichannel subscription television service recently authorized by Federal Communications Commission regulation and being developed by common carrier telephone companies. Using the telephone network, telephone companies plan to offer distribution of programming provided either by third parties or by joint ventures in which the telephone company participates. As the telephone companies improve the capabilities and capacity of their networks, they are expected to be able to offer greatly expanded channel capacity and services such as "video-on-demand." At present, there are a small number of pilot projects demonstrating the service. Widespread development of video dialtone services in the future may present a substantial competitor to cable systems. At this time, the telephone companies have delayed their deployment of video dialtone and many of them are considering other technologies --

some have purchased MMDS providers and others are offering DBS. Common carrier telephone companies also have announced their interest in providing cable service directly to subscribers.

As discussed above, both TCI and Liberty, in addition to operating cable systems, each had substantial financial interests in video programming services provided to cable systems and other MSTDs. The merger of TCI and Liberty created a vertically integrated firm with substantial power both as a MSTD and as a video programming provider. TCI and Liberty together would effectively control access to about one-fourth of cable subscribers and would be affiliated with eight of the twenty most widely distributed cable programming services. This substantial integration was likely to increase abilities and incentives to restrain competition in two ways. First, the merged firm could discriminate against competitive video programmers in favour of its affiliated programmers by refusing to carry programs or by denying similar terms or conditions thereby making it significantly more difficult for such competitive programmers to operate profitably or to compete effectively against the merged firm's programming services. Second, the merged firm could deny access to or discriminate in terms of access to its programming to competing MSTDs, making it more difficult for competitive distribution systems to obtain programming necessary to compete effectively against the merged firm's MSTDs.

The term of the Final Judgment is five years. The length of this term reflects the Department's recognition that this industry is one that has experienced major changes in MSTD technologies that are on-going, and the effects of the 1992 Cable Act and its implementing FCC regulations.

The Final Judgment enjoins Parties' cable systems and other MSTDs from discriminating against non-affiliated video programmers in the selection, terms, or conditions of carriage, where the effect of such conduct is unreasonably to restrain competition. This provision does not create an automatic right of access for any individual video programmer to any of Parties' individual MSTDs, nor is it intended to inhibit good faith negotiations between Parties and unaffiliated programmers regarding the terms and conditions of carriage. However, where the effect of discrimination by Parties is to restrain competition, such conduct is prohibited. Discriminatory conduct can take a variety of forms depending on individual circumstances, and may include, but is not limited to, discrimination in: (i) pricing; (ii) channel assignment; (iii) tiering or packaging of programming services; (iv) promotional activities; and (v) signal quality.

The Parties are also enjoined from refusing to sell or license, or from selling or licensing only on a discriminatory basis, video programming in which they have an interest to any competing MSTD, where the effect of such conduct is unreasonably to restrain competition. Differences in price or terms that are reasonably based on ordinary commercial factors, including but not limited to the factors currently set forth in federal regulations, will not constitute prohibited discrimination. This section therefore does not prevent parties from engaging in good faith business negotiations or from imposing reasonable requirements for the creditworthiness or service quality of a distributor, or from establishing prices, terms, and conditions that reasonably reflect actual differences in the distributor's costs of providing such video programming or economies of scale or other economic benefits reasonably attributable to the number of subscribers served by such distributor. This provision does assure that Parties may not refuse to license their video programming to competing MSTDs where the effect would be to inhibit the ability of such MSTDs to compete against Parties.

These prohibitions are further extended to prevent parties from seeking or supporting, with respect to any MSTD or video programming provider in which they have any financial interest but do not control, conduct that would violate the prohibitions if engaged in by Parties. For example, should Parties urge Turner Broadcasting, Inc. to deny programming to a competing MSTD under circumstances that would result in an unreasonable restraint on competition, such conduct by Parties would violate this section.

By prohibiting conduct by Parties that might restrain competition in the provision of video programming or multichannel subscription television distribution, the Department believes that the anticompetitive effects of the proposed merger will be fully remedied. In addition, by expressly including

common carrier telephone companies and their video dialtone customers in the definition of MSTDs, the Final Judgment will make clear the parties' obligation to refrain from anticompetitive discrimination against these potential competitors. The Department's view as to the sufficiency of this relief also rests on the existence of Sections 12 and 19 of the 1992 Cable Act, and their implementing FCC regulations, as well as the judgments recently entered in other recent cases involving MSTDs.

Relief in the Final Judgment should prevent the possible occurrence of conduct the effect of which may be substantially to lessen competition in the provision of video programming to MSTDs in the United States or competition among MSTDs in the geographic areas in which Parties have cable systems. Moreover, the terms of the proposed Final Judgment are supplemented by the provisions of the 1992 Cable Act and its implementing FCC regulations, as well as the judgments in the related Primestar cases. Under these circumstances, seeking to enjoin the merger would only prevent the two firms from achieving the economic efficiencies that may result from vertical integration and, given their history and present circumstances, eliminating the costs imposed by their legal separation into separate firms.

NOTES

1. Tele-Communications, Inc. and Liberty Media Corp., Agreement Containing Consent Order, FTC File No. 941-0008 (accepted for public comment on November 15, 1993) (Commissioners Azcuenaga and Owen dissenting). The consent agreement was withdrawn when the acquisition bid failed.
2. See generally, L. WHITE, "Antitrust and Video Markets: The Merger of Showtime and the Movie Channel as a Case Study," in E. Noam, ed., Video Media Competition: Regulations, Economics, and Technology (1985).
3. Encore's principal competitors are Home Box Office ("HBO") and Showtime. TCI and Liberty also control Starz, a new premium movie channel.
4. QVC owns two home shopping television channels -- QVC and The Fashion Channel. It has been widely reported in the media that QVC was seeking to merge with Home Shopping Network Inc. ("HSN"), another home shopping channel. According to more recent media reports, however, QVC has stated that it is dropping its bid for HSN. See Washington Post, November 6, 1993, at C1.
5. Direct broadcast satellites and wireless cable systems currently have a limited presence in the market for the distribution of in-home programming. A new development at this level of the industry is the emergence of telephone companies that reportedly are planning to develop and install technology that will enable them to distribute TV programming over optical fiber telephone lines.
6. Liberty is a spin-off of TCI.

CONTRIBUTION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

S'il est bien entendu que l'industrie cinématographique pose, comme tout autre secteur économique, des problèmes en termes de droit de la concurrence, la nature de l'autorité la mieux à même de les résoudre reste parfois sujette à débat. Le plus souvent, les relations entre distributeurs et exploitants sont le mieux susceptibles d'être résolues au niveau des États Membres. Le morcellement linguistique, le goût du public, variable suivant les pays et les régions, les habitudes de consommation, la cession territoriale des droits, tous ces facteurs expliquent que, le plus souvent, l'État Membre soit un marché autonome, parfois subdivisé en sous-marchés régionaux. Dans ces conditions, par application du principe de subsidiarité, il est bien naturel que la compétence communautaire apparaisse comme diffuse. D'autant que, dans ce secteur, les États Membres traitent fréquemment et efficacement les questions d'anti-trust que leur marché national soulève. L'on peut citer notamment l'enquête de la MMC (Mergers and Monopolies Commission) au Royaume-Uni et les travaux de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes en France, à l'encontre des deux réseaux Pathé et Gaumont. Toutefois, il est arrivé, et il arrivera encore, que la compétence communautaire s'impose ; l'objet de la présente contribution est précisément de commenter ce type de cas.

Le droit communautaire de la concurrence appliqué à l'industrie cinématographique repose ici sur une double spécificité : *ratione personae*, le droit de la concurrence est ici appliqué à des opérateurs internationaux par la Commission ; *ratione materiae*, le cinéma constitue un secteur économique spécifique, obéissant à des règles de fonctionnement propres. L'on tentera de cerner, dans les lignes qui suivent, en quoi se manifeste la spécificité du contrôle anti-trust communautaire de l'industrie cinématographique. Cette spécificité apparaît à trois niveaux : I. Les paramètres du contrôle anti-trust sont particuliers ; II. Le domaine du contrôle est sui generis ; et III. L'exercice du contrôle obéit à des règles propres.

Les paramètres du contrôle

Dans le domaine cinématographique, du moins tel qu'il est examiné par la Commission, les outils économiques classiques sont nécessaires. Pour autant ils ne sont pas, par eux-mêmes, suffisants.

La nécessité des outils économiques classiques

Classiquement, c'est toujours en fonction d'un contexte économique donné qu'une décision est prise, l'autorité anti-trust surveillant l'évolution du marché, et aboutissant ainsi à une décision fondée sur un contexte économique précis. Un exemple en est la décision UIP du 12 juillet 1989. Dans ce cas, c'était le caractère déprimé du marché cinématographique qui, parmi d'autres paramètres, justifiait l'exemption accordée à cette filiale commune (c.f. infra).

Depuis lors, l'on assiste à un renouveau des cinémas de forme "multiplex". Ce type d'exploitation s'est développé au cours des cinq dernières années. Puissants, appartenant à des groupes structurés, bénéficiant de solides assises financières, ils répondent à une logique différente des cinémas classiques : ces salles sont excentrées, de grande taille, génératrices d'investissements immobiliers importants. Du point de vue du droit de la concurrence, il est à noter que la puissance des multiplex leur permet de se battre à armes égales contre les grands distributeurs. La relation de pouvoir souvent décrite entre un petit exploitant et un distributeur de grande taille se trouve ainsi renversée. De telles considérations ne sont pas dénuées

d'importance pour comprendre la solution apportée au cas UIP. L'environnement économique de cette entreprise a, en partie seulement, changé depuis quelques années. L'on assiste en effet à un redémarrage des entrées-salles ; alors que les entrées-salles avaient décliné de 40 pour cent entre 1970 et 1986, les années 1989 à 1992 ont montré une interruption de la chute qui a laissé place à une stabilité des entrées. De même, l'on assiste à une croissance des recettes-salles depuis le début de la décennie 1980. Ces considérations d'ordre macro-économique sont nécessaires à la prise de décisions. Elles ne sont toutefois pas suffisantes.

L'insuffisance des outils économiques classiques

Dans le corpus théorique de l'anti-trust, un certain nombre de concepts sont utiles, comme la distinction entre grandes entreprises et petites entreprises ou la notion de définition du marché. En matière de cinéma, ces deux concepts sont d'une utilité moindre.

La distinction entre majors et indépendants devient plus floue et moins utile.

Certes l'on estime en général que le cinéma indépendant a, à la fois, plus de dynamisme artistique et moins de ressources financières que les majors. Ceci posé, la frontière entre les deux tend à s'estomper. Ainsi Miramax, producteur indépendant, racheté en 1994 par Disney, pose un problème de qualification : il est difficile de considérer qu'il s'agit encore d'un indépendant. La même question peut se poser pour Gramercy, filiale commune - aux États-Unis - de Polygram et de Universal. Le fait que cette distinction soit plus floue rend plus difficile la comparaison entre les produits et entre les entreprises. S'agissant des produits, il était manifeste, dans le passé, que les indépendants préféraient des petits projets de qualité, moins onéreux. Aujourd'hui, il est clair que, sur le marché américain, selon les statistiques de l'AFMA (American Film Market Association), les grands indépendants renoncent aux petits projets peu coûteux qui faisaient leur spécificité. S'agissant maintenant des opérateurs, il semblait indéniable, par le passé, que les indépendants étaient, du moins en Europe, placés dans une position d'infériorité vis-à-vis des grands majors. Aujourd'hui, compte tenu de la difficulté de séparer nettement les deux catégories, cette relation d'infériorité doit être nuancée.

La définition du marché reste, en matière d'industrie cinématographique, aléatoire.

La première raison en est que chaque film constitue un produit unique et non-substituable, comme l'a noté la Cour de Justice des Communautés Européennes (Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes (Cicce) du 28 mars 1980). Dans cette affaire, le Cicce avait introduit un recours contre deux décisions de la Commission, datant des 12 juillet et 28 octobre 1983, par lesquels la Commission classait la plainte de ce Comité. La plainte de Cicce dénonçait le prétendu abus de position dominante des chaînes de télévision française, qui, selon lui, imposaient des prix d'achat très bas pour l'achat de droits de diffusion de films.

Selon la Commission l'on ne pouvait parler d'abus de position dominante "en bloc" ; tout dépendait, en réalité, du rapport entre le prix d'un film et sa valeur. Cette valeur était elle-même subordonnée à un grand nombre de critères : qualité artistique, réussite du film en salle, nombre de spectateurs potentiels, caractère inédit du film, durée des droits, etc. La constatation de l'abus ne pouvait donc se faire que, au cas par cas, c'est-à-dire film par film. Le juge mentionne même expressément cette idée que "tous les films sont différents". Du point de vue du droit de la concurrence, cette particularité amène à individualiser le marché de manière assez nette.

En deuxième lieu, la mesure des parts de marché est sujette à caution. Cette mesure s'appuie en général sur un critère qui est celui des recettes dégagées par chaque film. Mais ce critère est en concurrence avec d'autres. Le nombre de films, le nombre d'entrées constituent des paramètres supplémentaires, encore que le premier leur soit généralement préféré, parce que plus significatif.

Enfin, la signification de la part de marché est elle-même ambiguë. Dans la mesure où, comme il est indiqué ci-dessus (cf. Cicce), chaque film est unique, les parts de marché perdent leur signification car elles peuvent varier, pour un distributeur donné, d'une année sur l'autre, de manière erratique. Dans ces conditions, la mesure d'un éventuel "market power" devient particulièrement aléatoire. Ce critère peut également varier non seulement dans le temps mais également dans l'espace. L'on peut très bien concevoir qu'un distributeur pan-européen obtienne une part de marché importante dans un État Membre et faible dans un autre. Dans l'affaire UIP (cf. infra), ce distributeur obtenait 22 pour cent des recettes-salles dans la Communauté (chiffre moyen calculé sur les exercices 1981 à 1988). Mais ce critère n'était pas à lui seul significatif pour évaluer la puissance commerciale de cet opérateur, puisque selon les films distribués, cette part de marché pouvait augmenter ou diminuer considérablement, à la fois dans le temps et dans l'espace.

Si les paramètres de la puissance commerciale, ainsi définis, sont complexes, le domaine du contrôle anti-trust de l'industrie cinématographique est plus aisé à délimiter.

Le domaine du contrôle

Le droit communautaire de la concurrence aurait pu voir son domaine d'application limité par d'autres normes juridiques. La délimitation exacte de son domaine a été précisée avec le temps. A l'origine, la question se posait de manière relativement simple. Elle s'est, par la suite, compliquée.

Formulation simple

La question s'est posée assez tôt à la Commission de savoir si l'on pouvait appliquer les articles 85 et 86 à des prestations artistiques.

Cette question a été tranchée par une décision de la Commission du 26 mai 1978 RAI/UNITEL. Dans cette affaire, dont l'intérêt juridique était surtout procédural, un opérateur économique s'opposait à la diffusion sur la RAI d'un concert à Milan, au motif de ce que les quatre interprètes du concert avaient signé avec lui un contrat d'exclusivité. La DG IV a interrogé cet opérateur sur les conditions exactes dans lesquelles avait été conclu le contrat. L'opérateur a refusé de répondre au motif que les articles 85 et 86 visaient des biens et des services et ne visaient pas des prestations artistiques. La Commission a écarté cet argument en considérant que l'essentiel était que les prestations artistiques soient exploitées commercialement. Dès lors qu'elles l'étaient, le caractère commercial de la représentation entraînait nécessairement l'application des articles 85 et 86.

Formulation complexe

Plus complexe était la question de savoir si le champ du droit communautaire de la concurrence pouvait être limité par l'existence de droits de propriété intellectuelle. La question a été clarifiée par un arrêt (CODITEL II, 6 octobre 1982) de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Il s'agissait de se prononcer sur la validité de clauses d'exclusivité.

Il convient de rappeler que la pratique de l'industrie cinématographique consiste, pour un producteur, à céder en exclusivité les droits sur un film, pour un territoire donné, généralement un État Membre, à un distributeur. En tant que tel, l'article 85(§1) ne devrait pas s'appliquer. Mais, en fonction

de certains critères (cf. infra), l'exclusivité peut constituer un moyen de cloisonner le territoire communautaire en faussant la concurrence et en restreignant la distribution de films. Il faut bien voir, en effet, qu'une série d'exclusivités accordées dans tous les États Membres aboutit à un cloisonnement total du marché commun. Toutefois, en l'espèce, l'exclusivité a été jugée licite. Car l'industrie cinématographique a des traits propres, notamment elle repose sur des marchés essentiellement nationaux (doublage, sous-titrages, financement). Dès lors que l'exclusivité est proportionnée aux besoins de l'industrie et que ni sa durée ni son territoire ne sont excessivement étendus, elle doit être considérée comme licite. Le juge communautaire a ainsi concilié deux concepts qui pouvaient apparaître comme antinomiques, à savoir l'existence des droits de propriété intellectuelle et le droit communautaire de la concurrence.

Il n'en reste pas moins que, d'un point de vue pratique, c'est de manière extrêmement approfondie que la Commission contrôle l'adéquation entre la protection du droit de propriété intellectuelle et la restriction de concurrence. Ainsi, dans une décision du 15 septembre 1989 (IV/31.734 "Achat de films par les stations allemandes de télévision", cf. spécialement §43 et 44), la Commission a-t-elle poussé le contrôle jusqu'à analyser in concreto les détails de la transaction (nombre de films achetés, durée de l'exclusivité, proportionnalité aux besoins des chaînes, exigences de planification des programmes, conformité aux usages du secteur, etc...).

L'arrêt CODITEL II a été sur ce point précisé par un arrêt - désormais bien connu - du Tribunal de Première Instance du 10 juillet 1991 (Independent Television Publications). Bien qu'intervenant dans un marché différent, cette décision juridictionnelle offre le mérite de montrer¹ que les droits de propriété intellectuelle ne sauraient être utilisés de manière à soustraire leur détenteur au droit communautaire de la concurrence.

Les paramètres et le domaine du contrôle ayant été définis, l'on peut tenter maintenant de définir à quels résultats concrets il a abouti.

L'exercice du contrôle

L'exercice du contrôle consiste à assurer une saine concurrence à la fois entre les médias eux-mêmes, et entre les opérateurs. Le premier point traite de la chronologie des médias, le deuxième de la concurrence entre distributeurs de cinéma, voire, le cas échéant et *mutatis mutandis*, entre distributeurs de films aux entreprises de radiodiffusion et de vidéo.

La concurrence entre médias.

La Commission a eu à traiter de problème de la chronologie des médias, dans le cadre d'une affaire NFC (Nederlandse Federatie voor Cinematografie). En l'espèce, un accord de 1992, notifié à la Commission, interdisait l'exploitation simultanée de films en salles et en vidéos à l'intérieur de certains délais ("Windows"). L'accord avait été signé par la quasi-totalité des producteurs, des distributeurs et des exploitants de salles néerlandais.

D'après les dispositions de l'accord, chaque film devait tout d'abord être fourni aux salles commerciales, puis, à l'expiration d'un délai de six mois, pouvoir être distribué sous forme de vidéos et dans les salles d'art et d'essai. A l'expiration de 12 à 21 mois, le film devenait disponible pour la distribution en télévision payante. Après 24 mois, le film était libre pour sa distribution à la télévision gratuite. Le contrat prévoyait également des dérogations possibles au cas par cas. Les films d'art étaient soumis à un régime assez proche (à l'exception toutefois d'une clause imposant des prix minima).

Dans cette affaire, la thèse des parties s'opposait à celle de la Commission.

i) Selon les parties, l'accord ne restreignait pas la concurrence. Il se limitait à retarder la concurrence entre les différents modes d'exploitation. Il en résultait donc un échelonnement - et non une élimination - dans le temps, de la concurrence. De plus, selon les parties, l'accord était dépourvu d'influence sur le commerce intra-communautaire.

ii) La Commission a procédé à une analyse différente. Elle a d'abord estimé que l'accord était effectivement restrictif de concurrence. Ceci s'explique par le fait que l'accord annulait la concurrence entre les cinémas et les autres modes d'exploitation. Les distributeurs s'interdisaient finalement de se concurrencer sur les différents "Windows" simultanément. Quant à l'affectation du commerce intra-communautaire, elle résultait de ce que la majorité des films distribués étaient d'origine étrangère au pays en cause. Enfin la fixation de prix minima applicables aux films d'art constituait clairement une restriction de concurrence.

La Commission a toutefois estimé, qu'en application de l'article 85(§3), une exemption pouvait être octroyée à la NFC. Les raisons de cette exemption sont triples.

En premier lieu la solution conventionnelle, retenue aux Pays-Bas, aboutissait finalement au même résultat que la solution réglementaire en vigueur dans d'autres États Membres applicable à la question de la chronologie des médias. En outre, une directive communautaire (Directive "Télévision sans frontières" du 3 octobre 1989) contenait des règles analogues (délai minimal de deux ans entre la sortie en salles et l'exploitation télévisuelle). En outre, le juge avait lui-même entériné le principe d'une chronologie des médias (Arrêt CJCE, Cinéthèques du 11 juillet 1985).

Ensuite, l'accord NFC permettait de maximiser les recettes-salles, donc de dégager un financement pour l'industrie cinématographique, donc finalement de stimuler la production de films.

Enfin l'accord permettait de conserver un lien privilégié entre le cinéma en salle (assuré de bénéficier de la première sortie des films) et le spectateur.

La concurrence entre les opérateurs

Dans une décision United International Pictures (UIP) du 12 juillet 1989, la Commission a eu l'occasion de définir les conditions auxquelles est soumis le rapprochement entre distributeurs concurrents. De cette décision l'on peut retirer les deux idées majeures suivantes: d'une part, un rapprochement excessivement restrictif serait illégal; d'autre part, un tel rapprochement, à condition d'être débarrassé de certaines clauses anticoncurrentielles, peut devenir admissible.

Un rapprochement excessivement restrictif serait illégal

La compréhension de cette affaire exige de savoir que les accords UIP initiaux étaient très différents de ceux qui furent finalement exemptés. Il convient en premier lieu de s'intéresser au contenu de l'accord initial et aux raisons de son illicéité.

i) Exposé de l'accord initial.

Dans cette affaire, trois grand studios avaient fondu leurs réseaux de distribution dans une filiale commune (UIP). Un Conseil d'administration décidait à l'unanimité. Une clause d'exclusivité était réservée à la filiale commune pour l'ensemble de la Communauté, s'agissant de la distribution des films des trois

mères. Cet accord s'étendait à la télévision à péage. Enfin, une clause de partage des bénéfices avait été prévue, qui donnait à chaque société-mère, un intérêt aux recettes des autres.

ii) Les raisons de l'illicéité de l'accord.

Bien que doubles, elles reposent sur une cause unique, à savoir la perte, par les sociétés-mères, de leur autonomie décisionnelle, perte qui résulte elle-même de deux considérations.

La première considération est que les mères siègent bien évidemment au Conseil d'Administration de UIP, ce qui implique chez elles une certaine coordination. Il convient à cet égard de citer le paragraphe 41 de la décision UIP :

"§41 Les accords se traduisent également par un certain degré de consensus dans la distribution des films des sociétés-mères en ce qui concerne le lieu et la date de sortie, ce qui renforce la nature restrictive d'UIP. Avant toute mise d'un film sur le marché, UIP doit consulter et conseiller la société-mère concernée sur le programme général de distribution, et, notamment, sur la campagne publicitaire, l'estimation des coûts de distribution et la date de sortie. Ce faisant, UIP est tenue d'adapter ses conseils aux intérêts de toutes les sociétés-mères. Étant donné qu'UIP a l'obligation de maximiser les bénéfices des trois sociétés-mères, elle-même et les sociétés-mères doivent se mettre d'accord sur le lieu et la date de sortie de tous leurs films en veillant à leur avantage global et en faisant en sorte qu'aucun film ne compromette les chances d'autres films distribués par UIP."

La deuxième considération était que l'accord limitait la liberté de choix par les mères d'un distributeur. Peu importait à cet égard que la clause technique retenue par l'accord soit l'exclusivité (accord initial) ou le droit de premier refus (accord définitif). Les distributeurs indépendants étaient donc virtuellement privés des films des trois sociétés-mères.

Un rapprochement entre trois grands distributeurs n'est pas nécessairement illicite.

Comme le montre l'exemple UIP, un rapprochement entre trois grands opérateurs n'est pas nécessairement illicite. En l'espèce, la Commission avait exigé, en 1989, un certain nombre d'amendements favorables à la concurrence, qui ont été retenus par les parties, ce qui a conduit la Commission à accorder une exemption.

i) Les amendements pro-concurrentiels

En premier lieu, l'exclusivité a été remplacée par un "droit de premier refus". L'exercice de ce droit est décidé par un Comité dans lequel ne siègent pas les représentants des mères. En deuxième lieu, les parties sont convenues d'écarter la télévision à péage du champ de l'accord. En troisième lieu, UIP accepte de distribuer également des films non-produits par ses trois mères. En quatrième lieu, les mères acceptent de librement et individuellement produire ou acquérir des films européens et d'en confier la distribution à UIP. En cinquième lieu, la clause de partage des bénéfices est supprimée. En sixième et dernier lieu, les mères s'engagent à ne pas se concerter, grâce à UIP, sur les dates et les lieux de lancement de leurs films.

ii) Raisons de l'exemption

Compte tenu des amendements apportés à l'accord initial, la Commission a décidé d'accorder une exemption à UIP. Elle s'est fondée sur les quatre conditions spécifiques à l'article 85(§3), à savoir l'amélioration de la structure de l'offre, la réservation à l'utilisateur d'une part équitable du profit, le caractère indispensable des restrictions et le maintien de la concurrence sur le marché. Ces quatre conditions

doivent être examinées séparément, même si elles se rattachent toutes à l'article 85(§3), donc à la preuve de ce que la filiale commune apporte des avantages macro-économiques qui n'existeraient pas sans elles.

La première condition tenait à l'amélioration de la structure de l'offre. En évitant les doubles emplois, en favorisant la synergie entre les membres, la création de UIP consacrait l'émergence d'un distributeur économiquement viable, alors que le marché connaissait une réelle dépression marquée par une diminution tendancielle des entrées et des recettes-salles. Cette dépression, due au développement de la télévision et de la vidéo, était aggravée par un accroissement des coûts de production et de distribution.

La deuxième condition tenait à ce qu'une part équitable du profit résultant de l'entreprise commune devait être laissée aux utilisateurs. En l'espèce, ces derniers se définissaient comme étant les salles, donc indirectement et également les spectateurs. L'idée sous-jacente de la décision était qu'une entreprise commune plus efficace et moins onéreuse devait améliorer le coût et la qualité du service rendu par ce distributeur aux exploitants. Les films devaient être plus nombreux et plus variés, ce qui constituerait un avantage pour le spectateur. En outre, l'approvisionnement des salles, même petites, en films devait être plus régulier. Surtout, UIP possédait la capacité d'entretenir un réseau pan-européen d'antennes locales, donc de maintenir un contact étroit entre l'exploitant et le distributeur.

La troisième condition tenait au caractère indispensable des restrictions. L'on a considéré que la création de la filiale commune constituait la seule solution pour atteindre les objectifs visés par les parents, en l'absence de grands distributeurs pan-européens. Certes l'accord contenait toujours ce "droit de premier refus" (ou droit d'option). Mais cette disposition était nécessaire pour assurer à UIP un flux suffisant de films d'où devaient résulter des économies d'échelle. De plus, chaque société-mère pouvait toujours imposer la distribution d'un film refusé par UIP ou le confier à un autre distributeur. Par ailleurs chaque société-mère conservait le droit de distribuer les films de producteurs tiers. Il était donc apparu que, au total, les restrictions de concurrence avaient été limitées au strict minimum.

La quatrième et dernière condition tenait au maintien d'une concurrence sur ce marché. Sur ce plan, la Commission a remarqué que le marché de l'industrie cinématographique était très localisé, spécifique à chaque État Membre. Les barrières linguistiques, les réglementations nationales, les modes de distribution et d'exploitation imposaient au distributeur de considérer chaque État Membre séparément. Les antennes locales de UIP devaient être en concurrence, dans certains États Membres, avec des distributeurs pratiquement aussi importants qu'elle et avec des groupes intégrés. L'arrivée de UIP sur ce marché ne devait donc pas modifier la position des autres opérateurs. Enfin, les exploitants devaient former un contrepois à l'éventuelle puissance commerciale de UIP. La dernière précaution prise par la Commission consistait à imposer une procédure arbitrale en cas de différend entre UIP et un exploitant.

L'on doit signaler, à ce stade, que, au terme de l'exemption dont a bénéficié UIP, cette entreprise commune en a demandé le renouvellement.

NOTE

1. "Si la protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère en principe à son titulaire le droit, que ne remet pas en cause le traité, de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'oeuvre protégée et si l'exercice de ce droit exclusif ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice de ce droit exclusif poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86 du traité. En effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'oeuvre et la rémunération de l'effort créateur, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86."

AIDE-MEMOIRE of DISCUSSION

(by the Secretariat)

The Chairman organised the discussion so as to review the main issues raised in the national contributions, i.e.: *i)* definition of the relevant market; *ii)* concentration of distributors and vertical integration of production studios; *iii)* vertical integration between distributors and exhibitors; *iv)* barriers to entry and concentration in film exhibition and *v)* remedies.

He first asked the delegations that had submitted a contribution to present their analysis of one of these issues, and once these five points had been covered, the discussion was opened up to all delegations.

Definition of the relevant market

The Chairman pointed out that two questions had been raised by the national contributions, i.e. is there substitutability between films? and is there substitutability between media (cinema, television, etc.)?

As regards the first question, he said that there are two positions. On the one hand, the European Union, based on the decision of the Court of Justice in the EC Cinema industries Committee case has considered that each film is a specific product and that any breach has to be examined on a case-by-case, film-by-film basis. However, the legal issue which the Court was asked to resolve concerned a question of proof and not one of substance, namely: whether the plaintiffs could validly attack the alleged abuse of a dominant position by the French public channels (in their role as buyers of films) in very general terms or whether they should base their arguments on precisely identified films. The judge decided in favour of the second solution and replied that each film had its own economic value; in other words, he did not pronounce on the issue whether films were substitutable for each other (cf. below). In Germany, on the other hand, since the 1986 decision ruling that cinemas do not have a right to be supplied with a particular blockbuster film, the position appears to be that there is a degree of substitutability between films. The same is true of Portugal, where a first-run exhibition market is considered to exist, which implies that there is a degree of substitutability between first-run films.

As regards the question of the substitutability between media, the UK Delegation mentioned in its contribution that the UK Monopolies and Mergers Commission (MMC) had considered in its 1994 report that viewing a film at a cinema was a quite different experience from watching a film at home on television or video. But in the NFC case, the European Commission ruled that an agreement that banned the simultaneous exhibition of films in cinemas and on video tapes restricted competition, which seems to imply that viewing a video tape on television is to some extent a substitute for seeing a film at a cinema.

The US Delegation pointed out that in the United States most of the cases that had come before the Department of Justice (DOJ) had led it to recognise the first-run market as a distinct entity. But as the market evolved, the DOJ had adapted its analysis and now tended to consider that there could be distinct markets depending on the type of problem being examined. If the competition issue concerns the exercise of market power by cinemas over consumers, by raising admission prices for example, then it is possible to define the market in broader terms than simply the first-run market. Since in some cases consumers consider that exhibition media are substitutable, this effectively may curb the ability of cinemas to exercise market power by raising admission prices. However, if the competition issue concerns discrimination against an independent producer, for example, the DOJ will consider there to be a distinct first run-market in cinema houses. This is because of the potential scarcity of distributors, for if a first-run film cannot be

exhibited satisfactorily it will not realise its full commercial value, since the level of television or video tape rights is determined by the film's box-office success.

The Delegation of the European Commission commented that its written contribution may have led to a misunderstanding because of its statement that each film was a distinct market, for this had never been the Commission's analysis, at least not in these categorical terms. The case referred to dated back to 1980 and concerned the right to broadcast films on television. In this case, the Court of Justice had based its decision on the need for a case-by-case approach. But it cannot be inferred from this decision taken in a specific context that every film should be considered as a distinct market under all circumstances. In reality, the issue of whether blockbuster films are such valuable products that no cinema or television can afford to do without them and whether a convincing case can be made in this respect remains an open question.

As regards the substitutability between exhibition media (cinema and television), the representative of the Commission further commented that this should be an observable phenomenon if it can be shown, based on statistics, that video tape sales and television broadcast rights have risen in proportion to declining ticket sales. With few exceptions, it seems that once a film is available on video, it is no longer viable in cinemas. In practice, however, because films are first distributed in cinemas and only later become available on video, this overlapping is generally avoided. This being the case, it is difficult to assess the degree of substitutability with accuracy.

Horizontal concentration of distributors and vertical relations with producers

The Chairman mentioned the written contribution of the Portuguese Delegation, referring in particular to the Lusomundo company. It has a dominant position in the field of distribution, and has exclusive distribution rights with the main producers, which can create a barrier to market entry both for other producers and other distributors. Because of this situation, in its note the Portuguese Delegation wondered whether a horizontal concentration of distribution should be limited so as to avoid exclusive dealing in the distribution of particular studios' films, which would in effect eliminate independent producers.

The Chairman invited the Swiss Delegation to explain why the concentration of distributors made it difficult for independent producers to have their films distributed, and then asked the Delegation of the European Commission to present the UIP case.

The Swiss Delegation stressed the specificity of the Swiss distribution market, in which four companies accounted for 75 per cent of the market, the remainder being divided up among some 30 independent distributors of various sizes. As a result, these companies are in a strong position as regards cinemas. This structure of the distribution market explains why, despite the large number of independent distributors, they do not wish to take risks and prefer to distribute films that will appeal to the broadest possible public, thus de facto excluding more marginal productions. As regards the exhibition market, there is a very high concentration of cinemas, primarily in Zurich and Geneva, which consequently play a decisive role in the marketing and success of new films.

However, the Swiss Delegate continued, this market does not operate satisfactorily, for the large distributors exercise market power over cinemas through contracts that include restrictive clauses such as block booking and setting minimum exhibition periods. Although there is little vertical integration, the concentration of the various exhibition media is cause for concern.

The Delegation of the European Commission provided some details on the UIP case, explaining that this case has continued since the 1989 decision, giving rise to new requests by the parties concerned for the authorisation of new agreements, to which the Commission has not yet replied. The 1989 case

concerned an agreement under which three studios controlling large market shares (the exact percentage was not disclosed) combined their distribution network within a common subsidiary. This agreement contained a clause giving this subsidiary the exclusive right to distribute the three parent companies' films, including on pay-per-view television. It also included a profit-sharing clause, which gave each parent company a share of the others' revenues.

After lengthy discussions, some changes were introduced that allowed the Commission to authorise the agreement for a limited period of time in order to assess whether there was a risk of possible collusion by these companies within this common subsidiary. This period has now expired and it is necessary to consider whether the terms of this agreement should be renewed and whether additional terms should be authorised. The key features of these negotiations were as follows: the exclusive distribution clause was replaced by a right of first refusal; the deciding Committee did not include representatives of the parent companies; the parties agreed to exclude pay-per-view television from the agreement; UIP also agreed to distribute films that had not been produced by the parent companies and freely to produce or acquire European films and distribute them through UIP; the clause on sharing revenues was eliminated and the parent companies promised that they would not consult each other as to the dates and locations where films distributed by UIP would open.

Vertical integration between distributors and cinema owners

The Chairman stressed that vertical integration between distributors and cinema owners was a cause for concern in many countries and asked the United States Delegation to describe the "Paramount" decrees, which are an important judicial precedent for analysis in this field, and also to specify to what extent these decrees are still relevant.

The United States Delegation explained that the "Paramount" decrees were rulings made in 1948 in response to the domination of the film market by eight distributors, five of which were major film studios that were completely vertically integrated; these studios not only produced and distributed films, but also owned cinemas. The three other distributors produced and distributed films but did not own cinemas. At that time, vertical integration led to price fixing detrimental to consumers' interests. Producers and distributors were in fact in a position to impose whatever price they wished on consumers in as much as they could deny access to the film exhibition market to newcomers that might sell tickets at a lower price.

The District Court ruled in favour of a formal bidding process for film licences; the Supreme Court did not uphold this method, which it found difficult to apply in practice, particularly as regards the active supervision by the courts that it involved, and decided in favour of a form of "structural relief" as a way of dismantling these kinds of vertical integration. Ultimately, the District Court ordered these holding companies to break up vertical relations by divesting their theatres so that the owners of production studios and distribution circuits could not also own cinemas. Moreover, a number of restrictions were imposed regarding the granting of exhibition rights.

Experience has shown that these Paramount decrees have successfully dismantled these vertical relations and that this has stimulated competition by enabling new competitors to enter the market. Since then, the situation has changed significantly with the development of television and video, which consumers consider as substitutes to some extent. As a result, because of competition from television, cinemas cannot charge filmgoers whatever admission price they like; in this respect, television certainly limits cinemas' possibility of exercising market power.

The Paramount decrees have, on the whole, reduced barriers to entry, enabling new operators to enter the market, although they have not eliminated these barriers altogether. Some practices, such as selecting exhibitors, continue to exist and the government attempts to monitor them. However, the

government's main concern is now not so much the cinema as the broader telecommunications sector, and it monitors whether all films have access to this sector.

In the United States there has recently been a major trend towards vertical integration in the media sector, which has given rise to two main concerns. The first involves the supplying of programmes, and not only as concerns films, but also specialised programmes such as news and sports programmes, etc. For these programmes to be exhibited fully, there must be broad access to all media. The phenomenon of market exclusion that led to the Paramount decrees in 1948 no longer applies only to cinemas, but affects the media as a whole. The second concern involves competition between these media and the possibility that some of them may be excluded from acquiring these programmes because of the vertical integration stemming from numerous mergers. The merger of TCI and Liberty described in the United States Delegation's contribution provides an illustration of this possibility.

At the Chairman's request, the Delegate of the United Kingdom discussed the MMC report on vertical integration and the anticompetitive practices to which it leads. In particular, he said that there was virtually no vertical integration between distributors and exhibitors, but that there were very strong links between them. The Commission had analysed whether these links increased efficiency and posed a risk of creating barriers to entry on the exhibition market. In particular, it had looked at the damaging practice of alignment, whereby distributors offer their films first and then discuss their timing and release strategy with their aligned exhibition circuit. Moreover, since a distribution circuit knows that all its cinemas will be given the latest blockbuster film whatever their individual merits, there is less pressure on exhibitors to compete by improving their facilities.

The Commission also examined other practices, such as setting minimum exhibition periods, the refusal to supply films to independent exhibitors, attempts to fix prices or to exert pressure on cinemas by distributors in order influence admission prices. It also looked carefully at the phenomenon whereby distributors in the United Kingdom find it more profitable to supply only one cinema rather than to share the receipts generated by a film among a number of cinemas, which obviously creates a barrier to market entry. Lastly, the Commission closely examined the practice of dumping by cinemas charging low admission prices.

In reply to the Chairman, the Portuguese Delegation described the Lusomundo case, after first having pointed out that the distribution market was concentrated horizontally while the exhibition market was vertically integrated. The dominant position of the distributor Lusomundo was the result of the fact that it has exclusive distribution agreements for Portugal with the main US. production studios. Moreover, the fact that it controls a large number of cinemas (26 per cent nation-wide and 46 per cent in Lisbon) makes it difficult for other distributors and producers to have access to the exhibition market. Moreover, Lusomundo recently made major investments in cinemas, in association with Warner.

Two complaints against Lusomundo are currently pending. The first concerns discriminatory behaviour by Lusomundo in its distribution of films to independent cinemas and its own cinemas. The other concerns a threat of refusal to supply films to cinemas that also do business with other distributors. An analysis of the agreement with cinemas showed that the distributor had imposed unfair clauses, such as a clause requiring cinemas exclusively to exhibit films distributed by Lusomundo, the possibility of the distributor replacing one film with another without prior notification to the exhibitor in question or of inspecting the exhibitor's facilities, receipts, etc. However, the Portuguese Delegate emphasised, these clauses are generally the result of the restrictive and binding clauses that US. producers impose in their contracts with Lusomundo.

Barriers to entry on the exhibition market

At the Chairman's request, the US Delegation briefly presented the Syufy case concerning an operator that had acquired virtually all the cinemas in the Las Vegas area. The Court ruled that this concentration did not raise problems of competition, arguing that i) this operator did not charge customers higher admission prices and that ii) it did not charge more for its services (popcorn sales, etc.).

Moreover, the Court also considered that this situation did not threaten competition as regards distributors, since the rights paid by Syufy to distributors were the same as those paid by other exhibitors on other markets. Similarly, it ruled that this operator's position did not create any special barriers to entry.

On the whole, the Department of Justice considers that although the Paramount decrees have done much to reduce barriers to entry, these barriers still remain in a number of markets. There are still more or less close vertical links between distributors and cinemas that lead to restrictive practices, such as the elimination of small independent cinemas from the schedule of blockbuster film releases. Thanks to the emergence of new technologies such as pay-per-view television and video tapes, which can in some cases be substitutes for the exhibition of films, these barriers to entry are currently tending to disappear. This trend should accelerate further with the introduction of high-definition television.

Remedies

The German Delegation began by observing that the structure of the German market was more favourable than elsewhere; for example, there was far less vertical integration, even though this might change with the construction of multiplexes. Although there are some competition problems connected with block booking in particular, on the whole they are not important. The rules governing joint purchasing are clear, and exemptions are only granted for joint purchasing agreements under certain well-defined conditions. These primarily concern small and medium-sized enterprises whose market position is relatively weak. In 1985-86, when there was an agreement of this type among the main cinema circuits, the Bundeskartellamt raised objections.

As regards distribution rules, when some ten years ago cinemas complained that they could not obtain blockbuster films or that they received them too late, distributors came to an agreement on objective criteria for rating cinemas in terms of size, location, etc. The cinemas with the best rating are ensured of being able to exhibit blockbuster films as soon as they are released, while less highly rated cinemas only receive them later, once a given first-run exhibition period has passed. This procedure, which is not monitored by the Bundeskartellamt, seems to have worked well so far.

The Australian Delegate discussed distributors' methods of setting the prices they charged exhibitors. Generally they receive a percentage of the exhibitors' receipts. However, since small independent cinemas have adopted a policy of lower prices, distributors have imposed a per capita system to offset the impact of this policy on their revenues. Under this system, cinemas are required to pay distributors a minimum amount per ticket sold rather than a percentage of their receipts, which creates pressure to raise ticket prices. The Trade Practices Commission is concerned about this practice and is planning to conduct an enquiry into this subject.

He added that another practice is being closely followed, which does not consist of the outright refusal to supply films to small independent cinemas, but rather of supplying them with films under certain conditions, for example, by imposing very long exhibition periods (eight weeks, for example). However, this problem is not easy to solve, given the provisions on the abuse of market power, for until now distributors have successfully defended this practice using arguments of commercial efficiency, despite its questionable impact on competition.

The general discussion that followed the presentations by the Member countries that had provided a written contribution opened with a question from the Secretariat regarding whether cinemas and television were true substitutes from the standpoint of producers. The cinema makes it possible to introduce important differences in price to target a specific public (special prices for students, children under 12, etc.) and certain days of the week, thus making it possible fully to take advantage of different segments of the public, which is not possible with pay-per-view television.

The US Delegate agreed that there was a distinct exhibition market for first-run films in cinemas for a number of reasons, primarily those mentioned by the Secretariat, but also because the overall value of a film and its distribution on secondary markets will primarily depend on its success when it is first released in cinemas. However, with technological progress, one cannot exclude the possibility that television could become a partial substitute and that it will then be possible to secure a portion of the revenues that can be generated by showing first-run films on television.

BIAC noted that the content of films was protected by intellectual property rights and mentioned the decision of the Court of Justice of the European Communities in the McGill case, whereby failure to supply certain markets can be considered to be an abuse of a dominant position. As regards the exhibition of films, he continued, provided the products covered by intellectual property rights come onto the market, the medium used is of little importance, as long as there is market access. He also welcomed the prospects that would soon be opened up by the development of new technologies making it possible to reach an ever-wider audience through methods -- including those used to set prices -- that are tailored to individual needs. In his view, this trend should solve many of the competition problems mentioned by the various participants.

The Delegate of the United Kingdom pointed out that in many cases it had been decided that when distributors refused to supply a film to an exhibitor, from their standpoint this was a legitimate way of trying to maximise their revenues from this film.

In reply to the US. Delegation about where were the Competition problems, the Chairman described the situation in France. The vertical integration prevailing on the market raises problems of market access either for independent producers that cannot find distributors and cannot have access to advantageously located cinemas that will maximise their film's revenues, or for independent cinemas that are not able to obtain good films to show. This problem of market access can be considered either as a competition problem or as a cultural problem, given that the major distributors in France have close links with US. producers. Thus, French producers complain that they do not have access to screens and, as a result, to consumers, while at the same time it has been many years since a substantial number of new cinemas were opened.

The US Delegation pointed out that this problem of access did not apply in the United States because of the number of potential alternative media.

The Chairman agreed that there were also differences between European countries. Thus, in Germany cable television was much more widespread than in France and was an important medium for exhibiting films.

The Representative of BIAC observed that vertical integration also had some very positive effects when distributors invested in production; without this financial participation, independent production would be in an even weaker position. From this standpoint, vertical integration enabled distributor/investors to maximise their revenues.

The Chairman concluded by observing that the discussion had brought to light a certain ambiguity as to the nature of the problem. Was the real problem one of competition or rather one of market access with an element of cultural identity that makes the issue even more sensitive? Thus, it appears that this

problem of market access and competition is found not only in international trade, but also at times in a domestic setting.

AIDE-MÉMOIRE de la DISCUSSION (par le Secrétariat)

La discussion a été structurée par le Président à partir des principaux éléments d'analyse qui ressortaient des contributions nationales, à savoir *i)* la définition du marché pertinent; *ii)* la concentration au niveau des distributeurs et l'intégration verticale avec les studios de production; *iii)* l'intégration verticale entre distributeurs et diffuseurs; *iv)* les barrières à l'entrée et la concentration dans la diffusion de films et *v)* les remèdes.

Il a invité, en premier lieu, les délégations qui avaient soumis une contribution à présenter leur analyse sur l'un de ces éléments puis une fois ces cinq points couverts, la discussion a été élargie à l'ensemble des délégations.

La définition du marché pertinent

A la lumière des contributions nationales, a indiqué le Président, deux questions se posent: existe-t-il une substituabilité entre films? existe-t-il une substituabilité entre supports de diffusion (cinémas, télévision etc..)?

S'agissant de la première question, a-t-il poursuivi, deux types de positions apparaissent. D'un côté, l'Union Européenne avec la décision de la Cour de justice dans l'affaire "Comité des industries cinématographiques des Communautés Européennes" estime que chaque film est un produit spécifique et que l'infraction éventuelle doit être examinée au cas par cas, film par film. Cependant, le problème juridique posé à la Cour portait sur une question de preuve et non de fond; il s'agissait de savoir si les plaignants pouvaient valablement attaquer le prétendu abus de position dominante des chaînes publiques françaises (en tant qu'acheteurs de films) en termes très généraux, ou s'ils devaient au contraire fonder leurs arguments sur le cas de films précisément identifiés. Le juge a tranché en faveur de la seconde solution et a répondu que chaque film avait sa propre valeur économique; en d'autres termes, il n'a donc pas ainsi tranché le point de savoir si les films sont substituables les uns aux autres (cf. infra). D'un autre côté, en Allemagne, depuis la décision de 1986 statuant que des salles de cinémas n'ont aucun droit à se voir octroyer la possibilité de diffuser un film à succès particulier, on semble considérer que, dans une certaine mesure, il existe une certaine substituabilité entre les films. Il en va de même au Portugal où l'on considère qu'il existe un marché de la première diffusion, ce qui implique une certaine substituabilité entre les films de ce marché.

S'agissant de la question concernant la substituabilité entre supports de diffusion, la délégation britannique fait valoir dans sa contribution écrite que la "Mergers and Monopolies Commission" (MMC) a estimé dans son rapport de 1994 que voir un film au cinéma était une expérience bien différente de celle consistant à regarder un film chez soi à la télévision ou au magnétoscope. Toutefois, dans l'affaire NFC, la Commission européenne a jugé qu'un accord qui interdisait l'exploitation simultanée de films au cinéma et en cassettes vidéo restreignait la concurrence, ce qui semble impliquer une certaine substituabilité entre voir un film au cinéma et voir un film en cassette à la télévision.

La délégation américaine a fait valoir qu'aux États-Unis la plupart des affaires que le Département de la Justice (DOJ) a eu à connaître, l'ont conduit à reconnaître que le marché de la première diffusion constituait un marché distinct. Mais avec l'évolution du marché, l'analyse du DOJ a également évolué et l'on tend aujourd'hui à considérer qu'il pourrait y avoir des marchés distincts selon le type de problème étudié. Si la préoccupation en matière de concurrence concerne l'exercice d'une puissance sur le marché

par les salles de cinéma vis à vis des consommateurs, par exemple sous la forme d'une augmentation des prix, on peut alors retenir une définition du marché plus large que celle du marché de la diffusion en première exclusivité. En effet, en raison de la substituabilité dans certains cas des supports de diffusion aux yeux des consommateurs, il peut y avoir là un frein à l'exercice d'une puissance sur le marché sous forme d'augmentation des prix du billet de cinéma. Si, en revanche, la préoccupation en matière de concurrence concerne par exemple, une discrimination à l'égard d'un producteur indépendant, on considérera qu'il existe un marché distinct de la première diffusion (first run) dans les salles de cinéma. Ceci résulte de la rareté potentielle au niveau de la distribution; si un film ne peut être diffusé de manière satisfaisante en première exclusivité, sa pleine valeur commerciale en sera affectée car c'est de son succès en salle que dépendra le niveau des droits de diffusion à la télévision ou d'exploitation en vidéo.

La délégation de la Commission a précisé que sa contribution écrite avait pu créer un malentendu en affirmant que chaque film était un marché distinct; ceci n'avait jamais été l'analyse de la Commission, en tout cas en ces termes tranchés. Le cas auquel il est fait référence remonte à 1980 et concerne le droit de diffusion à la télévision. Dans cette affaire, la Cour de Justice a invoqué la nécessité d'une approche au cas par cas. Mais on ne peut inférer de cette décision prise dans un contexte particulier que tout film représente, quelles que soient les circonstances, un marché distinct. En réalité, la question demeure ouverte de savoir si les films à succès (blockbusters) sont un produit d'une telle valeur qu'aucune salle de cinéma ou télévision ne peuvent s'en priver, et que ceci puisse servir de fondement à une argumentation convaincante.

Sur la substituabilité entre supports de diffusion (cinéma/ télévision), a poursuivi le représentant de la Commission, en théorie, la substituabilité devrait être perceptible si on peut démontrer, statistiques à l'appui, que corrélativement à l'accroissement des ventes de cassettes vidéo et de droits de diffusion à la télévision, on a constaté une baisse de la vente de billets de cinéma. Il semble qu'à l'exception de certains films, une fois disponible en vidéo, un film ne soit plus viable en salle. En pratique cependant, en raison du délai qui s'écoule entre la diffusion d'un film en salles et sa disponibilité en vidéo, une telle collision est en règle générale évitée. Dans ces conditions, il est difficile d'évaluer avec précision le degré de substituabilité.

Concentration horizontale au niveau des distributeurs et relations verticales avec les producteurs

Le Président a évoqué la contribution écrite de la délégation portugaise et notamment la société Lusomundo. Celle-ci détient une position dominante au niveau de la distribution, et a une relation d'exclusivité avec les principaux producteurs, ce qui peut créer une barrière à l'entrée du marché aussi bien pour les autres producteurs que pour les autres distributeurs. Cette situation amène la délégation portugaise à s'interroger dans sa note sur le point de savoir si une concentration horizontale au niveau de la distribution doit être limitée afin d'éviter un phénomène de distribution exclusive s'agissant de l'exploitation de catalogue de films, qui reviendrait à évincer les producteurs indépendants.

Le Président a invité la délégation suisse à expliquer en quoi la concentration au niveau des distributeurs rendait difficile aux producteurs indépendants l'accès à la distribution de leurs films, et la délégation européenne à présenter le cas de l'UIP.

La délégation suisse a mis l'accent sur la spécificité du marché suisse au niveau de la distribution: quatre sociétés se partagent 75 pour cent du marché laissant le solde à une trentaine de distributeurs indépendants de taille plus ou moins importante; elles détiennent de ce fait une position forte à l'égard des salles. Cette structure du marché de la distribution explique qu'en dépit du nombre important de distributeurs indépendants, ceux-ci ne veulent pas prendre de risque et recherchent de préférence la distribution de films accessibles au public le plus large, évinçant de fait les productions plus marginales. Au niveau du marché de la diffusion, la concentration des salles de cinéma est très forte, essentiellement

à Zurich et à Genève qui ont de ce fait une influence déterminante dans le lancement et le succès des films qui sortent.

Mais, a poursuivi le délégué suisse, ce marché ne fonctionne pas de manière satisfaisante car les grands distributeurs exercent une puissance sur le marché sur les salles de cinéma par le biais de contrats comportant des clauses restrictives telles que la réservation en bloc ("block booking"), la fixation d'un délai de projection. S'il n'y a pas d'intégration verticale avérée, il y a, en revanche, une concentration multimédia préoccupante au niveau de la diffusion.

La délégation de la Commission européenne a apporté quelques précisions sur le cas UIP, en indiquant que depuis la décision de 1989, cette affaire se poursuit donnant lieu à de nouvelles demandes des parties visant à autoriser de nouveaux accords, auxquelles la Commission n'a pas encore répondu. L'affaire de 1989 concernait un accord par lequel trois studios détenant des parts de marché importantes (pour cent non communiqué) regroupaient au sein d'une filiale commune leur réseau de distribution. Cet accord prévoyait une clause d'exclusivité qui était réservée à la filiale commune s'agissant de la distribution des films des trois sociétés mères; il s'étendait à la télévision à péage ("pay-per-view"). Une clause de partage des bénéfices était également prévue, qui donnait à chaque société mère un intérêt aux recettes des autres.

A la suite de longues discussions, des modifications sont intervenues qui ont permis à la Commission d'approuver l'accord pour une durée limitée, le temps d'apprécier le risque d'une éventuelle concertation de ces sociétés au sein de cette filiale commune. Ce délai est aujourd'hui expiré, ce qui amène à s'interroger sur la possibilité de reconduction des termes de cet accord et en même temps d'en autoriser d'autres. Pour l'essentiel dans cette négociation, il s'agissait de substituer à la clause d'exclusivité un droit de premier refus; le Comité qui décidait, ne comportait pas de représentants des sociétés mères; les parties étaient convenues d'écarter la télévision à péage du champ de l'accord; UIP acceptait de distribuer également des films qui n'étaient pas produits par les sociétés mères et celles-ci acceptaient librement de produire ou d'acquérir des films européens et d'en confier la distribution à UIP; la clause de partage des recettes a été supprimée et les sociétés mères se sont engagées à ne pas se concerter sur les dates et lieux de lancement des films distribués par UIP.

Intégration verticale entre distributeurs et propriétaires de salles de cinéma

Le Président a souligné qu'une telle intégration verticale était préoccupante dans de nombreux pays et a demandé à la délégation des États-Unis de décrire les décrets "Paramount" qui ont fait jurisprudence en matière d'analyse dans ce domaine et de préciser également dans quelle mesure ces décrets sont toujours d'actualité.

La délégation des États-Unis a rappelé que les décrets "Paramount" qui ont été pris en 1948 s'inscrivaient dans le contexte d'un marché où huit distributeurs dominaient le marché du film, cinq d'entre eux étant des majors totalement intégrés verticalement; ces majors produisaient et distribuaient les films et étaient également propriétaires de salles de cinéma. Les trois autres distributeurs produisaient et distribuaient des films mais ne possédaient pas de salles. A cette époque, cette intégration verticale conduisait à une fixation de prix pénalisante pour le consommateur. En effet, les producteurs et distributeurs étaient en situation d'imposer n'importe quel prix au consommateur dans la mesure où ils pouvaient barrer l'accès au marché de la diffusion de film à tout nouveau venu qui aurait pu vendre des billets à un prix moins élevé.

La District Court s'est prononcée en faveur d'un processus formel de soumission en vue de l'obtention des droits de diffusion; la Cour suprême n'a pas retenu cette voie la jugeant peu opérationnelle, notamment s'agissant du rôle de supervision active qu'elle comportait pour les tribunaux, et a opté pour une forme de redressement structurel pour casser ces intégrations verticales. En fin de compte, la District

Court a ordonné à ces holdings de briser ces relations verticales, en désinvestissant des salles de cinéma de sorte que les propriétaires de studios de production et de réseaux de distribution ne puissent également détenir des salles de cinéma. De plus, un certain nombre de restrictions furent imposées à l'octroi de droits de diffusion.

L'expérience a montré que ces décrets Paramount ont, avec succès, brisé ces relations verticales et que la concurrence en a été stimulée, en permettant l'entrée sur le marché de nouveaux venus. Depuis lors, le paysage a sensiblement changé avec le développement de la télévision et de la vidéo qui pour les consommateurs ont un certain degré de substituabilité. Ainsi la salle de cinéma, en raison de la concurrence de la télévision, ne peut pas proposer au spectateur un film à n'importe quel prix; à cet égard, la télévision limite certainement la possibilité qu'ont les salles de cinéma d'exercer une puissance sur le marché.

Les décrets Paramount ont, d'une manière générale, réduit les barrières à l'entrée permettant à de nouveaux opérateurs d'émerger mais ne les ont pas éliminées totalement. Certaines pratiques comme la sélection de la clientèle demeurent encore en vigueur et l'État s'efforce de les contrôler. Toutefois la préoccupation du gouvernement ne se porte plus tant aujourd'hui sur les salles de cinéma que sur l'ensemble du secteur des télécommunications dont il surveille l'accès pour l'ensemble des films.

Récemment, on a assisté aux États-Unis à un mouvement important d'intégration verticale dans le secteur des médias, qui a donné lieu à deux préoccupations dominantes. La première concerne la fourniture de programmes et pas seulement de programme de films mais également de programmes spécialisés comme des magazines d'actualité, des programmes sportifs etc. Pour pouvoir exploiter pleinement tous ces programmes, il est nécessaire d'avoir un large accès à tous les médias. Le phénomène d'exclusion qui a conduit à l'adoption en 1948 des décrets Paramount dépasse aujourd'hui les salles de cinéma pour concerner l'ensemble des médias. La deuxième préoccupation a trait à la concurrence entre ces médias et à la possibilité d'exclusion s'agissant de l'obtention des programmes, en raison de l'intégration verticale résultant de nombreuses fusions. La fusion TCI/ Liberty décrite dans la contribution de la délégation des États-Unis en est une illustration.

A la demande du Président, le délégué du Royaume-Uni a évoqué le rapport de la MMC concernant l'intégration verticale et les pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle conduit. Il a notamment indiqué que l'intégration verticale était quasiment nulle entre le niveau de la distribution et celui de la diffusion mais que des liens très forts existaient entre eux. La Commission les a analysé en tenant compte à la fois de leur caractère efficient et du risque de création de barrières à l'entrée sur le marché de la diffusion. Elle s'est, notamment, préoccupée de la pratique dommageable de l'alignement, pratique selon laquelle les distributeurs offrent d'abord leurs films et discutent ensuite de la stratégie et de la durée de diffusion avec leur réseau de diffusion aligné. En outre, dans la mesure où une chaîne de cinémas sait que toutes ses salles recevront le dernier film à succès quelque soit le mérite de ces salles prises individuellement, les cinémas ne sont pas soumis à une pression concurrentielle pour améliorer leurs prestations.

La Commission s'est intéressée aussi à d'autres pratiques comme la fixation de périodes minimales de diffusion, le refus des distributeurs de fournir des copies à des cinémas indépendants, des tentatives de fixation de prix ou l'exercice de pressions de la part des distributeurs sur les salles de cinéma pour influencer sur les prix. Elle a également attaché une attention particulière au phénomène selon lequel le distributeur au Royaume-Uni estime plus profitable de ne fournir qu'une seule salle plutôt que de diviser les revenus générés par un film entre plusieurs salles, ce qui à l'évidence crée une barrière à l'entrée sur le marché. Enfin le dumping sur les prix pratiqués par les salles fait l'objet d'une vigilance particulière de la part de la Commission.

En réponse au Président, la délégation portugaise a décrit le cas de Lusomundo précisant au préalable que le marché de la distribution était horizontalement concentré tandis que le marché de la diffusion était verticalement intégré. La position dominante du distributeur Lusomundo résulte de ses

accords de distribution exclusifs pour le Portugal avec les principaux studios de production américains. Par ailleurs, son contrôle de nombreuses salles de cinéma (26 pour cent des salles sur l'ensemble du pays dont 46 pour cent à Lisbonne) rend difficile l'accès au marché de la diffusion aux autres distributeurs et aux autres producteurs. A cet égard, Lusumbo a récemment effectué d'importants investissements, en association avec Warner, dans des salles de cinémas.

Lusumbo fait l'objet actuellement de deux plaintes. La première concerne une discrimination opérée par Lusomundo dans la fourniture de films entre des cinémas indépendants et ses propres salles. L'autre concerne une menace de refus de fournir des films à un cinéma traitant également avec d'autres distributeurs. Une analyse de l'accord conclu avec les salles a mis en lumière des clauses abusives imposées par le distributeur, telles qu'une exclusivité de diffusion des films distribués par Lusomundo, possibilité pour le distributeur de remplacer un film par un autre sans notification préalable au diffuseur concerné, possibilité pour le distributeur de contrôler l'équipement, les recettes du diffuseur etc.. Toutefois, a souligné le délégué portugais, ces clauses sont généralement la conséquence des clauses restrictives et contraignantes qu'imposent par contrat à Lusomundo les producteurs américains.

Barrières à l'entrée du marché de la diffusion

A la demande du Président, la délégation américaine a brièvement présenté le cas Syufy relatif à un opérateur qui avait acquis la quasi totalité des salles de cinéma dans la région de Las Vegas. Le Tribunal a estimé que cette concentration ne posait pas de problèmes de concurrence faisant valoir que *i)* cet opérateur ne faisait pas payer aux spectateurs leur billet plus cher et que *ii)* il ne leur faisait pas payer ses services (ventes de popcorns etc..) plus cher.

De plus, le Tribunal a considéré qu'il n'y avait pas non plus de problème de concurrence vis à vis des distributeurs, les droits acquittés par Syufy aux distributeurs étant les mêmes que ceux acquittés par d'autres diffuseurs sur d'autres marchés de diffusion. De même, il a jugé que la situation de cet opérateur ne créait pas de barrières particulières à l'entrée.

D'une manière générale, le Département de la Justice estime que si les décrets Paramount ont eu un effet positif pour réduire les barrières à l'entrée, celles-ci subsistent cependant dans un certain nombre de marchés. Des liens verticaux plus ou moins étroits unissent encore distributeurs et salles de cinémas et conduisent à des pratiques restrictives y compris à l'éviction des petites salles indépendantes du plan de sortie des films à succès. Grâce à l'émergence de nouvelles technologies comme la télévision à péage et les vidéos, qui dans certains cas peuvent être des substituts pour la diffusion de films, ces barrières à l'entrée tendent toutefois aujourd'hui à disparaître. Ce mouvement devrait s'accélérer encore avec l'amélioration des normes de définition.

Les solutions

La délégation allemande a, tout d'abord, observé que la structure du marché allemand était plus favorable qu'ailleurs; le degré d'intégration verticale était par exemple beaucoup plus faible, ce qui d'ailleurs pourrait changer avec la construction de multiplexes. S'il y a des problèmes de concurrence liés notamment à la négociation en bloc, ils ne sont pas dans l'ensemble importants. Sur les achats conjoints les règles sont claires: elles n'exemptent ces accords d'achats conjoints que dans certaines conditions précisément définies. Ce sont les petites et moyennes entreprises dont la position sur le marché est assez faible, qui peuvent bénéficier de ces règles. En 1985/86, ce type d'accords est intervenu entre les principaux réseaux de cinémas, ce qui a suscité des objections du Bundeskartellamt.

Sur les normes de distribution, lorsqu'il y a dix ans environ, les salles se sont plaintes de ne pas pouvoir obtenir les films à succès ou de les recevoir trop tard, les distributeurs se sont entendus sur des

critères objectifs tendant à classer les cinémas en tenant compte de leur taille, de leur emplacement etc.. Les cinémas les mieux classés sont assurés de pouvoir diffuser les films à succès dès leur sortie, les cinémas moins bien classés ne pouvant les obtenir qu'ensuite, passé un certain délai de diffusion en première exclusivité. Cette procédure dont le contrôle ne relève pas du Bundeskartellamt semble avoir bien fonctionné jusqu'à présent.

Le délégué de l'Australie a évoqué la façon dont les distributeurs fixaient les prix à l'égard des diffuseurs. Généralement ils appliquent un pourcentage du revenu des diffuseurs. Cependant les petites salles de cinéma indépendantes ayant pratiqué une politique de rabais du prix des places, pour pallier cet effet sur leurs revenus, les distributeurs leur ont imposé un système *per capita*. Selon ce système, ces salles sont obligées de verser aux distributeurs une somme minimum par billet, et non plus un pourcentage de leur recette, ce qui conduit à créer une pression à la hausse du prix des billets. Préoccupée par cette pratique, la Trade Practices Commission envisage d'ouvrir une enquête à ce sujet.

Une autre pratique fait l'objet d'une attention particulière, a-t-il poursuivi; il s'agit non pas du refus pur et simple de fournir des films à de petites salles indépendantes mais plutôt de la fourniture sous conditions, par exemple en imposant des délais de diffusion très longs (huit semaines par exemple). Il n'est toutefois pas aisé, au titre des dispositions concernant l'abus de puissance sur le marché, de remédier à cette situation car jusqu'à présent les distributeurs sont parvenus à invoquer, avec succès, des arguments d'efficacité commerciale en dépit de leurs effets discutables sur la concurrence.

La discussion générale qui a suivi les interventions des pays Membres qui avaient fournis une contribution écrite s'est ouverte sur une question du Secrétariat concernant l'existence d'une véritable substituabilité du point de vue du producteur, entre salles de cinéma et la télévision. En effet, le cinéma permet de pratiquer une distinction très importante au niveau des prix selon le public (prix spéciaux pour les étudiants, les enfants de moins de 12 ans etc...) et selon les jours de la semaine, permettant ainsi d'exploiter pleinement les différents segments du public, ce qui n'est pas possible avec la télévision à péage.

Le délégué américain a convenu qu'il existait un marché distinct pour la projection de films en première diffusion en salles de cinéma pour une série de raisons, notamment celles mentionnées par le Secrétariat, mais aussi parce que la valeur globale d'un film, et son exploitation sur des marchés secondaires, dépendra d'abord de son succès au moment de sa sortie en salles. Toutefois, avec les progrès de la technologie, on ne peut exclure que la télévision ne devienne un substitut partiel, et que l'on trouve alors le moyen de capter une partie des revenus susceptibles d'être générés par les films projetés en première diffusion à la télévision.

Le BIAC a noté que le contenu des films était couvert par des droits de propriété intellectuelle et a rappelé la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes à propos de l'affaire McGill selon laquelle on peut invoquer l'abus de position dominante lorsque certains marchés ne sont pas approvisionnés. Dans le contexte de la diffusion de films, a-t-il poursuivi, aussi longtemps que des produits couverts par des droits de propriété intellectuelle atteignent le marché, peu importe à travers quel support cela s'opère, du moment que cela se produit. Il s'est par ailleurs félicité des perspectives qu'offre, à brève échéance, le développement des nouvelles technologies en matière de diffusion à un public de plus en plus large et selon des modalités, y compris au niveau de la fixation des prix, adaptées à chacun. Cette évolution devrait, de son point de vue, régler un grand nombre de problèmes de concurrence mentionnés par les divers intervenants.

Le délégué du Royaume-Uni a fait valoir que dans bien des cas on a estimé que le refus de la part d'un distributeur de fournir un film à un diffuseur était pour lui une façon légitime de chercher à maximiser ses revenus sur ce film.

En réponse à la délégation américaine qui demandait quel était le problème de concurrence qui se posait dans ce secteur, le Président a décrit la situation en France. L'intégration verticale qui prévaut sur le marché pose des problèmes d'accès au marché soit pour les producteurs indépendants qui ne peuvent trouver de distributeurs et ne peuvent non plus avoir accès à des salles de cinéma bien situées qui maximiseront le revenu de leur film, soit pour les salles indépendantes qui ne pourront obtenir de bons films à diffuser sur leur écran. On peut qualifier ce problème d'accès au marché soit de problème de concurrence soit de problème culturel dans la mesure où en France les principaux distributeurs sont très liés à des producteurs américains. Ainsi, les producteurs français se plaignent de ne pas avoir un accès aux écrans et donc aux consommateurs, tandis que l'on constate par ailleurs que depuis des années il n'y pas eu de création de salles d'une certaine ampleur.

La délégation américaine a fait valoir que ce problème d'accès ne se posait pas aux États-Unis en raison du nombre de supports alternatifs potentiels.

Le Président a convenu qu'il y avait également des différences entre les pays européens. Ainsi, en Allemagne le câble était beaucoup plus développé qu'en France et constituait un support important de diffusion du film.

Le représentant du BIAC a observé que l'intégration verticale avait également des aspects très positifs lorsque le distributeur investissait dans la production; sans cette participation financière, la production indépendante serait encore plus faible. Dans cette perspective, l'intégration verticale permettait au distributeur/investisseur de maximiser ses revenus.

Le Président a conclu en observant que la discussion avait révélé une certaine ambiguïté quant à la nature du problème: s'agissait-il véritablement d'un problème de concurrence ou plutôt d'accès au marché avec une composante d'identité culturelle qui rend la question encore plus sensible? Ainsi, il apparaît que cette logique d'accès au marché et de concurrence n'apparaît pas seulement dans le contexte des échanges internationaux mais aussi parfois dans un cadre domestique.