

Le présent article a pour ambition d'appréhender la récente pratique décisionnelle de la Commission, de l'Autorité de la concurrence et du ministre français en charge de l'Économie. En effet, au cours de ces cinq dernières années, l'actualité a été extrêmement riche puisque un nombre croissant de décisions a été adopté. Cette situation s'explique par au moins deux raisons : l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché de la télévision payante, à savoir les opérateurs de télécommunications, et la décision de concentration TPS/VU du 30 août 2006 du ministre français en charge de l'Économie. Dans une première partie, il sera envisagé l'éventuelle cohérence de la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence françaises, d'une part, et, d'autre part, la prise en compte, et dans quelle mesure, de l'arrivée des opérateurs de télécommunications sur les marchés de la télévision payante dans l'analyse concurrentielle par les autorités de la concurrence. Dans une seconde partie, seront analysées les deux dernières décisions rendues par l'Autorité de la concurrence, à savoir celles relatives aux exclusivités de distribution de la société Groupe Canal Plus et au retrait de la décision de concentration TPS/VU, dont on verra qu'elles se révèlent structurantes tant juridiquement que sectoriellement.

## Télévision payante et droit de la concurrence, une histoire récente mouvementée



Par **Frédéric AMIEL**

Avocat à la cour  
Mayer Brown

Si le secteur de la télévision payante a fait l'objet d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence nationale et européenne parcellaires pendant plus d'une décennie, lesquelles concernaient généralement la question de l'acquisition des droits de diffusion cinématographiques et sportifs, depuis l'opération de concentration TPS/VU du 30 août 2006 par laquelle les sociétés Vivendi et Groupe Canal Plus ont respectivement pris le contrôle exclusif des sociétés TPS et CanalSatellite, le secteur de la télévision payante connaît une formidable actualité juridique. Cette accélération s'explique notamment par les engagements insuffisants de la décision TPS/VU précitée, mais également par l'arrivée de nouveaux acteurs, comme les opérateurs de télécommunications, et les profondes évolutions technologiques dont a profité le secteur de l'audiovisuel. Ainsi, les services dits « *délinéarisés* », tels que la SVoD et la télévision de rattrapage, sont devenus des modes de consommation courants et connaissant un succès grandissant.

La présente chronique se propose de revisiter l'ensemble des décisions et avis rendus par la Commission européenne et par l'Autorité depuis 2006 et ce, afin de déterminer d'une part, s'il existe ou non une cohérence dans la politique de régulation du secteur de la télévision payante européenne et nationale, d'autre part, si les évolutions technologiques ont été pleinement appréhendées par l'Autorité (I). Enfin, seront envisagées les deux dernières décisions de cette dernière, dont on verra qu'elles se révèlent structurantes tant d'un point de vue juridique que sectoriel (II).

### I. – LE SECTEUR DE LA TÉLÉVISION PAYANTE, UN SECTEUR EN PERPÉTUELLE MUTATION

En l'espace d'une décennie, le secteur de l'audiovisuel a connu de profonds bouleversements liés aux évolutions technologiques. En effet, après l'arrivée des opérateurs des télécommunications qui ont offert de nouvelles possibilités de consommation aux abonnés (A), s'invitent aujourd'hui les acteurs d'Internet dont les projets pourraient à moyen terme bouleverser l'économie du secteur (B).

#### A. – L'arrivée des acteurs des télécommunications

Dans cette première partie nous aborderons tout d'abord, au travers des

dernières décisions de concentration de la Commission et de l'Autorité, la manière dont a été appréhendée l'arrivée des opérateurs de télécommunications (1°), nous examinerons ensuite l'avis n° 09-A-42 de l'Autorité relatif à la double exclusivité de la société France Télécom dont les conclusions peuvent être considérées comme partielles (2°) et enfin, on s'interrogera sur l'existence ou non d'un ou de plusieurs marchés des offres de télévision payante (3°).

#### 1°) Comment l'arrivée des opérateurs de télécommunications a-t-elle été appréhendée par les autorités de la concurrence ?

En décembre 2005, les sociétés Groupe Canal Plus, Vivendi et TPS ont annoncé la fusion de leurs plates-formes satellitaires et de leurs activités d'édition de chaînes thématiques payantes. La société Groupe Canal Plus a légitimé cette opération de concentration par la nécessité de renforcer ses positions sur les différents marchés constitutifs de la télévision payante, afin de lutter contre les opérateurs de télécommunications dont la puissance financière était, selon elle, sans comparaison avec la sienne et la menaçait. La société Groupe Canal Plus qualifia cette opération de concentration de « *défensive* ».

Au cours de leur analyse concurrentielle respective de l'opération de concentration, la principale question qui s'est

posée au Conseil de la concurrence et au ministre concernait l'accès des concurrents aux droits de diffusion et aux chaînes thématiques payantes. En effet, à l'issue de l'opération de concentration, les distributeurs concurrents, actuels et futurs, devaient conserver la possibilité de constituer et de commercialiser une offre de télévision payante attractive, différenciée les unes par rapport aux autres, ainsi que concurrentielle au regard de celles commercialisées par la société Groupe Canal Plus en position dominante. Cette question était d'autant plus vivace que les opérateurs de télécommunications, dont le mode de commercialisation de la télévision payante était distinct de ceux alors existants, tentaient de pénétrer les marchés de la télévision. Ainsi, pour la première fois, les bouquets de chaînes thématiques payantes étaient compris dans une offre composée d'Internet et du téléphone fixe illimité. Dès lors, dans son avis relatif à l'opération de concentration TPS/VU du 13 juillet 2006, le Conseil s'est interrogé sur les conséquences induites par ce nouveau mode de commercialisation des bouquets de chaînes thématiques payantes sur le modèle économique de la télévision payante. En effet, en plus de l'activité de diffuseur technique des offres de l'acteur dominant, les opérateurs de télécommunications devaient également pouvoir constituer et commercialiser leurs propres bouquets. Mais quel modèle était le plus pertinent ? Ouvrir plus ou moins largement les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes et/ou encourager l'acquisition des droits de diffusion en vue d'éditer de nouvelles chaînes thématiques payantes ?

À titre liminaire, il apparaît important de rappeler que l'analyse du Conseil était sous-tendue par l'idée que « (...) l'intégration verticale répond à une logique industrielle et commerciale forte : la recherche de la satisfaction de l'abonné conduit le distributeur à s'assurer la maîtrise des contenus et, inversement, la nécessité de garantir l'amortissement de contenus à forts coûts fixes conduit l'éditeur à rechercher la maîtrise des débouchés et donc du client final. Si ce

modèle n'est pas le seul possible, comme le montre le cas des câblo-opérateurs, il correspond néanmoins à l'histoire de cette industrie. GCP [Groupe Canal Plus] et TPS se sont construits selon un modèle d'intégration verticale et tous les grands opérateurs de télévision payante sur satellite en Europe ont assis leur réussite sur ce modèle » (Cons. conc., avis n° 06-A-13, 13 juill. 2006). Le Conseil estimait donc que l'intégration verticale et l'exclusivité étaient bénéfiques à l'ensemble des acteurs du secteur de la télévision payante, mais également aux consommateurs finals. Ce modèle économique offre au moins deux avantages. Outre ceux invoqués par le Conseil dans la citation précédente, une partie de la doctrine économique considère que la somme des redevances versées par les éditeurs de chaînes aux détenteurs de droits de diffusion d'une part, et, par les distributeurs de chaînes

**Quel modèle était le plus pertinent ? Ouvrir plus ou moins largement les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes et/ou encourager l'acquisition des droits de diffusion en vue d'éditer de nouvelles chaînes thématiques payantes ?**

thématiques payantes à leurs éditeurs, d'autre part, est toujours inférieure à la rémunération qu'ils perçoivent au titre de l'exclusivité. En effet, en vue de s'assurer l'exclusivité de diffusion et/ou de distribution, les éditeurs et les distributeurs doivent leur verser une rémunération incluant une prime d'exclusivité dont le montant est généralement supérieur à l'ensemble des redevances. Aussi, les redevances leur permettent-ils de produire et/ou de faire l'acquisition de programmes de qualité ce qui, *in fine*, se révèle bénéfique pour le consommateur. En outre, un tel modèle permet de différencier les plates-formes, ce qui ne peut être que profitable pour la concurrence. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la quasi-totalité des chaînes thématiques payantes serait disponible, on pourrait craindre que l'ensemble des offres payantes soient identiques. Dès lors, les éditeurs de chaînes thématiques payantes ne tireraient aucun avantage de cette situation puisque leurs chaînes per-

draient de leur valeur, au même titre que les consommateurs qui seraient confrontés à une offre uniforme.

Le Conseil a décliné dans son avis trois modèles pouvant être envisagés. Un premier modèle verrait une forte concurrence à chaque niveau du secteur de la télévision, c'est-à-dire au niveau de l'acquisition des droits pour l'édition des chaînes, de l'achat de chaînes pour composer des bouquets et de la diffusion sur toutes les plates-formes par les distributeurs en concurrence. Toutefois, il a estimé que ce modèle était très éloigné des situations réelles prévalant alors dans les différents États. Dès lors, il apparaissait peu probable qu'une telle structure d'organisation du marché puisse se réaliser spontanément, voire se maintenir durablement (*ibid.*, pt. 611). Un second modèle fut envisagé au sein duquel l'ensemble des acteurs serait verticalement intégré. Ainsi, chaque distributeur composerait ses bouquets à partir des chaînes qu'il éditerait et des droits dont il ferait l'acquisition. Toutefois, la rivalité entre les sociétés Canal Plus et TPS ayant été en partie fondée sur cette organisation, le Conseil s'est interrogé sur la viabilité de ce modèle. Enfin, un troisième modèle dit « mixte » pouvait être considéré, lequel avait l'avantage de pouvoir être rapidement mis en place après l'autorisation de l'opération de concentration : « (...) une structure dominante, intégrant verticalement des contenus premiums (droits sportifs essentiels et films à succès en première fenêtre), des chaînes thématiques et le satellite, principal canal de distribution de la télévision payante en termes de base installée, [laquelle] coexiste avec d'autres offreurs qui ne sont présents qu'à un seul étage de la chaîne verticale, celui de la distribution (câblo-opérateurs, opérateurs proposant des offres "triple play") » (*ibid.*, pt. 613).

Le Conseil a envisagé trois déclinaisons de ce modèle « mixte ». Une première imaginait l'apparition d'un concurrent mimétique de l'opérateur dominant, c'est-à-dire verticalement intégré et distribuant nombre de chaînes thématiques payantes en exclusivité, lequel serait adossé à un opérateur de télécommunications. Ce modèle n'a pas emporté la préférence du Conseil. En effet, il a noté que la bataille pour l'obtention des exclusivités conduirait à un nouvel éclatement des contenus les plus attractifs entre plusieurs plates-formes incompatibles. La deuxième déclinaison consistait à généraliser aux opérateurs de télécommunications le modèle historique des câblo-opérateurs, en

ouvrant largement le marché de gros des chaînes et en favorisant l'apparition de nouveaux distributeurs. Toutefois, pour intéressante qu'elle fut, le Conseil a estimé qu'elle remettrait largement en cause l'opération de concentration notifiée. Se posait en effet le problème de la disparition des incitations à investir dans les contenus, puisque le marché de gros, totalement ouvert, offrirait directement aux opérateurs non intégrés les contenus dans lesquels aurait investi, sans garantie d'amortissement rapide, le candidat potentiel à l'intégration verticale. Enfin, la troisième déclinaison, privilégiée par le Conseil, est basée sur la concurrence asymétrique de distributeurs partiellement intégrés et tirant tous les avantages des plates-formes techniques où ils sont actifs. « Une structure de marché pourrait naître dans laquelle coexistent différents types d'offres : une ou plusieurs offres verticalement intégrées avec des contenus exclusifs (principalement celle de l'entité fusionnée) ; et des offres de distributeurs, groupées (type triple play ou dans le futur quadruple play) ou non, émanant principalement de câblo-opérateurs ou d'opérateurs de télécommunications, incluant des contenus ou des chaînes achetés sur un marché de gros concurrentiel et offerts de façon soit exclusive soit non exclusive par chaque distributeur ». Cette déclinaison permettait, selon le Conseil, d'améliorer le bien-être du consommateur. En effet, « (...) chercher à rétablir la concurrence en se concentrant sur le seul segment premium et haut de gamme, qui touche actuellement une dizaine de millions de ménages, serait insuffisant. Il convient également de rechercher une croissance du marché par un élargissement vers des consommateurs nouveaux, notamment en explorant la demande avec des offres de plus bas prix ou positionnées sur le milieu de gamme ou bien encore fortement marquées par l'interactivité et la programmation à la carte » (ibid.). Cette déclinaison, pour le moins intéressante, nécessitait toutefois que les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques payantes soient suffisamment accessibles aux distributeurs concurrents, afin de leur permettre de composer des offres de chaînes thématiques payantes attractives, différenciées et concurrentielles au regard de celles de la société dominante. C'est pourquoi, le Conseil avait suggéré dans son avis relatif à l'opération de concentration TPS/VU précitée que les chaînes thématiques payantes les plus attractives éditées par les sociétés TF1, M6 et Lagardère, alors

actionnaires minoritaires de la nouvelle entité la société Canal Plus France (comme, à titre d'exemple, Eurosport, LCI, Paris Première et Teva. Depuis la réalisation effective de l'opération de concentration, les sociétés TF1 et M6 ont vendu leurs actions à la société Vivendi. À l'inverse, la société Lagardère détient encore 20 % du capital), puissent être distribuées par les offres concurrentes de CanalSatellite. Néanmoins, et comme l'a souligné le Conseil, il était juridiquement inenvisageable d'imposer une telle contrainte à tout acteur n'étant pas une partie notifiante, comme les actionnaires minoritaires. Toutefois, il demeurait possible d'exiger que soient dénouées les exclusivités dont bénéficiait ou pourrait bénéficier CanalSatellite sur les chaînes dont la société Groupe Canal Plus n'était pas l'éditrice. Le Conseil a également envisagé une alternative en cas d'échec. Ainsi, dans l'hypothèse où les chaînes des actionnaires minoritaires demeureraient en exclusivité, la nouvelle entité serait contrainte de mettre à disposition une de ses chaînes thématiques payantes pour pallier une restriction de l'offre sur les marchés intermédiaires. Toutefois, le Conseil a indiqué dans son avis que les chaînes thématiques payantes, détenues antérieurement à l'opération de concentration par la société Groupe Canal Plus, ne seraient pas dégroupées. En effet, ayant pris des risques industriels en investissant des sommes importantes, la société Groupe Canal Plus devait en conserver la distribution en exclusivité. Les parties notifiantes ont proposé au ministre un nombre plus réduit de chaînes thématiques payantes, lequel s'élevait à sept, dont l'attractivité était inférieure à celle des chaînes thématiques payantes visées par le Conseil. L'ensemble de ces chaînes thématiques payantes était précédemment édité par la société TPS. Le ministre a accédé à la demande des parties notifiantes et l'on ne peut que le regretter car les chaînes thématiques payantes dégroupées se sont révélées insuffisantes pour enrichir les offres de télévision payante des opérateurs de télécommunications. Le Conseil avait anticipé les conséquences du refus des parties notifiantes d'accorder un nombre plus important de chaînes thématiques payantes. En effet, il avait indiqué dans son avis qu'un opérateur prendrait la décision de remonter la chaîne de valeur : « Au contraire, les parties proposent, de manière beaucoup plus limitative, de mettre à disposition un certain nombre de chaînes attractives, non pas pour favoriser l'émergence d'un marché de gros pérenne, mais seulement

pour permettre aux nouveaux distributeurs de disposer, à titre transitoire, d'une offre immédiatement commercialisable en attendant de constituer leur propre bouquet propriétaire.

Cette divergence est cruciale puisque la position des parties conduit à privilégier à court terme un scénario, celui de l'intégration verticale des futurs concurrents, alors que le Conseil estime que le succès de cette option est peu probable à court ou moyen terme et considère, à tout le moins, qu'elle ne doit pas être privilégiée par rapport aux autres modes d'équilibre du marché, notamment le développement de purs distributeurs proposant des offres multiservices constituées à partir d'un marché de gros commun » (ibid., pts. 665 et 666). Ainsi, la société France Télécom, estimant ne pas pouvoir constituer une offre enrichie de télévision payante, a-t-elle fait le choix de faire l'acquisition de droits de diffusion sportifs, cinématographiques et audiovisuels et d'éditer des chaînes thématiques payantes.

Il est pour le moins intéressant de constater que la Commission et le ministre ont estimé dans leurs décisions de concentration postérieures que les engagements proposés par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi et acceptés par le ministre n'étaient pas suffisants. Telles ont été les conclusions de la Commission dans sa décision d'autorisation de l'opération de concentration Vivendi/Télé 2 France du 18 juillet 2007 (Déc. Comm. CE, aff. n° COMP/M.4504, 17 juill. 2007, SFR/Télé 2 France) et du ministre dans sa décision SFR/Neuf Cegetel (Lettre min. éco, Industr. et Emploi n° C2007-1881, 15 avr. 2008, décision d'autorisation du ministre relative à l'opération de concentration SFR/Neuf Cegetel) qui, pour les besoins de sa démonstration, s'est fortement inspiré de l'analyse de la Commission. Ainsi, la Commission et le ministre ont estimé que les opérateurs de télécommunications étaient dans l'impossibilité d'accroître l'attractivité de leurs offres de télévision payante en raison des exclusivités conclues par la société Groupe Canal Plus avec les chaînes thématiques payantes les plus attractives (Déc. Comm. CE, aff. n° COMP/M.4504, 17 juill. 2007, préc., §§ 61 à 63). Toutefois, le ministre a pris le soin d'indiquer que les offres des opérateurs de télécommunications se sont enrichies depuis l'opération de concentration TPS/VU précitée. Cette analyse apparaît pour le moins paradoxale et l'on ne peut que s'interroger sur sa pertinence. S'il est incontestable que les bouquets des opérateurs de télécommunications se sont quantitativement enrichis, en revanche, ils sont demeurés qualitativement peu attractifs. La Commission n'a-t-elle d'ailleurs pas

estimé dans sa décision de concentration *Vivendi/Télé 2 France* qu'ils étaient d'une qualité d'entrée de gamme. De sorte que l'affirmation du ministre apparaît étonnante même s'il ne pouvait explicitement affirmer l'inverse, sauf à admettre que les engagements acceptés lors de l'opération de concentration *TPS/VU* précitée étaient insuffisants. Toutefois, ce dernier parvient implicitement à cette conclusion. En effet, alors que l'analyse concurrentielle de l'opération de concentration *Neuf Cegetel/SFR* précitée portait notamment sur les risques de discrimination entre les opérateurs de télécommunications, la société Vivendi pouvant avoir la tentation de privilégier sa filiale *Télé 2 France* en lui fournissant des bouquets Canal + Le Bouquet ou CanalSatellite plus riches, et non sur les exclusivités de distribution des chaînes thématiques payantes, deux nouvelles chaînes thématiques payantes éditées par la société Groupe Canal Plus et six chaînes thématiques payantes de la société M6 ont été dégroupées. Ainsi, en acceptant ces deux nouveaux engagements, le ministre a implicitement admis que les offres des opérateurs de télécommunications étaient d'une attractivité limitée et nécessitaient d'être enrichies. En conclusion, le Conseil a estimé dans son avis que les marchés intermédiaires devaient être suffisamment ouverts pour permettre aux concurrents de constituer des offres de télévision payante attractives et concurrentielles. Or, il est incontestable que ces derniers ont été insuffisamment accessibles aux distributeurs qui, dès lors, ne sont pas parvenus à devenir de véritables concurrents, comme le ministre lui-même l'a implicitement admis. Toutefois, on peut se demander si toutes les conditions étaient réunies lors de l'opération de concentration *TPS/VU* précitée pour permettre au service du ministre de l'Économie de s'inspirer des propositions d'engagements faites par le Conseil.

Au Royaume-Uni, la situation était assez similaire à celle prévalant en France. L'OFCOM, l'autorité sectorielle en charge de la régulation des télécommunications et de l'audiovisuel, a conclu en 2009, à l'issue d'une enquête de plusieurs années, que la concurrence sur les marchés de la télévision payante était des plus atones. Elle a estimé que la principale raison était la forclusion des marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes, de sorte que les sociétés concurrentes à la société BSKyB, (laquelle était au moment des faits et demeure aujourd'hui encore en position

dominante) ne pouvaient constituer des offres de télévision payantes concurrentielles. L'OFCOM a imposé à la société BSKyB de dégroupier ses chaînes sport *Premium*. Son analyse se distinguait, d'une part, de celle du Conseil qui avait estimé dans son avis relatif à l'opération de concentration *TPS/VU* que la société Groupe Canal Plus devait conserver la distribution exclusive de ses chaînes thématiques payantes en raison des risques économiques pris et, d'autre part, de celle du ministre puisque l'OFCOM a décidé d'ouvrir plus largement l'accès aux marchés intermédiaires, et plus particulièrement aux chaînes thématiques payantes *Premium*.

Au mois d'août 2011, la Competition Commission, saisie par l'OFCOM, a publié un rapport provisoire sur la concurrence sur le marché amont de l'acquisition des droits de diffusion cinématographiques *Premium* en première

**On peut se demander si toutes les conditions étaient réunies lors de l'opération de concentration *TPS/VU* précitée pour permettre au service du ministre de l'Économie de s'inspirer des propositions d'engagements faites par le Conseil.**

fenêtre à destination de la télévision payante (Competition Commission, *Movies on Pay TV Market Investigation, Provisional Findings Report*). Elle a conclu que ledit marché est verrouillé, d'une part, et, d'autre part, que la décision de l'OFCOM s'est révélée insuffisante. En effet, selon la Competition Commission, la concurrence se révèle toujours aussi peu vivace sur les marchés de la télévision payante. Cette situation s'expliquerait par la détention en exclusivité par la société BSKyB des droits de diffusion cinématographiques en première fenêtre des six plus importantes *majors* hollywoodiennes et de bien d'autres studios américains depuis 20 ans. Or, ces droits s'avèrent essentiels à l'édition de chaînes de cinéma véritablement attractives. Leur coût d'acquisition étant extrêmement élevé, seul un acteur détenant une importante base d'abonnés, comme la société BSKyB (dont le nombre d'abonnés s'élève à plus de 10 millions), a la certitude de les amortir. Les acteurs concurrents, dont le nombre d'abonnés est inférieur (le

principal concurrent, la société Virgin Média, a une base d'abonnés de seulement 3,7 millions d'abonnés), ne peuvent réaliser des investissements aussi conséquents sans prendre de risques financiers significatifs. Ils ne peuvent faire l'acquisition que de droits de diffusion cinématographiques en première fenêtre de films produits par des studios d'une renommée qui ne saurait être comparée. Aux termes de son analyse, la Competition Commission estime que cette situation a tout d'abord des conséquences sur les prix des offres de BSKyB qui seraient élevés en raison de l'absence de véritable concurrence, ensuite, sur l'innovation comme tendrait à le démontrer le développement limité des services SVoD et, enfin, sur le choix des consommateurs. Par ailleurs, la situation concurrentielle ne connaîtrait à moyen terme aucune évolution sensible si la société BSKyB conservait les droits de diffusion cinématographiques *Premium* en première fenêtre des six *majors* et d'un grand nombre de studios en exclusivité et ce, en dépit de l'arrivée des opérateurs d'Internet et des nouveaux modes de consommation tels que les services délinéarisés. La Competition Commission propose notamment, d'une part, de limiter les acquisitions de droits de diffusion cinématographiques *Premium* en première fenêtre de la société BSKyB et, d'autre part, de réduire le périmètre des droits de diffusion détenus. Ainsi, la société BSKyB ne pourrait pas acquérir les droits linéaires et non linéaires d'une œuvre cinématographique. Cette analyse, si elle devait être maintenue, aura pour conséquence d'amener certains acteurs de la télévision payante anglaise à s'intégrer verticalement et, donc, à devenir des concurrents partiellement mimétiques de BSKyB. Il est pour le moins intéressant de constater que l'OFCOM et la Competition Commission aboutissent à la conclusion qu'il ne pourra exister de véritable concurrence sur les marchés de la télévision payante sans acteurs présents sur l'ensemble des marchés de la télévision payante.

Si la Competition Commission venait à imposer les injonctions évoquées dans son rapport provisoire, elles pourraient avoir pour conséquence d'amener certains acteurs de la télévision payante à remonter la chaîne de valeur et, donc, à s'intégrer verticalement. Ils deviendraient alors des concurrents quasi mimétiques de la société BSKyB. Dans son avis relatif à l'opération de concentration *TPS/VU* précitée, et comme évoqué précédemment, le Conseil de la concurrence avait notamment conclu qu'un concu-

&gt;

rent mimétique à la société Groupe Canal Plus n'avait pas sa préférence. En effet, les droits sportifs et cinématographiques seraient éclatés entre les différentes offres. Les consommateurs n'auraient dès lors pas la possibilité d'accéder à l'ensemble des contenus les plus attractifs et seraient donc contraints de s'abonner aux différents bouquets de chaînes payantes. Or, la Competition Commission parvient à la conclusion inverse. Elle estime qu'il ne pourra véritablement y avoir de concurrence qu'à la seule condition que les distributeurs puissent acquérir en exclusivité les films *Premium* et ce, afin d'éviter des chaînes cinéma *Premium*. Ainsi, l'unique moyen de permettre à des acteurs de devenir véritablement concurrentiels, selon la Competition Commission, est de leur permettre d'accéder, non pas aux seuls marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes, mais aux marchés amont afin que les concurrents de la société BSkyB puissent constituer des chaînes thématiques payantes *Premium* et, par voie de conséquence, une offre plus riche et attractive.

Dès lors, deux conclusions peuvent être tirées à ce stade. Tout d'abord, l'OFCOM a cherché à atténuer la puissance de marché de la société BSkyB en l'obligeant à mettre à la disposition de ses concurrents ses chaînes Sport *Premium*. L'Autorité avait refusé de prendre une telle décision estimant que la société Groupe Canal Plus devait tirer les bénéfices des risques industriels qu'elle avait pris. Toutefois, on ne saurait exclure que l'Autorité change dans un proche avenir son analyse, comme semble l'indiquer l'avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 relatif à la double exclusivité de la société France Télécom dans lequel elle envisage le dégroupage des chaînes thématiques payantes de la société Groupe Canal Plus (Cons. conc., avis n° 09-A-42, 7 juill. 2009, sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services). Ensuite, la Competition Commission serait susceptible de réguler un second marché, celui de l'acquisition des films *Premium*, en limitant le nombre de *majors* avec lesquelles la société BSkyB pourrait contracter et le périmètre des droits de diffusion pouvant être détenus en exclusivité. Dans le cadre de l'opération de concentration TPS/VU, le ministre avait accepté des parties notifiantes l'engagement que la société Groupe Canal Plus ne conclue pas d'« *output deal* » avec les studios américains d'une durée supérieure à trois années. Toutefois, il doit être souligné

qu'elle avait accepté de ne pas détenir les droits de diffusion VoD en exclusivité, c'est-à-dire qu'elle a proposé de limiter le périmètre des exclusivités aux seuls droits linéaires.

Avant de prendre sa décision, la Competition Commission devra néanmoins se souvenir d'un précédent. La Commission avait imposé des engagements à la *Premier League* de football anglaise en vue de limiter la puissance de marché de la société BSkyB. Ainsi, elle ne pouvait plus candidater à l'ensemble des lots de la *League 1*, deux d'entre eux ayant été réservés aux concurrents. Or, cette décision s'est avérée d'un effet limité. La société BSkyB avait conclu un contrat de distribution en exclusivité avec leur acquéreur, la société Sétanta, laquelle a fait faillite quelques années plus tard n'ayant pas réussi à amortir le coût d'acquisition des droits des matches de football.

## 2°) L'avis de l'Autorité de la concurrence concernant la double exclusivité : une analyse partielle

Il semble important de remettre la demande de la ministre dans le contexte qui prévalait alors. Ainsi, sa demande a été faite alors que la société France Télécom avait été attiré le 30 octobre 2008 devant le Tribunal de commerce de Paris par deux de ses concurrents, les sociétés Free et Neuf Cegetel (cette assignation faisait suite à un référé de la société Free du mois de juin 2008. Le président du Tribunal de commerce de Paris estima que la demande de la société Free ne pouvait donner lieu à référé). En effet, elles redoutaient que l'obligation qui était faite aux consommateurs désireux de s'abonner à la chaîne football de France Télécom de s'abonner préalablement à son offre *triple play* – politique dite « *de la double exclusivité* » – incite nombre de leurs abonnés à résilier leurs contrats. Le Tribunal de commerce de Paris jugea, dans un arrêt du 23 février 2009, que cette pratique contrevenait au droit de la consommation. Il fit injonction à la société France Télécom de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement *triple play*. Le jugement fut toutefois infirmé par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 14 mai 2009. C'est dans ce contexte que l'Autorité fut saisie par la ministre le 8 janvier 2009. Ainsi, elle lui demandait son avis sur les relations d'exclusivité entre les activités d'opérateurs de communications électroniques et de distribution de contenus et de services. Toutefois, sa saisine était plus large puisqu'elle fit le lien avec les questions de concurrence sur les mar-

chés des contenus. Ainsi, et comme indiqué par la ministre dans sa demande, l'avis devait s'inscrire dans le prolongement de l'auto-saisine du Conseil du mois de janvier 2008, relative à certaines pratiques mises en œuvre sur le secteur de la télévision payante.

La saisine de la ministre était pour le moins complexe. En effet, l'Autorité avait notamment à se prononcer sur la pratique mise en œuvre par un opérateur de télécommunications présent, d'une part, sur les trois marchés constitutifs de la télévision payante et, d'autre part, sur le marché du haut débit et du très haut débit, lequel comprend l'accès à Internet, les services de voix sur IP et la télévision payante. Dès lors, il peut être constaté que ces deux marchés, pour distincts qu'ils semblent être, se recouvrent partiellement du fait de la télévision payante. Toutefois, les secteurs de la télévision payante et de la fourniture d'accès à Internet haut débit reposent sur deux modèles économiques distincts et, là résidait la complexité de la saisine de la ministre (il convient de rappeler que la demande de la ministre dépassait le simple cadre du droit de la concurrence. Ainsi, outre l'application du droit de la concurrence, l'Autorité était appelée à indiquer s'il était nécessaire de prévoir à titre préventif des garde-fous réglementaires, tels qu'un droit d'accès à certains contenus, un encadrement des exclusivités par la limitation de leur durée ou de leur ampleur). L'Autorité devait trouver le point d'équilibre entre eux afin de n'altérer aucune des deux activités sur lesquelles étaient présentes la société France Télécom, dès lors que le droit de la concurrence était respecté. Or, à la lecture des conclusions de l'avis, se dégage le sentiment que l'Autorité n'a envisagé que les seuls risques que serait susceptible d'induire la nouvelle politique commerciale de la société France Télécom pour le secteur de l'accès à Internet haut débit et non les bénéfices que pouvait en tirer le secteur de la télévision payante. On ne peut que le regretter.

Le secteur de la télévision payante se caractérise par d'importantes barrières à l'entrée rendant difficiles sa pénétration et, par voie de conséquence, l'accroissement de la concurrence. Ainsi, sur les marchés amonts de l'acquisition des droits de diffusion, leurs acquisitions nécessitent des moyens financiers importants. Les détenteurs privilégient par ailleurs généralement les acteurs avec lesquels ils entretiennent des relations établies et dont les chaînes ont une forte exposition et notoriété. Sur les marchés intermédiaires de l'édition et de

la commercialisation de chaînes thématiques payantes, les principales barrières à l'entrée sont de nature contractuelle, technique et financière. Tout d'abord, s'agissant des barrières à l'entrée de nature contractuelle, les chaînes thématiques payantes les plus attractives sont généralement distribuées en exclusivité. En effet, les distributeurs cherchent à différencier leurs offres de télévision payante et les éditeurs privilégient la distribution en exclusivité de leurs chaînes payantes en raison des rémunérations élevées qui leur sont versées. Dès lors, tout nouvel entrant rencontrera des difficultés pour constituer un bouquet de chaînes thématiques payantes riche et diversifié. Ensuite, il existe une barrière à l'entrée de nature technique, liée au savoir-faire nécessaire à l'édition d'une chaîne thématique payante. En effet, le métier d'éditeur de chaînes thématiques payantes consiste à acheter des contenus sur les marchés amonts de l'acquisition des droits, à commander ou à produire des contenus spécifiques, en vue de les agréger pour bâtir une offre cohérente et attractive de programmes, commercialisée sous la forme d'une chaîne thématique. L'acquisition d'un tel savoir-faire est le résultat d'une expérience que seul le temps permet d'acquérir. Ensuite, la notoriété et la part d'audience qui y est attachée constituent une barrière à l'entrée d'ordre technique et commercial. En effet, la notoriété d'une chaîne se construit progressivement. Il n'y pas de pénétration sur ces marchés sans un ancrage dans la durée. Une fois la notoriété acquise, la part d'audience, qui traduit le succès de la chaîne auprès du public, détermine le niveau de sa rémunération par le distributeur. Enfin, ces marchés se caractérisent par des barrières à l'entrée d'ordre économique. En effet, l'activité d'édition des chaînes thématiques payantes supporte des coûts fixes importants afférents à la création d'une chaîne thématique à la rentabilité incertaine. Enfin, sur le marché aval, les barrières à l'entrée sont également significatives. Elles peuvent être de nature contractuelle puisque, comme indiqué précédemment, les distributeurs mènent généralement une politique d'exclusivité de distribution. Il convient également de souligner que les chaînes thématiques payantes sont plus enclines à contracter avec les distributeurs ayant une base d'abonnés importante. En effet, elles ne pourront obtenir ou conserver leur notoriété que si elles sont distribuées par un opérateur dont la base d'abonnés est large. De plus, tout distributeur désireux de contracter en exclusivité avec une chaîne

thématique payante attractive sera dans l'obligation de lui verser une redevance significative. Or un tel investissement ne pourra être amorti que si sa base d'abonnés est significative. Telles sont donc les principales barrières à l'entrée auxquelles tout nouvel entrant doit faire face. Il doit être souligné que le ministre en charge de l'Économie a souligné dans sa décision de concentration *SFR/Neuf Cegetel* que ces différentes barrières à l'entrée ne sauraient être surmontées par un opérateur dont les moyens financiers sont importants. « *En effet, il existe des barrières non financières au développement d'une offre de qualité sur le marché aval et l'intensité de la concurrence sur le marché de la distribution est directement corrélée à la capacité d'accéder à des contenus attractifs, facteur déterminant de l'offre de télévision payante du point de vue du consommateur* » (Lettre min. Éco, Industr. et Emploi n° C2007-1881, préc., p. 46).

Or, en dépit de l'ensemble de ces barrières à l'entrée, la société Orange est parvenue à faire l'acquisition de trois lots du championnat de France de Ligue 1, de droits cinématographiques et audiovisuels à partir desquels elle édite six chaînes thématiques payantes. Toutefois, le succès rencontré par le bouquet Orange demeure limité, comme tend à le prouver le nombre d'abonnés. Dès lors, et comme indiqué pertinemment par l'Autorité dans son avis, la venue de la société France Télécom sur les marchés de la télévision payante ne pouvait être que profitable aux détenteurs de droits puisqu'une concurrence entre les acquéreurs s'est instaurée, ce dont ont bénéficié les ayants droit, et principalement la Ligue professionnelle de football. Par ailleurs, les consommateurs ont eu accès à une offre qualifiée d'intermédiaire ou de moyenne gamme, laquelle est moins coûteuse et moins riche en termes de contenus et de thématiques que celles de l'acteur dominant. Il convient de rappeler que l'Autorité avait appelé de ses vœux dans son avis relatif à l'opération de concentration *TPS/VU* précitée l'apparition de tels bouquets.

En dépit des avantages soulignés dans son analyse, l'Autorité s'est montrée critique à l'égard du modèle économique initié par la société France Télécom, laquelle n'était en position dominante sur aucun des trois marchés de la télévision payante. En effet, il était redouté que le consommateur soit enfermé dans un écosystème duquel il ne pourrait plus s'extraire. Par ailleurs, ce modèle économique serait susceptible de devenir la norme du marché. Ainsi, deux conséquences pouvaient être en-

visagées : d'une part, le consommateur resterait chez un opérateur de télécommunications uniquement ou principalement pour les contenus que celui-ci a acquis à titre exclusif ; d'autre part, les concurrents de la société France Télécom verraient leurs taux de désabonnement croître au profit de la société France Télécom. Par cet effet de levier sur le marché de la télévision payante, la société France Télécom déstabiliserait le marché de l'accès du haut débit. Enfin, l'Autorité craignait la constitution d'un duopole inversé composé des sociétés Vivendi et de ses filiales et de France Télécom, les premières étant essentiellement puissantes sur le marché de la télévision payante et la seconde sur le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit. Aussi a-t-il estimé qu'une exclusivité limitée à une ou deux années, dès lors qu'elle serait justifiée par des innovations de nature technique ou commerciale, pouvait être envisagée. Par ailleurs, il a appelé de ses vœux une régulation des marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes. En effet, au cours de son instruction, l'Autorité était parvenue à la conclusion que lesdits marchés étaient forclos et avait proposé qu'ils soient mieux régulés. Ainsi, il a recommandé que des règles claires soient appliquées en vue de réguler le montant des rémunérations et le champ des clauses d'exclusivité.

Ces arguments pris individuellement apparaissent difficilement réfutables. Toutefois, on peut penser que le bénéfice que tirerait le secteur de la télévision payante de l'arrivée de la société France Télécom n'a pas été assez pris en compte. Tout d'abord, le marché de la télévision était et demeure dominé par un seul opérateur qui capte une très grande partie de la valeur. Seule la société France Télécom avait les moyens financiers de remonter la chaîne de valeur et de remettre en cause la puissance de marché de l'acteur dominant. En outre, l'ensemble des acteurs de la télévision payante pouvait tirer avantage de cette évolution. Ensuite, au regard des sommes investies par la société France Télécom, il pouvait apparaître légitime qu'elle cherchait à en tirer un bénéfice et à les amortir. Or la durée proposée d'une à deux années, mais à la condition expresse que des innovations commerciales et techniques soient proposées, était bien trop courte. Une durée de cinq années aurait pu apparaître plus conforme au regard des efforts financiers fournis par la société France Télécom. En effet, le savoir-faire nécessaire à l'édition d'une chaîne de

&gt;

qualité ne peut s'acquérir qu'au fil du temps. De plus, n'aurait-il pas été plus opportun d'attendre les premiers effets de la pratique mise en œuvre de la société France Télécom sur le marché de la fourniture d'accès à Internet haut débit et ce, d'autant plus que la société France Télécom était insusceptible de commettre le moindre abus de position dominante n'étant en position dominante sur aucun des trois marchés constitutifs de la télévision payante ? En effet, si tel avait été le cas, il aurait été constaté que le taux de désabonnement aux offres des opérateurs de télécommunications concurrents de la société France Télécom était demeuré stable. Par ailleurs, au cours de la période d'instruction de l'avis, mais également dans les mois qui ont suivi, les niveaux de recrutements des sociétés SFR et Bouygues ont été supérieurs à ceux de la société France Télécom.

Dès lors, il ressort de la lecture de cet avis un point de vue mitigé. Si l'analyse est, comme souvent, pertinente, on ne peut s'empêcher de penser que la conclusion aurait pu être plus nuancée au regard de la situation prévalant alors sur les marchés de la télévision payante, afin que soit prise en compte la spécificité de la société France Télécom sur lesdits marchés. Comme indiqué précédemment, toute la difficulté de la saisine de la ministre était de trouver un équilibre entre les préoccupations que pouvait éventuellement soulever le modèle économique adopté par la société France Télécom sur le marché d'Internet haut débit et les avantages qu'étaient susceptibles de tirer les marchés de la télévision payante de son arrivée. Il est regrettable que cet équilibre n'ait pas été trouvé. En effet, deux aspects semblent avoir été relativisés par l'Autorité : d'une part, la société France Télécom était un nouvel entrant sur les marchés de la télévision payante et le nombre de ses abonnés à ses offres de télévision payante était réduit ; et d'autre part, les marchés de la télévision payante étaient dominés par un seul opérateur et l'ensemble des acteurs de télécommunications rencontrait des difficultés à distribuer les chaînes thématiques payantes les plus attractives, comme l'a souligné la Commission dans sa décision, mais également l'Autorité dans son avis. Or, la décision de la société France Télécom de remonter la chaîne de valeur n'était que la conséquence du verrouillage des marchés intermédiaires par l'acteur dominant. La proposition de l'Autorité que soit régulée les marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes était

des plus pertinentes. Néanmoins, elle serait intervenue tardivement. En effet, la société Groupe Canal Plus venait de renouveler l'ensemble de ses contrats de distribution avec les chaînes thématiques payantes les plus attractives, de sorte que les effets de la régulation des marchés intermédiaires ne seraient apparus qu'à leur arrivée à échéance. Dès lors, limiter la durée de la double exclusivité à une ou deux années et la conditionner à des innovations commerciales et techniques semblait pour le moins peu incitatif à investir des sommes importantes dans l'acquisition des droits de diffusion sportifs, cinématographiques et audiovisuels.

### 3°) *Quelle influence des évolutions technologiques sur la pratique des autorités de la concurrence ?*

Cette dernière partie tendra à démontrer que les autorités de concurrence n'ont pas tiré toutes les conclusions de l'arrivée des opérateurs de télécommunications sur le marché de la télévision payante. Ainsi, et à titre d'exemple, l'existence d'autant de marchés pertinents que d'offres de télévision payante, lesquelles sont situées soit en premier niveau de service, soit en second niveau de service et dont la qualité ne saurait être comparée, n'a, à notre connaissance, jamais été envisagée par les autorités de concurrence.

Les offres de télévision payante sont situées, soit en premier niveau de service, c'est-à-dire qu'elles sont intégrées dans l'offre multiservices commercialisée par l'opérateur de télécommunications, soit en second niveau de service, c'est-à-dire que les consommateurs ne peuvent y accéder qu'à la condition de payer un abonnement supplémentaire.

Une première distinction doit être faite entre les offres situées en premier niveau de service et celles en second niveau de service. Ainsi, les bouquets situés en premier niveau de service sont essentiellement composés de chaînes thématiques payantes étrangères à la modeste attractivité, lesquelles ne sont pas ou peu rémunérées par les opérateurs de télécommunications, mais également des chaînes gratuites de la TNT et des décrochages locaux de France 3. Toutefois, depuis peu, sont également présentes des chaînes thématiques payantes, telles que Paris Première, Disney Channel et Teva. Les offres situées en second niveau de service sont plus riches quantitativement et qualitativement puisque composées de chaînes thématiques payantes plus attractives et couvrant un plus grand nombre de thématiques. Enfin, les bouquets de chaînes thématiques payantes

situés en premier niveau de service ne nécessitent pas de la part des abonnés un quelconque supplément, à l'inverse des bouquets situés en second niveau de service. Une seconde distinction doit être faite entre les bouquets situés en second niveau de service. En effet, il ne saurait être contesté que les offres des opérateurs de télécommunications sont d'une attractivité inférieure à celles de la société Groupe Canal Plus. En effet, les premières sont d'entrée ou de moyenne gamme. Les offres de moyenne gamme, comme celle de la société Orange, couvrent un éventail de thématiques réduit mais sont constituées de programmes *Premium*. Ainsi, le bouquet de la société Orange est composé d'une chaîne sport et de cinq chaînes cinéma. Ses abonnés peuvent voir un match de football de la Ligue 1, les tournois ATP 1000, le championnat allemand de football ainsi que les films récents produits par le studio Warner ou les séries de la chaîne américaine HBO. À l'inverse, les offres Canal + Le Bouquet et CanalSatellite peuvent être qualifiées de *Premium*. En effet, elles permettent soit de voir neuf des dix matches de football de la Ligue 1, le championnat anglais de football, les films les plus récents de l'ensemble des *majors* hollywoodiennes, à l'exclusion de la Warner, des productions originales, soit un très grand nombre de chaînes thématiques payantes dont les plus attractives.

Ces différences s'expliquent par la demande des consommateurs. En effet, les bouquets d'entrée de gamme répondent à une demande quasi identique à celle des consommateurs de la TNT gratuite. Elle est essentiellement composée de consommateurs qui ne sont pas intéressés par les offres payantes. Les bouquets de moyenne gamme satisfont une demande désireuse d'accéder à une offre plus resserrée en termes de chaînes payantes et de thématiques, mais composées de programmes *Premium* et sensible aux innovations technologiques. Enfin, les offres haut de gamme permettent aux consommateurs d'accéder à l'ensemble des thématiques, à un nombre plus important de films *Premium* et à un éventail très large de sports. Par ailleurs, on peut estimer qu'une augmentation du prix de l'offre de moyenne gamme, comprise entre 5 à 10 %, entraînerait un transfert d'une partie des abonnés vers les offres *Premium*. En effet, ils pourraient estimer qu'un bouquet composé de seulement quelques chaînes thématiques serait d'un prix excessif.

Ainsi, et comme l'estime l'Autorité, la Commission et la ministre, il est

possible de distinguer des offres d'entrée de gamme, de moyenne gamme et *Premium*. Dès lors, il apparaît que les trois types de bouquets ne sauraient être comparés puisqu'ils ne répondent pas à la même demande et ne sont pas, par voie de conséquence, substituables entre eux.

Il peut être conclu qu'il existe autant de marchés pertinents que d'offres de télévision payante. Or, et à ce jour, aucune autorité de concurrence n'a évoqué cette question dans l'une de ses décisions. La fragmentation de l'offre de télévision payante est l'une des conséquences de l'arrivée des opérateurs de télécommunications sur les marchés de la télévision payante dont les bouquets sont généralement tous d'entrée de gamme, voire de moyenne gamme pour l'un d'entre eux.

### B. – Une nouvelle télévision appelée la télévision connectée

Depuis quelques mois, les acteurs de la télévision payante, et plus globalement de l'audiovisuel, s'inquiètent de l'arrivée des acteurs d'Internet sur le marché de la télévision. Le CSA a organisé au mois d'avril de cette année un colloque au cours duquel son président a encouragé les chaînes de la TNT gratuite à ne pas donner leur signal aux acteurs d'Internet dès lors qu'ils viendraient à le modifier en y intégrant notamment de la publicité ou des *widgets*. Par ailleurs, il a proposé que les termes de la charte signée par les chaînes de la TNT gratuite soient intégrés dans une loi. Le ministre en charge de la Culture et de la Communication a comparé l'arrivée de la télévision connectée à un *tsunami* ! Une mission d'étude a été constituée par les ministres de la Culture et de la Communication et chargé de l'Industrie, de l'Énergie et de l'Économie numérique. Sa feuille de route est composée des points suivants : la fragmentation de l'accès aux contenus, la désintermédiation dans l'accès et la réglementation. Bref, le sujet passionne et inquiète.

Mais que doit-on entendre par télévision connectée ? Les sociétés initiatrices du projet proposent de fusionner l'univers de la télévision et d'Internet. Ainsi et schématiquement, les consommateurs passent d'un univers à l'autre sans avoir à changer d'écran puisque les télévisions sont également connectées. Partant, la télévision connectée est aujourd'hui un terminal polyvalent qui permet de recevoir des chaînes de télévision traditionnelles, mais également de rejoindre des services et des contenus disponibles en ligne (étude réalisée par NPA sur la « TV connectée, les impacts marché », juin 2010). Dès lors, les consommateurs peuvent indistinctement

et concomitamment regarder un film ou une série en mode linéaire ou non linéaire et naviguer sur le web. Par ailleurs, les consommateurs pourront également chercher un programme grâce à des moteurs de recherche ou accéder à des services grâce à des applications qui apparaissent sur l'écran, comme les réseaux sociaux, la météo, etc. Deux évolutions peuvent être envisagées. D'une part, la désintermédiation puisque le consommateur pourrait à terme se constituer sa propre offre. Ainsi, il pourrait faire fi des chaînes de télévision payante et gratuite et des offres *triple play*, seule une connexion Internet serait suffisante. Les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications pourraient donc être affectés. D'autre part, la fragmentation de l'audience pourrait être accélérée. Ainsi, l'audience des chaînes gratuites serait affectée, ce qui aurait une incidence sur leurs revenus publicitaires. En résumé, les bouleversements à venir, tant sociaux

**La fragmentation de l'offre de télévision payante est l'une des conséquences de l'arrivée des opérateurs de télécommunications sur les marchés de la télévision payante dont les bouquets sont généralement tous d'entrée de gamme.**

qu'économiques, seraient importants. Les chaînes gratuites ont réagi rapidement tant aux États-Unis qu'en France. Ainsi, les chaînes gratuites américaines ont individuellement refusé l'accès à leur signal. En France, la réaction a été collective puisque l'ensemble des chaînes de la TNT gratuite a signé une charte. Elles y affirment que les constructeurs de télévision pourront bénéficier du signal de leur chaîne dès lors qu'ils respecteront l'intégrité du signal de chacune des chaînes signataires. Il doit être souligné que les signataires élargissent le champ d'application aux tiers, opérateurs, industriels ou fournisseurs de service. Dès lors, il ressort que les acteurs d'Internet sont également visés par cette charte. Ainsi, si la charte s'adresse explicitement aux fabricants de téléviseurs avec lesquels, par ailleurs, certaines chaînes ont conclu des accords de partenariat en exclusivité (ex. TF1 avec Samsung, Orange avec LG, M6 avec Sony) aux termes desquels les téléspectateurs peuvent accéder à des offres et des services en exclusivité,

comme certaines séries ou films dont les chaînes détiennent les droits de diffusion, apparaissent en arrière-plan les acteurs d'Internet, tels que Google et Yahoo !, dont on connaît les ambitions audiovisuelles. Par conséquent, il ressort de ce document que l'arrivée des acteurs d'Internet sur le marché de la télévision, et plus particulièrement de la publicité audiovisuelle, est particulièrement redoutée. En effet, si le marché de la publicité audiovisuelle français est en quasi-stagnation depuis de nombreuses années, les chaînes gratuites redoutent de devoir le partager avec de nouveaux acteurs dont la puissance économique est considérée comme étant redoutable en raison de leur position sur le marché de la publicité en ligne.

Mais que doit-on penser de la pratique mise en œuvre par les chaînes de la TNT gratuite conditionnant l'obtention du signal au respect de son intégrité ? En imposant cette condition à différentes catégories d'opérateurs dont ceux d'Internet, on est en droit de se demander si elles ne cherchent pas à les évincer du marché de la télévision. En effet, on peut s'interroger sur l'intérêt qu'auraient dès lors les acteurs d'Internet à diffuser les programmes linéaires et non linéaires de telles ou telles chaînes de la TNT gratuite sans en retirer le moindre avantage financier. Ainsi, en leur refusant toute possibilité d'intégrer des vidéos publicitaires, des bannières ou toute autre forme de publicité, elles cherchent explicitement à leur interdire de tirer le moindre revenu publicitaire de leur nouvelle activité qui est le cœur même de leur métier. Cette pratique concertée pourrait relever du *boycott* qui, selon la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, a un objet anticoncurrentiel (Objet, effet et intention anticoncurrentiels, étude thématique, Rapp. cons. conc. 2003, p. 60). Elle en est d'ailleurs sa forme la plus achevée. Ainsi, dans un arrêt du 3 décembre 1998, la Cour d'appel considère que cette pratique « (...) constitutive d'une action concertée et anticoncurrentielle par son objet, est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, peu important qu'elle n'ait eu qu'un impact limité, voire très limité, en termes de chiffre d'affaires, sur le marché (...) ». Les arguments invoqués par les signataires, selon lesquels les chaînes seraient les seuls acteurs habilités à garantir la conformité des contenus affichés avec les contraintes réglementaires en vigueur, leur convention ou cahier des charges et les dispositions contractuelles qui les lient avec les ayants droit dont les œuvres/programmes sont diffusés sur

&gt;



les chaînes apparaissent peu convaincants. Outre qu'ils n'ont aucune portée au regard du droit de la concurrence, il doit être rappelé que les opérateurs d'Internet ne relèvent pas de la même réglementation que les acteurs de l'audiovisuel.

## II. – LES DÉCISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE ET LEURS CONSÉQUENCES JURIDIQUES ET SECTORIELLES

Dans cette seconde partie, seront envisagées les deux dernières décisions rendues par l'Autorité. Toutes deux se révèlent intéressantes et structurantes : la première concerne les exclusivités de distribution dont bénéficie la société Groupe Canal Plus, laquelle s'avère juridiquement importante car elle concerne l'articulation du droit des concentrations avec le droit des pratiques anticoncurrentielles (A). La seconde vise la décision par laquelle les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi se sont vues retirer la décision d'autorisation de concentration *TPS/VU* précitée et dont les conséquences pour le secteur de la télévision payante seront, à n'en pas douter, importantes (B).

### A. – La décision de l'Autorité sur les exclusivités de distribution de la société Groupe Canal Plus

L'Autorité s'était autosaisie en janvier 2008 de pratiques mises en œuvre sur le marché de la télévision payante. L'objet de sa saisie d'office était notamment de déterminer si la pratique mise en œuvre par la société Groupe Canal Plus, consistant à multiplier les exclusivités de distribution avec les chaînes thématiques payantes les plus attractives, ne contrevenait pas aux règles du droit de la concurrence. En novembre 2008, la société France Télécom a déposé une plainte, laquelle fut jointe à l'autosaisie de l'Autorité. Cette dernière dénonçait la politique de distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes par satellite et sur les réseaux ADSL et FTTx de la société Groupe Canal Plus, sa pratique consistant à coupler son offre Canal + Le Bouquet et son offre CanalSatellite et enfin le dénigrement, les pressions et les menaces dont elle disait faire l'objet. À titre liminaire, il apparaît important pour la bonne compréhension de la présente partie de rappeler que la décision de l'Autorité du 16 novembre 2010 (Aut. conc., déc. n° 10-D-32, 16 nov. 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante) s'articule avec la décision d'autorisation de l'opération de concentration *TPS/VU* du 30 août 2006 du ministre par laquelle

il a autorisé l'acquisition de la société TPS par la société Vivendi et la prise de contrôle de la société CanalSatellite par la société Groupe Canal Plus. Les accords notifiés au ministre contenaient en plus de l'acquisition des actifs, des dispositions relatives, d'une part, à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires de la nouvelle entité, à savoir les sociétés TF1, M6 et Lagardère et, d'autre part, des clauses de non-concurrence (les sociétés TF1 et M6 s'interdisent, sur le territoire français, d'exercer une activité de distributeur de chaînes payantes sur tous supports hertziens, satellitaires ou filaires, à l'exception de la diffusion sur récepteur mobile. Par ailleurs, les sociétés TF1 et M6 se refuseront à exercer toute activité de distributeur de chaînes payantes sur tous supports hertziens, satellitaires ou filaires, à l'exception d'une activité de distributeur de la télévision mobile ou de câble-opérateur).

Les services d'instruction de l'Autorité avaient estimé que la société Groupe Canal Plus abusait de sa position dominante à l'égard des éditeurs dits « *indépendants* », c'est-à-dire ayant un lien capitalistique inférieur à 5 % avec l'un des actionnaires de la nouvelle entité, auprès desquels elle exigeait la distribution en exclusivité de leurs chaînes thématiques payantes. Par ailleurs, elle s'était entendue avec les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité afin de distribuer en exclusivité leurs chaînes thématiques payantes les plus attractives par satellite, sur le réseau xDSL. Les parties incriminées avaient contesté cette analyse et invoqué l'incompétence de l'Autorité. Deux arguments avaient été soulevés : les dispositions relatives à la distribution en exclusivité et les clauses de non-concurrence étaient couvertes par la décision d'autorisation du ministre en charge de l'Économie au titre des restrictions accessoires (1°) ; l'Autorité ne pouvait envisager sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles des dispositions qui avaient été notifiées et acceptées par le ministre (2°).

#### 1°) Les restrictions accessoires

Dans cette partie, deux points ont été abordés par l'Autorité. D'une part, les parties incriminées estimaient que la notion tirée du droit européen de restrictions accessoires existait en droit français des concentrations lorsque le ministre a accepté l'opération de concentration *TPS/VU* précitée. L'Autorité infirme cette analyse et estime que cette notion était absente tant des lignes directrices de la DGCCRF que des dispositions réglemen-

taires et législatives alors en vigueur. De sorte que l'argument invoqué par les parties incriminées n'avait, selon l'Autorité, aucune portée juridique. Aussi, ne pouvait-il être retenu. Dès lors, les dispositions relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes de TF1, M6 et Lagardère et aux clauses de non-concurrence présentes dans les accords notifiés *Ceres* et *Lagardère* ne pouvaient bénéficier du régime juridique des restrictions accessoires. Par conséquent, ces deux dispositions ne pouvaient être couvertes par la décision d'autorisation du ministre relative à l'opération de concentration *TPS/VU* précitée.

D'autre part, l'Autorité, reprenant la Communication de la Commission sur les restrictions accessoires, a rappelé le principe selon lequel toute clause d'exclusivité de fourniture ou d'achat consentie au profit du cédant ou de l'acquéreur ne saurait constituer des restrictions accessoires à une opération de concentration. L'Autorité a estimé que s'il avait été démontré que les clauses de distribution en exclusivité des chaînes payantes des actionnaires minoritaires étaient liées à l'opération de concentration, les parties incriminées n'avaient nullement prouvé qu'elles étaient nécessaires pour protéger la valeur de la société TPS et ce, d'autant que certaines d'entre elles étaient avant l'opération de concentration distribuées par les sociétés Groupe Canal Plus et TPS. Par ailleurs, l'opération de concentration n'avait pas pour objet de maintenir l'activité de la société TPS, mais de fusionner cette dernière avec la société Groupe Canal Plus. Enfin, il aurait pu apparaître pour le moins troublant que le ministre vienne à qualifier de restrictions accessoires des dispositions d'une telle ampleur. Ainsi, dans un arrêt du Tribunal de Première Instance intervenant également dans le secteur de la télévision payante puisque concernant la création du bouquet TPS, les juges européens avaient estimé que la distribution en exclusivité des chaînes généralistes en clair telles que TF1 était liée à l'opération de concentration, mais nullement nécessaire (TPICE, aff. T-112/99, 18 sept. 2001). En effet, il avait été considéré, d'une part, qu'une société active dans le secteur de la télévision à péage peut être lancée en France sans disposer de la diffusion exclusive des chaînes généralistes et, d'autre part, que la clause d'exclusivité était également disproportionnée dans la mesure où elle avait pour objet et effet de priver les concurrents de la société TPS, tant actuels que potentiels, des chaînes TF1 et M6, lesquelles étaient parmi les plus attractives. Aussi,

l'Autorité a-t-elle estimé que les contrats de distribution en exclusivité conclus par les sociétés Vivendi, Groupe Canal Plus, M6 et TF1 ne répondaient pas à la condition de nécessité. Dès lors, l'opération de concentration aurait pu être réalisée sans que les actionnaires minoritaires donnent la distribution en exclusivité de leurs chaînes thématiques payantes.

## 2°) L'articulation du droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles en droit français des concentrations

Cette question n'avait été abordée précédemment qu'une seule fois. Toutefois, les termes des arrêts de la Cour d'appel de Paris de 1994 et de la Cour de cassation de 1996 pouvaient prêter à interprétation, comme il sera exposé ultérieurement (Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-20/056, Pathé/Gaumont, concernant CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. concurrence, 20 sept. 1994). Deux questions étaient posées à l'Autorité : les dispositions relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires et les clauses de non-concurrence, lesquelles avaient été notifiées et analysées par le ministre sur le fondement du droit des concentrations, pouvaient-elles être appréhendées par l'Autorité sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles ? La seconde question concernait le périmètre des accords notifiés au ministre en charge de l'Économie et, par voie de conséquence, celui de son autorisation. Ainsi, dans l'hypothèse où l'Autorité viendrait à estimer qu'elle est dans l'impossibilité juridique de s'emparer des clauses d'exclusivité et de non-concurrence contenues dans les accords *Ceres* et *Lagardère* notifiés au ministre, elle devra toutefois déterminer si la pratique par laquelle la société Groupe Canal Plus avait, d'une part, étendu le périmètre de ses exclusivités de distribution à la fibre optique et à la télévision de rattrapage et, d'autre part, intégré des clauses de premier regard dans les contrats de distribution en exclusivité pris en application des accords *Ceres* et *Lagardère*, pouvait être appréhendée sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. Pour les besoins de sa démonstration, l'Autorité a fait une distinction entre les accords conclus par la société Groupe Canal Plus avec ses coactionnaires (a), d'une part, et, d'autre part, avec les éditeurs dits « *indépendants* » (b).

### a. Les accords conclus avec les actionnaires minoritaires

L'Autorité pose tout d'abord le principe tiré de la jurisprudence administrative selon lequel elle ne peut remettre en cause

rétroactivement une situation juridique constituée par une décision administrative individuelle que dès lors que certaines conditions sont satisfaites. « *Ainsi, le Conseil d'État a jugé que "sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision" (Ass., 26 oct. 2001, Ternon) » (Aut. conc., déc. n° 10-D-32, 16 nov. 2010, pt. 181). Selon l'Autorité, la décision du ministre autorisant l'opération de concentration TPS/VU précitée est incontestablement une décision individuelle créatrice de droits. Il est pour le moins intéressant de constater que l'Autorité se penche néanmoins sur la question de sa compétence dans une longue et riche note de bas de page. Ainsi, s'inspirant des arrêts *Gaumont/Pathé* de la Cour d'appel de Paris de 1994 et de la Cour de cassation de 1996, lesquels*

Selon l'Autorité, la décision du ministre autorisant l'opération de concentration TPS/VU précitée est incontestablement une décision individuelle créatrice de droits.

ont posé le principe de l'impossibilité de contrôler une opération de concentration sur le fondement du droit des ententes, l'Autorité estime que les clauses de non-concurrence et de distribution en exclusivité ne répondent pas à la définition du droit des concentrations contenue à l'article L. 420-1 du Code de commerce, d'une part, et, d'autre part, le ministre ne les avait pas qualifiées comme telles. Or, les juges de la Cour d'appel et de la Cour de cassation avaient fait une distinction entre les aspects structurels d'une opération de concentration, qui ne pouvaient être appréhendés par le Conseil, et les pratiques illicites issues des accords de concentrations qui, à l'inverse, étaient susceptibles de l'être dès lors qu'elles faisaient l'objet d'une saisine distincte et postérieure à l'autorisation de l'opération de concentration. L'Autorité estime que les pratiques visées par sa saisie d'office et la plainte de la société France Télécom sont issues des accords notifiés au ministre et font l'objet d'une procédure distincte et postérieure. Aussi, conclut-elle qu'elle « (...) n'est donc aucunement

*incompétente rationne materiae pour en connaître sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles » (ibid.).* Toutefois, le délai de quatre mois étant révolu, la décision du ministre était définitive et ne pouvait être appréhendée par l'Autorité sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Ensuite, l'Autorité s'attache à déterminer si la décision du ministre a effectivement créé des droits au bénéfice des parties notifiantes, les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi, et si, par voie de conséquence, elles étaient en droit de conclure et de mettre en œuvre les accords de distribution en exclusivité et les clauses de non-concurrence. Ainsi, l'Autorité considère que le ministre avait évalué le pouvoir de marché de la nouvelle entité. En effet, ce dernier avait additionné lors de son analyse des effets horizontaux de l'opération de concentration sur les marchés de l'édition des chaînes sport, jeunesse et d'information les parts de marché détenues par les chaînes thématiques payantes des sociétés Groupe Canal Plus et TPS à l'issue de l'opération de concentration à celles des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires qui devaient être distribuées en exclusivité par la société Groupe Canal Plus. Or, les actionnaires minoritaires n'étaient pas parties à la notification de l'opération de concentration, de sorte que l'on est en droit de se demander si cette démarche était juridiquement pertinente. Par ailleurs, dans la partie dédiée aux risques de coordination, le ministre avait également pris en considération la présence des sociétés TF1, Lagardère et M6 au capital de la nouvelle entité, d'une part, et, d'autre part, les clauses de distribution en exclusivité et de non-concurrence.

Aux termes de son analyse concurrentielle, le ministre avait conclu que les clauses relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires posaient des problèmes de concurrence. En effet, les distributeurs concurrents n'auraient pu accéder aux chaînes thématiques payantes parmi les plus attractives et, par voie de conséquence, constituer des offres attractives et concurrentielles au regard de celles commercialisées par la société Groupe Canal Plus. Les parties notifiantes ont donc proposé des engagements qui ont été acceptés par le ministre. L'Autorité a considéré que les dispositions relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires contenues dans les accords *Ceres* et *Lagardère* ont effectivement été notifiées au ministre. C'est pourquoi,

&gt;

elle s'est estimée incompétente pour appréhender sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles les dispositions relatives à la distribution en exclusivité contenues dans les accords *Ceres* et *Lagardère* en ce qu'elles étaient couvertes par la décision du ministre. En conclusion, si cette analyse est, au regard du droit administratif, incontestable, un point attire néanmoins notre attention. Le ministre, tout comme le Conseil de la concurrence dans son avis, avait fait le choix de traiter de manière quasi structurelle les chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires en additionnant leurs parts de marché à celles de la nouvelle entité. Si ce choix peut apparaître compréhensible puisque reflétant la réalité du marché après l'opération de concentration, les chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires n'étant plus accessibles aux distributeurs concurrents, n'aurait-il pas été plus juste au regard du droit des concentrations, mais également pertinent, que le ministre et le Conseil ne prennent en compte dans leur analyse concurrentielle respective que les seules chaînes thématiques payantes de la société Groupe Canal Plus et celles de la société TPS dont elle faisait l'acquisition ? En effet, les actionnaires minoritaires n'étant pas des parties notificantes, on peut penser que leurs parts de marché n'avaient pas à être additionnées à celles des sociétés Groupe Canal Plus et TPS. De sorte que l'Autorité aurait conservé la possibilité juridique de se saisir d'office des dispositions relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires dont elle avait connaissance afin de déterminer si elles ne contrevenaient pas au droit de la concurrence ou, à tout le moins, serait-elle demeurée compétente dans l'hypothèse où elle aurait été saisie par un tiers. La question de sa compétence ne se serait pas posée puisque, comme l'a signifié l'Autorité dans sa décision, les pratiques illicites auraient été issues des accords notifiés, d'une part, et, d'autre part, la procédure aurait été distincte et serait intervenue postérieurement à la notification de l'opération de concentration.

Le dernier point envisagé par l'Autorité dans sa décision concerne le champ des droits acquis. En effet, elle devait déterminer si, d'une part, la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des sociétés coactionnaires sur le réseau FTTx, à l'exclusion du câble, de leurs services de télévision de rattrapage et les clauses de premier regard, lesquels avaient été intégrés dans les contrats de distribution en exclusivité

pris en application des accords *Ceres* et *Lagardère*, avaient été notifiés au ministre et donc, s'ils avaient été analysés par ce dernier ; d'autre part, et dans l'hypothèse où ces différentes dispositions ne l'avaient pas été, se posait alors la question de la compétence de l'Autorité pour les appréhender sur le fondement du droit de la concurrence. La conclusion à laquelle est parvenue l'Autorité est que cette nouvelle technologie, ce nouveau mode de consommation et cette disposition contractuelle n'avaient pas été notifiés au ministre. Aussi, n'avait-il pas pu les prendre en considération dans son analyse concurrentielle, de sorte que les dispositions relatives à la distribution en exclusivité des chaînes thématiques payantes des actionnaires minoritaires sur le FTTx, à l'exclusion du câble, du service de télévision de rattrapage et les clauses de premier regard n'étaient pas couvertes par la décision du ministre. Les

**L'Autorité estime donc que tout accord notifié et pris en considération dans l'analyse concurrentielle d'une opération de concentration ne peut plus être appréhendé sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.**

parties notificantes ne pouvaient donc invoquer l'incompétence de l'Autorité. Dès lors, cette dernière devra déterminer si les sociétés Groupe Canal Plus, TF1, M6 et Lagardère, en élargissant le périmètre des contrats de distribution en exclusivité pris en application des accords *Ceres* et *Lagardère* au réseau FTTx et à la télévision de rattrapage, mais également aux clauses de premier regard au bénéfice de la société Groupe Canal Plus, se sont entendues afin de limiter l'attractivité des offres de télévision payante des opérateurs de télécommunications.

#### *b. Les contrats conclus avec les éditeurs indépendants*

La conclusion à laquelle arrive l'Autorité concernant les éditeurs indépendants est inverse. En effet, peu importe que des risques de concurrence aient été identifiés lors de l'analyse des effets verticaux de l'opération de concentration et que des engagements aient été proposés par les parties notificantes et acceptés par le

ministre, l'Autorité s'estime compétente et ce, pour deux raisons : d'une part, les accords de distribution en exclusivité n'ont pas été notifiés au ministre, de sorte qu'il doit être estimé qu'ils n'appartiennent pas au périmètre de la décision d'autorisation du ministre ; et d'autre part, les accords de distribution en exclusivité ont été conclus majoritairement par la société Groupe Canal Plus avec les éditeurs de chaînes thématiques payantes après la décision d'autorisation de l'opération de concentration du ministre. Par ailleurs, l'Autorité estime de manière fort pertinente que toute société ne saurait s'estimer autorisée à conclure des contrats de distribution en exclusivité dès lors que des restrictions de concurrence ont été identifiées lors du contrôle de l'opération de concentration et que des engagements ont été proposés par l'entreprise notificante et acceptés par le ministre. En effet, l'autorisation ne saurait conférer à l'entreprise qui en bénéficie une quelconque immunité juridique pour l'avenir. Cette dernière se doit, et plus particulièrement une entreprise en position dominante, laquelle a une responsabilité particulière à l'égard du marché, de respecter le droit de la concurrence à l'image de n'importe quel autre opérateur. Dès lors, « l'analyse des risques concurrentiels effectués par le ministre a priori ne saurait avoir d'incidence sur la possibilité pour l'Autorité de la concurrence d'examiner et de qualifier les comportements anticoncurrentiels reprochés à une entreprise dans le cadre de son contrôle a posteriori » (Aut. conc., déc. n° 10-D-32, 16 nov. 2010, préc., pt. 211). Cette condition est tirée de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, mentionnée précédemment, par laquelle les juges saisis avaient estimé que le Conseil pouvait être compétent dès lors que deux conditions étaient réunies : la pratique visée est issue des accords notifiés au ministre en charge de l'Économie et fait l'objet d'une plainte distincte et ultérieure.

En conclusion, l'Autorité estime donc que tout accord notifié et pris en considération dans l'analyse concurrentielle d'une opération de concentration ne peut plus être appréhendé sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles. À l'inverse, la prise en compte dans l'analyse concurrentielle de contrats qui n'auraient pas été notifiés, ne saurait emporter son incompétence. Toutefois, quelles seront les conclusions de l'Autorité dans l'hypothèse où des accords viendraient à être notifiés dans le cadre d'une opération de concentration mais ne seraient pas intégrés à l'analyse

concurrentielle ? Il semble, à la lecture de cette décision, que la seule notification de conventions permette de considérer qu'elles seront couvertes par la décision de concentration et que, par voie de conséquence, elles ne pourront plus être appréhendées sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles.

### **B. – La décision de l'Autorité sur le non-respect des engagements par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi, une décision structurante pour le secteur de la télévision payante**

Si la décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011 par laquelle l'Autorité a retiré aux sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi la décision d'autorisation de l'opération de concentration TPS/VU du 30 août 2006 n'est pas inédite (Lettre min. Éco, Fin. et Industr. n° C2006-96, 13 nov. 2006, décision d'autorisation de l'opération de concentration Lorenz Bahlsen Snack World SAS France/Vigo SA), les conséquences seront, à n'en pas douter, importantes pour le secteur de la télévision payante. En effet, aux termes d'une décision extrêmement fouillée et étayée, l'Autorité est arrivée à la conclusion que 10 des 59 engagements proposés par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi dans le cadre de l'opération de concentration TPS/VU précitée et acceptés par le ministre n'ont pas été soit totalement, soit partiellement, soit ponctuellement respectés. Or les engagements concernés étaient centraux puisqu'ils devaient permettre aux distributeurs concurrents de la société Groupe Canal Plus de constituer des offres de télévision payante attractives, différenciées les unes des autres et concurrentielles au regard de celles commercialisées par la société Groupe Canal Plus.

Dans sa décision, l'Autorité fait une distinction entre les violations qu'elle estime graves et celles qu'elle considère comme étant de moindre gravité. Les dix engagements envisagés par l'Autorité dans sa décision peuvent être classés en deux catégories : ceux ayant trait aux chaînes thématiques payantes et ceux relatifs aux droits de diffusion, à l'accès aux droits audiovisuels et à la mise en œuvre des engagements. L'ensemble des manquements de la société Groupe Canal Plus ne sera pas abordé dans le cadre de cette partie, seuls les plus significatifs le seront.

S'agissant des chaînes thématiques payantes, ne seront envisagés que les engagements relatifs au maintien de la qualité des chaînes mises à disposition. Ainsi, les engagements n°s 21 et 22 obligeaient la société Groupe Canal Plus de mettre à la disposition des opérateurs de télécommunications qui en feraient la de-

mande la chaîne Premium TPS Star, les chaînes cinéma Cinéstar, Cinécult, Cinétoile, la chaîne sport généraliste Sport + et les chaînes jeunesse Piwi et Télétoon, d'une part, et, d'autre part, de maintenir leur qualité. Or, la chaîne payante Premium TPS Star a été volontairement dégradée par la société Groupe Canal Plus, comme tendent à le démontrer la baisse durable et continue des coûts de grille, l'appauvrissement de l'offre de cinéma, la perte des droits sportifs, la baisse d'attractivité des séries américaines diffusées, l'absence d'innovation technologique, la chute d'audience et le déclin du nombre d'abonnés. Par cette pratique, la société Groupe Canal Plus a volontairement altéré la qualité *Premium* de la chaîne TPS Star. Selon l'Autorité, cette dernière ne peut plus être qualifiée comme telle. Aussi, et comme elle l'indique dans sa décision, les distributeurs de chaînes thématiques payantes concurrents de la société Groupe Canal Plus n'ont-ils pu confectionner une offre attractive. Or, « (...) *cet engagement était "le cœur du dispositif destiné à permettre l'émergence d'une offre alternative à celle de GCP [Groupe Canal Plus]. En particulier, la décision [de concentration TPS/VU du 30 août 2006 du ministre] souligne que "la mise à disposition de TPS Star est l'une des clés du développement de la concurrence à l'aval", qui permet aux distributeurs de "proposer, au sein de leur bouquet, une chaîne premium de qualité, élément incontournable et moteur d'abonnement"* (Aut. conc., déc. n° 11-D-12, 22 sept. 2011, pt. 60, relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus). En ce qui concerne la chaîne sport et les trois chaînes cinéma, le constat de l'Autorité est tout aussi sévère. En effet, elle estime que toutes quatre ont été dégradées. Ainsi, et à titre d'exemple, la chaîne CinéCinéma Star était initialement une chaîne de cinéma de première exclusivité, c'est-à-dire qu'elle devait diffuser au moins 75 films en première fenêtre par an et était autorisée à diffuser des films le samedi soir. L'Autorité constate que la programmation a évolué puisque ne sont plus diffusés que des films des années 80 et 90, d'une part, et que, d'autre part, aucun film n'est plus diffusé le samedi soir. En ce qui concerne les deux autres chaînes cinéma devant être mises à la disposition de tout distributeur qui en ferait la demande, l'évolution est comparable. Aussi, l'Autorité conclut-elle que la qualité des chaînes thématiques payantes devant être mises à la disposition des opérateurs de télécommunications a été

dégradée par la société Groupe Canal Plus. Ces deux engagements proposés par la société Groupe Canal Plus lors de l'acquisition de la société TPS avaient pour objet de permettre aux distributeurs concurrents de confectionner une première offre qui devait au fil du temps s'enrichir de nouvelles chaînes payantes dont les contrats de distribution en exclusivité avec la société Groupe Canal Plus arriveraient à échéance. Or, en ne maintenant pas la qualité des chaînes thématiques payantes, la société Groupe Canal Plus n'a pas suivi les règles du jeu qu'elle avait elle-même proposé au ministre. De sorte que les opérateurs de télécommunications n'ont pu bénéficier de ce premier socle de chaînes thématiques payantes et n'ont pu confectionner d'offres concurrentielles.

Par ailleurs, selon l'engagement n° 20, la société Groupe Canal Plus devait également ne pas commettre de discrimination entre les plates-formes. Ainsi, elle devait mettre à disposition les sept chaînes thématiques payantes dégroupées visées par l'engagement n° 21 dans des conditions temporelles identiques aux siennes. Or, l'Autorité a constaté que la société Groupe Canal Plus a commercialisé sa nouvelle offre CanalSatellite, laquelle comprenait les chaînes thématiques payantes qu'elle distribuait précédemment, mais également celles présentes dans l'offre TPS, avant même que les distributeurs concurrents ne se soient vus communiquer le premier cahier des charges de mise à disposition des chaînes thématiques payantes dégroupées. De sorte qu'il a été estimé que cette transmission, intervenant préalablement à l'ouverture des négociations avec les opérateurs de télécommunications, ne pouvait être assimilée à la mise à disposition effective des chaînes payantes. Ainsi, alors que le nouveau bouquet CanalSatellite avait été commercialisé dès le 21 mars 2007, ceux des distributeurs concurrents, en raison des pratiques dilatoires et donc discriminatoires de la société Groupe Canal Plus, ne l'ont été qu'à partir de la fin de l'été 2007. Par ces pratiques, la société Groupe Canal Plus a retardé sciemment l'enrichissement des offres des distributeurs concurrents, lesquels n'ont pu recruter de nouveaux abonnés. En revanche, la société Groupe Canal Plus s'est assurée la réussite de la migration des abonnés de l'offre TPS à celle de CanalSatellite puisque cette dernière n'était concurrencée par aucun bouquet attractif. Aussi, l'Autorité a-t-elle estimé que cet engagement de non-discrimination n'a pas été respecté.

&gt;

Enfin, s'agissant des chaînes thématiques payantes dites « *indépendantes* », l'engagement n° 42 prévoyait des conditions de forme pour leur reprise, à savoir la rédaction d'un catalogue des conditions de reprise portant sur les différents niveaux de contrats possibles et la communication aux éditeurs de chaînes des conditions générales relatives à la distribution commerciale et au transport des chaînes. L'Autorité est parvenue à la conclusion que la société Groupe Canal Plus maintenait volontairement les chaînes thématiques payantes indépendantes dans une totale opacité, de sorte qu'elles étaient dans l'incapacité, lors des négociations relatives à la reconduction de leurs contrats de distribution, d'avoir la moindre visibilité sur le montant de leurs rémunérations qu'elles seraient susceptibles de percevoir. Or, la société Groupe Canal Plus était dans l'obligation, non pas de communiquer une grille figée, mais celle de critères précis présidant à la détermination des modalités de rémunération des chaînes thématiques payantes. L'Autorité estime donc que « *dans ces conditions d'opacité, les éditeurs de chaînes indépendantes ont été maintenus en situation de dépendance vis-à-vis de GCP* » (*ibid.*, pt. 195). Aussi, les chaînes thématiques payantes n'ont-elles eu d'autres alternatives que de maintenir leurs relations commerciales avec la société Groupe Canal Plus. Ainsi, cette dernière a empêché les distributeurs concurrents de bouquets de chaînes thématiques payantes d'enrichir leurs offres de télévision payante. C'est pourquoi, l'Autorité a conclu que cet engagement n'a pas non plus été mis en œuvre par la société Groupe Canal Plus.

Aux termes de son analyse, l'Autorité classe les manquements de la société Groupe Canal Plus en deux catégories. Les manquements relatifs au maintien de la qualité des chaînes thématiques payantes dégroupées et aux conditions de forme de la reprise des chaînes thématiques payantes indépendantes sont considérés par l'Autorité comme étant graves. En effet, les engagements proposés par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi étaient le cœur même du dispositif dont l'objet était de permettre aux distributeurs concurrents de confectionner une première offre attractive, différenciée et concurrentielle au regard de celles de la société Groupe Canal Plus. Les autres manquements relatifs aux conditions de reprise et de distribution des chaînes indépendantes, à l'exclusion de l'engagement n° 42, à l'accès aux droits audiovisuels et à la

mise en œuvre des engagements ont été estimés moins graves dans la mesure où ils ont un caractère plus ponctuel et partiel. En conclusion, l'Autorité indique que « *de manière générale, il ressort de l'instruction que la mise en œuvre des engagements examinés par la présente décision s'est caractérisée par un mauvais vouloir et par un manque de diligence répétés par GCP [Groupe Canal Plus]* » (*ibid.*, pt. 237).

*Prima facie*, la décision de l'Autorité pourrait sembler disproportionnée. Toutefois, il apparaît important de rappeler le contexte dans lequel ces engagements avaient été proposés par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi et acceptés par le ministre. L'opération de concentration TPS/VU avait permis la fusion du premier opérateur de télévision payante avec son *challenger*, au terme de laquelle la société Groupe Canal Plus a détenu une part de marché sur le marché aval comprise entre 70 et 80 %. Par ailleurs, ses parts de marché sur les marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes fluctuaient entre 90 % pour les chaînes cinéma et environ 50 % pour les chaînes jeunesse. Sur les marchés amont de l'acquisition des droits de diffusion, la société Groupe Canal Plus était, d'une part, en position quasi monopolistique sur les marchés de l'acquisition des droits de diffusion des films américains et, d'autre part, en position dominante sur les marchés de l'acquisition des droits de diffusion des films français avec une part de marché supérieure à 50 % et une concurrence extrêmement atomisée. Dès lors, cette opération ne pouvait se réaliser qu'à la condition expresse que de sérieux engagements soient pris. Le Conseil s'était montré plus strict que le ministre dans son avis puisqu'il avait proposé que les chaînes thématiques payantes des coactionnaires soient dégroupées. Toutefois, et comme indiqué précédemment, en raison de l'opposition des sociétés TF1, M6 et Lagardère de dégroupier leurs chaînes thématiques payantes, ces dernières sont demeurées en distribution exclusive par la société Groupe Canal Plus. Il aurait pu être envisagé par le ministre de dégroupier certaines chaînes de la société Groupe Canal Plus ou des éditeurs dits « *indépendants* ». La première s'est montrée farouchement hostile à tout dégroupage de ses chaînes thématiques payantes. S'agissant des seconds, ils ont exprimé auprès au Conseil et du ministre leurs inquiétudes qu'une telle décision puisse être prise dans la mesure où elle aurait pu remettre en cause la pérennité éco-

nomique de leurs chaînes thématiques payantes. Dès lors, le nombre de chaînes thématiques payantes dégroupées s'est limité à sept, une chaîne *Premium*, trois chaînes cinéma, une chaîne sport et deux chaînes jeunesse. Si effectivement certaines thématiques, comme le *Premium*, le cinéma, le sport, et la jeunesse étaient présentes, lesquelles sont indispensables à la constitution d'une offre attractive, il convient toutefois de souligner que chacune d'entre elles doit être composée de plusieurs chaînes payantes. Or, les chaînes thématiques payantes dégroupées n'étaient pas en nombre suffisant pour respecter cette règle, de sorte qu'elles ne pouvaient permettre aux opérateurs de télécommunications de confectionner une offre véritablement concurrentielle.

Dès lors, en dégradant volontairement la qualité des seules chaînes thématiques payantes mises à la disposition des opérateurs qui en feraient la demande, en retardant leur mise à disposition de sorte que la nouvelle offre CanalSatellite a été disponible approximativement six mois avant celles des FAI, en maintenant les chaînes thématiques payantes en situation de dépendance, outre le fait que la société Groupe Canal Plus ne respectait pas les règles du jeu qu'elle avait elle-même proposées, elle annihilait toute forme de concurrence sur le marché aval de la distribution de chaînes thématiques payantes. En effet, les opérateurs de télécommunications ne pouvaient confectionner de nouvelles offres de télévision payante d'une qualité supérieure à celles qu'ils commercialisaient antérieurement à l'opération de concentration. Dès lors, et au regard des manquements de la société Groupe Canal Plus, l'Autorité n'avait d'autre alternative que de retirer la décision de concentration de 2006 et ce d'autant, et comme indiqué par l'Autorité dans sa décision, que les engagements arrivaient prochainement à échéance. Ainsi, toute injonction de respecter les engagements apparaissait peu pertinente.

Cette nouvelle situation induite par la décision de l'Autorité lui ouvre incontestablement le champ des possibles. En effet, dans le cadre de la prochaine notification de l'opération de concentration, l'Autorité, dès lors qu'elle estimera que des problèmes de concurrence viendront à se poser, pourra amener les parties notifiantes à proposer des engagements plus consistants que précédemment. Il s'offre à elle une opportunité unique de réguler plus strictement les marchés de la télévision payante, et ce, afin de permettre aux

opérateurs de télécommunications et à tout autre concurrent potentiel de devenir enfin de véritables concurrents à la société Groupe Canal. L'Autorité semble être prête à saisir cette opportunité puisque dans une récente interview au Monde, son président indique que l'opération sera l'occasion de mettre en place une régulation forte (*Le Monde*, 22 sept. 2011). Un premier contour de son projet peut être trouvé dans son avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 précité. Outre la constatation qu'un nombre important de chaînes thématiques payantes est distribué en exclusivité par la société Groupe Canal Plus, de sorte que les opérateurs de télécommunications ne peuvent enrichir quantitativement et qualitativement leurs offres de télévision payante, l'Autorité avait notamment estimé que la détermination des rémunérations devait être régulée, ainsi que le champ des clauses d'exclusivité du distributeur dominant (Cons. conc., avis

n° 09-A-42, 7 juill. 2009, préc., pt. 179). Elle avait indiqué qu'il convenait de vérifier que la prime d'exclusivité, dans ses différentes composantes, n'est pas excessive. Par ailleurs, l'Autorité avait évoqué la possibilité de dégrouper les chaînes thématiques payantes de la société Groupe Canal Plus et ce, comme l'avait fait l'OFCOM en 2009 qui, comme indiqué précédemment, avait mis à la disposition des opérateurs qui en feraient la demande les chaînes thématiques sport *Premium* de la société BSkyB.

L'opération de concentration *TPS/VU* précitée devait fermer un premier chapitre, celui de la concurrence frontale entre deux opérateurs mimétiques, et ouvrir un nouveau où les opérateurs de télécommunications étaient appelés à devenir les nouveaux concurrents de la société Groupe Canal Plus. Or, en ne respectant pas les engagements, d'une part, et, d'autre part, en concluant des contrats de distribution en exclusivité

avec la presque totalité des chaînes thématiques payantes les plus attractives, la société Groupe Canal Plus a annihilé toute forme de concurrence sur les marchés de la télévision payante. Aussi, le deuxième chapitre qui s'est ouvert après l'opération de concentration a-t-il concerné les pratiques mises en œuvre par la société Groupe Canal Plus à l'encontre des opérateurs de télécommunications et son opposition avec la société France Télécom. On peut estimer qu'il a été clôturé avec l'acquisition de 30 % du capital d'Orange par la société Groupe Canal Plus, mais surtout par la décision de l'Autorité de retirer la décision de concentration *TPS/VU* précitée. Sa nouvelle tâche sera de formaliser de nouvelles règles du jeu afin de permettre que la concurrence prospère enfin sur les différents marchés constitutifs de la télévision payante. Il faut espérer que ce troisième chapitre soit moins tumultueux que les deux précédents. ♦