

**RAPPORT AU PREMIER MINISTRE**

**LES EXCLUSIVITES DE DISTRIBUTION ET DE TRANSPORT  
DANS LE SECTEUR DE LA TELEVISION PAYANTE**

**Marie-Dominique HAGELSTEEN,  
Présidente de la Section des travaux publics du Conseil d'Etat**

**Alexandre LALLET,  
Maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur**

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b>SCHEMA SIMPLIFIE</b>	<b>10</b>
<b>DE LA CHAÎNE DE VALEUR DE LA TELEVISION PAYANTE</b>	<b>10</b>
<b>1. L'EXCLUSIVITE DE TRANSPORT DES CONTENUS AUDIOVISUELS</b>	<b>11</b>
<b>1.1. L'hostilité de l'Autorité de la concurrence à l'égard de cette pratique est partagée par la majorité des acteurs auditionnés</b>	<b>11</b>
1.1.1. Analyse des ressorts de l'exclusivité de transport	11
1.1.2. Des inconvénients nombreux qui plaident en faveur d'un cantonnement de cette pratique	13
<b>1.2. Le remède et la méthode proposés par l'Autorité de la concurrence ne font pas consensus</b>	<b>15</b>
1.2.1. Les avantages de la loi	16
1.2.2. Les objections de portée générale à une intervention législative	17
1.2.2.1 L'absence d'effet anti-concurrentiel significatif constaté de la stratégie d'Orange et la capacité de l'Autorité de la concurrence à y remédier	17
1.2.2.2. L'irruption d'une concurrence en « silos » paraît incertaine	18
1.2.2.3. L'absence de droit du consommateur à accéder à l'ensemble des contenus audiovisuels	20
1.2.2.4. Le risque d'un retrait d'Orange	21
1.2.2.5. Les aléas inhérents au processus législatif	22
1.2.3. Les objections propres au dispositif proposé par l'Autorité de la concurrence	23
1.2.3.1. Le périmètre de l'exclusivité autorisée	24
1.2.3.2. La durée de l'exclusivité et de son éventuelle prorogation	26
1.2.3.3. Le contrôle du caractère innovant	27
1.2.3.4. L'encadrement de l'auto-distribution	28
<b>1.3. Pour une mise sous surveillance de l'exclusivité de transport</b>	<b>28</b>
1.3.1. Une intervention du législateur reste nécessaire	28
1.3.2. Propositions de la mission	30
1.3.2.1. Proposition principale : une mise sous surveillance simple	30
1.3.2.2. Proposition subsidiaire : une régulation sectorielle de l'exclusivité de transport	33
<b>1.4. Conclusion de la première partie</b>	<b>35</b>
<b>2. LA REGULATION DU MARCHE DE GROS DE LA TELEVISION PAYANTE</b>	<b>36</b>
<b>2.1. L'ouverture du marché de gros de la télévision payante suppose d'encadrer les exclusivités de distribution de manière souple</b>	<b>36</b>
2.1.1. La nécessité d'une ouverture du marché de gros de la télévision payante	36
2.1.2. Les exclusivités de distribution contribuent puissamment à la fermeture du marché, mais elles doivent être appréhendées avec précaution	37
<b>2.2. Les objections émises à l'encontre d'une régulation ex ante apparaissent surmontables</b>	<b>41</b>
2.2.1. La faisabilité pratique	41
2.2.2. La capacité du CSA à piloter cette régulation	42

<b>2.3. Les instruments de la régulation devraient être inspirés du « Paquet Télécom » mais adaptés aux spécificités du secteur audiovisuel</b>	<b>44</b>
2.3.1. Analyse de marché et surveillance	44
2.3.2. Remèdes	45
2.3.2.1. Injonction d’offrir (« must-offer »)	46
Objectif et champ d’application	46
2.3.2.2. Autres prérogatives	48
2.3.3. Pouvoirs d’investigation	49
<b>3. MISE EN ŒUVRE DES PROPOSITIONS</b>	<b>49</b>
<b>CONCLUSION</b>	<b>51</b>
<b>ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION</b>	<b>52</b>
<b>ANNEXE 2 : PERSONNES AUDITIONNEES PAR LA MISSION</b>	<b>53</b>

## INTRODUCTION

### *Les évolutions récentes du secteur de la télévision payante*

Le secteur de la télévision payante a connu, dans les années récentes, d'importants bouleversements, qui se poursuivront vraisemblablement au cours de la décennie à venir, et dont l'ampleur et les conséquences ne peuvent être entièrement mesurées aujourd'hui. Le lancement de la télévision numérique terrestre (TNT) payante en mars 2006, celui, plus récent, de la télévision sur téléphone portable et, surtout, l'essor pris par la télévision payante sur ADSL depuis son lancement en décembre 2003, dans le cadre des offres multiservices « télévision – Internet – téléphone tout compris », dites *triple-play*, ont considérablement renouvelé les termes de l'équation de la télévision à péage<sup>1</sup>.

Ces évolutions ont conduit les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) à investir le marché de la distribution des contenus audiovisuels, en s'appuyant sur la disponibilité des chaînes gratuites (toutes les offres de base *triple-play* comprennent une cinquantaine de chaînes) et en adossant leur développement à des innovations technologiques portant à la fois sur la qualité technique de la diffusion des programmes (numérique, haute-définition...), les modalités de consommation des contenus (au flux linéaire classique s'est ajoutée, essentiellement à partir de 2006, la consommation non linéaire, ou « services de médias audiovisuels à la demande »<sup>2</sup>, sous la forme de la vidéo à la demande – dite VoD et ses différentes déclinaisons<sup>3</sup>, et de la télévision de rattrapage) et l'enrichissement de l'environnement audiovisuel par le développement de services associés (informations complémentaires, interactivité, jeux...). Ces innovations expliquent en partie le succès des offres *triple-play* et constituent un enjeu de concurrence important pour les fournisseurs d'accès à Internet. L'âpreté de la compétition ne devrait pas faiblir, compte tenu des potentialités offertes par le déploiement des réseaux à très haut débit (fibre optique), tant en termes de capacité et de rapidité d'accès aux contenus que de qualité d'affichage et, parallèlement, de l'apparition imminente en France des « téléviseurs connectés » (à Internet).

Cette nouvelle donne technico-économique, traditionnellement dénommée « convergence numérique », a modifié les relations entre l'audiovisuel et les télécommunications. Elle a incité les distributeurs alors existants – Canal+ et TPS - à se recentrer sur les contenus les plus attractifs pour le grand public (sport – en particulier football ; cinéma – surtout les « blockbusters » américains et les films français à succès - ; séries américaines populaires...), au prix d'une vive compétition, qui s'est toutefois terminée par le rachat de TPS par le Groupe Canal+ en janvier 2007. La fusion a permis à la nouvelle société Canal+ France et, plus globalement, au groupe Canal+ d'asseoir solidement sa position sur les différents marchés qui composent le secteur de la télévision payante (V. schéma p. 10) :

---

<sup>1</sup> Celle-ci concernait fin 2007 un peu plus d'un tiers des foyers français (8,4 millions), pour un chiffre d'affaires de 1,124 milliards d'euros (soit 14 % du CA total de la télévision, contre 107 M€ en 1993) et une part d'audience d'environ 13 %. On comptait environ 8 millions d'abonnements à la télévision par ADSL au milieu de l'année 2009, contre 1,5 début 2006, 4 millions d'abonnés satellite, 2 millions au câble et 0,7 million pour la TNT payante.

<sup>2</sup> En vertu de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, « est considéré comme service de médias audiovisuels à la demande tout service de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service ».

<sup>3</sup> Pay per view (visionnage à la carte), S-Vod (par abonnement) ...

1/ Le **marché de l'acquisition des droits audiovisuels** (« marché amont » ou « marché primaire ») est celui sur lequel se rencontrent les détenteurs des droits de diffusion (producteurs d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles, titulaires des droits sportifs telle que la ligue de football professionnel...) et les **éditeurs**, dont le rôle consiste à agréger les contenus audiovisuels afin de constituer des chaînes de télévision (et des services de médias audiovisuels). Ces dernières peuvent être généralistes ou, ce qui est de loin le plus fréquent en matière de télévision payante, thématiques (chaînes « sport », chaînes « jeunesse », chaînes « voyages »...). **Canal+, en tant qu'éditeur<sup>4</sup>, y occupe une position prépondérante** : il a en particulier acquis environ 54 % des droits sportifs, dont neuf des douze lots commercialisés par la ligue de football professionnel (LFP) pour la ligue 1 dans le cadre de l'appel d'offres 2008-2012. Il a par ailleurs conclu des « output deals »<sup>5</sup> avec cinq des sept majors américaines.

2/ Le **marché de gros de la télévision payante** (« marché intermédiaire ») est celui sur lequel les éditeurs cèdent les chaînes qu'ils ont constituées, sur la base des contenus acquis sur le marché primaire, aux **distributeurs<sup>6</sup>** (« détaillants ») afin que ces derniers les commercialisent auprès du grand public, soit individuellement, soit, le plus souvent, sous la forme de « bouquets » de chaînes. Le groupe Canal+ y constitue un acteur majeur : outre la distribution des chaînes qu'il édite (*Canal+* et ses déclinaisons, *Télétoon*, *Jimmy*, *Planète*, *Sport+*, *Infosport...*), l'entreprise a tissé un réseau d'exclusivités très étendu avec des éditeurs tiers (*CanalJ*, *MCM*, *Tiji*, *Mezzo*, *Eurosport*, *LCI*, *Odyssée*, *Série Club*, *TF6*, *MTV* et ses déclinaisons, chaînes Disney, *13<sup>ème</sup> Rue...*), ce qui lui permet de proposer des bouquets très attractifs.

3/ Le **marché de détail de la télévision payante** (« marché aval ») est celui sur lequel les distributeurs commercialisent les « bouquets » de chaînes auprès de leurs abonnés, soit en assurant eux-mêmes le transport des contenus sur tout ou partie des plates-formes disponibles (CanalSatellite, câblo-opérateurs<sup>7</sup>, fournisseurs d'accès à Internet pour les bouquets « propriétaires » qu'ils constituent eux-mêmes en tant que distributeurs), soit en contractant avec les entreprises gestionnaires des infrastructures de transport du signal, comme CanalSat sur ADSL. Dans ce dernier cas, le distributeur conserve la relation commerciale avec l'abonné, à qui il fournit l'équipement nécessaire (décodeur...) et dont il perçoit les redevances, et rémunère le transporteur pour la prestation technique qu'il fournit : on parle alors d'**auto-distribution**, modèle pratiqué par Canal+, qui ne réserve pas aux seuls abonnés à sa plate-forme satellitaire l'accès à ses bouquets, mais la propose également sur l'ADSL.

---

<sup>4</sup> Canal+ est également présent dans la production cinématographique à travers la société Studio Canal.

<sup>5</sup> La production à venir des studios fait l'objet de contrats-cadres d'exclusivité, dénommés « output deals », qui portent sur les droits de diffusion en première fenêtre et deuxième fenêtre payante, et en paiement à la séance, d'une durée de cinq ans en général. Sont vendus dans le même temps des droits de diffusion portant sur 100 à 200 titres en catalogue des studios.

<sup>6</sup> L'article 2-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 définit les distributeurs de services comme « toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques ».

<sup>7</sup> Le câblo-opérateur principal, Numéricable, dispose d'un accès privilégié aux chaînes thématiques, qu'il commercialise dans une offre exclusivement télévisuelle ou une offre *triple-play*.

La part de Canal+ sur ce marché s'élèverait à plus de 65 % en nombre d'abonnements (10,6 millions d'abonnés fin 2008, répartis à part égale entre l'offre Canal+ Le Bouquet et l'offre CanalSat) et à environ 80 % en valeur, ce qui place l'entreprise en position dominante.

### *La place des exclusivités dans le secteur de la télévision payante*

La position prépondérante de Canal+, et, d'une manière générale, l'économie du secteur de la télévision payante, reposent très largement sur des contrats d'exclusivité de fourniture en cascade :

- **Sur le marché amont, l'exclusivité (dite « exclusivité d'édition ») est la règle** : de fait, il est extrêmement rare qu'un même programme soit diffusé simultanément sur deux chaînes distinctes. Il importe en effet que les chaînes puissent se distinguer par l'intégration de « contenus identitaires », qui sont en général ceux qui présentent la plus forte valeur ajoutée. En contrepartie, un programme donné sera « captif » d'une chaîne déterminée, mais cet effet peut être atténué par la diffusion non linéaire. Par ailleurs, la prime d'exclusivité versée par les éditeurs aux ayants droit constitue un élément décisif de l'économie de la création<sup>8</sup>. Enfin, le coût des contenus les plus attractifs ne permet pas aisément à un opérateur unique d'assécher l'alimentation de ses concurrents. Cette exclusivité, consubstantielle au secteur de la télévision payante, ne soulève donc pas, en pratique, de difficulté majeure, tant que les éditeurs les plus puissants, parfois adossés à une activité de distribution, ne préemptent pas une part excessive des contenus au détriment des autres éditeurs aux capacités financières parfois bien moindres<sup>9</sup>, et que ces exclusivités restent d'une durée raisonnable (4 ans pour les droits de la Ligue 1 par exemple).
- **L'exclusivité sur le marché de gros (dite ici « exclusivité de distribution ») est relativement fréquente** dans la mesure où elle permet au distributeur de différencier son offre de bouquets de celle de ses concurrents, en particulier lorsqu'elle porte sur des chaînes « marqueurs » dont le contenu est peu ou pas substituable. Elle présente toutefois l'inconvénient de rigidifier l'offre de contenus puisque l'accès à une chaîne déterminée supposera de s'abonner au seul bouquet qui la contient. Elle peut aussi constituer une barrière à l'entrée sur le marché de la distribution, les nouveaux entrants ne pouvant en général acquitter la prime d'exclusivité que consent l'opérateur dominant aux chaînes qu'il distribue, les obligeant à confectionner des bouquets de second ordre. Pour ces raisons, Canal+, qui a tissé un réseau d'exclusivité très étendu en réaction à l'arrivée des FAI sur le marché de gros, est soumis, dans le cadre des engagements souscrits à l'occasion de la fusion Canal+ / TPS et jusqu'en 2012<sup>10</sup>, à une obligation de mise à disposition de sept de ses chaînes (TPS Star...) et à une obligation d'auto-distribution sur l'ensemble des plates-formes ADSL dans des conditions non discriminatoires par rapport à celles consenties à SFR.

---

<sup>8</sup> V. sur ce point la décision du Conseil de la concurrence du 12 mars 1997 (Canal Plus / TPS, 06/1997, III, p. 80), qui montre que les producteurs de films ont pu réaliser des gains importants grâce à l'exclusivité qu'ils ont accordée à Canal+ pour diffuser les œuvres de manière anticipée.

<sup>9</sup> Le conflit de répartition dépasse d'ailleurs le secteur de la télévision payante et interroge la ligne de partage entre ce dernier et la télévision à accès libre.

<sup>10</sup> Les engagements relatifs à la VoD et au dégroupage des chaînes expirent mi-2012, les autres engagements mi-2013.

Face à cette situation, les fournisseurs d'accès à Internet ont adopté des stratégies différentes. La plupart d'entre eux, en particulier Free et la société SFR – Neuf Cegetel, se sont concentrés sur leur rôle de « transporteur », en particulier des offres de Canal+ (CanalSat par ADSL et Canal+ Le Bouquet) et d'AB, limitant leur activité de distribution à une offre de base composée de chaînes gratuites et à des options payantes portant sur des chaînes à faible audience. Leur investissement dans les contenus, assorti de la diffusion exclusive à leurs abonnés *triple-play*, est resté circonscrit à des événements ponctuels à grande audience (concerts...), de type promotionnel, sans incidence sur les positions du groupe Canal+. SFR a toutefois lancé en septembre 2009 la chaîne *SFR Music* réservée à ses abonnés.

La société Orange a, quant à elle, manifesté la volonté de concurrencer Canal+ sur le marché primaire et le marché de gros de la télévision payante, en remontant dans la chaîne de valeur. Elle a ainsi acquis, en février 2008, trois des neuf lots commercialisés par la LFP, en particulier la principale affiche du samedi soir, à un prix de 203 millions d'euros par an, ce qui lui permet de peser environ 18 % dans le marché de l'acquisition des droits sportifs. Outre la création de Studio 37, elle a par ailleurs conclu des « output deals » avec deux majors américaines (Warner et MGM)<sup>11</sup>. Ces acquisitions lui ont permis d'éditer plusieurs chaînes incluses dans deux bouquets distincts, *Orange Sport* et *Orange Cinéma Séries*, ce qui lui permet de représenter aujourd'hui une part de marché d'un peu moins de 15 % sur le marché de gros.

Plutôt que de commercialiser ses bouquets sur l'ensemble des plates-formes disponibles, notamment auprès des clients des FAI concurrents, Orange a en outre choisi de pratiquer une **exclusivité de transport et d'accès**, en réservant leur distribution aux seuls abonnés de son offre « *triple play* » (Internet, téléphone et télévision), dans le cadre d'une option proposée au prix mensuel de 6 € pour *Orange Sport* et 12 € pour *Orange Cinéma Séries*. Ce choix explique en partie le nombre limité d'abonnés (entre 300 et 350 000 pour chaque offre à la fin 2009), donc de l'audience des chaînes de ces bouquets, ce qui ne permet pas de regarder Orange, à ce stade, comme un acteur significatif sur le marché de la distribution de la télévision payante.

Cette exclusivité de transport, dont l'effectivité suppose en amont une exclusivité de distribution (on parle donc parfois de « double exclusivité » voire, en y incluant l'exclusivité d'édition, de « triple exclusivité »), présente l'inconvénient d'appauvrir l'éventail de choix des consommateurs puisque les abonnés des fournisseurs d'accès alternatifs ne peuvent pas, techniquement, accéder aux contenus proposés en exclusivité par Orange. Elle est aussi susceptible d'induire des distorsions de concurrence sur le marché du haut débit et du très haut débit. C'est la raison pour laquelle, conformément à l'action n° 37 du Plan de développement numérique « France Numérique 2012 » du 20 octobre 2008, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur les relations d'exclusivité entre les activités de fournisseurs d'accès à Internet et de distribution de contenus et de services audiovisuels.

---

<sup>11</sup> C'est probablement à la faveur de la limitation à 3 ans de la durée des « output deals » susceptibles d'être conclus par Canal+ avec les studios américains, dans le cadre des engagements pris lors de la fusion avec TPS, qu'Orange a pu conclure ces accords, qui sont en général d'une durée de 5 ans.

## *L'avis de l'Autorité de la concurrence*

Par son avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009, l'Autorité de la concurrence a estimé qu'une plus grande ouverture du marché de gros de la télévision payante était souhaitable, mais que l'exclusivité de transport et d'accès aux contenus audiovisuels que pratique Orange ne constituait pas la réponse adéquate à cette situation. Elle a considéré que la pénétration des distributeurs sur ce marché dominé par Canal+ requerrait un encadrement plus étroit des exclusivités de distribution, alors que les engagements pris par Canal+ dans le cadre de la fusion avec TPS expirent en 2012-2013. Afin d'assurer une plus grande visibilité aux acteurs concernés, notamment dans la perspective du déploiement de la fibre optique, l'Autorité a donc souhaité que le législateur fixe sans tarder « des règles du jeu claires » (pt. 179) qui consisteraient :

- **d'une part, à interdire qu'un fournisseur d'accès à Internet puisse bénéficier d'une exclusivité de transport de services audiovisuels lui permettant d'en réserver l'accès à ses abonnés. Par exception, les services innovants, sur le plan technologique ou commercial, pourraient faire l'objet d'une telle exclusivité pour une durée d'un à deux ans.**
- **d'autre part, à assurer, en amont, une véritable régulation *ex ante* du marché de gros des chaînes de télévision payante, notamment dans le domaine du sport et du cinéma, afin de favoriser la pénétration de nouveaux distributeurs sur ce marché.**

## *Objet de la mission et présentation du rapport*

Par lettre de mission en date du 6 octobre 2009 (*Annexe 1*), vous avez souhaité que la réflexion soit poursuivie sur les implications de ces propositions et que soit évaluée la nécessité de fixer un cadre juridique propre à la matière. Tel est l'objet du présent rapport.

Conformément aux termes de cette lettre, la question de l'exclusivité sur le marché primaire a été placée en-dehors du champ de réflexion de la mission. Par ailleurs, en dépit de l'interdépendance des marchés en cause et de l'équilibre que les propositions de l'Autorité visent clairement à ménager entre les intérêts commerciaux en présence, la mission a estimé qu'il convenait de traiter de manière distincte l'exclusivité de transport, d'une part, et l'exclusivité de distribution, d'autre part. Ainsi qu'il sera exposé plus avant dans le rapport, si la faible ouverture du marché de gros incite les nouveaux entrants à investir le marché de l'édition pour préempter des contenus et à s'en réserver la distribution, elle ne conduit pas nécessairement à accorder à un opérateur de réseaux (ou à s'auto-accorder s'il s'agit d'un opérateur verticalement intégré) une exclusivité de transport de ces contenus. Si l'on fait abstraction de la confusion qui peut régner, chez certaines personnes rencontrées, entre les différents marchés concernés, les auditions ont ainsi mis en évidence l'étanchéité logique des deux problématiques. Orange a d'ailleurs indiqué qu'elle n'entendait pas abandonner sa stratégie d'exclusivité de transport si le marché de gros s'ouvrait. Ces deux questions seront donc traitées successivement dans le présent rapport.

Les éléments collectés par la mission dans le cadre de l'audition des acteurs concernés (*Annexe 2*) témoignent d'**une assez forte convergence des parties prenantes sur les constats auxquels a procédé l'Autorité**, notamment quant aux interrogations que soulève le modèle développé par Orange et quant

à la nécessité d'insuffler une plus grande concurrence dans le secteur de la télévision payante, sans porter préjudice, en amont, à l'économie de la création et du sport et, en aval, à la dynamique concurrentielle à l'œuvre sur les marchés du haut débit et du très haut débit. Ils révèlent en revanche une **très faible adhésion à l'idée de recourir à la loi** pour encadrer les exclusivités de transport, et, dans une moindre mesure, les exclusivités de distribution.

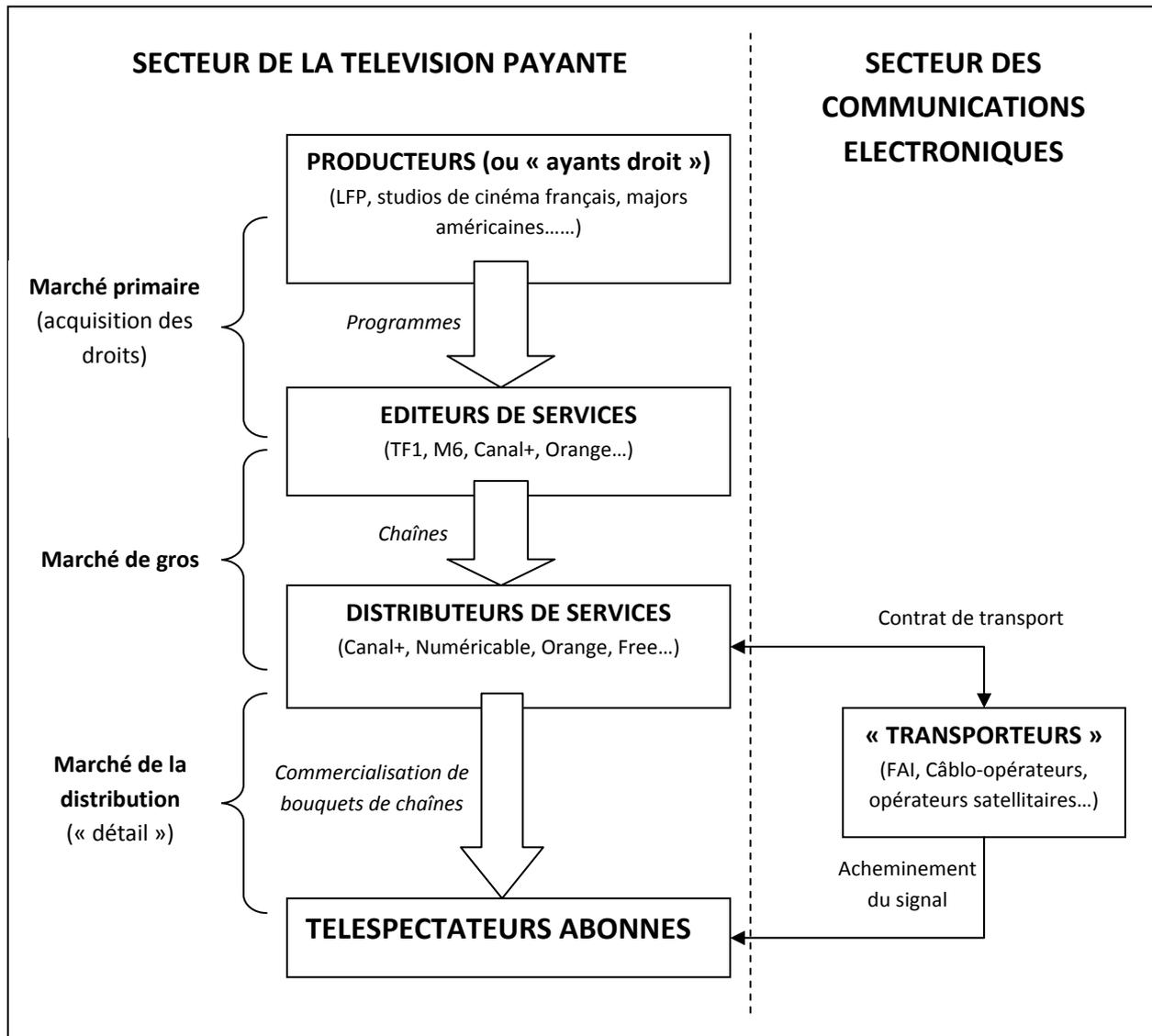
S'agissant de l'exclusivité de transport, la mission a estimé qu'une intervention du législateur, sans être indispensable, serait justifiée. Elle se heurterait certes à plusieurs obstacles, mais aucun d'eux ne lui est apparu dirimant. Compte tenu des difficultés que soulève la rédaction d'un projet de loi encadrant l'exclusivité de transport dans le sens prescrit par l'Autorité de la concurrence, la mission s'est toutefois orientée vers l'idée d'une législation de nature procédurale consistant à mettre sous surveillance ces pratiques d'exclusivité de transport là où elles se déploient (I).

Parallèlement, et conformément aux souhaits de l'Autorité, la mission a estimé nécessaire de mettre en place une véritable régulation *ex ante* du marché de gros de la télévision payante, afin d'y insuffler une concurrence effective, en tenant compte des écueils mis en évidence par les acteurs auditionnés (II).

\*\*\*

## SCHEMA SIMPLIFIE

### DE LA CHAÎNE DE VALEUR DE LA TELEVISION PAYANTE



# 1. L'exclusivité de transport des contenus audiovisuels

## 1.1. *L'hostilité de l'Autorité de la concurrence à l'égard de cette pratique est partagée par la majorité des acteurs auditionnés*

L'exclusivité de transport des contenus audiovisuels consenti par un distributeur auprès d'un opérateur de réseaux (ou pratiqué par ce dernier s'il a choisi de s'intégrer verticalement) a pour conséquence directe que les consommateurs qui souhaitent y accéder doivent nécessairement s'abonner auprès de cet opérateur, sauf à se doter d'une ligne téléphonique supplémentaire, ce qui n'apparaît pas concevable, pour des raisons autant techniques et financières. De surcroît, lorsque l'accès aux contenus est subordonné à la souscription d'une offre multiservices, ce dédoublement de ligne conduirait le consommateur à payer deux fois pour les prestations de téléphonie et d'Internet.

Alors que l'intégration verticale entre les contenus et les réseaux est devenue chose courante<sup>12</sup>, la stratégie d'exclusivité de transport pratiquée par Orange ne semble pas avoir d'équivalent dans les Etats occidentaux voire dans le monde. Elle a été critiquée par la quasi-totalité des interlocuteurs de la mission, à l'exception d'Orange, évidemment, et de la LFP, qui craint que l'entreprise, faute de pouvoir développer ce modèle, renonce à soumissionner au prochain appel d'offres prévu en 2011 (ce qui entraînerait vraisemblablement une baisse des revenus tirés de la commercialisation des droits de l'ordre de 30 %, comme l'avait annoncé Canal+ au moment de la fusion avec TPS). Les éditeurs autres que Canal+, qu'il s'agisse de TF1, M6, AB ou encore de l'association ACCES (Association des chaînes conventionnées éditrices de services), se montrent toutefois mesurés dans leurs propos à l'égard d'une stratégie qui ne leur est pas directement préjudiciable mais dont ils interrogent la pertinence.

### 1.1.1. Analyse des ressorts de l'exclusivité de transport

Les motivations qui sous-tendent le recours à l'exclusivité de transport sont diffuses.

Certaines d'entre elles ne sont clairement pas de nature à justifier son adoption. L'exclusivité de transport et d'accès est ainsi présentée par Orange comme une réponse à l'impossibilité dans laquelle se trouveraient les opérateurs alternatifs de disposer de chaînes de qualité sur le marché de gros de la télévision payante, en raison du réseau d'exclusivité tissé par Canal+. Par ailleurs, Orange indique que la maîtrise du flux linéaire lui est nécessaire pour développer des services associés à forte valeur ajoutée, notamment les services interactifs pour lesquels elle jouirait d'une certaine avance technologique.

Mais si ces deux arguments justifient l'acquisition de droits, l'édition de chaînes et, le cas échéant, la distribution exclusive de ces dernières par l'opérateur, ils n'impliquent nullement, par eux-mêmes, que ce dernier réserve à ses seuls abonnés *triple play* l'accès à ces chaînes et aux services qu'il produit. Economiquement, **il est au contraire plus rationnel pour l'opérateur d'amortir les investissements consentis sur la base d'abonnés la plus large possible**. Ce résultat ne peut être atteint que par l'auto-

---

<sup>12</sup> En Belgique, Belgacom a acquis les droits de diffusion de la 1<sup>ère</sup> division de football belge. Arena, filiale du câblo-opérateur allemand Unity Media, a obtenu les droits de diffusion de la Bundesliga. Sky s'est lancé sur le marché du haut débit avec le rachat d'EasyNet.

distribution sur l'ensemble des plates-formes disponibles<sup>13</sup>, comme le pratique Canal+, ou, à tout le moins sur le réseau ADSL, qui apparaît aujourd'hui comme le plus dynamique. Cette pratique permet en outre de conforter **l'image de marque** du distributeur, puisque l'offre est commercialisée sous son nom, quel qu'en soit le transporteur.

**Aux yeux de la mission, le recours à l'exclusivité de transport et d'accès ne trouve donc pas d'explication convaincante dans la relative fermeture du marché de gros de la télévision payante sous l'effet des exclusivités de distribution pratiquées par Canal+.**

Quatre considérations paraissent la justifier plus sûrement :

- La nécessité de fiabiliser les services interactifs et de « tester le marché » en proposant des contenus audiovisuels innovants à ses propres abonnés, dans la perspective d'une ouverture à l'ensemble des abonnés ADSL. Outre qu'elle induit des coûts de transaction, l'auto-distribution placerait Orange en concurrence frontale avec Canal+, concurrence à laquelle l'entreprise ne pourrait résister qu'au prix d'importants efforts et de lourdes dépenses publicitaires. A l'inverse, l'exclusivité de transport lui permet de déployer son activité sans être réellement inquiété par Canal+.
- Le souci d'éviter une forme de parasitisme et de dégradation de la qualité de l'offre, dans la mesure où Orange peut craindre, si elle auto-distribue les contenus audiovisuels de base qu'elle a acquis sans avoir pu développer de manière suffisante des services associés, que nombre de consommateurs se satisferont des premiers auprès de leur opérateur actuel. Les contenus premium constituent en effet un produit d'appel pour la consommation de services associés, laquelle nécessite un apprentissage par les consommateurs, donc un besoin d'exclusivité pour l'opérateur.
- Le souhait d'Orange de « convertir » ses propres abonnés ADSL (soit environ 8,7 millions) à son offre *triple-play* et, de là, à son offre de télévision payante, pour maximiser son ARPU (*Average Revenue per User*)<sup>14</sup>, sans accroître celui de ses concurrents. On constate en effet que son ratio nombre d'abonnés *triple-play* / nombre total d'abonnés est sensiblement plus faible que celui de ses concurrents, notamment Free, Bouygues et, dans une moindre mesure, SFR.
- La volonté d'attirer les abonnés d'autres fournisseurs d'accès à Internet ou de fidéliser ses propres clients, dans un marché dit de « *churn* » (ou de migration) où les nouveaux clients ADSL sont rares. Comme l'indique le CSA dans son avis du 17 mars 2009, « *l'offre de contenus apparaît comme l'élément premier de la différenciation des offres multiservices* »<sup>15</sup> : la régulation du marché des télécommunications a entraîné un certain nivellement des offres autour de 30 € par mois pour une qualité globalement homogène. Il n'est donc pas illégitime,

---

<sup>13</sup> Contrairement à ce qu'indique Orange, l'Autorité de la concurrence ne l'a donc nullement encouragée, par son avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus, à pratiquer une telle exclusivité, en saluant sa stratégie d'intégration verticale. Mais il est vrai que l'auto-distribution constitue une forme de « désintégration verticale », puisqu'elle consiste à séparer plus nettement l'activité de distributeur et celle de transporteur.

<sup>14</sup> Chiffre d'affaires moyen par client.

<sup>15</sup> Orange estime que 40 % de ses nouveaux clients choisissent de s'abonner en raison de la télévision.

pour les FAI, de chercher à se démarquer par une offre de contenus de qualité. Sans exclusivité, cette diversité est nécessairement moins forte, dans la mesure où les FAI chercheront à diffuser prioritairement les contenus les plus « grand public ». S'agissant d'Orange, la commercialisation de contenus premium constitue également un moyen de justifier, aux yeux du public, des tarifs légèrement supérieurs à ceux de ses concurrents, qui résultent en réalité des contraintes tarifaires qu'elle s'impose pour ne pas encourir le grief d'« effet de ciseau » par l'ARCEP.

Ce dernier objectif, affiché par le groupe France Telecom vis-à-vis de ses actionnaires, n'est pas clairement assumé par l'entreprise à l'égard des autorités publiques. Il constitue pourtant, à n'en pas douter, le mobile principal de sa stratégie, dès lors que les ressources tirées par Orange des chaînes qu'elle édite sont sans commune mesure avec les investissements qu'elle a consentis. A la mi-novembre 2009, le nombre d'abonnés à *Orange Cinéma Séries* n'excédait pas 325 000, ceux d'*Orange Sport* 300 000 (contre respectivement 263 000 et 130 000 en juin 2009). L'absence de rationalité économique propre sous-tendant l'exclusivité de transport, que les trois premiers motifs précédemment énoncés ne suffisent pas à restaurer, conduit nécessairement à la conclusion qu'Orange entend, pour l'heure, se servir de la télévision payante pour renforcer sa position sur le marché du haut débit plutôt que constituer un acteur à part entière du secteur de la télévision payante, en concurrençant frontalement Canal+ sur le double terrain de l'édition et de la distribution.

Par eux-mêmes, ces différents motifs ne sont certes pas condamnables. **Mais la stratégie d'Orange comporte nombre d'inconvénients, à court, moyen et long termes, qui ne rendent pas son maintien souhaitable.**

#### 1.1.2. Des inconvénients nombreux qui plaident en faveur d'un cantonnement de cette pratique

L'exclusivité d'accès a pour effet immédiat de rigidifier la structure d'offre de contenus et de réduire l'éventail des chaînes et des programmes auxquels un consommateur peut avoir accès. Elle constitue, dans une certaine mesure, une forme de « gel » des droits audiovisuels, potentiellement préjudiciable aux chaînes (et aux ayants droit eux-mêmes), puisqu'elle en restreint artificiellement le public, donc le niveau d'exposition<sup>16</sup>. Il peut en résulter une dégradation de leur qualité, sous l'effet conjugué de la baisse des recettes publicitaires<sup>17</sup> et, de manière plus hypothétique et indirecte, de la défection des téléspectateurs à l'égard du médium « télévision » compte tenu du morcellement des programmes<sup>18</sup>. En outre, s'agissant du cas particulier d'Orange, sa position puissante la contraint, sous l'effet de la régulation de l'ARCEP, à proposer son offre *triple play* à un niveau sensiblement plus élevé que celui de ses concurrents (de l'ordre de 10 €), de sorte que le consommateur qui souhaite absolument accéder à *Orange Sport* ou *Orange Cinéma Séries* doit acquitter un supplément de prix au titre de l'offre multiservices, indépendant de son choix d'accéder aux contenus.

---

<sup>16</sup> Certains clubs de football se sont émus de la faible diffusion des matchs de leur équipe, mais il semble qu'il existe globalement un consensus entre eux et la LFP pour privilégier les revenus tirés de l'exploitation des droits sur l'exposition des matchs (ce qui est le cas au Royaume-Uni, où seuls 4 des 10 matchs de Premier League sont commercialisés).

<sup>17</sup> Notons toutefois que, en sus des effets conjoncturels de la crise économique, les chaînes de la télévision payante sont et seront vraisemblablement de moins en moins alimentées par des recettes publicitaires, l'essentiel de ces dernières étant captées par les chaînes de la TNT gratuite.

<sup>18</sup> V. sur ce point, pour la ligue 1 de football, J. Pillot, *La valeur marchande du produit « Ligue 1 » risque-t-elle de se déprécier*, Revue Lamy Droit de l'immatériel, avril 2009, n° 48, p. 46.

Cette forme d'exclusivité, qui réduit la fluidité du marché des contenus audiovisuels, peut également constituer une **incitation supplémentaire au téléchargement illégal** ou au visionnage pirate des programmes (par le procédé du « *streaming* »), qui est le seul moyen à la disposition des abonnés des autres FAI pour accéder aux programmes diffusés sur les bouquets d'Orange.

Surtout, à moyen et long terme, deux scénarios alternatifs, porteurs de conséquences potentiellement dommageables, sont envisageables :

- Dans le cas où la société Orange continuerait seule à la pratiquer, le cas échéant en en étendant la portée, cette exclusivité pourrait être de nature à engendrer des distorsions de concurrence sur le marché distinct du haut débit et du très haut débit. A mesure qu'Orange acquerrait des contenus premium et que la consommation télévisuelle par l'ADSL se développerait, le risque d'une rétention massive de ses clients et d'une migration des abonnés des fournisseurs d'accès à Internet alternatifs vers l'offre *triple-play* de cette société croîtrait. Cette stratégie s'apparenterait à celle de l'effet de levier, jouant de manière inversée<sup>19</sup>. **L'entreprise se sert de sa position émergente sur le marché de l'édition et le marché de gros de la télévision payante, et plus précisément de l'acquisition de « contenus essentiels » à la constitution d'une offre économiquement viable, pour renforcer sa position sur celui de l'accès** (haut débit et très haut débit).

On peut légitimement craindre, compte tenu de la position déjà forte d'Orange, que cette stratégie ne mette à mal les efforts fournis depuis plusieurs années – avec succès – par l'ARCEP et l'Autorité de la concurrence pour y insuffler une réelle dynamique concurrentielle. Orange pourrait, en profitant de sa puissance financière, envisager d'investir massivement dans certains contenus premium (par exemple, acquérir l'intégralité des droits de la ligue 1) pour asphyxier les FAI concurrents. **Ce risque ne crée pas un climat propice à l'investissement dans les réseaux à très haut débit.** On peut même imaginer, à l'avenir, qu'Orange lie son offre de bouquets de télévision à la souscription d'une offre *quadruple play*, si la diffusion audiovisuelle par mobile se développait de manière significative.

- Dans l'hypothèse où les fournisseurs d'accès concurrents d'Orange se lanceraient eux-mêmes dans une telle stratégie, pour contrecarrer l'initiative d'Orange et prévenir l'apparition de la situation décrite ci-dessus, on assisterait mécaniquement à l'émergence d'une concurrence en « silos » ou en « tuyaux d'orgue », où le choix de l'opérateur de réseau conditionnerait l'ensemble des programmes auquel le téléspectateur pourrait avoir accès via l'ADSL, et bientôt la fibre optique (modulo les chaînes gratuites). Si ce modèle pourrait inciter chaque FAI à investir davantage dans les contenus sur un plan qualitatif, et donc dynamiser le marché de l'édition voire celui de l'acquisition des droits, il est vraisemblable qu'il se traduirait par un appauvrissement considérable de l'offre audiovisuelle, en raison de la réduction de l'éventail des choix pour le consommateur (idée d'« écosystème fermé » avancée par l'Autorité). Il en

---

<sup>19</sup> En principe, il y a effet de levier lorsqu'un acteur se sert de sa position dominante sur un marché amont pour renforcer sa position prééminente sur un marché aval (V. les lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques).

irait tout particulièrement ainsi si cette structuration verticale suivait une logique thématique (silo « sport », silo « cinéma », silo « séries »...).

Cette structuration du marché rendrait difficile une intervention de l'Autorité de la concurrence, en l'absence de position dominante d'un acteur. Elle pourrait éventuellement être appréhendée sous l'angle du droit des ententes et, surtout, par le droit des concentrations : il est assez probable en effet, compte tenu de la nécessité d'amortir les coûts d'acquisition des droits (qui augmenteraient sous l'effet de la surenchère que se livreraient les acteurs) et d'édition des chaînes sur la base d'abonnés la plus large, que les opérateurs se regrouperaient. On assisterait alors à la formation d'un duopole (France Telecom / Vivendi) voire d'un quasi-monopole, avec les conséquences négatives qui l'accompagnent traditionnellement<sup>20</sup>. Les interventions de l'Autorité resteraient nécessairement ponctuelles et ne permettraient probablement pas de combattre l'apparition de ces silos.

**Il n'est donc pas souhaitable qu'Orange poursuive dans cette stratégie qui, pour l'entreprise, repose sur une équation économique problématique, pour le consommateur, cloisonne excessivement l'accès aux contenus et pour le développement du marché du haut et du très haut débit, comporte des risques concurrentiels.**

L'auto-distribution semble au contraire le mode naturel d'exploitation des contenus audiovisuels. Elle ne se heurte à aucun obstacle dirimant, notamment sur le plan technique. En outre, cette stratégie n'implique nullement que les bases d'abonnés des fournisseurs d'accès à Internet soient mises à la disposition du distributeur. Orange, comme Canal+ aujourd'hui, n'aurait pas accès à ces informations (la publicité s'effectue principalement par voie de diffusion dans les médias), mais pourrait seulement identifier ceux de ses clients qui ne sont pas abonnés à l'offre *triple play* d'Orange.

### ***1.2. Le remède et la méthode proposés par l'Autorité de la concurrence ne font pas consensus***

Il est pour le moins inhabituel, pour ne pas dire exceptionnel, que l'Autorité de la concurrence en appelle à l'intervention du législateur. Ce choix s'explique aisément pour la régulation *ex ante* (V. *infra*), qui ne peut être mise en place et confiée à une autorité administrative que par la loi. Ce renvoi apparaît en revanche plus étonnant s'agissant de l'encadrement de l'exclusivité de transport :

- d'une part, tant la doctrine de l'Autorité – qu'elle rappelle dans son avis du 7 juillet 2009 – que les jurisprudences nationale et communautaire sont en ce sens que les exclusivités, dont les effets concurrentiels sont complexes, ne doivent pas être prohibées *per se* mais doivent être analysées et traitées au cas par cas<sup>21</sup>, ce qui se concilie mal avec l'édition d'une loi interdisant le recours aux exclusivités sauf exception, surtout dans un domaine aussi mouvant.
- d'autre part, l'Autorité est actuellement saisie de procédures contentieuses dont l'une, initiée par Canal+ et SFR, porte précisément sur la licéité de la « double exclusivité » sur les chaînes

<sup>20</sup> Aux Etats-Unis, le coût cumulé d'un abonnement triple play et d'un bouquet premium avoisine 100 \$.

<sup>21</sup> « En pratique, la force des mécanismes d'éviction est fonction des caractéristiques particulières des contrats de l'environnement concurrentiel. C'est pourquoi le Conseil apprécie leur effet au cas par cas » (Conseil de la concurrence, étude thématique « Exclusivité et contrat de long terme », rapport annuel 2007).

*Orange Sport et Orange Cinéma Séries* et devrait donner lieu à une décision d'ici la fin du premier semestre 2010.

De fait, la plupart des acteurs auditionnés se sont montrés réservés ou réticents, sinon hostiles à l'adoption d'une loi sur l'exclusivité de transport et d'accès. Si l'on met à part l'idée – isolée et à contre-courant de l'avis de l'Autorité - d'une loi sécurisant ce type d'exclusivité (au profit d'Orange, en l'espèce), issue du secrétariat d'Etat aux sports (et, à titre subsidiaire, de la LFP<sup>22</sup>), seules l'association de consommateurs UFC Que choisir ? et l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunication (AFORST), qui regroupent les « opérateurs alternatifs »<sup>23</sup>, ont réellement plaidé en faveur d'un encadrement législatif de cette forme d'exclusivité. Dans l'ensemble, la doctrine s'est également montrée sceptique<sup>24</sup>.

**Le bilan coûts – avantages du recours à la loi auquel la mission a procédé aboutit effectivement à un résultat équilibré.**

### 1.2.1. Les avantages de la loi

Outre la prévention des risques et la limitation – sinon la suppression - des inconvénients inhérents à cette forme d'exclusivité, qui viennent d'être rappelés, le recours à la loi présenterait, en l'espèce, un certain nombre d'avantages :

- La loi fixerait des **règles du jeu intangibles**, autour desquelles les stratégies des opérateurs se structureraient. En première analyse, elle permettrait de faire l'économie des délais et de l'incertitude inhérents à la procédure contentieuse. Cette sécurisation juridique serait favorable aux investissements, en particulier dans la fibre optique. Elle éviterait que les marchés de l'audiovisuel et des communications électroniques se structurent verticalement, par les contenus.
- L'élaboration d'un projet de loi permettrait au Gouvernement de **prendre la main et de se prémunir contre une initiative parlementaire impromptue**, le cas échéant inspirée par l'un des acteurs en présence, de la nature de celles qui ont été repoussées lors des discussions sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision (après avoir été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale) et la proposition de loi Pintat relative à la lutte contre la fracture numérique.
- L'année 2010 constitue une fenêtre de tir intéressante pour l'adoption d'une loi en la matière. Celle-ci pourrait tirer les conséquences des décisions contentieuses de l'Autorité de la

---

<sup>22</sup> Après avoir plaidé fermement en faveur d'une loi protégeant l'exclusivité de transport (V. les courriers du 4 août 2009 du Président de la ligue au Premier ministre, au Président de la République et au Président de la commission des affaires culturelles du Sénat), la ligue n'en fait désormais qu'une solution de repli, craignant que le débat parlementaire ne se traduise par une remise en cause du principe de la commercialisation mutualisée des droits audiovisuels du football.

<sup>23</sup> Il convient toutefois d'indiquer que Vivendi, actionnaire principal de SFR, n'y est pas favorable, pas plus qu'Iliad (Free).

<sup>24</sup> V. notamment J-P. Feldman, *Carton Orange pour l'Autorité de la concurrence ! Sur l'avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009*, Recueil Dalloz 2009, p. 2114 ; D. Bosco, *Requiem pour l'exclusivité d'accès aux contenus audiovisuels des FAI ?*, Jcl Contrats concurrence consommation n° 8, août 2009, comm. 229.

concurrence. Elle précéderait la procédure d'appel d'offres de la LFP pour l'attribution des droits de diffusion de la ligue 1, que la ligue entend achever suffisamment longtemps avant l'expiration des contrats, afin de fournir aux acteurs une visibilité suffisante<sup>25</sup>. Et, si elle comportait par ailleurs un volet consacré à la régulation du marché de gros (*V. infra*), une telle loi permettrait à l'autorité investie de cette mission de se doter des moyens nécessaires et d'être pleinement opérationnelle à l'expiration des engagements souscrits par Canal+, soit en 2012-2013.

### 1.2.2. Les objections de portée générale à une intervention législative

Elles sont nombreuses et reflètent la diversité des préoccupations des acteurs en présence. Elles sont toutefois d'inégale portée.

#### 1.2.2.1 *L'absence d'effet anti-concurrentiel significatif constaté de la stratégie d'Orange et la capacité de l'Autorité de la concurrence à y remédier*

La stratégie d'Orange ne semble pas, pour l'heure, avoir eu d'effet significatif sur le marché du haut débit, ce qui peut notamment s'expliquer par le fait que les consommateurs choisissent essentiellement leur FAI en fonction du prix de l'offre *triple play*. Au contraire, la part d'Orange dans les flux d'abonnements suit plutôt une tendance baissière, dont il résulte une érosion de son parc d'abonnés.

Une certaine prudence s'impose cependant dans l'analyse de ces données :

- Orange a dû suspendre temporairement son offre à la suite de la décision du tribunal de commerce de Paris du 23 février 2009, annulée par la cour d'appel de Paris le 14 mai 2009.
- La durée des abonnements auprès des FAI alternatifs est en général d'un an, et les coûts de désabonnement anticipés sont élevés, de sorte qu'une migration massive et rapide d'abonnés n'est guère concevable.
- Les effets sont d'autant plus limités qu'Orange n'a acquis qu'une part modeste des contenus premium, notamment de football. A cet égard, le bouquet *Orange Sport* totalise moins d'abonnés que le bouquet *Orange Cinéma Séries*.

Reste qu'en l'état des données disponibles, il paraît difficile de justifier le recours à la loi par les distorsions de concurrence dont serait porteuse la « double exclusivité » sur le marché du haut débit. De surcroît – et plusieurs acteurs auditionnés l'ont soutenu – il n'est pas exclu qu'en l'absence d'effet significatif sur ce marché, Orange mette fin à sa stratégie, soit en auto-distribuant les contenus qu'il édite ou dont il acquiert la maîtrise en exclusivité, soit en se retirant purement et simplement du secteur de la télévision payante et en se limitant à un rôle de transporteur. Orange pourrait ainsi

---

<sup>25</sup> Les appels d'offres en matière de football sont souvent lancés un à deux ans avant l'expiration des contrats en cours. En l'espèce, la LFP envisage d'achever la procédure mi-2011 pour les droits 2012-2016.

évoluer naturellement vers un modèle d'auto-distribution<sup>26</sup>. Il convient toutefois de rappeler que l'assise financière d'Orange, en l'absence de séparation fonctionnelle avec France Telecom, lui permettrait de se maintenir longtemps sur ce secteur en dépit d'une très faible rentabilité de son activité « contenus ».

En tout état de cause, l'Autorité de la concurrence dispose d'ores et déjà de prérogatives étendues qui paraissent de nature à obvier, dans nombre de cas, aux conséquences dommageables de l'exclusivité de transport, y compris lorsqu'une réaction urgente est nécessaire. L'article L. 464-1 du code de commerce prévoit ainsi la possibilité pour le ministre de l'économie ou une entreprise concernée de la saisir en vue du prononcé de mesures conservatoires, qui peuvent comporter la suspension de la pratique concernée lorsque celle-ci « *porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* », ce qui serait vraisemblablement le cas si l'on observait une migration massive d'abonnés ADSL. La Cour de cassation se montre pragmatique à cet égard (V. Cass. Com., 8 novembre 2005, Neuf Telecom c/ France Telecom, Bull. civ. IV, n° 220). Par analogie avec les mesures conservatoires prononcées dans l'affaire de la distribution de l'*Iphone*, fondées notamment sur la très forte attractivité de ce produit, l'Autorité pourrait considérer que les contenus premium constituent une sorte de « ressource essentielle » dont les FAI concurrents ne peuvent être privés.

Il est vrai que les mesures conservatoires ne doivent pas préjudicier au principal et que, dans tous les cas, le standard de preuve requis, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, est élevé. Mais, sans être aisée, la caractérisation d'une distorsion de concurrence susceptible de traduire un abus de position dominante, imputable à l'exclusivité de transport, justifiant des mesures conservatoires, ne paraît pas hors de portée.

#### 1.2.2.2. L'irruption d'une concurrence en « silos » paraît incertaine

Ce scénario, qui offre une moindre prise à l'intervention de l'Autorité de la concurrence, ne peut se produire qu'à deux conditions :

- Orange amplifie sa politique d'exclusivité de transport ;
- D'autres FAI réservent à leurs abonnés les bouquets qu'ils distribuent (voire qu'ils éditent), ou Canal+ accorde une exclusivité de transport à un FAI, vraisemblablement SFR.

Si la première hypothèse apparaît des plus plausibles, la seconde s'avère plus incertaine :

#### L'exclusivité de transport à l'initiative de Canal+ et SFR

- En premier lieu, les points 4. et 5. des engagements souscrits par Vivendi à l'occasion de la fusion Neuf / SFR en avril 2008 l'obligent à auto-distribuer l'ensemble des chaînes linéaires qu'il édite ou sur lesquelles il détient une exclusivité de distribution et à ne pas acquérir de droits

---

<sup>26</sup> Le directeur des contenus d'Orange a indiqué publiquement que l'entreprise n'excluait pas de permettre l'accès à ses chaînes aux clients d'autres FAI, mais pas avant que l'offre atteigne l'équilibre grâce à ses propres abonnés (déclaration de X. Couture à l'AFP, 18 novembre 2009).

exclusifs sur des chaînes tierces, ce qui lui interdit de suivre la même stratégie qu'Orange pendant la durée de ces engagements, soit 4 ans (jusqu'en avril 2012).

- En deuxième lieu, même en l'absence de prorogation des obligations d'auto-distribution figurant dans l'autorisation de concentration Canal+ / TPS, la licéité d'une exclusivité accordée par Canal+, distributeur dominant, à SFR, mériterait un examen approfondi au regard du droit de la concurrence (effet de levier).
- En troisième lieu, Canal+ a bâti son modèle économique, comme son image, sur l'auto-distribution et la recherche constante de nouveaux abonnés. En rompant avec cette stratégie, l'entreprise se priverait d'une fraction d'autant plus importante de ses ressources que le principal transporteur ADSL des offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat n'est pas SFR mais Free, qui a davantage bénéficié des offres promotionnelles « Canal+ à 1 € par mois ». L'opérateur représente aujourd'hui un tiers des nouveaux abonnés de Canal+ Le Bouquet et la moitié de ceux de CanalSat.
- En quatrième et dernier lieu, ni le groupe Canal+, ni Vivendi n'ont manifesté publiquement, pas plus que lors de leur audition par la mission, la volonté d'adopter une stratégie d'exclusivité de transport. A ce stade, les exclusivités pratiquées par SFR restent assez ponctuelles, même si le lancement en septembre dernier de la chaîne *SFR Music*, réservée aux abonnés Neufbox, pourrait traduire une inflexion dans cette politique.

#### L'exclusivité de transport à l'initiative d'un autre FAI

Aucun autre FAI qu'Orange ne dispose aujourd'hui de la puissance financière suffisante pour constituer un acteur significatif sur le marché de l'édition et de la distribution de contenus et un challenger crédible de Canal+. Seul Free pourrait, éventuellement, tenter de remonter dans la chaîne de valeur, mais les investissements qu'il devra consentir dans le réseau mobile, avec l'obtention de la 4<sup>ème</sup> licence, et, bientôt, dans la fibre optique, lui laisseront peu de marges de manœuvre. Si cette éventualité n'est pas à écarter, elle apparaît assez peu probable :

- Telle n'est pas la stratégie qu'il déclare vouloir suivre<sup>27</sup> ni l'image dont il se prévaut (il y aurait une forme de paradoxe à enfermer l'abonné chez une entreprise baptisée Free). Au contraire, lors de son audition, Iliad a plaidé pour une séparation plus nette entre l'édition de contenus et les réseaux.
- L'un des enseignements de l'échec de l'appel d'offres lancé par TF1 et M6 pour la reprise de certaines des chaînes qu'ils éditent est précisément que les fournisseurs d'accès à Internet ne semblent pas prêts, dans l'ensemble, à investir massivement dans les contenus, à tout le moins à titre non exclusif.
- Free, comme d'ailleurs les autres FAI (et comme Canal+ l'a déjà fait), choisirait probablement de contester la stratégie d'Orange sur le terrain contentieux plutôt que de se lancer dans une telle

---

<sup>27</sup> V. l'article *Canal+ et Free s'allient face à Orange*, le Figaro, 26 juillet 2008

« course aux contenus », dont on peut penser, si elle se généralisait, qu'elle susciterait l'intervention du législateur.

### *1.2.2.3. L'absence de droit du consommateur à accéder à l'ensemble des contenus audiovisuels*

Dans l'hypothèse où l'exclusivité de transport et d'accès ne provoquerait pas d'effets anti-concurrentiels suffisants pour caractériser, au regard du standard de preuve utilisé, une infraction aux règles du droit de la concurrence et permettre à l'Autorité de concurrence d'y remédier, le recours à la loi pourrait éventuellement se justifier par le fait que de nombreux téléspectateurs se trouveraient privés de la possibilité d'accéder à une part significative des contenus audiovisuels, en particulier premium.

Le plan France Numérique 2012 repose précisément sur l'idée que tous les contenus audiovisuels doivent être accessibles à tous, de sorte qu'aucune concurrence par les contenus ne pourrait intervenir entre FAI. Les amendements parlementaires au projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision et à la proposition de loi sur la lutte contre la fracture numérique procèdent de la même philosophie. L'avis de l'Autorité de la concurrence, qui propose de poser une règle d'interdiction, atténuée par la notion de services innovants, n'en est pas très éloigné.

Toutefois, cette position paraît difficilement soutenable dans sa généralité, car les contenus constituent désormais l'un des seuls éléments de différenciation des offres des FAI<sup>28</sup>. Il n'est pas évident de justifier la mise en place d'un « service universel de la télévision payante sur l'ADSL » qui garantirait l'accessibilité de tous les programmes à tous, à un prix raisonnable. Il existe d'ores et déjà des dispositifs de cette nature, que le législateur et le pouvoir réglementaire ont clairement défini, en particulier le service public audiovisuel et les obligations de reprise prévues à l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986<sup>29</sup>, le droit à l'information (article L. 333-7 du code du sport, étendu en 2009 à tous les événements présentant un « grand intérêt pour le public » par l'article 20-4 de la loi du 30 septembre 1986) et la liste des événements d'importance majeure fixée par le décret n° 2004-1392 du 22 décembre 2004, s'agissant du sport<sup>30</sup>.

L'idée d'« enclaves culturelles » dont fait état l'Autorité mérite à cet égard d'être nuancée : les contenus premium, principalement en cause, portent essentiellement sur le sport (et plus particulièrement la ligue 1 de football), le cinéma (et, en son sein, les films à succès et souvent à gros budget) et les séries américaines populaires, dont la densité culturelle reste faible en moyenne. Mais, en tout état de cause, leur apparition apparaît peu probable : si les matchs de ligue 1 ne sont pas accessibles en direct, ils pourront le rester (et la LFP y a tout intérêt) en léger différé, comme c'est le cas

---

<sup>28</sup> Comme le relève la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 14 mai 2009, au prix peut-être d'une généralisation excessive : « *il est constant que tous les FAI s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives, par la mise en place de services innovants ou l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels, cinématographiques ou sportifs événementiels* ».

<sup>29</sup> Cette disposition crée une obligation pour les éditeurs de certaines chaînes de livrer aux distributeurs de services de communication audiovisuels le signal – *must offer* –, les distributeurs étant eux-mêmes soumis à une obligation de reprise – *must carry*.

<sup>30</sup> V. la directive 2007/65/CE du Parlement européenne et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

actuellement (trois magazines de Canal+, dont l'un commence juste après le match diffusé par Orange, en diffusent de larges extraits). Quant aux films et aux séries, ils demeureront accessibles à un public relativement large grâce aux DVD et aux services de médias audiovisuels à la demande (téléchargement légal)<sup>31</sup>. Rappelons que, jusqu'à une époque récente, la nécessité de souscrire deux abonnements auprès d'opérateurs distincts pour accéder à l'intégralité de la Ligue 1 de football était la règle, les droits étant partagés entre Canal+ et TPS ; il est vrai – c'est une différence substantielle - que les consommateurs pouvaient techniquement accéder aux deux bouquets (donc à l'ensemble des programmes), puisqu'il s'agissait seulement d'exclusivités de distribution ; mais dans les faits, le coût d'un double abonnement limitait le double accès à un public assez circonscrit.

En outre, le droit de la consommation ne paraît pas s'opposer à cette pratique : la cour d'appel de Paris a écarté, dans un arrêt du 14 mai 2009, le grief tiré de ce que l'offre d'Orange constituerait une vente liée prohibée par les dispositions de l'article L. 122-1 du code de la consommation, lues à la lumière de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Sous réserve de l'issue du pourvoi en cassation introduit contre cet arrêt, cette pratique ne se heurte à aucun obstacle juridique de principe. Signalons toutefois que la vente subordonnée que pratique Orange (couplage d'une offre triple play et d'une offre de télévision payante) n'implique nullement une exclusivité de transport : elle peut tout à fait constituer une pratique autonome visant à maximiser le nombre d'abonnés *triple play* de l'opérateur.

#### 1.2.2.4. Le risque d'un retrait d'Orange

Certaines chaînes et ayants droit, en particulier la LFP, craignent qu'un encadrement trop strict de l'exclusivité de transport n'amène Orange à renoncer purement et simplement à sa stratégie d'intégration verticale. Canal+ se trouverait alors en position de quasi-monopsonne sur le marché de gros de la télévision payante et sur certains marchés primaires, en particulier celui des droits de la ligue 1 de football, ce qui se traduirait mécaniquement par une baisse sensible de la rémunération des ayants droit.

Sans sous-estimer ce risque, par nature difficile à évaluer, la mission estime qu'il ne saurait par lui-même justifier qu'on cautionne l'exclusivité de transport et d'accès :

- D'une part, un tel désengagement n'est pas l'éventualité la plus probable, compte tenu des investissements consentis, de l'« effet de cliquet » de la stratégie d'Orange (qui a constitué une base d'abonnés à ses chaînes et risque de les voir migrer vers d'autres FAI) et de l'attraction que peut susciter l'édition de contenus audiovisuels pour tout entrepreneur. La majorité des personnes auditionnées était de cet avis.
- D'autre part, ainsi qu'il a été dit, l'encadrement voire l'interdiction de cette forme d'exclusivité n'empêcherait nullement Orange d'auto-distribuer les contenus qu'il a acquis auprès de la LFP, solution plus rationnelle sur le plan économique. Au demeurant – et la ligue ne le réclame d'ailleurs pas ouvertement -, on ne saurait consacrer à son profit un droit acquis à une rémunération minimale des contenus, idée contradictoire avec un processus d'appel d'offres

---

<sup>31</sup> V. sur ce point les travaux de la mission confiée à MM. Zelnik, Toubon et Cerruti.

qui comporte par nature une large part d'aléas. Une telle sécurisation des revenus du football français comporterait par ailleurs l'effet pervers, souligné par plusieurs interlocuteurs de la mission, d'accroître la dépendance déjà excessive de ce milieu à la commercialisation des droits audiovisuels, au détriment d'autres recettes provenant de l'exploitation de produits dérivés, voire de celle des stades, et de ne pas inciter les acteurs à investir dans les infrastructures pour attirer un public plus large. Certes, ces investissements reposent principalement sur les clubs, et non sur la ligue. Mais il est clair qu'en privilégiant la logique d'optimisation des revenus sur celle de l'exposition maximale du spectacle footballistique, la seconde crée une rente de situation qui n'incite pas les premiers à consentir des efforts et réduit considérablement les recettes de substitution qui dépendent de l'audience, telles que le sponsoring.

Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'Orange, qui n'a pas réagi de manière très vive à l'avis de l'Autorité, accepterait en réalité de se voir interdire la pratique de l'exclusivité de transport, qui ne lui apparaît guère profitable, afin d'obtenir, en contrepartie, la régulation du marché de gros au détriment de Canal+.

#### *1.2.2.5. Les aléas inhérents au processus législatif*

Cette difficulté, principalement mise en avant par les FAI concurrents d'Orange, apparaît en définitive comme la principale raison de l'opposition des acteurs auditionnés à une loi :

- Légiférer dans des secteurs aussi mouvants que ceux des communications électroniques et des services audiovisuels est une entreprise périlleuse. Le risque est grand que le dispositif, conçu comme une réponse à une situation conjoncturelle, soit obsolète voire contreproductif dès son adoption, ou que le besoin d'une modification se fasse sentir à brève échéance.
- L'issue d'un processus législatif serait particulièrement incertaine, comme le montrent les débats parlementaires sur les amendements proposés au projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision et à la proposition de loi sur la lutte contre la fracture numérique, très tranchés contre<sup>32</sup> et en faveur<sup>33</sup> de l'exclusivité de transport et d'accès. On ne peut exclure qu'à l'issue des débats, l'équilibre d'un projet de loi interdisant ou encadrant l'exclusivité de transport soit compromis, voire inversé. Au-delà, il n'est pas impossible que le débat s'élargisse à (ou se focalise sur...) des problématiques voisines mais plus structurantes que l'exclusivité de transport, comme la commercialisation mutualisée des droits audiovisuels du sport ou la « séparation fonctionnelle » de France Télécom.
- Pour la raison précédente, alors que le recours à la loi vise à apporter aux acteurs une plus grande sécurité juridique, le processus législatif s'accompagnera transitoirement, au cours des discussions parlementaires, d'une forte insécurité juridique, qui pourrait perturber les

---

<sup>32</sup> B. Appar : « il me paraît choquant que l'accès au programme télévision d'Orange et à cette exclusivité soit conditionné à la souscription d'un abonnement téléphonique et Internet, s'ajoutant à l'achat du service télévision ».

<sup>33</sup> C. Kert : « Les opérateurs s'appuient souvent sur leurs services de télévision pour mieux vendre leur offre triple play, les autres aspects étant peu différents d'un fournisseur à l'autre./ Supprimer cette possibilité de différenciation, qui fait partie de la politique commerciale de chaque opérateur, nous a semblé très attentatoire à la liberté d'entreprendre et à la liberté de commerce ».

négociations en cours sur le marché de gros de la télévision payante et l'appel d'offres de la ligue de football professionnel. Ce risque est d'autant plus prégnant que, compte tenu de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement, l'adoption de la loi pourrait être tardive. Les discussions parlementaires précédemment citées semblent révéler, en effet, une volonté des représentants de la Nation de débattre de ce sujet à l'occasion d'un texte dédié, plutôt que d'un amendement ajouté de manière impromptue à un projet ou à une proposition de loi consacré à un sujet connexe.

- L'incidence et les répercussions « en chaîne » de dispositions législatives sont parfois difficiles à mesurer. Une législation trop générale, à l'image de l'article L. 330-1 du code de commerce, fait courir le risque de « dommages collatéraux » insoupçonnés sur des secteurs étrangers à la problématique que les pouvoirs publics entendent traiter<sup>34</sup> ; une législation sectorielle pourrait créer un précédent et ouvrir la voie à des demandes reconventionnelles.

A ces objections d'ordre général s'ajoutent des critiques dirigées spécifiquement contre les modalités d'intervention législative envisagées par l'Autorité de la concurrence.

### 1.2.3. Les objections propres au dispositif proposé par l'Autorité de la concurrence

Afin de contraindre Orange et, le cas échéant, d'autres FAI, à auto-distribuer les chaînes qu'ils éditent, l'Autorité de la concurrence préconise d'interdire les exclusivités de transport et d'accès, sauf exception limitée aux services innovants sur le plan technologique ou commercial et pour une durée maximale de un ou deux ans. Plus précisément, l'exclusivité ne pourrait être admise de plein droit pour les services innovants que pour une durée d'un an, renouvelable une fois sur autorisation de l'Autorité.

Ce parti ne semble, dans son principe, se heurter à aucun obstacle juridique. Le règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité de Rome ne proscrie les dispositions qui interdisent des accords entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres que lorsque de tels accords n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence. Or, tel pourrait bien être l'effet d'une exclusivité de transport. Au demeurant, ces dispositions ne font pas obstacle à une législation dont l'objet principal est différent de celui visé aux articles 81 et 82 : le souci de prévenir l'apparition d'une concurrence en silos et de ses conséquences dommageables pour le consommateur pourrait constituer la justification principale d'une interdiction de l'exclusivité de transport, si ses effets anti-concurrentiels n'étaient pas avérés. Ce motif d'intérêt général paraît en outre suffisant pour justifier qu'il soit porté atteinte, le cas échéant, à des contrats d'exclusivité légalement conclus à la date d'entrée en vigueur de la loi<sup>35</sup>. Par ailleurs, la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (dite directive « télévision sans frontière »), modifiée en 2007, prévoit en son article 3 la possibilité pour les Etats membres de prévoir des règles plus détaillées ou plus strictes à l'endroit des fournisseurs de services de médias.

---

<sup>34</sup> V. sur ce point D. Bosco, article précité.

<sup>35</sup> V. notamment la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*.

Mais la mise en œuvre de la préconisation de l'Autorité soulève de nombreuses interrogations, que la mission a estimé délicates à lever pour quatre d'entre elles.

#### *1.2.3.1. Le périmètre de l'exclusivité autorisée*

L'atteinte portée par la loi à la liberté du commerce et de l'industrie doit être proportionnée aux exigences d'intérêt général qui la sous-tendent. Il apparaît à cet égard nécessaire de délimiter avec précision le champ des exclusivités de transport qui resteraient autorisées.

A cette aune, la notion de « services innovants » proposée par l'Autorité de la concurrence est cohérente avec le traitement traditionnel des exclusivités, ces dernières étant principalement tolérées pour encourager les entreprises à investir sans souffrir de stratégies de parasitisme de la part de leurs concurrents. Elle soulève toutefois plusieurs difficultés.

Se pose en premier lieu une **question d'interprétation de la notion d'innovation**. Celle-ci apparaît plus aisée à appréhender s'agissant de l'innovation technique, bien qu'elle puisse être controversée dans le cas d'Orange. D'aucuns ont mis en doute le caractère réellement novateur de certains services interactifs proposés. En l'état, et comme l'a indiqué l'ARCEP dans son avis, la mission a constaté que la valeur ajoutée de ces services (possibilité d'obtenir des renseignements détaillés sur le programme, telles que des statistiques en temps réel sur un match, accès à des contenus non linéaires présentés de manière éditorialisée...) est réelle mais n'est pas encore considérable. Il n'est d'ailleurs pas évident d'opérer un départ clair entre les services développés en interne par Orange et ceux qu'il se borne à « importer » ; pourtant, l'exclusivité apparaît moins justifiée dans ce dernier cas, bien que l'entreprise consente également des investissements dans cette hypothèse.

La notion d'innovation commerciale est plus controversée. Une politique de prix agressive peut-elle être assimilée à une telle innovation ? On peut craindre que la multiplication de « subterfuges marketing », sous la forme d'offres d'appel, d'offres groupées..., ne permette assez rapidement un contournement de la loi.

En deuxième lieu, il apparaît **trop restrictif**, à certains égards, de circonscrire l'exclusivité légale à la seule innovation.

Les FAI bénéficient très souvent d'exclusivités « promotionnelles », portant sur un événement ponctuel. Il ne s'agit assurément pas d'une innovation technique, et on peut douter que la qualification d'innovation commerciale puisse être retenue, s'agissant de programmes qui ne donnent pas nécessairement lieu à une rémunération supplémentaire et qui ne présentent pas, du fait précisément de leur banalité, un caractère très novateur. La loi devrait donc prévoir cette exception supplémentaire, qui figurait d'ailleurs dans l'amendement de M. Dominati à la proposition de loi relative à la lutte contre la fracture numérique. Son interprétation ne sera, là encore, pas aisée.

En outre, l'interdiction ne serait réellement proportionnée – c'est-à-dire justifiée – que pour les contenus à la fois rares (peu substituables) et déterminants dans le choix du consommateur. Dans son avis, l'ARCEP admet ainsi une exclusivité de transport et d'accès en ce qui concerne des « chaînes thématiques de moindre importance » et des « services additionnels » telle que la télévision de rattrapage. Or, l'interdiction préconisée par l'Autorité inclurait aussi, par son caractère général, des

contenus non premium, notamment des programmes « de niche », dont l'exclusivité, loin d'introduire des distorsions de concurrence sur le marché du haut débit, pourrait au contraire le stimuler. Si elle était mise en œuvre, elle pourrait par exemple condamner l'initiative prise par SFR avec le lancement de *SFR Music*, réservée à ses seuls abonnés Internet.

Et il serait bien périlleux, pour limiter la portée de l'interdiction, d'introduire dans la loi la notion de contenu premium, qui est malaisée à définir et dont la consistance peut évoluer avec le temps<sup>36</sup>. Il conviendrait de définir les critères et indices permettant de déterminer qu'un programme ou un chaîne « déclenche » l'abonnement. L'ARCEP indique ainsi dans son avis que « *le caractère « à forte valeur ajoutée » d'une chaîne peut notamment s'apprécier au regard du montant des droits exclusifs acquis sur les programmes diffusés sur cette chaîne [c'est-à-dire la prime d'exclusivité], qui en constituent généralement le principal poste de coûts, ou de l'accent mis par le distributeur sur la chaîne dans sa communication commerciale* ». On pourrait également songer à retenir un critère lié à l'audience de la chaîne ou, de manière plus subjective, une considération tenant à la possibilité, pour un FAI concurrent, d'élaborer une offre viable sans proposer à ses abonnés de souscrire à ce service de télévision payante. Mais, dans tous les cas, force est de constater que la caractérisation du « premium » requiert le maniement d'un faisceau d'indices plutôt que l'application d'une définition législative figée. Il n'est pas sûr qu'un renvoi à un décret serait de nature à pallier ces difficultés.

De même, l'exigence de proportionnalité de l'interdiction conduirait logiquement à cibler le « *must-offer* » sur des programmes, et non sur des chaînes entières. Il est évident que, dans la plupart des cas, l'abonnement n'est pas déclenché par l'ensemble des contenus diffusés sur une chaîne (par exemple, des magazines sportifs) mais seulement par un programme donné (le match lui-même...)<sup>37</sup>. Mais là encore, on peut s'interroger sur la faisabilité tant juridique que technique d'une telle interdiction « perlée », sauf à auto-distribuer partiellement pour les clients des FAI tiers, ce qui serait d'une redoutable complexité (ces derniers disposeraient d'une partie de la chaîne « en clair », par analogie avec la diffusion de la chaîne Canal+...).

Le dernier écueil identifié par la mission, s'agissant de tracer la ligne de partage entre les exclusivités autorisées et interdites, tient à la **dissociation entre le contenu de base (image et son) et les services qui y sont associés**. Dans le cadre de son audition par la mission, l'Autorité a précisé que l'exclusivité de transport ne devait porter que sur les services innovants greffés sur le contenu de base, et non sur ce dernier lui-même. Toutefois, elle a admis qu'une innovation commerciale puisse donner lieu à une exclusivité globale. Là encore, l'appréciation de la divisibilité des services pourra s'avérer délicate, même si elle est techniquement possible, comme le montre la diffusion par satellite du flux linéaire d'*Orange Sport* et *Orange Cinéma Séries* dans les zones non desservies par l'ADSL.

Surtout, aussi longtemps que la consommation des contenus audiovisuels restera essentiellement déterminée par le flux linéaire, en particulier pour des programmes tels que le football, il est fort peu

---

<sup>36</sup> Dans sa consultation sur la télévision payante, l'Ofcom britannique indique ainsi que le sport restera vraisemblablement un contenu premium de manière durable, mais que le cinéma pourrait à terme en être exclu, compte tenu des offres de téléchargement légal et, de manière générale, de l'ensemble des services de médias audiovisuels. On peut également s'interroger sur l'effet d'attraction actuel et à venir des séries américaines populaires.

<sup>37</sup> Même si, selon l'un des acteurs auditionnés, l'économie de la télévision payante repose sur la propension du consommateur à payer pour des contenus qu'il ne regarde pas...

probable que le FAI acceptera d'auto-distribuer ce dernier en ne réservant à ses seuls abonnés que la chaîne « améliorée », c'est-à-dire pourvue de services additionnels innovants. Il risque alors d'encourager nombre de consommateurs à s'abonner au service de base en restant voire en rejoignant un autre FAI. Les récentes déclarations d'Orange vont clairement en ce sens<sup>38</sup>. Par conséquent, bien qu'elle se présente formellement comme une interdiction relative, la mise en œuvre de la proposition de l'Autorité pourrait en réalité tangenter le périmètre inconstitutionnel des interdictions générales et absolues.

### 1.2.3.2. La durée de l'exclusivité et de son éventuelle prorogation

Dans l'esprit de l'Autorité, l'exclusivité ne serait admise, s'agissant des services innovants, que pour une durée d'un an, avec la possibilité pour l'entreprise de solliciter une prorogation de même durée auprès de l'Autorité de la concurrence. Cette autorisation serait accordée au vu des spécificités de l'innovation en cause.

On peut s'interroger sur l'opportunité de graver dans le marbre législatif une durée qui pourra s'avérer inadaptée dans certains cas, notamment en ce qu'elle sera, en tout état de cause, plafonnée à deux ans. Certaines innovations, d'ampleur exceptionnelle, pourraient justifier une durée plus longue. Plusieurs interlocuteurs de la mission ont estimé que la durée proposée était insuffisante.

Par ailleurs, le mécanisme d'autorisation préalable soulève une série de difficultés :

- Il crée une lourdeur potentiellement préjudiciable au bon fonctionnement des marchés et offre peu de visibilité à l'entreprise, et, accessoirement, entraîne des coûts de gestion.
- Ce dispositif va générer un contentieux propre, qui crée une zone d'incertitude aussi longtemps que l'instance est pendante. En l'absence de précision dans la loi, le recours dirigé contre le refus d'autorisation<sup>39</sup> ne serait pas suspensif : par conséquent, aussitôt le refus exécutoire (notifié), le FAI concerné aurait l'obligation d'auto-distribuer la chaîne pour laquelle l'autorisation d'exclusivité n'a pas été accordée. Compte tenu du plafonnement institué par la loi à deux ans, il est douteux que l'Autorité puisse elle-même prévoir une entrée en vigueur différée de son refus d'autorisation. Or, l'auto-distribution crée un « effet de cliquet » qui rend difficile, pour le FAI, la suppression de l'accès de ses abonnés qui sont clients auprès d'autres FAI, si le refus d'autorisation venait à être annulé par le juge. A l'inverse, un recours suspensif reviendrait, compte tenu des délais de jugement, à admettre une prolongation automatique de l'exclusivité de transport, sauf à instituer une procédure de référé ou à imposer le respect d'un délai de jugement bref, ce qui pourrait encourager les recours contentieux systématiques et alourdirait finalement la charge de travail de la ou des juridictions compétentes.

---

<sup>38</sup> X. Couture : « il faut que l'on s'assure que les téléspectateurs de ces offres ont accès à l'ensemble (des) fonctionnalités » et « il faudrait que nous (Orange) puissions nous assurer que l'ensemble des technologies que nous avons développées et que nous allons continuer de mettre en œuvre puisse être en simultanément accessibles sur toutes les plateformes, et c'est extrêmement compliqué » (Extrait du site d'Orange).

<sup>39</sup> En l'état des textes, ce recours devrait être présenté devant le Conseil d'Etat.

- Enfin, confier ce pouvoir d'autorisation à l'Autorité de la concurrence placerait cette dernière dans une situation délicate pour connaître ensuite des contentieux susceptibles d'être engagés par les opérateurs concurrents sur les effets anti-concurrentiels d'une exclusivité de transport.

En outre, s'il est admis une forme d'indivisibilité du contenu de base et des services innovants dans certains cas (V. supra), le risque est grand que le dispositif législatif soit contourné par les FAI, puisqu'il leur suffirait de greffer chaque année, ou tous les deux ans si l'autorisation leur est accordée, une nouvelle innovation sur la première pour prolonger l'exclusivité.

Enfin, il conviendrait de préciser le mode de computation du délai d'un an et son point de départ. L'intégration verticale du FAI, tel qu'Orange, ne permet pas de retenir la date du contrat d'exclusivité. S'agirait-il de la date d'acquisition des contenus, de leur commercialisation ou de leur première diffusion ? Dans le cas où une exclusivité de transport serait admise sur le contenu de base, faut-il considérer qu'à chaque nouvel appel d'offres de la LFP, le FAI détient un nouveau contenu de base (dont l'étendue peut varier selon les lots qui lui ont été attribués) qu'il peut réserver à ses propres abonnés pendant une année ? Une telle disposition risque fort de nourrir un contentieux relativement abondant, préjudiciable à la sérénité du fonctionnement des marchés du haut débit et du très haut débit.

#### *1.2.3.3. Le contrôle du caractère innovant*

L'Autorité de la concurrence n'indique pas les modalités de contrôle du recours à l'exclusivité de transport au cours de la première année, c'est-à-dire en amont du mécanisme d'autorisation. Elle ne paraît pas envisager l'éventualité d'une saisine devant elle pour assurer le respect de cette prescription. Ce serait donc au juge civil qu'il reviendrait de contrôler le respect de la condition d'innovation, à la demande d'un tiers lésé.

A défaut de précision dans la loi, seul un recours en réparation du préjudice causé par la pratique de l'opérateur serait possible. La loi pourrait, à défaut, préciser qu'une clause d'exclusivité qui ne repose pas sur une innovation technique ou commerciale est frappée de nullité, comme le fait l'article L. 330-1 du code de commerce pour les clauses d'exclusivité d'approvisionnement, dont la validité est limitée à dix ans (V. *Cass. com.*, 7 avril 1992, *Bull. civ. IV*, n° 154).

Mais on peut douter de l'effectivité d'une telle procédure juridictionnelle. Il est hautement probable que le délai d'un an pendant lequel l'exclusivité serait admise « de plein droit » sera expiré quand le juge du contrat tranchera le litige dont il a été saisi. Que se passera-t-il, enfin, si le juge – au demeurant peu outillé pour apprécier la réalité d'une innovation - déclare la clause nulle mais qu'entre-temps, l'Autorité de la concurrence, sur la base de son appréciation propre, a accordé l'autorisation de prolongation sollicitée ? Plus problématique encore est la situation dans laquelle l'instance concernant la première année d'exclusivité et celle qui porte sur l'autorisation ou le refus d'autorisation<sup>40</sup> sont pendantes simultanément, avec un risque de contrariété de décisions juridictionnelles.

---

<sup>40</sup> La loi devrait préciser expressément que ce contentieux relève de la cour d'appel de Paris. A défaut, seul un recours en annulation devant le conseil d'Etat serait ouvert.

#### 1.2.3.4. L'encadrement de l'auto-distribution

La dernière difficulté importante identifiée par la mission tient aux conditions dans lesquelles le FAI auto-distribuera la chaîne, soit *ab initio*, soit après la période d'un à deux ans mentionnée ci-dessus.

D'une part, l'opérateur est en droit d'exiger des FAI concurrents qu'ils assurent un transport de qualité de la chaîne, ce qui suppose de respecter un cahier des charges technique (qu'il s'applique lui-même). Selon l'ARCEP, la distribution des services interactifs est techniquement possible « *même si elle peut appeler des discussions et des développements* ». La tentation sera alors forte pour l'auto-distributeur d'imposer des prescriptions très contraignantes pour ses concurrents et de « jouer la montre » en maintenant l'exclusivité de transport aussi longtemps qu'un accord n'aura pas été trouvé sur les modalités de transport des contenus, ou que le litige n'aura pas été tranché. La loi devrait d'ailleurs confier expressément cette prérogative à une autorité : en l'état des textes, l'ARCEP ne peut régler que les différends entre opérateurs de communications électroniques (article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques – CPCE) et il est douteux que le pouvoir de règlement des différends dévolu au CSA par l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 lui permette de le faire, alors que le conseil ne traite que des relations entre éditeurs et distributeurs.

D'autre part, s'il est clair que la distribution devra s'effectuer de manière non discriminatoire, c'est-à-dire de manière identique quel que soit le FAI chargé du transport, notamment en ce qui concerne le coût de l'abonnement à la chaîne ou au bouquet, il existe un risque de détournement tenant à la double qualité de l'opérateur, à la fois distributeur et FAI. Ce dernier pourrait en effet être tenté de proposer la chaîne à un prix uniforme, en sa première qualité, mais consentir, au titre de la seconde, une remise sur l'offre *triple play* « de base » en cas d'abonnement simultané à la chaîne (pour lequel le transporteur est rémunéré). Orange pourrait certes être dissuadée de se livrer à une telle pratique, pour ne pas créer un effet de ciseau l'exposant à des sanctions ; mais cette contrainte ne pèsera plus sur l'entreprise si elle n'est plus regardée comme un opérateur exerçant une influence significative sur le marché du haut débit, ce qui n'est pas à exclure. Et *a priori*, elle ne jouera pas d'emblée sur le marché du très haut débit.

### 1.3. Pour une mise sous surveillance de l'exclusivité de transport

#### 1.3.1. Une intervention du législateur reste nécessaire

**Les écueils auxquels se heurte la rédaction d'une loi dans le sens préconisé par l'Autorité de la concurrence ont convaincu la mission de ne pas retenir cette piste.** Une telle législation procéderait d'une politique extrêmement volontariste de l'accès aux contenus audiovisuels. Elle ne pourrait véritablement reposer que sur une volonté pleinement assumée des pouvoirs publics de garantir une liberté maximale d'accès des consommateurs aux contenus audiovisuels, c'est-à-dire sur l'idée que le choix d'un fournisseur d'accès à Internet ne doit pas – ou seulement de manière tout à fait exceptionnelle – conditionner l'accès à un contenu audiovisuel et que, dans toute la mesure du possible, le téléspectateur doit pouvoir constituer sans contrainte sa grille de programmes à un prix économiquement acceptable. Bien qu'elle appelle de ses vœux une telle évolution du secteur de la télévision payante, la mission estime qu'il n'est pas possible de l'imposer par une loi qui poserait un principe d'interdiction de l'exclusivité de transport.

Faut-il pour autant abandonner toute idée d'intervention législative ?

**Si les avantages et inconvénients d'une intervention législative sont nombreux, aucun d'eux n'apparaît absolument décisif.** Une certaine forme de prudence et l'impératif d'économie normative pourraient donc conduire à renoncer à recourir à la loi, en l'absence de besoin avéré.

La mission a toutefois estimé nécessaire de poursuivre dans cette voie pour trois raisons :

- D'une part, la plupart des objections énumérées ci-dessus portent moins sur le principe d'un encadrement législatif que sur ses modalités, et en particulier le recours à une loi « de fond ». Pour la plupart des personnes rencontrées, le problème vient surtout de ce que la proposition de l'Autorité pourrait être porteuse de rigidités.
- D'autre part, on ne peut s'en remettre entièrement à un code de bonne conduite, compte tenu du climat passablement détérioré entre les acteurs, que révèlent les contentieux croisés pendants devant l'Autorité de la concurrence. La loi crée un effet de signal qui peut, par lui-même, contribuer à discipliner les protagonistes.
- Enfin – et c'est assurément l'une des raisons pour lesquelles l'Autorité en a appelé au législateur –, l'acceptabilité par les acteurs comme par le Parlement d'une loi mettant en place une régulation *ex ante* du marché de gros de la télévision payante (V. *infra* II) suppose de ménager un équilibre entre les intérêts en présence, en traitant de conserve les deux formes d'exclusivité.

La mission s'est donc orientée vers un encadrement « de procédure », qui consisterait à placer les exclusivités de transport et d'accès sous la surveillance d'une autorité sectorielle. Ce choix permettrait d'assurer un traitement au cas par cas des exclusivités, plus conforme à la pratique traditionnelle et davantage susceptible de recueillir l'adhésion des acteurs concernés comme du Parlement.

Un tel choix implique nécessairement l'intervention d'une loi : d'une part, parce qu'il crée une obligation à la charge de personnes privées ; d'autre part, parce que les missions et les compétences des autorités administratives indépendantes en cause, qu'il s'agisse de l'Autorité de concurrence, de l'ARCEP ou du CSA sont définies par le législateur. Enfin, parce que le dispositif devrait être assorti d'une sanction pour être effectif et que celle-ci ne peut, ici, être prévue par le pouvoir réglementaire.

La mission est certes consciente que, ce faisant, elle offre *a priori* aux entreprises concernées une moindre sécurité juridique que celle que pourrait apporter une loi de fond. Mais cet écueil ne doit pas être surestimé. Non seulement parce que, comme il a été dit, une loi de fond n'offrirait qu'une sécurité toute relative. Mais aussi parce que les protagonistes ne peuvent ignorer les lignes directrices que l'Autorité de la concurrence a d'ores et déjà posées, par son avis, auxquelles souscrivent globalement le CSA et l'ARCEP, et qui témoignent d'une vigilance particulière des autorités en charge du secteur à l'égard de cette pratique.

### 1.3.2. Propositions de la mission

La mission a envisagé deux modalités distinctes d'encadrement législatif, qu'elle propose l'une à titre principal, l'autre à titre subsidiaire.

#### *1.3.2.1. Proposition principale : une mise sous surveillance simple*

##### Principe

**La solution la plus souple consisterait en une mise sous surveillance simple, assise sur un mécanisme de notification préalable des exclusivités de transport, assortie de la possibilité pour l'autorité chargée de cette surveillance de saisir l'Autorité de la concurrence en cas de constatations susceptibles d'être qualifiées au regard du droit de la concurrence.**

Ce dispositif, aisé à mettre en œuvre, présenterait plusieurs avantages :

- Il enverrait un signal aux acteurs concernés, en les incitant à s'auto-discipliner dans le recours à cette pratique. Il ne s'agit pas de mettre en place un mécanisme de « déclaration préalable », qui créerait une présomption de légalité de la pratique et pourrait ainsi être instrumentalisé par les opérateurs, mais seulement un dispositif d'information qui ne préjugerait en rien de la position des autorités compétentes.
- Il permettrait à l'autorité en charge de sa mise en œuvre d'acquérir une meilleure connaissance de cette forme d'exclusivité encore récente, notamment des justifications qui la sous-tendent.
- Orange ne saurait tirer prétexte de ce mécanisme souple pour se retirer du secteur de la télévision payante.

Une simple obligation d'information peut certes apparaître insuffisante, compte tenu des critiques formulées ci-dessus à l'encontre de l'exclusivité de transport. L'idée sous-jacente est toutefois que :

- Cette pratique peut être appréhendée assez naturellement par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de ses prérogatives actuelles ;
- Peu rationnelle sur le plan économique pour le distributeur, elle est censée, dans une certaine mesure, s'auto-réguler, à la différence de l'exclusivité de distribution, qui permet d'évincer les distributeurs concurrents sans se priver d'un vivier d'abonnés.

##### Champ d'application

L'obligation de notification concernerait les exclusivités de droit et de fait, c'est-à-dire :

- les droits exclusifs accordés à un opérateur unique, soit par contrat, soit au sein d'un groupe intégré (cas le plus pur) ;

- les « droits spéciaux », exclusivité accordée à un nombre limité d'opérateurs ou aux opérateurs sur un nombre limité de plates-formes (par exemple, la distribution auprès de deux FAI seulement, ou la diffusion par les opérateurs satellitaires, et seulement eux) ;
- les droits ayant un effet analogue, ce qui vise en particulier le cas où les conditions accordées à un ou plusieurs opérateurs sont nettement plus favorables que celles qui sont pratiquées à l'égard des autres, ce qui exclut de fait que ces derniers puissent diffuser le service dans des conditions normales.

Ce faisant, cette obligation embrasserait l'essentiel des pratiques ayant pour effet de restreindre la diffusion des contenus audiovisuels.

L'obligation de notification pèserait conjointement sur le distributeur qui accorde les droits exclusifs ou spéciaux et le ou les opérateurs de communications électroniques qui en bénéficient. Ces derniers ne seront en effet pas toujours en mesure de savoir si le distributeur a ménagé des conditions identiques aux autres diffuseurs. La notification serait obligatoire pour tout distributeur et tout opérateur, qu'ils exercent ou non une influence significative sur les marchés des communications électroniques : il convient en effet d'assurer la surveillance la plus large possible de cette pratique, et non d'imposer des remèdes asymétriques à un acteur puissant pour ouvrir un marché. Il s'agira bien entendu de la même personne morale si l'on est en présence d'un acteur intégré verticalement.

#### Modalités de mise en œuvre

La notification devrait être adressée au plus tard un ou deux mois avant la commercialisation d'une chaîne ou, plus largement, d'une offre de service de communication audiovisuelle. Les exclusivités existantes à la date d'entrée en vigueur de la loi (cas d'Orange) devront être portées à la connaissance de l'autorité compétente dans le même délai à compter de cette date. Elle ne donnerait pas lieu à la délivrance d'un récépissé.

La notification préciserait notamment le champ des droits exclusifs ou spéciaux, leur durée (prévue au contrat ou prévisible par l'opérateur intégré), les réseaux sur lesquels le bouquet, la chaîne ou le service est diffusé, et les justifications sur lesquelles ces droits reposent. En cas de modification substantielle de ces éléments, une nouvelle notification serait requise.

Les effets des droits ainsi accordés sur le marché du haut débit et du très haut débit, ainsi que sur la structuration du secteur de la télévision payante, seraient étudiés périodiquement. Les principales informations relatives à ces exclusivités seraient rendues publiques, ce qui inciterait davantage encore les opérateurs qui les pratiquent à s'auto-discipliner.

L'absence de notification au mépris de cette obligation pourrait donner lieu au prononcé d'une sanction. L'infraction pourrait être caractérisée par le refus du distributeur de commercialiser l'offre auprès des clients d'autres FAI, que ce refus soit exprès ou qu'il résulte de son comportement dans les négociations avec les FAI intéressés. Il importe que la sanction puisse être prononcée sans mise en demeure préalable, afin d'en garantir l'effet dissuasif ; à défaut, un opérateur ne serait pas incité à notifier tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une mise en demeure. Ce faisant, les acteurs seraient incités à jouer « carte sur table » en manifestant, dès la commercialisation du service, leur intention de ne pas

auto-distribuer leurs programmes sur l'ensemble des plates-formes et auprès de tous les opérateurs intéressés.

En cas de problème concurrentiel sur les marchés du haut débit et du très haut débit, l'Autorité de la concurrence pourrait être saisie par l'autorité compétente dans le cadre des procédures existantes. La mission n'a pas estimé souhaitable de créer une voie de recours *ad hoc* auprès de l'Autorité de la concurrence, sous la forme d'un « référé-exclusivité audiovisuelle » pouvant, le cas échéant, donner lieu à des décisions préjudiciant au fond. Une telle novation irait à l'encontre de la compétence générale et transversale de cette institution, entretiendrait une confusion avec les prérogatives des régulateurs sectoriels, et n'apporterait en réalité qu'une faible valeur ajoutée aux mesures conservatoires de l'article L. 464-1 du code de commerce. Elle a également écarté l'idée de créer une présomption d'urgence, qui aurait facilité le prononcé de mesures conservatoires ; rien ne permet en effet de justifier qu'il soit dérogé à la condition tenant à l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

### Autorité compétente

Le choix de l'autorité en charge du dispositif n'est pas totalement évident, car l'exclusivité de transport lie un distributeur (« ressortissant » du CSA) et un opérateur de réseau (« ressortissant » de l'ARCEP). Le distributeur de services audiovisuels est ainsi défini, par l'article 2-1 de la loi du 30 septembre 1986, comme « toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques » : il est donc appréhendé comme un cocontractant d'un éditeur, et non d'un opérateur de réseau. De son côté, le CPCE ne connaît que des opérateurs de communications électroniques, définis par le 15° de l'article L. 32 comme « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques »<sup>41</sup>. Il existe donc un vide de régulation, qu'ont déploré nombre d'interlocuteurs de la mission.

Mais, dans la mesure où ce dispositif consiste essentiellement à assurer une veille des exclusivités de transport en vue de préserver la concurrence sur les marchés du haut et du très haut débit, dont l'ARCEP a la garde, avec l'Autorité de la concurrence, il apparaît naturel de confier cette nouvelle mission à l'ARCEP. Le président de cette autorité pourra alors, s'il constate que cette pratique est constitutive d'un abus de position dominante ou a pour effet d'entraver le libre exercice de la concurrence dans le secteur des communications électroniques, saisir l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et des communications électroniques, le cas échéant en urgence (l'Autorité de la concurrence dispose alors de trente jours ouvrables pour statuer). L'ARCEP pourrait en outre transmettre à l'Autorité de la concurrence et au CSA, à leur demande, les informations nécessaires à l'exercice de leur mission.

---

<sup>41</sup> En vertu du 2° du même article, les communications électroniques recouvrent notamment « les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle ».

### 1.3.2.2. Proposition subsidiaire : une régulation sectorielle de l'exclusivité de transport

#### Principe

L'exclusivité de transport conduit à une forme de gel partiel des droits : les chaînes ne sont pas nécessairement disponibles sur toutes les plates-formes, et, s'agissant de la ou des plates-formes sur lesquelles elles sont diffusées (principalement l'ADSL pour *Orange Sport* et *Orange Cinéma Séries*)<sup>42</sup>, ne sont accessibles qu'à ceux qui consentent à souscrire un abonnement *triple play* auprès de l'opérateur autorisé à diffuser. L'absence de migration des abonnés, donc d'effets anti-concurrentiels de cette stratégie, peut s'expliquer par le fait que les consommateurs préfèrent se priver de l'accès aux « contenus réservés » pour rester chez leur FAI. Cette situation, pour dommageable qu'elle puisse apparaître pour le consommateur, ne peut être directement appréhendée sous l'angle du droit de la concurrence.

S'il n'existe dans notre corpus juridique aucun droit général du consommateur à accéder aux contenus audiovisuels, cette considération d'intérêt général a déjà motivé l'adoption de l'article 13 de la loi n° 92-652 du 13 juillet 1992, désormais codifié à l'article L. 333-8 du code du sport, selon lequel l'absence de diffusion en direct d'extraits significatifs d'une manifestation ou d'une compétition sportive par le cessionnaire du droit d'exploitation permet à un autre diffuseur d'en assurer une diffusion partielle ou intégrale en accès libre (c'est-à-dire gratuitement). Ce dispositif pourrait servir de source d'inspiration.

Si l'on souhaitait traiter le problème de l'exclusivité de transport sous cet angle, une piste envisageable consisterait à doter une autorité sectorielle du pouvoir de mettre en demeure les distributeurs de modifier ou de mettre fin à des clauses ou des pratiques d'exclusivité de transport, non pas pour restaurer la concurrence sur les marchés du haut et du très haut débit, mais pour prévenir les atteintes excessives qu'elles portent à l'objectif de fluidité des contenus audiovisuels et d'accessibilité du consommateur à ces derniers. Cet objectif peut s'analyser comme le pendant de la préservation de la qualité et la diversité des programmes, celle-ci n'ayant réellement de sens que si ces programmes sont accessibles aux consommateurs.

La mission n'entend pas méconnaître le particularisme de la télévision payante<sup>43</sup>. Il ne s'agit certainement pas d'imposer une obligation générale d'accès mais de fixer un objectif d'accessibilité technique (et non tarifaire) devant guider l'action d'une autorité sectorielle, afin de cantonner la portée des exclusivités de transport et prévenir l'apparition et la généralisation de « silos audiovisuels ».

Cette seconde modalité de traitement de l'exclusivité de transport serait plus ambitieuse et, immanquablement, plus délicate à mettre en œuvre que la première. Elle ne paraît toutefois se heurter à aucun obstacle juridique, notamment pas la directive du 11 mai 2005 : les opérateurs pourraient tout

---

<sup>42</sup> La diffusion satellitaire est limitée aux zones non couvertes par l'ADSL.

<sup>43</sup> Ce dernier doit toutefois être relativisé : un même programme peut, selon l'éditeur puis le distributeur qui l'acquièrent et le modèle économique qu'ils ont choisi, relever de la télévision à accès libre ou de la télévision « sous condition d'accès ». Il y a indéniablement une porosité des deux secteurs, bien qu'ils constituent deux marchés distincts selon la Commission européenne (décision 2004/311/CE du 2 avril 2003, Newscorp / Telepiu, COMP/M.2876).

à fait continuer à se livrer à des pratiques de vente subordonnée (couplage offre *triple play* / offre de télévision payante).

### Modalités de mise en œuvre

L'intervention de l'autorité se justifierait principalement par l'ampleur des exclusivités pratiquées, la nature des offres de services de communication audiovisuelle couvertes, les plates-formes sur lesquelles elles sont proposées ainsi que les conditions auxquelles l'accès est subordonné, ces considérations étant mises en regard des justifications apportées par l'opérateur, notamment quant au caractère innovant du service. Une intervention pourrait se justifier, par exemple, par la diffusion sur une seule plate-forme du flux linéaire d'un nombre significatif de chaînes, surtout si elles sont d'une certaine attractivité. Elle pourrait porter sur tout distributeur, qu'il soit puissant ou non : il ne s'agit pas de mettre en place une régulation asymétrique en vue d'ouvrir un marché, mais de discipliner l'ensemble des acteurs dans l'intérêt du consommateur.

Ce pouvoir de dégroupage devrait s'accompagner d'un mécanisme de règlement des différends, afin que l'auto-distribution s'effectue dans de bonnes conditions et que le distributeur qui en fait l'objet ne cherche pas à priver d'effet l'obligation qui lui est faite par des manœuvres dilatoires. En revanche, la mission ne propose pas d'étendre ce pouvoir à l'ensemble des relations entre distributeurs et opérateurs de communications électroniques : une telle question dépasse le cadre du présent rapport et nécessite une réflexion plus globale sur les prérogatives respectives de l'ARCEP et du CSA.

### Autorité compétente

Ce pouvoir s'adresse principalement au distributeur ou, en cas d'intégration verticale, à l'opérateur pris en sa qualité de distributeur, puisque c'est lui qui accorde l'exclusivité au FAI en s'interdisant de livrer le signal à un autre opérateur. Ainsi, si, à l'expiration des engagements souscrits dans le cadre du rachat de Neuf Cegetel, Canal+ décidait d'accorder une exclusivité de transport à SFR, l'injonction de « *must-offer* » devrait, le cas échéant, s'adresser à Canal+, et non à SFR. Or, ainsi qu'il a été dit, l'ARCEP ne règle que les différends entre opérateurs de réseaux, et non ceux qui opposent les distributeurs aux opérateurs (par exemple, Canal+ et les FAI pour la diffusion de CanalSat sur l'ADSL). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les amendements parlementaires évoqués ci-dessus tendaient à la modification de la loi du 30 septembre 1986<sup>44</sup>.

Ces problèmes ne sont pas étrangers aux prérogatives actuelles du CSA. En vertu de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, il peut en effet être saisi par un distributeur de services ou un prestataire auquel il recourt (par exemple, un FAI) de « *tout différend relatif à la distribution d'un service de radio ou de télévision, y compris aux conditions techniques et financières de mise à disposition du public de ce service, lorsque ce différend (...) porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes (...)* ». Cette base juridique, qui n'a pas été utilisée par les concurrents d'Orange, paraît certes un peu ténue, le CSA ayant principalement vocation à régler les litiges opposant les éditeurs et les distributeurs, conformément à

---

<sup>44</sup> L'amendement au projet de loi relatif à la communication audiovisuelle concernait l'opérateur complètement intégré (éditeur-distributeur-FAI), alors que l'amendement à la proposition de loi relative à la lutte contre la fracture numérique visait spécifiquement le distributeur.

l'article 3-1 de la même loi. Mais elle montre que le conseil peut avoir à intervenir dans la relation aval, entre le distributeur et le diffuseur. On notera également que le référé en matière de communication audiovisuelle, prévu à l'article 42-10 de la loi du 30 septembre 1986, prévoit expressément l'hypothèse d'un recours du président du CSA contre un opérateur satellitaire.

En outre, dès lors que l'exclusivité de transport accordé par un distributeur suppose, en amont, que ce dernier jouisse d'une exclusivité de distribution, le pouvoir de régulation du marché de gros qui serait reconnu au CSA (*V. infra*) aurait une incidence directe sur la première pratique. Le regroupement des prérogatives au sein d'une même autorité se justifierait pas des considérations d'efficacité.

Pour l'ensemble de ces raisons, et bien qu'elle soit consciente du décalage existant entre la nature de cette prérogative, d'une part, et les principes de fonctionnement actuels du CSA, d'autre part, la mission a considéré qu'elle devrait être confiée à cette dernière autorité, après avis de l'ARCEP. Ce choix est toutefois subordonné à la condition *sine qua non* que son expertise technique soit renforcée (*V. infra*).

L'obligation de notification serait maintenue mais confiée au CSA, qui informerait sans délai l'ARCEP des informations qu'elle recueille, afin de lui permettre d'étudier les effets des exclusivités de transport sur les marchés du secteur des communications électroniques et, le cas échéant, d'en saisir l'Autorité de la concurrence.

#### **1.4. Conclusion de la première partie**

**La mission propose à titre principal de mettre en place le dispositif d'information et de surveillance prévu au point 1.3.2.1, qui lui paraît en définitive le plus approprié au regard des évolutions rapides du secteur et des stratégies largement imprévisibles des acteurs.**

La seconde option, présentée à titre subsidiaire, participe d'une démarche plus volontariste, puisqu'elle conduit à reconnaître, dans une certaine mesure, un intérêt juridiquement protégé du consommateur à accéder à des contenus audiovisuels, au-delà des dispositifs existants, et confère à la problématique de l'exclusivité de transport une dimension extra-concurrentielle. En l'état des constatations qui ont pu être faites, elle apparaît prématurée. C'est pourquoi la mission ne propose pas, à ce stade, d'y donner suite. Elle pourrait éventuellement être mise en œuvre dans un second temps, si le besoin s'en faisait sentir.

\*\*\*

## 2. La régulation du marché de gros de la télévision payante

Alors que sa saisine portait essentiellement – sinon exclusivement - sur l'exclusivité de transport pratiquée par Orange (ce qui explique que le CSA et l'ARCEP aient eux-mêmes concentré leur réflexion sur cette problématique), l'Autorité de la concurrence a estimé nécessaire d'élargir la réflexion au fonctionnement du marché de gros de la télévision payante et des exclusivités de distribution qui s'y déploient. Conformément aux termes de la lettre de mission, ce volet des préconisations de l'Autorité, qui conditionne en partie l'avenir du secteur de la télévision payante, a également été expertisé par la mission.

### 2.1. *L'ouverture du marché de gros de la télévision payante suppose d'encadrer les exclusivités de distribution de manière souple*

#### 2.1.1. La nécessité d'une ouverture du marché de gros de la télévision payante

De nombreuses raisons militent en faveur d'une telle ouverture.

- Elle contribue à dynamiser les marchés amont, en garantissant en principe une rémunération supérieure aux chaînes et, derrière elles, aux ayants droit.
- Elle limite la dépendance des chaînes à l'égard du distributeur dominant, qui peut être tenté d'user de son pouvoir de marché dans un sens excessivement préjudiciable aux intérêts de celles-ci, notamment des plus vulnérables d'entre elles. Les éditeurs qui ne sont pas adossés à un groupe puissant se trouvent aujourd'hui en position de faiblesse dans la négociation, ce qui peut aussi les dissuader de saisir le CSA dans le cadre de son pouvoir de règlement des différends.
- Elle favorise l'innovation dans le secteur de l'audiovisuel, les distributeurs cherchant à se différencier non seulement sur la nature des programmes diffusés, mais aussi sur la qualité de cette diffusion et la richesse de l'offre de services associés. De fait, les principales innovations dans la période récente (télévision de rattrapage, VoD...) sont le fruit des efforts des distributeurs alternatifs, plus que de Canal+.
- Elle s'accompagne d'une diversification des offres, en particulier si les distributeurs alternatifs se positionnent sur des segments différents de celui investi par le distributeur dominant. Orange est ainsi le seul à proposer des contenus premium « à la carte », sans systématiquement obliger le consommateur à payer à la fois pour le sport et le cinéma. L'auto-distribution de ces contenus permettrait aux consommateurs de choisir entre deux bouquets - l'un (à plus de 30 €), retransmettant 90 % des matchs de la ligue 1, l'autre (à 6 €), couvrant les 10 % restants -, à moins qu'ils ne préfèrent souscrire aux deux offres.
- Enfin, l'ouverture du marché de gros permettrait de limiter la captation de la valeur en amont par le distributeur dominant, et de rééquilibrer le partage de cette valeur au profit des

opérateurs télécom, ce qui les inciterait à investir davantage dans les réseaux à très haut débit (fibre optique).

De fait, l'arrivée d'Orange, tant sur le marché primaire que sur ce marché de gros, a été favorablement accueillie par nombre d'ayants droit, à commencer par la LFP. Les négociations avec les syndicats de producteurs de cinéma français et les sociétés d'auteurs ont été plus âpres, mais ont abouti à un accord soumettant le bouquet *Orange Cinéma Séries* à des obligations d'investissements dans la création audiovisuelle (6 % des recettes d'abonnements pour le financement des productions patrimoniales pendant 5 ans), depuis remplacé par un accord signé en novembre 2009 prévoyant un investissement d'au moins 80 M€ sur 3 ans pour le cinéma français et européen. **Dans l'ensemble, les acteurs auditionnés se sont donc montrés favorables à une plus grande concurrence sur le marché de gros.**

Une double nuance doit toutefois être apportée à ce constat.

La mission a décelé, chez nombre d'interlocuteurs, une forme de résignation à l'idée, soutenue par Canal+, que ce marché restreint ne pourrait accueillir deux distributeurs de taille significative. Cette vision du marché, appuyée sur le précédent TPS mais aussi sur l'exemple britannique (échec de Setanta), n'est sans doute pas sans fondement, si l'on considère deux distributeurs opérant sur le même créneau de consommation. Ces exemples montrent d'ailleurs qu'une telle compétition peut être fortement destructrice de valeur. Pour autant, et même si les personnes auditionnées étaient partagées sur ce point, il semble qu'il existe un créneau pour une offre de télévision payante intermédiaire, moins riche que les principaux bouquets de Canal+ mais financièrement plus accessible pour les consommateurs (de l'ordre de 10 à 15 € par mois), et qui constitue un segment de marché encore peu exploré aujourd'hui. Canal+ a elle-même lancé il y a peu un bouquet à 15 € par mois, ce qui accrédite cette thèse.

Parallèlement, les ayants droit ont attiré l'attention de la mission sur le risque que les FAI n'instrumentalisent les contenus pour en faire de simples produits d'appel leur permettant de renforcer leur position sur le marché du haut débit et du très haut débit. Non sans raisons, nombre d'entre eux restent attachés historiquement à Canal+ en raison des investissements consentis de longue date par l'entreprise dans le cinéma français. Cette préoccupation ne doit pas être négligée, mais elle dépasse quelque peu l'objet de la mission et ne saurait remettre en cause l'intérêt de dynamiser la concurrence sur le marché de gros.

### 2.1.2. Les exclusivités de distribution contribuent puissamment à la fermeture du marché, mais elles doivent être appréhendées avec précaution

Sans être systématiques, comme elles le sont sur le marché primaire, les exclusivités sont relativement fréquentes sur le marché de gros de la télévision payante et, en tous cas, bien plus répandues que dans tout autre secteur de l'économie. Cette caractéristique s'explique essentiellement par le souhait des distributeurs de différencier au maximum leurs offres auprès du grand public.

Cette forme d'exclusivité n'est qu'indirectement préjudiciable au public. Contrairement à l'exclusivité de transport, elle ne l'empêche nullement d'accéder aux chaînes et programmes de son choix, puisqu'il peut librement s'abonner à l'offre d'un distributeur indépendamment de la plate-forme et, s'agissant de l'ADSL, du FAI choisis. Elle a en revanche pour effet de renchérir les coûts d'accès pour le

consommateur puisqu'il lui faut s'abonner à deux offres distinctes pour bénéficier de chaînes ou de programmes se trouvant seulement dans l'une ou l'autre. Le téléspectateur ne peut, en effet, constituer sa grille de programmes « à la carte », en additionnant des « briques » individuelles : il reste captif des bouquets offerts par les distributeurs. Tel était le cas, par exemple, avant la fusion Canal+ / TPS, de la diffusion de la ligue 1 de football, partagée entre ces deux distributeurs. **Du point de vue du consommateur, l'exclusivité de distribution érige essentiellement une barrière financière à l'accès aux contenus là où l'exclusivité de transport la double d'un obstacle technique.**

Mais l'exclusivité de distribution pratiquée sur des contenus bien ciblés par un opérateur puissant et intégré verticalement est de nature à verrouiller le marché de gros de la télévision payante, puisqu'elle empêche les distributeurs concurrents de composer des bouquets qui leur soient propres à partir des chaînes non « dégroupées ». Elle les contraint ainsi à investir le marché de l'édition, en acquérant directement les contenus auprès des ayants droit.

Enfin, **l'exclusivité de distribution porte en germe le risque d'une concurrence stérile pour l'acquisition de contenus en vue de leur simple diffusion.** A l'inverse, la fluidité des contenus audiovisuels et leur disponibilité auprès de différents distributeurs incitent ces derniers à se différencier non sur la nature des contenus, mais sur leur valorisation, en particulier par le développement de modes de diffusion innovants.

**En dépit de ces inconvénients, et comme la majorité des acteurs auditionnés s'en est fait l'écho, il convient d'appréhender l'exclusivité de distribution avec précautions, pour deux raisons principales.**

D'une part, elle peut être favorable à la concurrence si elle est pratiquée par un nouvel entrant, en lui offrant la possibilité d'amortir les investissements qu'il consent, puisqu'il sera le seul à diffuser un contenu donné. C'est la raison pour laquelle les autorités de concurrence se montrent traditionnellement souples, sinon bienveillantes, à l'égard de telles exclusivités, lorsqu'elles sont le fait de nouveaux entrants. La pratique de la Commission européenne le montre :

- Décision du 3 mars 1999, *TPS*, à propos de la convention d'exclusivité pour la diffusion de TF1, M6, France 2 et France 3 au profit de TPS (n° 1999/242, JOCE, L. 90, p. 6, confirmée par TPICE, 18 septembre 2001, aff. T-112/99) : l'exclusivité des grandes chaînes permet à TPS de « constituer une offre attrayante, différente de celle de ses concurrents, et contourner les difficultés d'accès aux droits relatifs au cinéma et aux sports », ces chaînes constituant un « élément différenciateur et un produit d'appel indispensable (...) pour la pénétration du marché de la télévision à péage, dominé jusqu'ici par le groupe Canal+ ». La Commission a admis une exclusivité d'au moins trois ans.
- « Lettre de confort » de 1993 de la Commission admettant une exclusivité de 5 ans (mais non de 7) entre la Fédération anglaise de football, la BBC et BskyB au motif que celle-ci avait besoin d'une exclusivité suffisamment longue pour pénétrer le nouveau marché de la diffusion par satellite.
- Décision du 23 novembre 2000, *Audiovisual sport* (IP/00/1352 du 23 novembre 2000) où la Commission a admis une exclusivité de 3 ans pour la diffusion en *pay per view* des matchs de

football espagnols dans le pays en raison des risques pris par le diffuseur dans l'introduction d'une nouvelle technologie.

D'autre part, et de manière plus structurelle, l'exclusivité de distribution constitue un élément essentiel de **l'équilibre économique des chaînes**, quelle que soit leur taille. En moyenne, et bien qu'elle ait eu tendance à baisser dans la période récente, la rémunération versée par le distributeur (« redevance ») représente près de 60 % des recettes des chaînes payantes<sup>45</sup> ; rares sont celles qui se sont affranchies de cette dépendance<sup>46</sup>. L'exclusivité constitue donc l'un des déterminants de la valeur de la chaîne. En outre, si l'exclusivité de distribution réduit le niveau d'exposition de la chaîne, donc les recettes publicitaires, cet inconvénient tend à s'atténuer dès lors que les chaînes payantes s'efforcent parallèlement de s'affranchir de la manne publicitaire<sup>47</sup>, largement captée par les chaînes de la TNT gratuite. Dans ce contexte, de nombreuses chaînes thématiques dépendent aujourd'hui de la prime d'exclusivité que leur verse Canal+. Elles sont d'autant plus vulnérables que l'édition est une activité caractérisée par la prépondérance des coûts fixes.

La plupart des personnes auditionnées ont exprimé leur doute quant à la viabilité d'un modèle économique alternatif à celui des exclusivités de distribution. Il n'est effectivement pas certain qu'une concurrence entre distributeurs pour une diffusion non exclusive permettrait de compenser la perte de la prime d'exclusivité qui en résulterait. On constate au contraire, notamment dans la littérature consacrée à ce sujet citée par l'Autorité (pt. 57), que la propension des distributeurs à payer pour acquérir le droit de diffuser une chaîne de manière non exclusive est considérablement plus faible que pour une diffusion exclusive. Ceci explique en partie que l'appel d'offres lancé par TF1 et M6 au cours de l'été 2009 pour la diffusion non exclusive de plusieurs de leurs chaînes (LCI, Histoire, TV Breizh, Ushuaia TV, Eurosport et Eurosport 2) soit resté infructueux, contraignant ces derniers à proroger les contrats d'exclusivité qui les liaient avec Canal+, comme le permettaient les engagements figurant dans l'autorisation ministérielle de concentration. Une partie de la doctrine estime ainsi que les effets négatifs de l'exclusivité de distribution pour les consommateurs sont sur-compensés par les externalités positives qu'elle produit, en particulier l'incitation à investir dans les contenus, qui peut également bénéficier (indirectement) aux téléspectateurs non-abonnés<sup>48</sup>.

L'appel d'offres mentionné ci-dessus ne saurait toutefois avoir valeur de test général<sup>49</sup>. Dès lors qu'un nombre croissant de personnes s'abonnent à des offres de télévision payante et que l'exposition des chaînes augmente, les recettes publicitaires qui s'ajouteraient à la redevance versée par les distributeurs non-exclusifs pourraient compenser la perte de la prime d'exclusivité. C'est la conclusion à

---

<sup>45</sup> Contre 15 % pour la publicité (l'essentiel des recettes publicitaires étant concentrées sur une vingtaine de chaînes) et 25 % pour les « autres produits » (interactivité, vente de programmes, prestation technique, diversification). Source : Guide des chaînes numériques, mars 2009.

<sup>46</sup> Citons, à titre de contre-exemple, les chaînes *Equidia* et *Euronews*, qui reposent sur des modèles économiques tout à fait atypiques (lien avec le PMU dans le premier cas, cadre et soutien européens dans le second).

<sup>47</sup> Celle-ci représente moins de 15 % en 2009 et est fortement concentrée (20 chaînes totalisent 87 % des recettes publicitaires).

<sup>48</sup> J. Stennek, *Exclusive Quality – Why exclusive distribution may benefit the TV-viewers*, IFN Working Paper No. 691, 2007.

<sup>49</sup> Les résultats de cet appel d'offres doivent être analysés avec prudence. Plusieurs personnes auditionnées ont fait valoir en effet que TF1 avait intérêt à démontrer l'absence de viabilité d'un modèle de non-exclusivité dans le cadre du contentieux relatif aux engagements de Canal+ devant l'Autorité de la concurrence, et que Canal+, titulaire des exclusivités sur les chaînes en cause, n'était pas incitée à proposer un montant important pour une diffusion non exclusive.

laquelle aboutit l'Ofcom, à l'issue de sa consultation sur la mise en place d'une régulation du marché de gros de la télévision payante britannique. A plus long terme, le cantonnement des exclusivités de distribution pourrait susciter un déplacement de l'enjeu concurrentiel, dans un sens favorable aux intérêts des consommateurs : les distributeurs se livreraient moins bataille sur la captation des chaînes premium en vue de leur diffusion linéaire que sur la qualité et le caractère novateur de la diffusion des contenus (services associés, haute définition, 3D...), ce qui encouragerait les investissements technologiques, de préférence à la surenchère dans l'acquisition des droits.

La mission considère qu'il n'est pas indispensable de trancher ce débat à ce stade. L'ouverture du marché de gros ne requiert assurément pas un dégroupage généralisé des chaînes. Il n'est nullement nécessaire de permettre à tous les distributeurs d'intégrer dans leurs bouquets l'ensemble des chaînes premium existantes, mais de garantir que les exclusivités sur ces chaînes ne procèdent pas d'une politique d'éviction abusive du distributeur dominant et ne sont pas d'une ampleur telle qu'elles privent les distributeurs du « minimum vital » pour confectionner leurs propres bouquets<sup>50</sup>.

**En définitive, le principal obstacle à l'ouverture du marché de gros réside moins dans le principe de l'exclusivité de distribution que dans ses modalités, en particulier :**

- **l'ampleur des relations d'exclusivité** qui lient, souvent de longue date, Canal+ et les éditeurs. Les engagements de dégroupage pris dans le cadre de la fusion avec TPS expireront en 2012, ce qui se traduira par un renforcement de la position déjà dominante de cet acteur et privera des distributeurs émergents de la possibilité de composer leurs propres bouquets sur la base des chaînes transitoirement dégroupées.
- le particularisme des **relations d'exclusivité au sein du groupe Canal+**.
- le **montant de la prime d'exclusivité** que les distributeurs alternatifs ne peuvent – ou ne sont pas prêts – à acquitter pour concurrencer Canal+. Des primes d'exclusivité élevées créent par ailleurs une rente de situation pour les chaînes, qui peut les dissuader de chercher à améliorer la qualité des programmes qu'elles proposent ou l'adaptation de leur ligne éditoriale aux attentes des consommateurs. Elle peut donc provoquer une forme d'« assouplissement audiovisuel ».
- Dans une moindre mesure, la **durée de l'exclusivité** : elle est en général de trois ans, mais est parfois portée à cinq ans, ce qui peut avoir pour effet de verrouiller durablement le marché.

En revanche, il ne semble pas que l'opacité des contrats d'exclusivité dénoncée par l'Autorité de la concurrence (pt. 48 et 168) constitue une véritable barrière à l'entrée, bien qu'elle ait pu, par le passé, être entretenue par les acteurs du marché de gros. La majorité des éditeurs indiquent désormais accepter de communiquer à tout distributeur qui leur en fait la demande la date à laquelle les contrats

---

<sup>50</sup> Dans cet ordre d'idée, le Conseil de la concurrence a estimé, dans sa décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relatives aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, Ldcom et 9Telecom, qu'il ne résultait pas de l'instruction, à l'époque, que la diffusion de ces chaînes, par ailleurs gratuites sur la télé, « constituerait, pour un offreur de télévision payante telle la société Free, un enjeu crucial et soit indispensable à l'élaboration d'une offre économiquement viable » (pt. 137).

d'exclusivité qui les lient à Canal+ ou à un autre distributeur expirent. La minorité des éditeurs qui n'y procèdent pas s'engagent, en revanche, à contacter le distributeur intéressé peu avant l'échéance des contrats, ce qui lui confère une moindre visibilité mais ne le prive nullement de la possibilité de concourir efficacement pour obtenir cette exclusivité.

Au total, si les effets de l'exclusivité de distribution apparaissent moins dommageables que ceux de l'exclusivité de transport, les modalités selon lesquelles elle est pratiquée peuvent empêcher durablement les distributeurs concurrents de pénétrer le marché de gros de la télévision payante.

## ***2.2. Les objections émises à l'encontre d'une régulation ex ante apparaissent surmontables***

Si l'on excepte Canal+, qui y est évidemment opposée, les objections émises à l'encontre de ce volet des préconisations de l'Autorité de la concurrence sont globalement moins fortes qu'à l'encontre du premier, bien qu'il n'ait pas non plus, en sens inverse, suscité un enthousiasme démesuré des personnes auditionnées.

La plupart des éditeurs mettent en avant le risque d'une déstabilisation du modèle économique de la plupart des chaînes et les conséquences d'une telle régulation sur leur survie. Ainsi qu'il a été dit, le dégroupage peut effectivement fragiliser la pérennité des chaînes concernées. Mais un usage circonscrit et judicieux de cette prérogative permettrait vraisemblablement d'obvier à cette difficulté (*V. infra*).

Les autres parties prenantes se montrent, dans l'ensemble, sceptiques ou dubitatives sur l'effectivité d'une telle intervention publique, pour deux raisons principales, dont aucune n'a paru décisive aux yeux de la mission.

### **2.2.1. La faisabilité pratique**

La télévision payante, compte tenu de son particularisme et de la place qu'y occupe l'exclusivité de distribution, serait rétive à la régulation, selon certains interlocuteurs. Les négociations entre les éditeurs et les distributeurs ne se réduisent pas à un jeu simple d'offre et de demande de chaînes, mais tiennent compte de nombreux paramètres (nombre de chaînes, confection des bouquets, exposition...) qu'une autorité de régulation dotée d'un pouvoir de dégroupage ne peut appréhender sans risque. Par ailleurs, la mise en œuvre des engagements contractés par Canal+ à l'occasion de sa fusion avec TPS et le contentieux introduit devant l'Autorité de la concurrence sur ce sujet montrent qu'il est délicat de prévenir une dégradation de la qualité des chaînes dégroupées.

Ces arguments sont sérieux mais n'ont pas paru dirimants à la mission. Comme on le verra, ils questionnent moins le principe de la régulation que ses modalités. Ainsi, le biais dénoncé par les distributeurs concurrents de Canal+ concernant ses engagements s'explique par la conjonction de trois facteurs, qui tiennent à ce que les chaînes dégroupées sont éditées par le distributeur dominant (ce qui lui permet d'en moduler la qualité), qu'elles ne sont pas commercialisées sous sa marque (ce qui lui évite de subir les effets d'une baisse de qualité sur sa propre image) et qu'elles se trouvent en concurrence avec d'autres chaînes éditées par ce dernier (cas de TPS Star en particulier). En outre, l'absence de véritable encadrement tarifaire du dégroupage dans le cadre des engagements peut

expliquer la faible appétence des distributeurs concurrents pour ces chaînes, qu'ils jugent trop chères au regard de leur contenu.

Les expériences et projets menés à l'étranger montrent qu'une régulation du marché de gros est délicate mais n'est pas impossible. Nombre de pays étrangers ont encadré l'exclusivité de distribution par des mécanismes de *must-offer*, soit, comme en France, à l'occasion d'une fusion (Italie et Espagne), soit de manière permanente (Etats-Unis). En Italie, cette obligation porte sur les contenus premium de Sky Italia, qu'il s'agisse de « chaînes premium » ou de contenus premium diffusés sur des chaînes de base. L'Espagne et les Etats-Unis imposent une condition tenant à la part prise par le distributeur dans l'édition de la chaîne : aux Etats-Unis, les chaînes détenues à hauteur de 5 % au moins par un distributeur sur le satellite doivent être mises à la disposition des distributeurs concurrents, sous réserve d'exclusivités qui peuvent être autorisées au cas par cas, dans des conditions restrictives (essentiellement pour favoriser l'investissement dans les chaînes). En Espagne, Digital+ devait mettre à la disposition des distributeurs tiers 20 % de ses chaînes, dont une chaîne premium. L'Australie impose une obligation de mise à disposition des bouquets de Foxtel à tous les distributeurs (qui peuvent les commercialiser, en tant que revendeurs), et un *must-offer* sur certaines chaînes seulement pour leur permettre de constituer leurs propres bouquets.

Certes, ces différentes tentatives n'ont pas toujours eu les effets escomptés. Si l'expérience américaine apparaît comme une réussite, les obligations imposées par les autorités espagnoles et italiennes n'ont pas réellement porté leurs fruits. Mais les causes de ces échecs tiennent davantage à la manière dont la régulation a été imposée. Tenant compte de ce bilan international, l'Ofcom britannique envisage aujourd'hui de contraindre Sky, distributeur dominant, à mettre à la disposition d'autres distributeurs les chaînes premium qu'il édite, à un prix régulé. Ce parallèle est d'autant plus intéressant que le marché britannique présente nombre d'analogies avec son homologue français, en dépit d'une moins forte présence des FAI dans le premier cas.

Au total, si l'exercice est inévitablement délicat, aucune objection décisive n'a été formulée à l'encontre du principe d'une telle régulation.

### 2.2.2. La capacité du CSA à piloter cette régulation

La régulation du marché de gros de la télévision payante, qui concerne les relations entre les éditeurs de chaînes et les distributeurs de télévision payante, doit logiquement incomber au CSA. Tel est l'esprit de l'avis de l'Autorité de la concurrence. Aucune autre autorité administrative indépendante ne semble en mesure d'assurer une telle mission. Quant aux administrations de l'Etat, il serait pour le moins inhabituel de les charger d'un tel rôle et il est probable qu'elles ne seraient pas en mesure de le jouer, comme en témoigne les lacunes du suivi, par la DGCCRF, des constats du mandataire des engagements souscrits à l'occasion de la fusion Canal+ / TPS. Il est vrai, toutefois, que le transfert des attributions en matière de concentration à l'Autorité de la concurrence a créé une incertitude quant à la responsabilité et aux modalités de contrôle de ces engagements.

La plupart des personnes auditionnées ont toutefois exprimé un doute quant à la capacité du CSA à assumer un rôle de régulateur économique du marché de gros de la télévision payante, analogue à celui de l'ARCEP sur le marché de l'ADSL.

Le CSA ne dispose aujourd'hui que d'une prérogative participant d'une logique de régulation : le règlement des différends prévu à l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986, issu de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, qui lui permet, sur saisine d'un éditeur ou d'un distributeur, de mettre fin, le cas échéant en saisissant le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat sur le fondement de l'article 42-10 de la même loi, aux atteintes portées par la distribution d'un service télévision au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes. Le CSA peut également connaître des différends portant sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur et un distributeur de services.

Ce pouvoir conduit le CSA à se prononcer, au gré des affaires dont il est saisi, sur le caractère équitable et non discriminatoire de la rémunération versée par un distributeur à un éditeur. Mais il ne lui permet pas d'appréhender globalement la problématique de la chaîne de valeur des contenus audiovisuels, notamment les effets de distorsion de concurrence que peuvent comporter les pratiques d'exclusivité de distribution. De fait, cette prérogative sert principalement, pour le CSA, à garantir que le distributeur dominant qu'est Canal+ n'utilise pas de son pouvoir de marché au détriment des chaînes (V. par exemple la décision n° 2007-471 du 17 juillet 2007 relative à un différend opposant les sociétés Voyage et CanalSatellite). Il est rare qu'il soit utilisé pour obliger un éditeur à offrir une chaîne à un distributeur, même s'il existe au moins un précédent en ce sens, fondé sur le principe de non-discrimination<sup>51</sup>. Le mécanisme de règlement des différends comporte en outre un biais, qui tient au fait que les éditeurs les plus vulnérables peuvent être dissuadés de saisir le CSA.

La régulation *ex ante* du marché de gros relève d'une logique sensiblement différente. Le CSA présente à cet égard trois caractéristiques qui ne le prédisposent pas à assumer une telle mission :

- D'une part, sa préoccupation première n'est pas la concurrence mais la protection du pluralisme et de la diversité des programmes, qui passe traditionnellement par des obligations de reprise (*must-carry*) plutôt que des obligations de distribution (*must-offer*). Ces deux objectifs ne sont certes pas étrangers l'un à l'autre ; mais ils ne vont pas nécessairement de pair.
- D'autre part, la proximité entre le CSA et les acteurs du secteur peut faire craindre que cette autorité fasse un usage trop modéré de ses pouvoirs ou le fasse dans des conditions biaisées.
- Enfin, le CSA ne dispose pas d'une expertise technique analogue à celle de l'ARCEP, notamment dans le domaine économique.

La mission considère que ces objections sont surmontables. La dernière requiert simplement que l'autorité se dote des moyens humains et matériels idoines. L'élargissement des missions statutaires de l'autorité et son renforcement technique permettront vraisemblablement de répondre à la première objection : il lui appartiendra, dans ses décisions, de veiller à ce que l'ouverture du marché de gros ne

---

<sup>51</sup> Décision du CSA n° 2008-523 du 8 juillet 2008, AB Sat c/ Métropole Télévision : M6 étant proposée à la plupart des distributeurs en non-exclusif, le CSA a estimé qu'elle devait également l'être à AB Sat.

se traduise pas par la disparition de chaînes dans des conditions susceptibles de menacer le pluralisme et la richesse de l'offre télévisuelle.

La principale difficulté réside *in fine* dans le positionnement traditionnel du CSA à l'égard des chaînes et des distributeurs. C'est à une sorte de révolution culturelle que cette autorité serait conviée. En tout état de cause, l'obligation qui lui serait faite de publier ses décisions peut constituer une incitation forte à accomplir cette reconversion, du moins pour l'exercice des attributions qui lui seraient confiées dans le cadre de cette réforme.

### ***2.3. Les instruments de la régulation devraient être inspirés du « Paquet Télécom » mais adaptés aux spécificités du secteur audiovisuel***

#### **2.3.1. Analyse de marché et surveillance**

Par analogie avec le secteur des communications électroniques, le CSA serait chargé de délimiter les marchés pertinents du secteur de la télévision payante. Il importe que l'autorité ait une vision globale de ce secteur, et non limitée au marché de gros, afin de mieux appréhender les stratégies des opérateurs verticalement intégrés.

Il appartiendrait ensuite au CSA d'identifier le ou les distributeurs puissants sur ces marchés, c'est-à-dire ceux qui se trouvent dans une position équivalente à une position dominante leur permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients, de leurs fournisseurs et des consommateurs. Cette analyse devrait être menée en considération des positions des acteurs sur chacun des marchés du secteur, en particulier sur le marché de gros et sur le marché de la distribution (« marché de détail »). Elle se ferait après consultation systématique de l'Autorité de la concurrence sur l'un et l'autre point.

Après réflexion, la mission n'a pas estimé opportun de prévoir qu'un éditeur pourrait, en cette seule qualité, être regardé comme puissant, dans la mesure où cette activité se prête mal à une telle caractérisation et où les remèdes envisagés ne portent en réalité que sur les distributeurs dominants, le cas échéant verticalement intégrés. Il ne s'agit pas de réguler le marché amont de l'acquisition des droits. En revanche, la circonstance qu'un distributeur soit également fortement présent sur l'activité d'édition, en particulier sur les contenus premium, voire sur la production de ces derniers conduira plus aisément à la qualification de distributeur réputé exercer une influence significative sur les marchés du secteur des communications audiovisuelles payantes.

Le CSA serait destinataire de l'ensemble des informations relatives aux exclusivités dont bénéficie un distributeur puissant, qu'il s'agisse des contrats d'exclusivité conclus avec un éditeur tiers, ou des relations d'exclusivité au sein d'un acteur intégré. Il est particulièrement important que le conseil soit informé du champ exact des exclusivités accordées, notamment en matière de diffusion non linéaire, en raison de la relative opacité qui règne en la matière.

La rémunération versée par un distributeur puissant aux éditeurs devrait être décomposée, plate-forme par plate-forme, afin de faire apparaître les coûts de programme (acquisition des droits, coûts de programmation), les coûts de commercialisation (marketing, publicité, relations commerciales...) et les coûts de transport. Cette transparence est particulièrement nécessaire pour les réseaux émergents,

comme la fibre optique, afin de permettre aux éditeurs de déterminer s'il est plus avantageux pour eux de proposer leurs chaînes en exclusivité ou non sur ces réseaux. Des obligations comptables seraient imposées en ce sens.

Le CSA devrait également identifier les contenus audiovisuels « premium », c'est-à-dire ceux qui lui paraissent indispensables à la constitution d'une offre suffisamment attractive par un distributeur, et qui doivent donc faire l'objet d'une vigilance particulière.

Cette veille permettrait au CSA de saisir l'Autorité de la concurrence, conformément au troisième alinéa de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, lorsqu'elle constate que les modalités selon lesquelles est pratiquée l'exclusivité, en particulier la prime d'exclusivité versée aux éditeurs, a pour objet et pour effet d'évincer les concurrents de l'opérateur puissant. Il appartiendrait alors à l'Autorité d'apprécier l'existence d'un abus de position dominante ou d'une entente.

Par ailleurs, le CSA sera mieux à même, sur la base des informations régulières dont il disposera ainsi, d'éclairer l'Autorité de la concurrence lorsque celle-ci, comme elle y est tenue par le même article 41-4, le saisit dans le cadre des procédures ouvertes pour pratiques anti-concurrentielles dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels.

### 2.3.2. Remèdes

La mission propose de doter le CSA de remèdes équivalents à ceux dont dispose l'ARCEP pour réguler les marchés de gros des communications électroniques (publicité de certaines informations, obligations comptables...), sous réserve de certaines adaptations.

Elle s'est interrogée sur l'opportunité de prévoir une consultation obligatoire de l'Autorité de la concurrence préalablement au prononcé de telles mesures. Le code des postes et des communications électroniques ne le prévoit pas pour l'ARCEP, mais les décisions que cette dernière est susceptible de prendre à ce titre donnent lieu à la consultation préalable de la Commission européenne (article D. 303 du code des postes et des communications électroniques). Or, cet encadrement communautaire fait défaut ici. Par ailleurs, l'avis de l'Autorité de la concurrence permettrait utilement d'éclairer le CSA quant aux incidences concurrentielles des décisions qu'il s'appête à prendre.

Toutefois, la mission n'a pas estimé souhaitable d'introduire une telle obligation consultative. Outre qu'elle alourdirait la procédure, elle traduirait à ses yeux une trop forte immixtion de l'Autorité de la concurrence dans l'intervention d'une régulation sectorielle *ex ante* et n'inciterait pas le CSA à développer sa propre réflexion. Au demeurant, le modèle français de régulation a toujours admis une certaine forme d'émulation entre les autorités sectorielles et l'autorité en charge de la concurrence. La sécurisation des décisions du CSA passe avant tout par le renforcement de ses capacités d'expertise et de décision. En tout état de cause, le dernier alinéa de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 permet au CSA de recueillir, s'il le souhaite, l'avis de l'Autorité de la concurrence : il lui reviendra d'apprécier, au cas par cas, si une telle consultation est utile ou nécessaire.

### 2.3.2.1. Injonction d'offrir (« must-offer »)

#### Objectif et champ d'application

La mission estime nécessaire de traiter *ex ante* le problème résultant de la puissance des distributeurs verticalement intégrés dont ceux-ci peuvent user en vue d'évincer les distributeurs concurrents, sans que l'Autorité de la concurrence puisse nécessairement, à ce stade, y remédier. A la différence des éditeurs tiers, un éditeur de chaînes premium qui se trouve parallèlement en position dominante sur le marché de la distribution est tenté de refuser aux distributeurs concurrents l'accès à ces chaînes, alors même que ces derniers lui en proposent un prix objectivement acceptable. Son comportement n'est plus guidé par la rémunération qu'il pourrait tirer de la chaîne en tant qu'éditeur, mais par les profits qu'il peut retirer de sa distribution exclusive et de l'éviction des autres distributeurs.

Pour remédier à cette situation, la mission propose de doter le CSA d'un pouvoir d'injonction d'offrir (*must-offer*) qui pourrait porter sur toute chaîne éditée par un acteur puissant sur le marché de gros (concrètement, un distributeur puissant éditant des chaînes premium), ainsi que sur les services de médias audiovisuels à la demande correspondants. Le remède devrait s'étendre, par analogie avec les engagements souscrits lors de la fusion Canal+ / TPS, aux chaînes dites « adossées » au distributeur dominant, qui peuvent être tentées d'avantager ce dernier. La mission propose toutefois de définir ces chaînes adossées comme celles qui sont contrôlées directement ou indirectement par les sociétés détenant au moins 10 % du capital du distributeur dominant, et non 5 % comme dans les engagements. Ce seuil de 10 % qui, lorsqu'il est atteint par une personne physique ou morale, doit donner lieu à information du CSA en vertu de l'article 38 de la loi du 30 septembre 1986, apparaît plus adapté au regard des justifications qui sous-tendent l'injonction d'offrir<sup>52</sup>.

La détermination des services à dégrouper devrait reposer sur une analyse fine des contenus, genre par genre, afin que le remède soit proportionné à ce qui est indispensable à l'ouverture du marché de gros : il peut s'avérer nécessaire de dégrouper une ou plusieurs chaînes premium, ou des chaînes « basiques » contenant certains contenus premium<sup>53</sup>. A titre d'exemple, il ne saurait être question de dégrouper l'ensemble des chaînes « premium » éditées par Canal+, ni même, nécessairement, la chaîne Canal+ elle-même. L'objectif est de garantir que, compte tenu de l'ensemble des exclusivités dont jouit l'opérateur puissant, les distributeurs alternatifs ne se trouvent pas privés, de fait, de la possibilité d'inclure dans leurs bouquets une proportion suffisante de chaînes attractives.

Ce mécanisme d'injonction prendrait ainsi le relais des engagements souscrits dans le cadre de la concentration Canal+ / TPS. Toutefois, à la différence de ces derniers, la mission pense que l'injonction doit aller au-delà de la simple obligation de proposer la chaîne sans discrimination à l'ensemble des distributeurs et inclure une dimension tarifaire (V. *infra*).

S'agissant des éditeurs non adossés (ou éditeurs tiers), la mission est d'avis de leur réserver un traitement particulier. D'une part, la surveillance du CSA sur la prime d'exclusivité, son pouvoir de

---

<sup>52</sup> En l'état, seules les chaînes du groupe Lagardère, actionnaire à hauteur de 20 % de Canal+ France, seraient concernées. Ce groupe a toutefois manifesté son intention de se retirer du capital de l'entreprise en 2010.

<sup>53</sup> V. par analogie la décision d'autorisation de concentration Newscorp / Telepiu de la Commission européenne, imposant un dégroupage de bouquets ou de chaînes premium, mais aussi de chaînes de base incluant des contenus premium (Décision du 2 avril 2003, n° COMP/M. 2876, Newscorp / Telepiu).

règlement des différends et l'intervention *ex post* de l'Autorité de la concurrence devraient puissamment contribuer à discipliner un distributeur dominant dans les conditions qu'il offre aux chaînes tierces les plus attractives (prime excessive), et ainsi limiter les effets de fermeture qui résultent du réseau d'exclusivités tissé par l'entreprise avec ces éditeurs. D'autre part, une obligation de dégroupage portant sur ces chaînes risquerait de pénaliser avant tout les éditeurs tiers, et non le distributeur dominant. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire, en cas d'inefficacité avérée du dégroupage de chaînes éditées par Canal+ ou par des éditeurs adossés (soit parce que ce dégroupage n'est pas suffisant, soit parce qu'il serait disproportionné au regard de l'objectif de stimulation de la concurrence sur le marché de gros), que le CSA pourrait intervenir dans les relations d'exclusivité entre le distributeur dominant et les éditeurs tiers, principalement ceux qui proposent des chaînes à forte audience. Cette intervention pourrait consister, *a minima*, à limiter la durée d'une exclusivité si celle-ci s'avère excessive au regard des investissements consentis et du caractère difficilement substituable de la chaîne, ce qui permettrait de « remettre l'exclusivité sur le marché » plus rapidement. Elle pourrait aller jusqu'à enjoindre au distributeur dominant de renoncer à l'exclusivité qui lui a été accordée. Cette injonction laisserait l'éditeur libre de déterminer s'il propose sa chaîne en exclusivité à un autre distributeur (non dominant) ou s'il s'inscrit dans un modèle de non-exclusivité.

La mission propose de préciser dans la loi que ce dernier remède présente un caractère subsidiaire. Alternativement, il pourrait être placé sur le même plan que les autres prérogatives accordées au CSA, à charge pour celui-ci d'en faire un usage de dernier ressort.

### Encadrement tarifaire

Le risque existe que les négociations entre le distributeur puissant, pris en sa qualité d'éditeur, et les distributeurs alternatifs, bénéficiaires du dégroupage, achoppent, en particulier sur la question du prix. *In fine*, il est probable que ces derniers en appelleront à l'arbitrage du CSA.

Il est donc souhaitable que ce dernier puisse assortir l'obligation de mise à disposition de la chaîne d'un encadrement du prix de gros, permettant aux distributeurs concurrents d'y avoir accès, tout en garantissant un retour sur investissement suffisant pour l'éditeur. Il est essentiel, pour préserver la rémunération des ayants droit, que l'usage de cette prérogative ne conduise pas l'éditeur à se retirer purement et simplement du marché primaire.

Les modalités pratiques de fixation du prix de gros ou, de manière plus souple, d'une fourchette de prix, doivent être renvoyées au CSA, par analogie avec les dispositions du code des postes et des communications électroniques relatives à l'offre de gros pour l'accès aux infrastructures ou aux réseaux mobiles. Il lui appartiendra de déterminer s'il est préférable de retenir une approche fondée sur le prix de détail de la chaîne<sup>54</sup> dont est déduit le coût de sa commercialisation au détail (approche dite « *retail-minus* ») ou sur les coûts effectivement supportés par l'opérateur pour l'éditer, augmentés d'une marge (approche dite « *cost-plus* »), voire une combinaison des deux formules afin d'aboutir à un prix minimum et un prix maximum. Ainsi que l'observe l'Ofcom, la première approche présente l'intérêt de ne pas faire dépendre directement le prix de gros du coût d'acquisition des droits de diffusion, donc de ménager les intérêts des ayants droit.

---

<sup>54</sup> Ce qui nécessite de l'isoler du bouquet dans lequel elle est commercialisée auprès du grand public.

### Obligations qualitatives

L'injonction d'offrir une chaîne (co)éditée par le distributeur puissant pourrait l'inciter à dégrader subrepticement sa qualité, au profit d'une autre chaîne dont il a la maîtrise et qui ne ferait pas l'objet d'une telle mesure. Par analogie avec les engagements souscrits dans le cadre de la fusion Canal+ / TPS, le CSA pourrait donc assortir l'injonction de prescriptions portant sur les programmes constitutifs de la chaîne dégroupée.

Mais à la différence du dispositif de surveillance mis en place à l'occasion de cette concentration, qui ne semble pas avoir porté tous ses fruits, le CSA pourra très rapidement, en cas de manœuvre, adapter la mesure de dégroupage, le cas échéant en ciblant la chaîne ayant servi de réceptacle aux contenus attractifs. Il dispose par ailleurs d'un arsenal répressif qui lui permettra de réagir rapidement à toute velléité de soustraction à ces prescriptions.

### Règlement des différends

Le pouvoir dont dispose le CSA en vertu de l'article 17-1 de la loi du 30 septembre 1986 paraît suffisant pour régler les litiges qui s'élèveraient entre l'éditeur dont les chaînes sont dégroupées et les distributeurs concurrents. Dans ce cas, les éditeurs ne devraient pas être dissuadés de saisir le CSA.

### Réexamen périodique

Dans le cadre d'une révision périodique, ou à la demande de l'éditeur concerné, l'injonction pourrait être levée ou modifiée, en particulier quant aux conditions tarifaires imposées.

#### *2.3.2.2. Autres prérogatives*

A l'instar de l'ARCEP, le CSA aurait également la faculté d'imposer des obligations d'information et de transparence ainsi que des obligations comptables au distributeur puissant. La mission s'est interrogée sur l'opportunité de confier au CSA deux autres prérogatives, qu'elle a finalement écartées.

D'une part, il aurait pu être envisagé d'imposer au distributeur dominant verticalement intégré certaines obligations touchant aux modalités d'acquisition des droits, par analogie avec certains engagements souscrits dans le cadre de la concentration Canal+ / TPS. L'Ofcom a ainsi émis l'idée d'encadrer les conditions dans lesquels les droits de diffusion en VoD sont accordés. On pourrait également songer à limiter la possibilité pour l'opérateur dominant d'acquérir l'intégralité de droits exclusifs sur l'ensemble des plates-formes existantes. La mission a renoncé à cette piste. Celle-ci consisterait en réalité à réguler le marché primaire, question exclue par la lettre de mission et dont les conséquences sur les ayants droit doivent être soigneusement pesées. En outre, l'Autorité de la concurrence ne sera pas démunie pour remédier aux pratiques abusives en la matière. Enfin, la perspective d'un dégroupage de la chaîne devrait suffire à discipliner le distributeur dominant dans sa stratégie d'acquisitions de contenus.

D'autre part, la mission a écarté l'idée de compléter le dispositif de régulation du marché de gros par des obligations pesant sur le distributeur puissant quant aux conditions dans lesquelles il commercialise

les chaînes auprès du grand public, à l'image de celles que l'ARCEP peut imposer à l'opérateur puissant sur le marché de détail (article L. 38-1 du code des postes et des communications électroniques). En particulier, elle n'a pas estimé nécessaire de prévoir la possibilité de remèdes asymétriques en matière d'exclusivité de transport. Ainsi qu'il a été dit, cette pratique a vocation à être appréhendée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de ses pouvoirs actuels, sur la base de la surveillance que mènerait l'ARCEP. Par ailleurs, pour les raisons indiquées au point 1.2.2.2., Canal+ devrait naturellement poursuivre dans sa stratégie d'auto-distribution, sans qu'il soit besoin de pérenniser l'engagement prévu lors de la fusion avec TPS jusqu'en 2013.

### 2.3.3. Pouvoirs d'investigation

La mission estime que les nouvelles prérogatives qu'il est proposé de confier au CSA impliquent logiquement que ce dernier soit doté d'un pouvoir d'investigation équivalent à celui dont dispose l'ARCEP en vertu des articles L. 32-4 et L. 36-16 du CPCE, à tout le moins à l'endroit des distributeurs et des éditeurs. Certes, une telle extension des moyens d'enquête du CSA a été rejetée par le législateur à l'occasion des discussions sur le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision ; mais ce rejet s'appuyait principalement sur l'étendue de ce pouvoir et sur l'idée, qui serait désormais obsolète, que les missions du conseil étaient largement étrangères à la régulation économique et n'impliquaient donc pas de tels pouvoirs<sup>55</sup>.

## 3. Mise en œuvre des propositions

Ainsi qu'il a été dit, la loi est nécessaire pour mettre en œuvre les propositions de la mission, y compris celle qui porte sur l'exclusivité de transport, dès lors qu'on touche à des obligations et des sanctions qui concernent des personnes privées et qu'on complète les compétences d'autorités administratives indépendantes.

Ce projet de loi devra obligatoirement être soumis au Conseil supérieur de l'audiovisuel, en vertu de l'article 9 de la loi du 20 septembre 1986, et à l'ARCEP, en application de l'article L. 36-5 du code des postes et des communications électroniques. La consultation de l'Autorité de la concurrence, bien que juridiquement facultative, s'impose évidemment. Il devra être procédé aux mêmes consultations préalablement à l'adoption des mesures réglementaires d'application.

Dès lors qu'il ne s'agit pas de restreindre mais, au contraire, d'élargir la commercialisation de services audiovisuels, il ne paraît en revanche pas nécessaire de respecter les obligations de notification à la Commission européenne prévues par la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998. Il serait toutefois utile de recueillir l'avis de la Commission, s'agissant de règles qui peuvent

---

<sup>55</sup> Sénat, séance du 16 janvier 2009. Intervention de Mme Albanel, ministre de la culture et de la communication : « De surcroît, la grande majorité des manquements à la réglementation audiovisuelle sont, par nature, commis et constatés sur les antennes des services de radio et de télévision. Par conséquent, pour constater le non-respect de la réglementation, il n'est pas besoin de procéder à des enquêtes. Ces prérogatives sont en général accordées dans des cas différents, en particulier pour le respect du droit de la concurrence. ».

avoir une incidence sur la capacité d'acteurs ressortissant d'autres Etats membres à pénétrer les marchés du secteur des communications audiovisuelles français.

\*\*\*

## CONCLUSION

Au terme de ces analyses, la mission a bien conscience de n'avoir exploré qu'un axe de réflexion parmi d'autres, fort importants pour les années à venir, qui croisent d'ailleurs les sujets traités : le chantier considérable du développement, sur l'ensemble du territoire et dans des conditions concurrentielles, de la fibre optique et du très haut débit ; les phénomènes de convergence qui sont à l'œuvre entre les contenus et les réseaux... Autant de sujets qui, intervenant dans un monde marqué par l'importance et la rapidité des innovations technologiques et des évolutions de comportement qu'elles induisent, suscitent des préoccupations nouvelles de la part des pouvoirs publics comme des consommateurs et se traduisent chez les opérateurs par une activité contentieuse intense, voire exubérante.

Il est dès lors important de trouver, sur le plan institutionnel, les moyens de traiter ces sujets dans un contexte apaisé. A cet égard, l'édiction de règles de fond qui, à peine édictées, seront contournées ou dépassées, ne constitue pas toujours la bonne voie.

Ceci explique les choix fondamentaux faits par la mission, s'agissant des questions qui lui étaient posées, en faveur de dispositions qui, d'une part, portent sur les procédures plutôt que sur le fond, et d'autre part, renforcent la régulation des secteurs concernés plutôt que de les réglementer. C'est donc une option en faveur du dialogue permanent entre les autorités en charge des secteurs en cause et les opérateurs, seul à même de traiter avec souplesse, réalisme et efficacité les difficultés à venir, qui est proposée ici ; c'est aussi une invitation faite à ces autorités d'exercer pleinement leurs responsabilités, dans le respect de leurs compétences et à bon escient.

## ANNEXE 1 : Lettre de mission

*Le Premier Ministre*

1 5 3 3 / 0 9 / SG

- 6 OCT. 2009

*Madame la présidente,*

*Le secteur de l'économie numérique connaît une évolution particulièrement rapide, qu'il s'agisse des technologies employées, des contenus ou des offres proposées par les acteurs du marché. Le développement de ce secteur fait partie des priorités du gouvernement.*

*A l'ère de la convergence numérique, le Gouvernement est conscient de la nécessité de favoriser les modèles économiques qui permettront un développement conjoint et durable des secteurs de la télévision payante et des communications électroniques. C'est la condition pour aboutir à une offre de programme et de services diversifiée et de qualité, disponible au plus grand nombre et au meilleur prix.*

*Il est également attentif au maintien, ou au rétablissement, sur ces marchés d'une concurrence vigoureuse et durable.*

*Compte tenu de ces objectifs, et sur la base des conclusions du plan « France Numérique 2012 », la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi l'Autorité de la concurrence, comme le permet l'article L. 462-1 du code du commerce, d'une demande d'avis portant sur la question des relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et de distribution de contenus et de services.*

*Dans son avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009, l'Autorité de la concurrence dresse un constat de la situation des marchés concernés et émet plusieurs recommandations.*

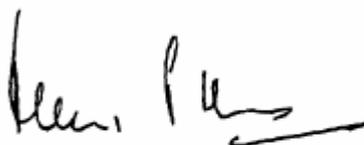
*Ses propositions, notamment celles relatives à la double exclusivité – exclusivité de distribution et exclusivité de transport et d'accès – et à la régulation du marché de gros des chaînes payantes, seraient susceptibles d'avoir des conséquences structurantes pour l'ensemble des acteurs : les entreprises, les ayants droit et les consommateurs.*

*Aussi souhaiterais-je que vous poursuiviez cette réflexion, en examinant les implications des propositions de l'Autorité de la concurrence et la nécessité de définir un cadre juridique spécifique.*

*Pour mener cette réflexion à bien, vous pourrez utilement vous appuyer sur les services du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, du ministère de la santé et des sports, du ministère de la culture et de la communication, et faire appel aux collaborateurs de la secrétaire d'Etat chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique. Je vous invite également à prendre l'attache de l'Autorité de la concurrence, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.*

*Vous voudrez bien me faire part de vos propositions pour le 15 décembre 2009 au plus tard.*

*Je vous prie de croire, Madame la présidente, à l'assurance de mes respectueux hommages.*



François FILLON

## **ANNEXE 2 : Personnes auditionnées par la mission**

### **AUTORITES ET ADMINISTRATIONS PUBLIQUES**

- M. Bruno LASSERRE, président de l’Autorité de la concurrence ; Mme Elisabeth FLURY-HERARD, vice-présidente ; M. Sébastien SORIANO, rapporteur général adjoint
  
- M. Michel BOYON, président du Conseil supérieur de l’Audiovisuel ; Mme Françoise LABORDE et M. Emmanuel GABLA, membres ; M. Olivier JAPIOT, directeur général ; M. François-Xavier MESLON, directeur des études et de la prospective et M. Bernard CELLI, directeur adjoint
  
- M. Jean-Ludovic SILICANI, président de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; M. Denis RAPONE , membre du collège de l’ARCEP ; M. Philippe DISTLER, directeur général ; M. Igor PRIMAULT, chef de l’unité « Marchés aval haut débit, très haut débit et Audiovisuel »
  
- Mme Marie-Claire DAVEU, directrice de cabinet de la secrétaire d’Etat chargée de la prospective et du développement de l’économie numérique, auprès du Premier ministre
  
- Mme Laurence FRANCESCHINI, directrice du développement des médias (Premier ministre et ministère de la culture et de la communication)
  
- M. Pierre HANOTAUX directeur de cabinet du ministre de la culture et de la communication ; M. Olivier HENRARD et M. Mathieu GALLET, directeurs adjoints de cabinet du ministre
  
- M. Jacques LEPAPE, directeur adjoint de cabinet de la ministre de l’économie, de l’industrie et de l’emploi
  
- M. Hugues MORET, directeur du cabinet de la secrétaire d’Etat chargée des sports ; M. Gérard DROGOU, conseiller pour le financement du sport
  
- M. Luc ROUSSEAU, directeur général des entreprises au ministère de l’économie, de l’industrie et de l’emploi
  
- M. Philippe SAUVAGE, directeur adjoint du cabinet de la ministre de la santé et des sports
  
- M. Jacques VISTEL, conseiller d’Etat honoraire, mandataire indépendant chargé de veiller aux conditions d’acquisition de TPS par le Groupe Canal Plus
  
- Mme Aurélie BELZUNCES et M. Patrick HAMON, rapporteurs au pôle Média Antitrust de la Commission européenne

### **ENTREPRISES ET ASSOCIATIONS D’ENTREPRISES**

- M. Bertrand MEHEUT, président directeur général de Canal Plus ; M. Frédéric MION, secrétaire général de Canal Plus
  
- M. Jérôme YOMTOV, secrétaire général du groupe Numéricable- Completel ; Mme Angélique BENETTI, directrice des contenus
  
- M. Jean-Yves LARROUTUROU, directeur général adjoint de France Télécom ; M. Xavier COUTURE, directeur des contenus d’Orange

- M. Jean-Bernard LEVY, président du directoire de Vivendi ; M. Jean-François DUBOS, secrétaire général
- M. Maxime LOMBARDINI, directeur général d'Iliad ; M. Olivier de BAILLENX, directeur des relations institutionnelles
- M. Richard LALANDE, président de l'Association Française des Opérateurs de Réseaux et de services de Télécommunication (AFORST)
- Mme Karine BLOUET, directrice des relations institutionnelles de M6
- M. Jean-Michel COUNILLON, secrétaire général de TF1
- Mme Stéphanie MARTIN, directrice des chaînes thématiques du groupe France Télévisions ; M. Sven LESCUYER, directeur délégué aux sports ; M. Jean-Michel ORION, directeur juridique adjoint
- Mme Orla NOONAN, secrétaire générale du groupe AB ; M. Frédéric LUSSATO, directeur délégué
- M. Jacques PESKINE, délégué général de l'union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)
- M. Didier QUILLOT, président du directoire de Lagardère Active, Mme Emmanuelle GUILBART, directrice du Pôle télévision
- M. Xavier SPENDER , président de l'ACCeS (Association des chaînes conventionnées éditrices de services) et directeur général adjoint de l'Equipe TV ; Mme Léonor GRANDSIRE, secrétaire générale et présidente de NBC Universal Global Networks France ; M. Guillaume GRONIER, délégué général
- M. Pascal ROGARD, directeur de la société des auteurs et compositeurs dramatiques
- M. Jean-Paul SALOME et M. Dante DESARTHE, vice-présidents de la société civile des auteurs réalisateurs producteurs (L'ARP) ; Mme Florence GASTAUD, déléguée générale ; M. Michel FERRY, secrétaire rattaché au bureau
- M. Frank SOLOVEICIK, président du syndicat des entreprises de distribution de programmes audiovisuels (SEDPA) ; Mme Diane de SAINT-MATHIEU, déléguée générale

#### **AUTRES ORGANISMES DE DROIT PRIVE ET PERSONNALITES**

- Me Frédéric THIRIEZ, président de la ligue de football professionnel ; M. Jean-Pierre HUGUES, directeur général ; M. Stéphane DOR, directeur marketing et médias ; M. Jean-Guillaume WELGRYN, directeur adjoint médias ; M. Jérôme PERLEMUTER, responsable juridique
- M. Jean-Jacques MULOT, trésorier du comité national olympique et sportif français (CNOSF) ; M. Frédéric BOLOTNI, économiste consultant ; M. Emmanuel ECHALIER, directeur exécutif de la ligue nationale de rugby ; M. Etienne CAPON, directeur de la ligue nationale de Handball
- M. Edouard BARREIRO, chargé de mission pour les nouvelles technologies de l'association UFC Que Choisir ; Mme Marie de PRANDIERES, juriste de cette association