

C2006-02 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 30 août 2006, aux conseils de la société Vivendi Universal, relative à une concentration dans le secteur de la télévision payante.

NOR : ECOC0600258Y

Maître,

Par dépôt d'un dossier déclaré complet le 13 avril 2006, vous avez notifié la création d'une société dénommée provisoirement Canal + France, qui regroupera toutes les activités de Groupe Canal + (ci-après « GCP ») et de TPS dans la télévision payante en France et sera contrôlée par Vivendi Universal (ci-après « VU » ou « Vivendi »).

Cette création a été formalisée par une série d'accords successifs. Le premier protocole d'accord a été signé le 6 janvier 2006 entre, d'une part, Vivendi Universal et, d'autre part, TF1 et M6. Une série d'accords a ensuite été conclue, le 14 mars 2006, entre Vivendi Universal et Lagardère.

L'instruction du ministre en première phase a notamment été réalisée grâce à un test de marché adressé aux différents opérateurs intervenant dans le secteur de la télévision. Aux termes de cette instruction, le ministre a estimé que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence.

Aucun engagement n'ayant été déposé au cours de la première phase par la partie notifiante, le ministre a, par lettre du 14 avril 2006, saisi pour avis le Conseil de la concurrence. Ce dernier a rendu son avis le 13 juillet 2006 (avis n° 06-A-13). Dans le cadre de cette procédure, le Conseil de la concurrence a lui-même saisi le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (« CSA ») et l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (« ARCEP ») qui ont remis leur avis le 23 mai 2006.

En application de l'article L. 430-7.2, la partie notifiante a transmis au ministre, le 28 juillet 2006, une première liste d'engagements. Cette liste, qui a fait l'objet d'un test de marché, a été modifiée et déposée sous une nouvelle version le 10 août 2006. Enfin, une dernière version a été transmise au ministre le 24 août 2006 ; Elle figure en annexe et comporte 59 engagements numérotés auxquels la présente décision fait référence.

PARTIE I - Les opérations et les entreprises concernées

Section I - La structure des opérations

I - La jonction de deux opérations

La création de la société Canal + France résulte de deux opérations de concentration. En effet, d'une part, aux termes du protocole d'accord signé le 6 janvier 2006 (protocole CERES), TF1 et M6 se sont engagés à vendre à Vivendi Universal les actifs et activités de TPS afin qu'ils soient associés à certains actifs de Groupe Canal + au sein de la nouvelle société Canal + France. D'autre part, aux termes d'accords signés le 14 mars 2006, Lagardère s'est engagé à apporter sa participation de contrôle conjoint de 34 % dans CanalSat pour détenir 20 % de la nouvelle société Canal + France. Cette dernière société reprendra la grande majorité des activités de Groupe Canal + mais quelques unes resteront en dehors¹.

A terme, Groupe Canal +, contrôlé par Vivendi Universal, détiendra 65 % du capital de la nouvelle société. Les participations de Lagardère, TF1 et M6 au capital de Canal + France s'élèveront respectivement à 20 %,

¹ Les activités de GCP qui ne seront pas reprises par Canal + France sont les suivantes : la société HSE (société holding du club de football Paris Saint-Germain, qui a été revendue entre-temps), la société Canal+ Régie, la société Studio Canal, les activités en Pologne et la chaîne I-Télé. Ces activités restent cependant sous le contrôle de GCP et donc de Vivendi Universal.

9,9 % et 5,1 %. Au regard de ces participations, Vivendi Universal (par le biais de Groupe Canal +) détiendra le contrôle exclusif de Canal + France.

En effet, aucun autre élément de droit ou de fait ne permet de qualifier un contrôle conjoint de Lagardère, TF1 ou M6. [...]

Les parties ont donc joint, sous la forme d'une seule et même notification, deux opérations de concentration. La première consiste dans le passage d'un contrôle conjoint de TF1 et M6 sur TPS à un contrôle exclusif de Vivendi Universal sur les actifs et activités de TPS. La deuxième consiste dans le passage d'un contrôle conjoint de Lagardère et Vivendi Universal sur CanalSat à un contrôle exclusif de Vivendi Universal sur les actifs et activités de CanalSat. Dans un souci de simplification, l'expression « opération de concentration » sera utilisée dans le corps de la décision. Elle recouvre en réalité les deux opérations.

II - Les [...] exclusivités

[...]

B - Engagement de mise à disposition et accords d'exclusivité

[...]

Accords d'exclusivité

– Avec TF1 et M6

L'article 11 du Protocole d'accord CERES prévoit la signature d'accords de distribution exclusive entre VU, TF1 et M6. Ils portent sur les chaînes les plus attractives appartenant aux groupes TF1 ([...]) et M6 ([...]).

L'exclusivité de distribution concerne l'ensemble du territoire métropolitain pour le satellite et l'ADSL. [...]

– Avec Lagardère

Le Protocole d'Investissement comporte des accords de distribution exclusive des chaînes « Jeunesse » ([...]) éditées par Lagardère et diffusées par satellite et mobile. [...]

Une exclusivité de distribution des chaînes « Jeunesse » est également envisagée sur ADSL [...].

[...]

Section II – Les entreprises concernées et les vendeurs

I - L'acquéreur

Vivendi Universal est la société mère d'un groupe actif dans le secteur des médias et des télécommunications qui a réalisé en 2005 un chiffre d'affaires consolidé de [...] milliards d'euros, dont [...] millions en Europe et [...] millions en France. Il est principalement présent dans les secteurs de la télévision, du cinéma, de la musique, des jeux interactifs, des télécommunications mobiles et fixes et des parcs à thème.

Groupe Canal Plus, contrôlé par Vivendi Universal, exerce principalement ses activités dans la télévision à péage. Il est particulièrement présent dans l'édition de chaînes de télévision à péage (Canal + Le Bouquet et les chaînes thématiques suivantes : Sport +, les chaînes CinéCinéma, Planète, Jimmy, Seasons, Comédie ! et Cuisine TV) et dans la distribution en France des offres Canal + (par voie hertzienne, analogique, numérique terrestre, satellitaire et câble) et CanalSat (offres multi-chaînes par satellite et par voie hertzienne numérique (TNT)). Les offres de GCP sont également présentes sur l'ADSL et le téléphone mobile 3G.

GCP détient également des participations minoritaires dans les chaînes à péage Pink TV et KTO.

Media Overseas

Media Overseas, filiale à 100 % de GCP, est l'opérateur de Canal + et de bouquets de chaînes dans les territoires et départements d'outre-mer. Media Overseas contrôle quatre plates-formes satellites (Afrique, Caraïbes, Océan Indien, Pacifique).

II - Les cibles

TPS qui a atteint un chiffre d'affaires total de [...] millions d'euros en 2005, entièrement réalisé en France, est principalement actif dans :

- la distribution et la commercialisation de bouquets de chaînes, de services et de radios (ses offres étant diffusées aujourd’hui par satellite, par ADSL sur ligne téléphonique et sur la TNT) ;
- l’édition et de commercialisation de chaînes thématiques et de services.

CanalSat, qui a réalisé un chiffre d’affaires total, entièrement en France, de [...] milliard d’euros, est principalement actif dans

- la distribution et la commercialisation de bouquets de chaînes, de services et de radios (ses offres étant diffusées aujourd’hui par satellite, par ADSL sur ligne téléphonique, sur terminaux mobiles et sur la TNT) ;
- l’édition et de commercialisation de chaînes thématiques et de services.

L’expression « les parties » s’applique à l’acquéreur et aux cibles.

III - Les vendeurs

Les vendeurs sont les groupes Lagardère, TF1 et M6. L’opération de concentration entraîne pour eux la perte de tout contrôle au sens du droit des concentrations sur TPS et CanalSat. Ils acquièrent cependant, respectivement, une participation de 20 %, 9,9 % et 5,1 % dans la nouvelle entité.

Section III – La dimension nationale des opérations

Aux termes de l’article L. 430-2 du code du commerce :

« Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l’article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

- *le chiffre d’affaires total mondial hors taxes de l’ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d’euros ;*
- *le chiffre d’affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 50 millions d’euros ;*
- *l’opération n’entre pas dans le champ d’application du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.*

Toutefois, une opération de concentration entrant dans le champ du règlement précité qui a fait l’objet d’un renvoi total ou partiel à l’autorité nationale est soumise, dans la limite de ce renvoi, aux dispositions du présent titre (.) ».

S’agissant de l’acquisition du contrôle exclusif de TPS par Vivendi Universal, les deux entreprises concernées réalisent un chiffre d’affaires total mondial cumulé de [...] milliards d’euros ([...] millions pour TPS et [...] milliards pour VU) et un chiffre d’affaires en France de [...] millions et [...] milliards respectivement. Enfin, TPS et Vivendi Universal réalisent chacun plus des 2/3 de leur chiffre d’affaires communautaire en France (la totalité pour TPS et 87 % pour Vivendi Universal).

Les trois critères de l’article L.430-2 sont donc remplis et l’opération est ainsi de dimension nationale.

S’agissant de l’acquisition du contrôle exclusif de CanalSat par Vivendi Universal, les deux entreprises concernées réalisent un chiffre d’affaires total mondial cumulé de [...] milliards d’euros ([...] milliard pour CanalSat et [...] milliards pour VU) et un chiffre d’affaires en France de [...] milliard et [...] milliards d’euros respectivement. Enfin, CanalSat et Vivendi Universal réalisent chacun plus des 2/3 de leur chiffre d’affaires communautaire en France (la totalité pour CanalSat et 87 % pour Vivendi Universal).

Les trois critères de l’article L.430-2 sont donc remplis et l’opération est ainsi de dimension nationale.

En ce qu’elles se traduisent par la prise de contrôle exclusif du groupe Vivendi Universal sur TPS et sur CanalSat, les deux présentes opérations constituent des concentrations au sens de l’article L. 430-1 du code de commerce. Compte tenu des chiffres d’affaires des entreprises concernées, elles ne revêtent pas une dimension communautaire et sont soumises aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du code de commerce relatifs à la concentration économique.

Partie II – La définition des marchés

Avant de définir les marchés pertinents, étape préalable à l'analyse concurrentielle, il convient de rappeler, schématiquement, le contexte dans lequel s'inscrit l'opération notifiée.

La présente opération doit en effet se comprendre et s'analyser dans un contexte de remise en cause partielle du modèle traditionnel de la télévision payante en France. Ce modèle, qui était structuré autour de deux plates-formes verticalement intégrées sur la totalité ou la quasi-totalité de la chaîne de valeur (i), est désormais remis en cause par la convergence progressive des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel (ii).

i) Bref rappel sur le secteur de la télévision payante en France

Bien qu'historiquement, le premier mode de diffusion de télévision payante ait été le câble, le secteur de la télévision payante s'est fortement structuré, en France, autour d'une (Canal +/CanalSat), puis de deux plates-formes satellitaires – avec l'arrivée de TPS qui a tenté de reproduire, dans une certaine mesure, le modèle du groupe Canal +/CanalSat –, intégrant l'ensemble des métiers de la chaîne de valeur de l'audiovisuel payant, de la maîtrise des contenus jusqu'à l'accès aux téléspectateurs.

En raison de l'importance des coûts fixes du secteur et de l'interdépendance des marchés tout au long de la chaîne de valeur, ces deux plates-formes ont progressivement intégré l'ensemble des principaux métiers liés au secteur de la télévision à péage, notamment :

- la production audiovisuelle, qui consiste, selon le Conseil de la concurrence, en « la réunion et la mise en œuvre de talents et de moyens techniques, financiers et humains, pour la réalisation de films et de programmes pour la télévision » et, de manière annexe, la détention et la gestion des droits relatifs à la diffusion sur tout support ;
- l'achat de droits de diffusion, l'édition et la commercialisation de chaînes, grâce aux revenus publicitaires ou aux redevances versées par les distributeurs ;
- l'achat du droit de distribuer des chaînes et la distribution au consommateur final contre rémunération, à l'aide d'un décodeur le plus souvent appartenant au distributeur et, parfois, *via* la fourniture ou l'achat d'une prestation de transport des images de la régie jusqu'au téléviseur.

Deux catégories d'acteurs présents à chaque extrémité de la chaîne de valeur jouent traditionnellement un rôle fondamental dans le développement et la structuration du secteur de la télévision payante en France : les chaînes, en tant que principaux acheteurs de droits de diffusion et investisseurs dans les productions audiovisuelles et cinématographiques, et les distributeurs, en contact direct avec l'abonné et détenteurs de nombreuses exclusivités de diffusion, en partie validées par les autorités de la concurrence². La forte intégration verticale des opérateurs présents sur le marché français et l'importante concentration des marchés, en amont et en aval, sont susceptibles de créer des restrictions à l'accès au contenu et l'accès aux abonnés.

Cette situation historique des marchés de la télévision payante est, selon les parties, totalement remise en cause du fait de la convergence entre les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel.

ii) La remise en question du fonctionnement traditionnel du secteur de la télévision à péage en raison, notamment, de l'arrivée récente de nouveaux modes de diffusion et de distribution de contenus audiovisuels

Le secteur de la télévision à péage est depuis quelque années confronté à l'arrivée de nouveaux modes de diffusion ou d'exploitation de contenus audiovisuels : l'Internet ADSL, la télévision numérique terrestre, la télévision sur terminaux mobiles, la VoD (« *Video on Demand* »), la NVoD (« *Near Video on Demand* »...).

Les opérateurs détenteurs de ces nouveaux modes de diffusion et d'exploitation de contenus audiovisuels sont non seulement venus concurrencer GCP sur la distribution au détail de services de télévision payante, mais commencent également à entrer sur certains marchés amont de l'acquisition de droits.

Similaire en apparence aux fusions ayant eu lieu récemment dans les principaux pays d'Europe de l'Ouest (Royaume-Uni, Italie, Espagne...)³, impliquant les deux principaux bouquets satellites intégrés verticalement, la présente opération s'inscrit donc dans un contexte très différent dans la mesure où les

² Cf. en ce sens la décision TPS IV/36.237 de la Commission européenne du 3 mars 1999 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE.

³ Cf. notamment les décisions les plus récentes de la Commission européenne M. 2876 du 2 avril 2003, *Nestor/Telepiù* relative à la fusion en Italie et la décision du ministre espagnol de l'économie sur renvoi de la Commission européenne (décision M. 2845 du 7 février 2003, *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*).

nouveaux modes de diffusion et de distribution de produits de télévision payante n'étaient pas encore dans ces pays au stade de développement qu'ils connaissent à ce jour en France.

C'est dans ce contexte de transition qu'il convient d'analyser l'opération notifiée, au regard notamment des avantages comparatifs de chacun des opérateurs, historiques et nouveaux entrants, afin d'apprécier les conditions du maintien d'une concurrence effective. L'analyse devra permettre de s'assurer si et dans quelle mesure la concentration entre deux opérateurs satellitaires fortement intégrés, bénéficiant d'avantages liés à leur position de premiers entrants sur de nombreux marchés, tant du côté des contenus que du côté de l'abonné, est de nature à affaiblir la concurrence des opérateurs alternatifs. Ces derniers, qu'ils soient anciens (câblo-opérateurs) ou plus récents (opérateurs ADSL et opérateurs de téléphonie mobile, nouveaux distributeurs de TNT payante). A l'inverse, l'analyse devra également tenir compte des atouts dont disposent ces derniers, qui expliquent leur essor rapide ces dernières années, et qui seraient de nature à permettre de relativiser les risques liés à l'opération de concentration.

D'une manière générale, GCP considère que « *l'opération aura des effets sur les marchés aval, intermédiaires, et amont du secteur de la télévision* » et qu'elle concerne également « *les marchés connexes suivants : publicité TV, services techniques liés aux terminaux, location de capacités de réseaux [...], les marchés de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet haut débit.* »

Compte tenu de la diversité des activités exercées par le groupe Vivendi et les cibles ainsi que de l'intégration verticale de ces entreprises, trois catégories de marchés seront analysées successivement : les marchés de l'acquisition de contenus audiovisuels (Sections I et II), les marchés aval (Section II) et, enfin, les marchés connexes (Section III).

Sections I et II - Les marchés relatifs à la vente et à l'acquisition de contenus audiovisuels

L'opération concerne la vente et l'acquisition de plusieurs catégories de contenus audiovisuels, situés à différents niveaux de la chaîne de valeur.

Ainsi que le souligne GCP, l'offre de télévision, payante ou gratuite, implique la diffusion d'une offre diversifiée de contenus audiovisuels. Ces différents contenus n'ont jamais été considérés comme substituables par la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence, qui distingue ainsi, à titre préliminaire, deux grandes catégories de marchés : les marchés dits « amont », relatifs à la vente/achat de droits de diffusion et les marchés intermédiaires relatifs à la vente/achat du droit de diffuser des chaînes.

Sur les marchés situés le plus en amont de la chaîne de valeur (c'est à dire sur les marchés relatifs aux droits de diffusion), les parties interviennent essentiellement en tant qu'acheteurs de contenus très hétérogènes (sport, cinéma, séries, ...) pour une utilisation via différents modes de diffusion (distribution en salle, télévision payante, VoD, PPV, télévision sur téléphone mobile...).

Sur les marchés situés au niveau intermédiaire (c'est-à-dire relatifs à l'édition et la commercialisation de chaînes), les parties interviennent en tant que vendeurs (en tant qu'éditeurs de chaînes) et acheteurs (en tant que distributeurs de services de télévision payante).

L'instruction menée à l'occasion de la présente opération, éclairée par l'avis du Conseil de la concurrence, ceux du CSA et de l'ARCEP ainsi que par le test de marché réalisé auprès d'une cinquantaine d'opérateurs du marché, permet de confirmer la distinction entre ces deux catégories de marchés, qui seront donc analysées successivement.

Section I – Les marchés amont relatifs aux droits de diffusion

Eléments généraux sur la segmentation des marchés amont

i) Sur la segmentation entre les droits acquis pour une diffusion audiovisuelle sur téléviseur et les contenus destinés à une diffusion sur terminaux mobiles.

Compte tenu de la convergence accrue des secteurs de l'audiovisuel et des communications électroniques, le marché émergent relatif à l'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels pour une diffusion sur terminaux mobiles est récemment apparu. Ce marché présente des différences importantes vis-à-vis des contenus audiovisuels acquis pour une diffusion télévisuelle classique qui portent notamment sur les caractéristiques spécifiques de la demande et de l'offre, des produits acquis, des conditions commerciales et du niveau des prix constatés.

Il convient donc, de manière préliminaire, de distinguer les contenus acquis pour une diffusion sur téléviseur de ceux acquis pour une diffusion sur terminaux mobiles.

ii) Sur les segmentations au sein des droits acquis pour une diffusion sur téléviseur en fonction du mode de diffusion et du contenu acquis.

S'agissant, des contenus acquis pour une diffusion sur téléviseur, deux segmentations sont théoriquement possibles, en fonction, en premier lieu, du mode de diffusion ou d'exploitation, et, en second lieu, du contenu acquis.

• *S'agissant de la première segmentation*, conformément à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, les droits acquis pour une diffusion télévisuelle portent sur l'ensemble des modes de diffusion : satellite, hertzien, câble et Internet ADSL. Dans ces conditions, les marchés amont relatifs à une diffusion audiovisuelle sur téléviseurs comprendront l'ensemble des modes de diffusion précités.

• *S'agissant de la seconde segmentation possible*, GCP considère « *qu'il existe une forte substituabilité entre les différents types de contenus. Cette substituabilité est d'autant plus forte que les contenus en cause relèvent du même type de catégories (i.e. sport ou cinéma).* » GCP considère notamment que les distinctions réalisées en fonction du contenu ne tiennent pas compte du fait que « *les consommateurs ne valorisent pas de la même manière tous les types de contenus* » et que « *la notion de contenus « attractifs » varie en effet très nettement d'une catégorie de spectateurs à l'autre, ainsi qu'en fonction de l'évolution des offres de contenus audiovisuels* ».

GCP considère, dans ces conditions, que « *ces différences d'appréciation, subjectives par définition, ont pour corollaire que la logique économique et commerciale des offres de services TV (chaînes ou bouquets) des différents opérateurs de télévision repose sur le principe d'une agrégation de contenus distincts, ce qui crée nécessairement des interactions concurrentielles entre les divers types de contenus, en particulier entre les œuvres cinématographiques et audiovisuelles. Une chaîne constitue de ce fait un « cocktail » de droits, qui peut être amené à évoluer en fonction du positionnement commercial de cette chaîne et de la disponibilité ou non des droits en question.* »

D'une manière générale, il convient de souligner que la notion « *d'interactions concurrentielles* » invoquée par GCP est un concept flou dont il est difficile de connaître les limites. En effet, des marchés au sens du droit de la concurrence peuvent interagir sans que pour autant la définition de ces marchés soit remise en cause. Les autorités de concurrence définissent un marché comme comprenant « *tous les produits et / ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés* » et ce dans un espace « *sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes* ». Par conséquent, le fait que plusieurs produits sur des marchés proches mais différents soient tout aussi attractifs pour le consommateur n'est pas de nature à modifier des définitions de marché.

Ainsi, l'évolution de l'attractivité de certains contenus, au regard notamment des éventuelles évolutions des préférences des consommateurs, n'entraîne pas forcément la modification des frontières entre les marchés antérieurement définis dans la mesure où ces contenus restent essentiellement complémentaires. Elle tendrait au contraire à démontrer que ce contenu aurait acquis, au fil du temps et des préférences des consommateurs, un caractère attractif autonome.

C'est pourquoi, contrairement à la position avancée par GCP, la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence communautaires⁴ et nationales⁵, considère que les contenus cinématographiques, sportifs et les autres contenus, ne sont pas substituables entre eux, en raison notamment de différences importantes :

- du point de vue de la demande directe, émanant des éditeurs de chaînes ou de services non linéaires, qui ne considèrent pas ces différents contenus comme substituables mais, au contraire comme complémentaires ;
- du point de vue de l'offre, dans la mesure où les fournisseurs ne sont pas en mesure de réorienter leur production vers d'autres types de contenus dans des délais suffisamment brefs ;
- en termes de conditions commerciales (appels d'offres transparents/négociations de gré à gré...) et contractuelles (tarifaires et autres) ;
- en termes de prix.

L'instruction menée dans le cadre de la présente analyse a permis de confirmer la pertinence de ces critères de segmentation à ce jour, qui permettent ainsi de distinguer plusieurs marchés « amont » en fonction du type

⁴ Cf. notamment sur ce point les décisions de la Commission européenne M. 2876 du 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù* et M. 2845 du 7 février 2003, *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

⁵ Cf. notamment la Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 12 septembre 2002, aux conseils des sociétés TF 1, M 6 et TPS, relative à une concentration dans le secteur de l'audiovisuel.

de contenus achetés. L'approche du Conseil de la concurrence dans la présente instruction confirme très largement cette pratique décisionnelle.

Ainsi au cas d'espèce, l'opération affecte, de manière principale, trois catégories de marchés, distinguées en fonction du contenu :

- les marchés relatifs à l'achat de droits cinématographiques et relatifs aux séries à succès (1.1) ;
- les marchés relatifs à l'acquisition de droits sportifs (1.2) ;
- les marchés relatifs à l'achat d'autres contenus audiovisuels traditionnellement identifiés (1.3).

Les marchés relatifs aux droits de diffusion portant sur la téléphonie mobile seront enfin, ainsi qu'il a été précisé antérieurement, analysés séparément (1.4).

De manière préliminaire, il convient de souligner que les délimitations de marchés adoptées dans le cadre de la présente analyse tiendront compte, comme cela est traditionnellement le cas dans le cadre du secteur de l'audiovisuel d'un faisceau d'indices concordants⁶, qui permettront, le cas échéant, d'identifier, au sein de l'ensemble des contenus audiovisuels, ceux qui devront être isolés, car constituant un marché pertinent distinct, du fait de leur caractère attractif autonome.

I - Les marchés relatifs aux droits portant sur les œuvres cinématographiques et les séries télévisées

A - Les marchés de produits relatifs aux droits portant sur les œuvres cinématographiques et les séries télévisées

Le secteur de l'acquisition des droits de diffusion d'œuvres cinématographiques et des séries télévisées apparaît fortement structuré, en France, par deux éléments caractéristiques : la chronologie des médias, d'une part, qui prévoit des fenêtres strictes de diffusion des contenus, et la distinction fondamentale entre les œuvres françaises et étrangères, d'autre part.

La pratique décisionnelle des autorités de concurrence effectuée ainsi, traditionnellement, une double segmentation en fonction des modes de diffusion, et de l'origine de l'œuvre acquise, dont la pertinence a été totalement confirmée par la présente instruction, éclairée, notamment, par l'analyse du Conseil de la concurrence.

1. Les segmentations possibles en fonction des fenêtres et des modes de diffusion : la délimitation des marchés relatifs aux droits acquis pour une diffusion en salle, vidéo, VoD, PPV, télévision payante et en tant que droits de catalogues

La diffusion des œuvres cinématographiques françaises est soumise à une stricte chronologie. L'ouverture de chaque fenêtre de diffusion pour les différents supports télévisuels (VoD, PPV, télévision payante) entraînant la fermeture de la suivante.

Le tableau suivant synthétise la chronologie des médias pour la diffusion d'une œuvre cinématographique en France :

Dès l'obtention du visa	Dès le 6 ^{ème} mois	Dès la 33 ^{ème} semaine	Dès le 9 ^{ème} mois	Dès le 12 ^{ème} mois	Dès le 36 ^{ème} mois (ou dès le 24 ^{ème} mois si la chaîne non cryptée coproduit le film)
Exploitation en salle	Vidéo	VoD ⁷	PPV ⁸	Télévision payante ⁹	TV non cryptée, télévision payante, services VoD...

⁶ Notamment : la structure de l'offre et de la demande, des modes et des périodes de diffusion, des différences en termes de contenus acquis, au regard notamment des préférences des clients directs (les éditeurs de services linéaires ou non linéaires) et des consommateurs finals, ainsi que des différences en termes de négociations commerciales et de valorisation économique.

⁷ La VoD (*Video on Demand*), est un service de paiement à l'acte qui consiste à mettre un programme pendant une durée déterminée à la disposition du téléspectateur qui peut le visionner au moment de son choix, contre paiement d'une somme déterminée.

⁸ Le PPV (*Pay-Per-View*) est un service qui de paiement à l'acte qui consiste à diffuser à une heure donnée contre paiement d'une somme déterminée par le téléspectateur.

⁹ La télévision payante comprend 2 fenêtres de diffusion : la première fenêtre à partir du 12^{ème} mois après la sortie en salle, pour une durée de 6 mois, et la 2^{ème} fenêtre, à partir du 18^{ème} mois après la sortie en salle, pour une durée de 6 mois également.

La pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence distingue chacun de ces modes de diffusion comme constituant autant de marchés pertinents, et ce quel que soit l'origine géographique l'œuvre concernée.

Ainsi est-il considéré que chacun des droits relatifs à la diffusion sur la télévision payante, première et deuxième fenêtre, et chacun des droits relatifs à l'exploitation à l'acte doivent être distingués¹⁰. Ces droits présentent en effet de fortes différences en termes de demande, de réglementation applicable ou encore de prix.

Il convient donc de distinguer les marchés suivants : le marché relatif aux droits portant sur l'exploitation en salle, le marché relatif aux droits portant sur la vidéo, le marché relatif aux droits portant sur le paiement à l'acte, le marché relatif aux droits portant sur l'exploitation pour la télévision payante et, enfin, le marché relatif aux droits portant sur les films catalogues.

Si l'étendue exacte de certains marchés ne soulève aucun doute (salle et vidéo), la délimitation précise des trois autres catégories de marchés soulève, traditionnellement, des interrogations qui ont le plus souvent été laissées ouvertes par les autorités de concurrence.

La question se pose d'une segmentation plus fine des marchés portant sur les droits suivants :

- le marché global relatif aux droits portant sur le paiement à l'acte, avec une distinction entre les droits VoD et les droits PPV ;
- le marché global de la télévision payante, avec une segmentation possible entre la première et la deuxième fenêtre ;
- le marché relatif aux « films de catalogue ».

• Sur la segmentation du marché portant sur les droits du paiement à l'acte (distinction VoD/PPV) :

Malgré le caractère relativement émergent de l'achat de droits VoD, l'instruction a fait apparaître de fortes différences entre l'achat de droits pour ce mode de diffusion et l'achat de droits PPV. On peut en effet relever que ces droits présentent des différences importantes en termes de prix, de conditions commerciales¹¹, de réglementation applicable¹², de demande¹³, et enfin de barrières à l'entrée¹⁴.

Il convient ainsi de considérer que les marchés relatifs à l'achat de droits pour une diffusion VoD et une diffusion PPV constituent ainsi, des marchés différents. Cette conclusion est conforme à celle du Conseil de la concurrence (point 76 de l'avis).

• Sur la segmentation du marché portant sur les droits relatifs à la télévision payante en fonction de la fenêtre de diffusion :

GCP considère qu'une telle segmentation n'est pas opportune, dans la mesure où ces produits sont « commercialisés selon des modalités identiques et que ces deux produits « constituent des produits substituables du point de vue de la demande », comme indiqué par la Commission dans sa décision *Newscorp/Telepiù* (paragraphes 192-195). » GCP souligne également que « ce sont les studios américains eux-mêmes qui ont structuré la vente des droits attachés à leur production cinématographique pour la télévision payante autour de deux fenêtres en France afin d'exploiter la concurrence pouvant exister entre éditeurs pour l'achat de ces droits et ainsi obtenir des revenus plus élevés ». GCP souligne enfin et d'une manière générale, que les abonnés sont de manière générale « sensibles au caractère récent des films » qui sont proposés ; leurs choix ne sont pas, ainsi, fondés sur la différence de fenêtre de diffusion.

Cette analyse est infirmée par le Conseil de la concurrence qui considère que « les films diffusés en première fenêtre ne sont pas substituables à ceux diffusés en deuxième fenêtre car seuls les premiers ont un caractère de nouveauté, ce qui justifie un coût d'acquisition de droits sensiblement plus élevé que pour les seconds ». Le Conseil de la concurrence relève également que « GCP réserve la diffusion en première fenêtre à sa

¹⁰ Cf. notamment les décisions de la Commission européenne M.2050 du 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram* et M. 2876 du 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*.

¹¹ D'une manière générale, les droits PPV sont acquis sur une base exclusive, assez souvent avec les droits portant sur la télévision payante, alors que les droits VoD sont, du moins à ce stade et pour ce qui concerne les droits américains, plutôt acquis sur une base non exclusive.

¹² Cf. notamment la chronologie des médias mentionnée ci-dessus, empêchant une diffusion simultanée des contenus sur ces différents supports, ainsi que la réglementation applicable aux acheteurs de ces droits en matière d'investissements.

¹³ On note ainsi la présence de nouveaux acteurs sur l'acquisition de droits VoD (issus, notamment, du monde des télécommunications) alors que le PPV ne concerne que les acteurs traditionnels du marché de l'audiovisuel.

¹⁴ L'entrée sur le marché relatif au PPV implique en effet et notamment, l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes. Ainsi qu'il sera constaté plus en avant, ce marché est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée plus importantes.

chaîne premium et la diffusion en deuxième fenêtre à ses autres chaînes cinéma » et qu'il en est de même avec « TPS Star lorsque TPS détient les droits d'exploitation des films en première fenêtre ».

Bien que l'on puisse noter que TPS Star diffuse également des films de deuxième fenêtre, il semble en effet que, du côté de la demande, c'est à dire les acheteurs de droits, ces deux catégories de films ne sont pas considérées comme substituables.

Il semble également que les consommateurs n'apprécient pas de la même manière ces deux catégories de films. Il est possible, à cet égard, de rappeler les points 59 et suivants de la décision *Newscorp/Télépiù* de la Commission européenne, au sein de laquelle celle-ci précise que, « *d'après des enquêtes précédentes de la Commission, les consommateurs considèrent que, sur le plan de la nouveauté, les films de deuxième fenêtre ne sont pas interchangeables avec les films de première fenêtre.* »

Il apparaît également que, du côté de l'offre, ces deux catégories de produits ne sont pas considérées comme interchangeables. La Commission européenne considère ainsi, au point 59 précité, que « *du côté de l'offre, il n'est pas possible de remplacer un film de première fenêtre par un film de deuxième fenêtre. En fait, en France, où ces droits sont commercialisés séparément, le prix des droits de deuxième fenêtre est de l'ordre de 5 à 25 % du prix des droits en première fenêtre.* » De telles différences de prix sont toujours constatées en France à l'heure actuelle.

L'hétérogénéité des conditions de concurrence constatées entre les deux fenêtres de diffusion semble donc très fortement plaider pour une segmentation entre ces deux catégories de droits. Au regard des conditions actuelles de fonctionnement du marché et du comportement des opérateurs présents sur celui-ci, il semble donc pertinent de considérer que les droits relatifs à la première fenêtre et ceux relatifs à la deuxième fenêtre ne sont pas substituables.

Cependant, ainsi que le considère également le Conseil de la concurrence, dans la mesure où les conclusions l'analyse concurrentielle sont les mêmes quel que soit le marché retenu, la délimitation précise du marché peut rester ouverte.¹⁵ L'analyse portera donc sur le marché global des droits relatifs à la télévision payante.

• Sur la délimitation exacte du marché relatif aux films de catalogue :

L'exploitation du catalogue intervient à l'expiration de la première diffusion des films sur tous les modes de commercialisation, soit 36 mois après la sortie en salle (24 mois lorsque la chaîne non cryptée coproduit le film).

Le Conseil de la concurrence considère, au point 72 de son avis, qu'il convient de définir un marché des « *droits relatifs à la diffusion sur la télévision gratuite ou droits « catalogue »* ». Le Conseil de la concurrence précise également que « *pour approvisionner ses programmes en œuvres cinématographiques, une chaîne de télévision dispose de deux sources : les droits sur des films récents en exclusivité, qui sont acquis directement auprès des producteurs ou de leurs mandataires, et les droits sur des films plus anciens qui sont acquis en majorité auprès de détenteurs de catalogues mais qui peuvent aussi parfois être acquis auprès de producteurs en même temps que les films nouvellement produits. L'exploitation du catalogue intervient à l'expiration de la première diffusion des films sur tous les modes de commercialisation, soit 36 mois après la sortie en salle. En sus de ce délai minimal, lorsqu'il s'agit d'une œuvre pré-financée par un éditeur de service de télévision, un film ne devient une œuvre de catalogue que 30 jours après sa première diffusion sur ce service.* »

On peut donc constater que toutes les chaînes diffusant du cinéma (les chaînes gratuites, mais également les chaînes payantes, généralistes, thématiques, premium, ou encore les services de VoD) sont susceptibles, sous certaines réserves tenant aux droits préférentiels acquis par les chaînes en clair, d'acheter des droits portant sur des films dits de « catalogue », et achètent effectivement de tels droits.

Du point de vue de l'offre, on peut également souligner que le mode d'exploitation prévu par l'acheteur est indifférent.

Dans ces conditions, si l'exploitation de ces films intervient en premier lieu, d'un point de vue chronologique, sur les chaînes gratuites (à plus forte raison lorsqu'elles ont participé au financement), les films sont ensuite susceptibles d'être diffusés sur l'ensemble des chaînes ou services.

Il semble donc que le marché pertinent relatif aux films de catalogue puisse être considéré comme plus large et concerne ainsi l'acquisition de droits pour l'ensemble des modes de diffusion, de manière indifférenciée, et non pas seulement les droits de diffusion sur la télévision gratuite. Le marché ainsi analysé sera celui de l'exploitation du catalogue (films disponibles à partir de 24 ou 36 mois), tous types de diffusion confondus.

¹⁵ La Commission a également considéré, dans le cadre de la décision *Sogecable*, qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question dans la mesure où l'opération était de nature à créer ou renforcer une position dominante quelle que soit la définition finalement adoptée (cf. le point 25 de la décision sur ce sujet).

En conclusion, l'analyse portera sur les catégories de marchés suivantes, distingués en fonction du mode de diffusion et/ou de la période de diffusion : la distribution en salle, la vidéo, la VoD, le PPV, la télévision payante¹⁶ et les films catalogues.

Il convient à présent de déterminer si certains de ces marchés doivent être à nouveau segmentés en fonction du contenu acquis.

2. Les segmentations du point de vue du contenu acquis (œuvres cinématographiques américaines récentes ; œuvres d'expression française récentes ; séries américaines récentes)

Les marchés portant sur les droits relatifs à la distribution en salle, la vidéo et les catalogues, n'ont jamais été définis de manière précise et segmentés notamment en fonction du contenu acquis. Au cas d'espèce, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle horizontale demeurent inchangées, que ces marchés soient ou non définis en fonction du contenu, il n'est pas nécessaire de conclure sur leur caractère distinct.

Pour les autres droits en revanche, relatifs à la VoD, au PPV et à la télévision payante, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence distingue habituellement les droits relatifs aux œuvres américaines de celles relatives aux œuvres d'expression française. Cette segmentation est fondée notamment sur les différences en termes de prix¹⁷, d'attractivité, d'identité et de capacité de négociation des offreurs, de négociation commerciale¹⁸ et, enfin au regard des obligations spécifiques pesant sur les demandeurs, en matière d'investissements dans le cinéma français notamment¹⁹.

La pratique constante des autorités de concurrence identifie ainsi, pour ce qui concerne la télévision payante et le paiement à l'acte²⁰, un marché pertinent circonscrit aux films considérés comme des contenus « moteur » (d'abonnements ou en termes de recettes publicitaires) : d'une part, les films américains récents (qui comprennent essentiellement les films produits par les grands studios hollywoodiens)²¹ et qui sont notamment distincts des films de télévision, et, d'autre part, les films d'expression originale française.

L'instruction menée dans le cadre de la présente analyse a confirmé la pertinence, à ce jour, de l'ensemble des critères de distinction entre ces deux catégories de droits. Il n'y a donc pas de raison de considérer que les marchés auraient subi une quelconque évolution sur ce point.

GCP considère pour sa part qu'une telle segmentation n'a pas lieu d'être dans la mesure où ces produits sont substituables entre eux et avec d'autres types de contenus particulièrement attractifs, tels que les séries notamment.

Afin de démontrer que les œuvres françaises récentes jouissent d'une attractivité proche de celle des œuvres américaines récentes, GCP remarque, à titre d'illustration, que les films d'expression originale française diffusés par Canal + recueillent des parts d'audience [...]. Cependant, outre le fait qu'un tel marché global de l'acquisition de droits d'œuvres cinématographiques et des séries n'a jamais été défini pour ce qui concerne le territoire français et qu'aucun élément n'est venu fondamentalement modifier la perception traditionnelle de ces deux catégories de marchés, il doit être considéré, comme le souligne le Conseil de la concurrence, que les éléments factuels apportés par GCP dans la notification (dont un certain nombre a été rappelé ci-dessus), tendent en réalité à établir, pour des produits qui demeurent complémentaires, que les premiers constituent eux aussi des contenus attractifs autonomes.

GCP apporte par ailleurs de nombreux éléments factuels visant à démontrer, que les séries américaines récentes sont également très attractives, et appartiendraient, de ce fait, au même marché que les œuvres cinématographiques récentes. Il relève ainsi que certaines séries récentes seraient devenues, ces dernières années, de plus en plus attractives aux yeux des consommateurs finals, entraînant ainsi une augmentation

¹⁶ Pour mémoire, la notion de « télévision payante » recouvre, pour les besoins de la présente analyse, les droits première et deuxième fenêtre.

¹⁷ Il existe en effet un écart de coût de 70 % en moyenne entre les droits de diffusion des films français et ceux des films américains.

¹⁸ Notons ainsi que les droits de diffusion de films français sont directement négociés auprès des producteurs par les chaînes de télévision, alors que les films américains sont négociés auprès de mandataires qui détiennent les droits. Les types et la durée des contrats sont également différents (majorité de contrats cadre d'achats globaux dits *output deals* d'un côté, et contrats film par film de l'autre). Cf. notamment lettre du ministre C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFIL.

¹⁹ On peut noter, à titre d'illustration, que la législation française fait obligation aux services de communication audiovisuelle de consacrer une proportion au moins égale à 40 % de leur offre d'œuvres cinématographiques à des œuvres d'expression originale française. Les autres obligations, qui portent notamment sur obligations d'investissement, seront développées dans le cadre de l'analyse concurrentielle relative aux marchés portant sur les droits français.

²⁰ Cf. notamment les décisions de la Commission européenne M.2050 du 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram* ; JV.57 du 30 avril 2002, *TPS* ; M.2876 du 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù* et M. 2845 du 7 février 2003, *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

²¹ L'expression « film récent » qui sera utilisée dans la présente décision correspond aux contenus des marchés qualifiés par la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence comme : « *film à succès récent* ».

importante du prix de ces dernières, reflet de la valorisation économique à la hausse réalisée par les vendeurs comme par les acheteurs des droits portant sur celles-ci.

GCP note ainsi que « *les fictions, et notamment les séries américaines (telles que par exemple « CSI : les experts », « Desperate Housewives », « FBI : portés disparus », « Lost » ou encore « 24 heures chrono »), sont de plus en plus prisées par les téléspectateurs et, de ce fait, représentent un produit de plus en plus attractif par rapport aux films d'appel »*. GCP observe également qu'à la différence des films, qui peuvent être visualisés par les consommateurs en salle puis en DVD avant d'être diffusés sur la télévision payante, les séries représentent des véritables « *premières exclusivités* » et, de ce fait, constituent de plus en plus « *un produit d'appel phare* ». [...] ».

Les éléments apportés par GCP ne remettent pas en cause le fait que les œuvres cinématographiques appartiennent à un marché distinct, notamment des séries américaines récentes. Le fait que ces séries aient vu leur attractivité croître ces dernières années ne remet pas en cause l'ensemble des autres critères de distinction retenus par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence brièvement rappelés ci-dessus. Ainsi demeurent les très grandes différences en termes de prix, de conditions de négociations commerciales, ou encore de réglementation applicable, au regard, notamment, de la chronologie des médias décrite auparavant et des effets structurants sur le marché qu'elle entraîne²². On peut enfin constater, à titre complémentaire que, compte tenu de l'absence d'un encadrement normatif des fenêtres de diffusion, et à la différence des droits relatifs aux œuvres récentes qui ne peuvent être acquis que par des opérateurs de télévision payante, la concurrence pour l'achat de séries récentes est simultanément animée par les opérateurs de télévision à péage et les opérateurs de télévision en accès libre, y compris pour l'achat de la première diffusion. Ce point est d'ailleurs confirmé par GCP qui souligne que « *compte tenu de l'attractivité des séries pour les téléspectateurs, il existe une très forte concurrence pour l'acquisition des droits de première diffusion de ces séries entre les opérateurs de télévision à péage, les chaînes hertziennes gratuites ainsi que les chaînes thématiques* ».

Ainsi, dans la mesure où il est établi que les films de cinéma et les séries télévisées demeurent des produits fortement différenciés, les éléments factuels qui montreraient une substituabilité entre certaines séries à récentes les œuvres cinématographiques récentes, notamment américaines, tendent plutôt à démontrer que les séries récentes ont acquis, au cours des dernières années, eux aussi le caractère de contenus attractifs autonomes.

En effet, alors que les séries étaient, jusqu'à présent, considérées comme faisant partie du marché global des programmes de stock (avec d'autres types de contenus relativement hétérogènes), qui sera analysé ci-après, il semble que l'évolution récente de l'attractivité des séries américaines récentes, au regard notamment des éléments factuels recueillis auprès de GCP mais également auprès des opérateurs tiers, permette de considérer que celles-ci jouissent à présent d'un caractère de contenu attractif autonome. L'achat et la vente des droits relatifs aux séries américaines récentes constituent donc un marché pertinent, qu'il convient d'analyser de manière séparée. Cette position est soutenue par de nombreux opérateurs du marché interrogés à l'occasion de la présente instruction.

Il convient donc, au regard de l'ensemble des éléments ci-dessus mentionnés, de définir les marchés relatifs aux droits portant sur les produits suivants : en premier lieu, les droits relatifs à la diffusion en salle, à la vidéo et de catalogue, tout type de contenu ; en deuxième lieu, les droits pour la VoD, le PPV et pour la télévision payante, portant sur les œuvres cinématographiques américaines récentes, d'une part, et d'expression française récentes, d'autre part ; en troisième lieu, les droits portant sur les séries américaines récentes, tous modes de diffusion télévisuelle confondus (gratuit/payant).

B - La délimitation géographique des marchés relatifs aux droits portant sur les œuvres cinématographiques et les séries télévisées

GCP considère que tous les marchés amont de l'acquisition de droits et de programmes sont de dimension nationale.

Selon la pratique décisionnelle constante en la matière en effet, les droits de diffusion sont divisés et vendus sur le plan principalement national, ou tout au plus par zone linguistique ; les prix étant ainsi « le reflet de la valorisation économique réalisée pour chaque zone spécifique ».

L'instruction menée au cas d'espèce, confortée par l'analyse du Conseil de la concurrence et les répondants au test de marché, a confirmé la pertinence de ces critères.

²² Ainsi qu'il a été noté précédemment, la réglementation de la chronologie des médias entraîne une segmentation très claire entre les différents droits, et structure ainsi les conditions de concurrence.

Au cas d'espèce, et sans qu'il soit nécessaire de trancher définitivement la question de savoir si la dimension géographique pertinente est le territoire français ou l'ensemble de la zone francophone, dans la mesure où, d'une part, les droits concernés par la présente analyse sont acquis uniquement pour le territoire français²³ et où, d'autre part, l'opération n'emporte des chevauchements d'activités que sur cette zone, la présente analyse portera sur les marchés de produits susmentionnés circonscrits au territoire français.

En conclusion, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'analyse portera, pour ce qui concerne les contenus cinématographiques et les séries, sur les marchés suivants :

- l'achat de droits pour la diffusion en salle sur le territoire français ;
- l'achat de droits pour la distribution vidéo sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour l'exploitation en VoD sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour l'exploitation en VoD sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour l'exploitation en PPV sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour l'exploitation en PPV sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour la télévision payante pour le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour la télévision payante pour le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux séries américaines récentes pour le territoire français ;
- la vente et l'achat de droits de films de catalogue pour tout type de « chaîne » (gratuite, payante, de paiement à l'acte).

II - Les marchés relatifs aux droits sportifs

A - Marchés de produits relatifs aux droits sportifs

A l'image des distinctions effectuées pour les contenus cinématographiques, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence distingue habituellement les droits en fonction des types de diffusion (1) et des types de contenus concernés (2).

1. Les segmentations de marché en fonction du mode d'exploitation

S'agissant des segmentations possibles des droits sportifs en fonction du mode d'exploitation, deux distinctions peuvent être envisagées : a) la distinction entre les droits sportifs relatifs à une diffusion en clair et ceux relatifs à une diffusion payante et b) la distinction entre les droits sportifs portant sur le paiement à l'acte et les autres droits.

a) Une éventuelle distinction des droits en fonction d'une diffusion en clair ou en payant peut être écartée

GCP relève que dans certaines décisions, la Commission européenne avait évoqué l'idée selon laquelle une distinction devrait être faite entre les droits acquis pour une diffusion sur télévision payante et ceux acquis pour une diffusion sur télévision gratuite²⁴.

On peut penser, à la lecture de l'avis du Conseil de la concurrence, qu'il n'est pas exclu qu'une telle segmentation puisse être retenue. Le Conseil considère ainsi, au point 82, qu'à « titre liminaire, il convient d'examiner la possibilité de distinguer les droits du direct acquis en matière de sport selon le type de diffusion (télévision payante et exploitation à l'acte) compte tenu de l'hétérogénéité des produits et des fortes différences du point de vue de la demande.... » et souligne au point suivant que, « s'agissant des droits de diffusion pour la télévision payante, les droits du football sont traditionnellement distingués des autres droits sportifs ... ».

²³ Cf. sur ce point, et à titre d'illustration, la décision *NewscorpTélépiù*, au sein de laquelle la Commission européenne considère, au sujet notamment des droits relatifs au cinéma américains : « en Italie, les licences concernant les droits de diffusion sont limitées au territoire national. Par conséquent, dans la présente affaire, la portée géographique du marché est nationale. »

²⁴ Cf. notamment, à titre d'illustration, les décisions *GCP/RTL/GJCD* du 13 novembre 2001 et *Newscorp/Telepiù* du 2 avril 2003.

La mention faite par le Conseil de la concurrence de « *droits de diffusion pour la télévision payante* » peut laisser à penser qu'il considère pertinent d'établir une segmentation première des droits sportifs en fonction de la destination de la diffusion, en clair ou en payant.

Malgré cette mention de « *droits de diffusion pour la télévision payante* », le Conseil de la concurrence constate, dans le cadre de l'analyse concurrentielle, que certains marchés relatifs aux droits sportifs font l'objet d'une forte concurrence entre les opérateurs de télévision gratuite et les opérateurs de télévision payante, laissant ainsi entendre qu'il tend plutôt à considérer que les différents marchés sont segmentés en fonction du contenu, sans qu'il soit tenu compte d'une diffusion en clair ou en payant.

GCP considère pour sa part qu'une telle distinction entre les droits de diffusion pour une exploitation en clair ou en payant n'a pas lieu d'être dans la mesure où, notamment, « *ces deux modes de diffusion sont clairement en concurrence lorsqu'il s'agit notamment de l'acquisition de droits sportifs* ».

La présente instruction confirme cette position des parties en permettant de relever, au regard de nombreux éléments factuels, que cette segmentation première n'a pas lieu d'être.

En effet, il convient de noter tout d'abord que, du côté de l'offre, les droits sportifs sont vendus, à de rares exceptions près, de manière indifférenciée en fonction du mode d'exploitation payant ou gratuit²⁵. Outre le fait qu'une telle vente indifférenciée peut permettre au détenteur du droit en cause de maximiser son profit, il convient de noter qu'une obligation de non discrimination entre les modes d'exploitation pèse sur certains détenteurs de droits achetés en France.

Le droit commun de la concurrence fait tout d'abord peser sur les détenteurs de droits dits « centralisés »²⁶ ou les opérateurs en position dominante une obligation de mise en concurrence « non discriminatoire »²⁷. Cette obligation de non discrimination entre les éditeurs et les distributeurs de services de télévision est également prévue par le décret du 15 juillet 2004 relatif à la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives²⁸. On peut noter à cet égard que la Cour d'appel de Paris a récemment annulé le dernier appel d'offres lancé par la Ligue de Football Professionnel sur les droits relatifs à la diffusion des matchs de la Coupe de la Ligue, au sein duquel celle-ci réservait la diffusion de certains matchs à des opérateurs de télévision en clair, en considérant que cet appel d'offres était discriminatoire²⁹.

Le dispositif relatif aux événements d'importance majeure, enfin, ne peut inciter à modifier la conclusion selon laquelle les droits sportifs ne peuvent être segmentés en fonction du mode d'exploitation, payant ou gratuit. Pour mémoire, le décret n° 2004-1392 du 22 décembre 2004 prévoit que certains événements dont la liste est énumérée de manière limitative³⁰ ne doivent pas faire l'objet d'une exclusivité de diffusion faisant qu'une « *partie importante du public ne soit pas privée de la possibilité de les suivre sur un service de télévision à accès libre* ». En pratique, lorsque l'événement a été acquis par un opérateur de télévision payante, et s'il ne peut lui-même le diffuser sur une plage en clair, il devra être revendu, dans « *des*

²⁵ Les droits portant sur la Coupe du Monde de football 2006 (vendus de manière séparée pour une diffusion en clair et en payant) constituent une de ces exceptions.

²⁶ C'est à dire lorsque les droits relatifs aux matchs de championnats sont vendus par l'organisateur de la compétition et non pas par chacun des clubs qui participent à celle-ci. Les droits relatifs aux matchs de première ligue sont ainsi vendus de manière décentralisée en Espagne et, encore récemment, en Italie, mais de manière centralisée en France, par la LFP.

²⁷ Cf. sur ce point la décision UEFA, ainsi que, plus récemment, les décisions de la Commission européenne relatives à la vente centralisée de droits médiatiques footballistiques en Allemagne (décision « *DBF* » du 15 décembre 2005) et au Royaume-Uni (décision « *FALP* » du 23 mars 2006).

²⁸ Ce décret dispose que les appels d'offres doivent être ouverts à tous les éditeurs ou distributeurs de services intéressés.

²⁹ La Cour d'appel de Paris a en effet considéré, dans son arrêt du 15 février 2006, que l'appel d'offres, en ce qu'il exigeait la diffusion de cinq matchs au minimum sur une chaîne en clair, était discriminatoire vis-à-vis des chaînes payantes (Canal + et Sport + en l'occurrence) et ainsi confirmé l'annulation de l'appel d'offres prononcée par le tribunal de grande instance de Paris dans sa décision du 7 novembre 2005.

³⁰ La liste des événements dits « d'importance majeure » a été fixée par le décret n° 2004-1392 du 22 décembre 2004. Ces événements, au nombre de 21, sont les suivants : 1° Les jeux Olympiques d'été et d'hiver ; 2° Les matchs de l'équipe de France de football inscrits au calendrier de la Fédération internationale de football association (FIFA) ; 3° Le match d'ouverture, les demi-finales et la finale de la Coupe du monde de football ; 4° Les demi-finales et la finale du Championnat d'Europe de football ; 5° La finale de la Coupe de l'Union européenne de football association (UEFA) lorsqu'un groupement sportif inscrit dans l'un des championnats de France y participe ; 6° La finale de la Ligue des champions de football ; 7° La finale de la Coupe de France de football ; 8° Le tournoi de rugby des Six Nations ; 9° Les demi-finales et la finale de la Coupe du monde de rugby ; 10° La finale du championnat de France de rugby ; 11° La finale de la coupe d'Europe de rugby lorsqu'un groupement sportif inscrit dans l'un des championnats de France y participe ; 12° Les finales des simples messieurs et dames du tournoi de tennis de Roland-Garros ; 13° Les demi-finales et les finales de la Coupe Davis et de la Fed Cup lorsque l'équipe de France de tennis y participe ; 14° Le Grand Prix de France de formule 1 ; 15° Le Tour de France cycliste masculin ; 16° La compétition cycliste "Paris-Roubaix" ; 17° Les finales masculine et féminine du championnat d'Europe de basket-ball lorsque l'équipe de France y participe ; 18° Les finales masculine et féminine du championnat du monde de basket-ball lorsque l'équipe de France y participe ; 19° Les finales masculine et féminine du championnat d'Europe de handball lorsque l'équipe de France y participe ; 20° Les finales masculine et féminine du championnat du monde de handball lorsque l'équipe de France y participe ; 21° Les championnats du monde d'athlétisme.

conditions de marché équitables, raisonnables et non discriminatoires », aux chaînes en clair qui en feraient la demande. Ce dispositif n'oblige pas, en effet, le détenteur des droits portant sur des « événements d'importance majeure » à les vendre à des chaînes en clair : l'obligation ne concerne que les éventuelles chaînes cryptées acquérant ces droits.

On peut enfin relever que sur les 21 événements cités, que 14 événements ne sont pas concernés dans leur globalité : la liste ne contenant dans ce cas que certains matchs (ouverture/ phases finales ...) ou uniquement certains matchs impliquant des équipes françaises. Les droits sont ainsi vendus par leur détenteur et achetés par l'acquéreur sans qu'aucun des deux ne sache, a priori, si certains événements devront répondre aux exigences du décret précité, dans la mesure où le plus souvent les droits relatifs à une compétition sportive sont vendus de manière globale. Dans ces conditions, il convient de considérer que le dispositif portant sur les événements dits « d'importance majeure » ne permet pas de remettre en cause l'absence de distinction entre les acquisitions pour le payant et les acquisitions pour une diffusion en clair.

Du côté de la demande enfin, il convient de souligner que les opérateurs de télévision en clair soumissionnent avant tout pour l'achat de droits qui lui garantissent, en raison de leurs caractéristiques intrinsèques, une audience suffisamment importante, synonyme de recettes publicitaires élevées. Il s'agit du seul véritable critère pertinent.

En conséquence, aucune distinction entre l'acquisition des droits sportifs pour une diffusion en clair et l'acquisition pour une diffusion payante ne sera effectuée. Cette conclusion est confirmée par la majorité des répondants au test de marché, aussi bien les acheteurs éventuels de droits sportifs que les détenteurs de ces mêmes droits³¹.

Une autre segmentation en fonction du mode d'exploitation sera en revanche retenue ci-après.

b) Une segmentation entre les droits sportifs portant sur une diffusion en paiement à l'acte et les autres modes de diffusion (clair ou payant) doit être retenue

GCP considère qu'aucune distinction en fonction du mode de diffusion ne doit être effectuée.

Le Conseil de la concurrence considère pour sa part, aux points 81 et suivants de son avis, qu'il convient de différencier les droits du direct acquis en matière de sport en fonction de leur destination, en distinguant la diffusion sur la télévision payante et l'exploitation à l'acte, « *compte tenu de l'hétérogénéité des produits et des fortes différences du point de vue de la demande* ».

Sous la réserve exprimée précédemment au sujet de la nécessité de ne pas distinguer les droits pour la télévision payante et les droits pour la télévision en clair, l'instruction menée dans le cadre de la présente analyse permet de confirmer la nécessité de distinguer les droits acquis pour une diffusion sur une chaîne en clair ou payante, des droits acquis pour une diffusion en paiement à l'acte. Les critères mis en avant par le Conseil de la concurrence apparaissent en effet totalement pertinents pour réaliser cette segmentation des droits sportifs, en raison, notamment et essentiellement, des différences en termes de demande, directe et finale, et des différences tenant aux caractéristiques des produits commercialisés. Sur ce dernier point en effet, il semble utile de rappeler que l'exploitation à l'acte est particulièrement adaptée lorsque l'acquéreur des droits de diffusion ou le détenteur des droits désire diffuser plusieurs matchs d'une même compétition en même temps et en direct, à l'image de la majorité des matchs de chaque journée de championnat de football de Ligue 1 (soit 7 sur 10 actuellement) qui sont actuellement diffusés en exploitation à l'acte en raison de la demande formulée par le détenteur des droits (la Ligue de Football Professionnel).

Le Conseil de la concurrence relève également que « *si une exploitation VoD semble peu probable pour les événements sportifs attractifs (le direct est en effet une condition majeure de leur attractivité, ce qui est peu compatible avec le choix pour le consommateur de l'heure de visionnage), le PPV pourrait être considéré comme un marché pertinent.* »

Compte tenu du caractère émergent des offres de VoD, il semble difficile à ce stade de conclure de manière définitive sur l'existence ou non d'un marché amont relatif à l'achat de droits sportifs pour une diffusion en VoD.

Différents éléments recueillis à l'occasion de la présente instruction permettent de penser que la VoD pourrait constituer un vecteur potentiel de contenus sportifs. On peut ainsi souligner que la Ligue de Football Professionnel, lors du dernier appel d'offres portant sur les droits de diffusion relatifs à la Ligue 1, avait elle-même souligné que « *l'arrivée d'un nouveau mode de distribution pour la télévision - les réseaux de téléphonie fixe avec la technologie ADSL - et la décision de la LFP d'étendre le lot " paiement à la séance "*

³¹ Cette conclusion semble également aller dans le sens des dernières décisions de la Commission européenne intervenues en la matière, portant notamment sur la vente centralisée des droits médiatiques footballistiques vendus en Allemagne (décision « *DBF* » du 15 décembre 2005) et au Royaume-Uni (décision « *FALP* » du 23 mars 2006).

aux services de vidéo à la demande ont permis de susciter l'intérêt des opérateurs télécoms ». Le lots n° 4 du dernier appel d'offres concernait en effet le paiement à la séance ; les droits étant vendus pour une diffusion en PPV en direct et pour une diffusion en VoD en léger différé. GCP, qui a acquis ce lot relatif, est donc le détenteur des droits de diffusion VoD des matchs de Ligue 1 en léger différé. Dans la mesure où ces droits n'ont pas été exploités, il semble difficile de conclure sur la délimitation exacte du marché portant sur les droits VoD.

Dans ces conditions, et sans qu'il soit nécessaire de trancher de manière définitive la délimitation exacte du marché relatif aux droits de diffusion sportifs pour une exploitation à l'acte, compte tenu du caractère émergent et non encore stabilisé des offres VoD, l'analyse portera sur un marché de l'exploitation à l'acte qui ne comprend, actuellement que le PPV.

L'analyse sur les droits sportifs portera donc sur deux catégories de marchés segmentés en fonction du mode de diffusion : les droits sportifs acquis pour une exploitation à l'acte et les droits sportifs acquis pour une autre diffusion, en clair ou en mode payant.

Les segmentations possibles en fonction du contenu sportif vendu seront ainsi envisagées sur la base de cette première distinction.

2. Segmentations du marché en fonction du contenu sportif acquis

D'une manière générale, GCP rappelle qu'au sein des droits sportifs, selon les autorités de concurrence, les droits sur le football constituent des droits « premium », en ce qu'ils « *sont capables de réaliser des taux d'audience élevés ou d'accroître le parc des abonnés*³² ». GCP propose donc d'analyser séparément ces droits. GCP souligne également que « *d'autres droits sportifs sont toutefois également très prisés du public français* », et méritent ainsi d'être également analysés séparément.

D'une manière générale, cette position est conforme à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence qui considèrent que les droits portant sur le football constituent des contenus premium, susceptibles de générer des taux d'audience élevés (lors d'une diffusion en clair) ou de constituer des moteurs d'abonnements (lors d'une diffusion cryptée).

Conformément à la position de GCP, d'autres contenus sont également très attractifs et méritent d'être analysés séparément. Ces contenus sont également considérés comme des contenus premium. Plus précisément, GCP propose de présenter, au sein de la notification, plusieurs catégories de droits sportifs, qui auraient été définies par les autorités de concurrence : les droits sur les compétitions de football qui se déroulent de manière régulière tout au long de l'année, les droits sur la Coupe du Monde et le Championnat d'Europe de football ainsi, enfin, que les droits portant sur des compétitions autres que footballistiques.

La Commission européenne a toujours considéré que les droits portant sur les compétitions de football ne pouvaient pas être considérés comme substituables aux autres droits sportifs du fait de la prééminence de ce sport³³, qui attire régulièrement des audiences largement supérieures aux autres événements sportifs³⁴ et permet aux radiodiffuseurs d'enregistrer des taux d'écoute élevés d'une manière régulière, durable et continue³⁵.

La présente instruction a permis de confirmer qu'une première segmentation s'impose entre les droits du football et les autres droits sportifs. Cette position est retenue par le Conseil de la concurrence, qui confirme notamment la pertinence des éléments susmentionnés (cf. les points 87 et suivants).

Dans la mesure où il est indiqué précédemment que les segmentations liées au contenu seront envisagées sur la base de la distinction première « exploitation à l'acte / autres mode de diffusion », il convient de s'intéresser à ces deux catégories de marchés.

Le Conseil de la concurrence considère cependant que, « *dans la mesure où l'essentiel des droits sportifs acquis en PPV le sont pour le football (Ligue 1 et matchs du championnat de la Ligue des Champions), il n'est pas nécessaire de se prononcer sur une éventuelle distinction des droits PPV selon le type de sport.* » L'instruction menée dans le cadre de la présente analyse permet de formuler le même constat. Les droits acquis pour une diffusion en exploitation à l'acte (PPV/VoD) seront donc analysés de manière globale.

En revanche, deux premières catégories de segmentation en fonction du contenu seront analysées successivement, pour ce qui concerne les seuls droits hors exploitation à l'acte : les droits relatifs aux compétitions de football (a) et les autres droits sportifs (b).

³² Discours de J. Mensching intitulé « Sport et Télévision : exclusivité et concurrence ».

³³ Cf. à titre d'exemple la dans sa décision *GCP/RTL/GJCD* du 13 novembre 2001.

³⁴ Sauf, de manière plus ponctuelle, certains événements sportifs internationaux importants comme les JO.

³⁵ Cf. à titre d'illustration la décision *UEFA* précitée de la Commission européenne.

a) *Les marchés relatifs aux droits du football (hors exploitation à l'acte)*

Conformément à la pratique décisionnelle constante des autorités de concurrence, un premier marché relatif aux compétitions régulières de football qui se déroulent tout au long d'une année et qui implique des équipes françaises, doit être identifié (i). La question se pose d'une segmentation plus fine, au sein même de ce marché, circonscrite aux droits portant sur le seul championnat de Ligue 1 (ii).

Un autre marché relatif aux matchs de football peut également être défini, portant sur les droits des championnats étrangers (iii).

Ces marchés seront analysés successivement.

i) *Identification et segmentation des marchés relatifs aux compétitions régulières se déroulant tout au long de l'année et impliquant des équipes françaises*

GCP rappelle que la Commission européenne a, par le passé, considéré qu'il existait un marché distinct portant sur l'acquisition des droits de retransmission des compétitions de football qui se disputent régulièrement tout au long de l'année et impliquant des clubs français. Ce marché correspond, en pratique, aux Championnats de Ligue 1 et de Ligue 2, aux coupes nationales, à la Ligue des Champions et à la Coupe de l'UEFA³⁶.

La présente instruction a permis de confirmer la pertinence de cette première segmentation, traditionnelle, qui est également reprise par le Conseil de la concurrence.

Ces compétitions impliquant des clubs français doivent en effet être distinguées des autres compétitions de football, pouvant également impliquer des équipes françaises, mais qui se déroulent de manière moins régulière (matchs éliminatoires et phase Finale de la Coupe du Monde et du Championnat d'Europe des nations...)³⁷.

Ces deux catégories de droits sportifs doivent en effet être distinguées, en raison de leurs différences en termes de périodicité, qui implique, comme le souligne le Conseil de la concurrence, que ces deux catégories d'événements sportifs présentent également des caractéristiques de programmation très différentes. En effet, ainsi que le rappelle le Conseil de la concurrence, les événements qui ne se déroulent pas tout au long d'une année « *ne présentent pas les mêmes contraintes que les événements réguliers qui regroupent un nombre important de matchs hebdomadaires tout au long de l'année* ».

Cette distinction apparaît également pertinente au regard des conditions de concurrence totalement hétérogènes qui peuvent être constatées sur ces deux catégories de marchés. En effet, si les événements réguliers qui se déroulent tout au long de l'année sont essentiellement achetés (et en exclusivité pour ce qui concerne les droits portant sur les championnats) par les opérateurs de télévision payante, les autres événements en revanche font l'objet d'une concurrence plus intense entre les opérateurs de télévision en clair et les opérateurs de télévision payante, en raison du caractère attractif et fédérateur de leur contenu³⁸.

Dans ces conditions, conformément à l'analyse traditionnelle des autorités de concurrence, les droits relatifs aux compétitions de football seront dans un premier temps segmentés, pour les compétitions qui impliquent des équipes françaises, entre compétitions régulières qui se déroulent toute l'année et compétitions régulières qui ne se déroulent pas tout au long d'une année.

ii) *Au-delà de cette première conclusion, la question se pose d'une segmentation encore plus fine permettant de définir un marché circonscrit aux matchs de Ligue 1.*

GCP rappelle à cet égard que dans sa décision *TPS n° 03-MC-01 du 23 janvier 2001*, le Conseil de la concurrence, statuant au stade des mesures conservatoires, n'avait pas exclu qu'il existe un marché plus

³⁶ Voir sur ce point l'affaire et à titre d'illustration, les décisions *GCP/RTL/GJCD* du 13 novembre 2001.

³⁷ Cf. sur ce point les décisions de la Commission européenne C. 37.576 du 19 avril 2001, Règles de radiodiffusion de l'UEFA ; M. 2483 du 13 novembre 2001, Canal+/RTL/GJCD/JV, M. 2845 du 7 février 2003, Sogecable/Canalsatellite Digital/Via Digital et M. 2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù).

³⁸ Et donc particulièrement adaptés pour générer une large audience et, *in fine*, des revenus publicitaires plus importants. En revanche, l'argument avancé par le Conseil de la concurrence tendant à considérer que ces événements moins réguliers n'intéressent pas les opérateurs de télévision payante semble devoir être écarté. Le Conseil de la concurrence considère en effet qu'en raison du dispositif relatif aux événements d'importance majeure précité, les matchs portant sur les compétitions incluses dans la liste (qui inclut certains matchs seulement des phases finales de la Coupe du Monde et du Championnat d'Europe des nations) ne sont normalement pas diffusés sur des chaînes à péage et ne constituent donc pas des vecteurs d'abonnement pour la télévision payante. Le Conseil de la concurrence souligne également que « *TPS n'a d'ailleurs jamais acquis ou tenté d'acquies les droits sur ces compétitions* ». Ce constat semble devoir être infirmé par le comportement des chaînes payantes (Eurosport et Canal+) qui ont, encore récemment, acquis de tels droits de diffusion sur la Coupe du Monde de football et acquies régulièrement des droits sur les autres compétitions de football qui ne se déroulent pas tout au long d'une année.

étroit au sein du marché relatif aux compétitions qui se déroulent tout au long de l'année et qui impliquent des équipes françaises, circonscrit à l'acquisition des droits du Championnat national de Ligue 1.

Dans le cadre de son présent avis, le Conseil de la concurrence rappelle également qu'il avait « évoqué la possibilité d'identifier un marché encore plus étroit au sein des compétitions régulières, limité à l'acquisition des droits du Championnat national de Ligue 1 », et que les critères de distinction apparus alors pertinents « sont encore remplis en l'espèce ».

Les raisons alors invoquées étaient les suivantes : i) le championnat domestique se déroule sur 38 semaines, de façon très régulière, de juillet à mai, à raison de 10 matchs par semaine, soit un total de 380 matchs par an (alors que les autres compétitions se déroulent sur des périodes beaucoup plus courtes et présentent moins de matchs) ; ii) le Championnat de France oppose exclusivement des équipes professionnelles de clubs français ; iii) le championnat de France ne présente aucun caractère aléatoire quant à la présence des 20 clubs de Ligue 1 et des 20 clubs de Ligue 2 pendant les 38 semaines de durée du championnat ; iv) la comparaison avec les prix offerts pour l'acquisition des droits de diffusion des autres compétitions de football qui se disputent régulièrement tout au long de l'année, qu'elles soient nationales ou européennes, montre que les télévisions à péage accordent une valeur très supérieure au championnat ; v) les matchs de Ligue 1 ont toujours été diffusés sur des chaînes à péage (la régularité et la durée du Championnat de France ne permettent pas aux chaînes généralistes d'assurer les contraintes de programmation auxquelles elles sont soumises) ; vi) le financement de ces dernières par la publicité et donc la nécessité de privilégier les événements susceptibles de fédérer un public très varié et de rassembler de fortes audiences ne rendent pas attractive la programmation contraignante, tout au long de l'année, du Championnat de Ligue 1 dans son ensemble.

Le Conseil de la concurrence tend ainsi à considérer, dans le cadre de la définition des marchés, que les droits de Ligue 1 constituent un marché distinct.

L'instruction menée par les services du ministre a permis de confirmer cette définition de marché et ainsi de distinguer le marché des droits de diffusion relatifs aux matchs de Ligue 1 et le marché des droits portant sur les autres compétitions régulières qui se déroulent tout au long de l'année³⁹. L'analyse portera donc sur chacun de ces marchés.

Il convient enfin de noter, à titre complémentaire, que l'analyse des marchés pertinents relatifs aux droits de la Ligue 1 au jour de l'instruction est très fortement conditionnée par la structure actuelle de l'appel d'offres lancé par la LFP. Toute modification éventuelle de la structure de l'appel d'offres serait de nature à fortement influencer l'appréciation portée sur la définition des marchés. En effet, la LFP dispose d'une marge suffisante pour structurer différemment son appel d'offres et pourrait très bien ne plus différencier son appel d'offres en fonction du mode de diffusion, mais choisir, à l'image du dernier appel d'offres lancé par la Ligue anglaise, d'accroître le nombre de lots commercialisés, et ainsi modifier, le cas échéant, les frontières des marchés pertinents constatés au jour de la présente instruction.

Les présentes segmentations ne valent donc qu'à structure des appels d'offres inchangée.

iii) Identification d'un marché pertinent circonscrit aux championnats de football étrangers

Le Conseil de la concurrence considère, au point 85 de son avis, que la Commission européenne, « en définissant le marché des compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales, [...] a implicitement effectué une distinction selon la nationalité des équipes. Une distinction existe donc entre les compétitions régulières auxquelles participent des clubs français et les championnats nationaux étrangers. »

La présente instruction a en effet permis de constater qu'en France, les droits relatifs à certains championnats étrangers de football jouissaient du caractère de contenu attractif autonome, permettant de les considérer comme faisant partie d'un marché pertinent distinct. On doit notamment relever que la très grande majorité des critères retenus par le Conseil de la concurrence tendant à définir un marché circonscrit aux droits relatifs à la Ligue 1 sont applicables en l'espèce, et permettent de considérer que les droits portant sur les matchs des grands championnats de football étrangers constituent un marché pertinent.

b) Les marchés relatifs aux autres droits sportifs (hors exploitation à l'acte)

GCP considère que la Commission européenne ne s'est pas encore prononcée sur la segmentation éventuelle du marché de l'acquisition des droits pour d'autres sports que le football.

³⁹ Concrètement, ce marché correspond au championnat de Ligue 2, aux coupes nationales, à la Ligue des Champions et à la Coupe de l'UEFA.

GCP souligne cependant que la Commission, dans la décision *NewscorpTelepiu*, a toutefois indiqué que « sur la base de son étude de marché, l'acquisition de certains de ces droits, bien qu'il ne s'agisse pas de contenus « moteurs » était néanmoins très importante pour les opérateurs de télévision payante », justifiant ainsi, comme le rappelle le Conseil de la concurrence, de définir un marché de produits séparé des autres types de contenus sportifs.

GCP précise également que « certaines de ces manifestations sont en effet susceptibles d'intéresser de nombreux consommateurs. Les caractéristiques de ce type de contenus et les conditions tarifaires de ces droits montrent selon la Commission, que l'acquisition de l'exclusivité de retransmission de ces manifestations sportives peut être considérée comme un marché de produits séparés pouvant être distingué d'autres marchés d'achat de contenus. »

GCP considère enfin que les droits afférents à ces événements sont pleinement substituables entre eux et avec d'autres droits de contenus.

Le Conseil de la concurrence précise cependant « qu'en France les événements sportifs s'articulent autour de deux axes, les événements d'importance majeure et les autres événements attractifs non qualifiés d'événements d'importance majeure ».

Il semble en effet que les événements d'importance majeure (hors événements footballistiques, lesquels sont intégrés au sein des marchés définis antérieurement), doivent être distingués des autres événements sportifs. Ainsi qu'il a été précisé antérieurement, ce n'est pas tant le fait qu'ils soient listés au sein du décret précité, qui entraîne de facto la nécessité de définir un marché pertinent circonscrit à ces droits. Le fait qu'ils soient présents au sein de cette liste tend à démontrer qu'une grande partie du public est désireuse de pouvoir suivre lesdits événements. Cela démontre ainsi le caractère particulièrement fédérateur des événements listés au sein du décret, ou, à tout le moins, leur caractère de contenu très attractif, moteur d'abonnements et/ou de ressources publicitaires. Dans ces conditions, les compétitions listées par le décret sont, à l'heure actuelle, les compétitions qui représentent, en dehors des droits relatifs au football, les contenus sportifs les plus attractifs. Il convient de considérer, dans le cadre de la présente analyse, que ce sont les compétitions listées par le décret dans leur ensemble qui sont incluses au sein de ce marché, et non pas seulement certains matchs de ces compétitions qui sont considérés comme des événements d'importance majeure⁴⁰, l'ensemble de ces droits étant vendu de manière conjointe par les détenteurs des droits.

Enfin, un dernier marché relatif aux droits sportifs comprendra tous les droits autres que ceux qui auraient pu être listés au sein des marchés délimités ci-dessus, relatifs au football et aux événements d'importance majeure. L'instruction n'a pas permis de considérer qu'il était justifié d'identifier un ou plusieurs marchés pertinents pour certains de ces droits, en raison notamment de l'absence de caractère de contenu attractif autonome.

B - Dimension géographique des marchés relatifs à l'acquisition de droits sportifs

GCP considère que l'ensemble des marchés relatifs aux droits sportifs est de dimension nationale.

A l'image des éléments avancés pour ce qui concerne les droits cinématographiques, et sans qu'il soit nécessaire de trancher définitivement la question de la délimitation exacte de ces marchés, la dimension géographique pertinente relative aux droits sportifs sera, au cas d'espèce, le territoire français. En effet, même pour des compétitions de dimension supranationale, les droits sont vendus, dans leur très grande majorité pays par pays et sont achetés par les entreprises concernées par l'opération, exclusivement pour le territoire national.

La nécessité de circonscrire l'analyse au territoire français est encore plus importante lorsqu'il s'agit des compétitions nationales, qui présentent en effet des spécificités importantes dues, notamment, à des facteurs culturels et aux préférences nationales.

Compte tenu de ces éléments, en l'espèce comme dans les décisions antérieures des autorités de concurrence et ainsi que le propose le Conseil de la concurrence, la portée géographique des marchés relatifs aux droits sportifs sera limitée au territoire français.

En conclusion, seront analysés, pour ce qui concerne les droits relatifs aux événements sportifs, les marchés nationaux suivants :

- les droits acquis pour une diffusion en paiement à l'acte ;
- les droits relatifs à la Ligue 1 pour une diffusion autre que sur une chaîne de paiement à l'acte ;

⁴⁰ On considérera ainsi, à titre d'illustration, que l'ensemble des droits portant sur tous les matchs de la Coupe du Monde de Rugby (et non pas seulement les demi-finales et la finale) sont inclus au sein du marché pertinent ainsi défini. La situation est la même pour l'ensemble du Championnat de France de Rugby (même si seule la finale est incluse au sein du décret).

- les droits autres que ceux relatifs à la Ligue 1 portant sur les compétitions régulières de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes françaises (pour une diffusion hors paiement à l'acte) ;
- les droits relatifs aux championnats de football étrangers les plus attractifs (hors paiement à l'acte) ;
- les droits relatifs aux autres compétitions de football (hors paiement à l'acte) ;
- les droits relatifs aux événements d'importance majeure autre que footballistiques (hors paiement à l'acte) ;
- les droits relatifs aux compétitions sportives, autres que footballistiques et hors événements d'importance majeure (hors paiement à l'acte) ;

III - Les autres contenus audiovisuels destinés à une diffusion télévisuelle.

A - Les marchés de produits relatifs aux autres contenus audiovisuels.

La pratique des autorités de concurrence françaises et communautaire a, par le passé, estimé qu'il convenait de considérer l'acquisition des autres droits sur les programmes destinés à une diffusion télévisuelle comme faisant partie de marchés pertinents séparés⁴¹. Ces contenus sont en effet considérés comme présentant une attractivité différente d'autres contenus (notamment premium) et sont commercialisés selon des modalités particulières.

La pratique décisionnelle a également considéré qu'il convenait d'effectuer une distinction supplémentaire entre, d'une part, les programmes de stock (fiction, documentaires, animations) et, d'autre part, les programmes de flux (programmes d'informations, magazines, jeux, variétés et émissions de plateau).

GCP souligne que ces spécificités ne peuvent remettre en cause l'existence « d'interactions concurrentielles » fortes entre les différents contenus, en particulier les droits de programmes audiovisuels, qu'il s'agisse de programmes de flux ou de stocks, par rapport aux autres contenus, et insiste également « *sur la forte attractivité des droits de programmes audiovisuels autres que les films ou le sport, ainsi qu'en témoignent les taux d'audience particulièrement élevés réalisés au cours des deux dernières années par certaines séries TV et jeux télévisés* ». GCP souligne également que le succès de ces programmes audiovisuels s'est logiquement reflété dans le coût d'acquisition des droits y afférents. GCP considère ainsi que la substituabilité entre les différents types de programmes audiovisuels est suffisamment forte pour que leur position soit appréciée sur l'ensemble du segment des droits de programmes audiovisuels, sans distinction supplémentaire.

Ainsi qu'il a été souligné plus haut, la notion « d'interactions concurrentielles » invoquée par GCP ne peut utilement être retenue en l'espèce. En effet, ainsi qu'il a été rappelé antérieurement, le fait que plusieurs produits sur des marchés proches mais différents soient tout aussi attractifs pour le consommateur n'est pas de nature à modifier des définitions de marché. L'évolution de l'attractivité de certains contenus tendrait au cas d'espèce à démontrer que ce contenu aurait acquis, au fil du temps et des préférences des consommateurs, un caractère attractif autonome. C'est la raison pour laquelle la présente instruction a par exemple permis de constater que les séries américaines récentes devaient être considérées comme constituant un marché pertinent distinct.

Les critères traditionnels permettant de distinguer ces différentes catégories de contenus restent donc totalement pertinents : les différences constatées du côté des demande finale et intermédiaire, du côté de l'offre, et au niveau des prix, permettent de confirmer les différentes segmentations envisagées.

Les marchés définis pour les « autres droits audiovisuels » sont donc les suivants :

– Le marché des programmes de stock

Conformément à la pratique décisionnelle constante en la matière, ce marché ne comprend pas les films de cinéma qui ont été considérés comme faisant partie de marchés pertinents distincts.

Conformément également à la position exprimée ci-dessus, ce marché ne comprend pas non plus les séries américaines récentes, qui font partie d'un marché pertinent distinct.

Le marché des programmes de stock comprend un ensemble de droits portant sur des produits tels que des fictions, des documentaires ou encore des animations.

⁴¹ Voir en ce sens les lettres du ministre relatives aux opérations Canal + / UGC DA (5 décembre 1996), C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII et la décision de la Commission européenne M. 2050 du 13 octobre 2000, Vivendi/Canal+/Seagram.

- *Le marché des programmes de flux*, qui comprend différents programmes d'information, des magazines, des jeux, des variétés ou encore des émissions de plateau.

B - Les délimitations géographiques des marchés portant sur « les autres contenus »

Conformément aux critères retenus ci-avant pour les autres droits, l'analyse portera sur le territoire français.

IV - L'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels destinés aux terminaux mobiles.

L'acquisition de contenus pour une diffusion sur terminaux mobiles - en dehors de la diffusion des chaînes elles-mêmes sur terminaux mobiles, qui sera analysée indépendamment au niveau des marchés intermédiaires - constitue un marché émergent.

Canal + Active, par exemple, a lancé ses activités d'éditeur de services à destination des terminaux mobiles en septembre 2005. Dans ce cadre, Canal + Active a, à ce jour, lancé deux principaux services, dénommés respectivement « Canal +Foot » sur SFR et « Canal +Orange Video » sur Orange (service co-édité avec Orange)⁴².

Compte tenu de l'absence de problèmes de concurrence sur ce marché quelles qu'en soient les délimitations finalement retenues, la définition des marchés relatifs à ce type de contenu peut être laissée ouverte. L'analyse portera donc sur un marché global de l'achat de droits pour une diffusion de contenus audiovisuels destinés aux terminaux mobiles.

Conformément aux éléments décrits ci-dessus pour les autres marchés de droits, (droits acquis, pour leur écrasante majorité, pays par pays, et, chevauchements d'activités constatés uniquement sur le territoire national), la dimension pertinente est le territoire français.

Rappel des marchés dits « amont » définis pour les besoins de la présente analyse

- l'achat de droits pour la diffusion en salle sur le territoire français ;
- l'achat de droits pour la distribution vidéo sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour l'exploitation en VoD sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour l'exploitation en VoD sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour l'exploitation en PPV sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour l'exploitation en PPV sur le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour la télévision payante pour le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux films d'expression originale française récents pour la télévision payante pour le territoire français ;
- l'achat de droits relatifs aux séries américaines récentes pour le territoire français ;
- la vente et l'achat de droits de films de catalogue pour tout type de « chaîne » (gratuite, payante, paiement à l'acte) pour une diffusion sur le territoire français ;
- les droits sportifs acquis pour une diffusion en paiement à l'acte pour une diffusion sur le territoire français ;
- les droits relatifs à la Ligue 1 pour une diffusion autre que sur une chaîne de paiement à l'acte sur le territoire français ;
- les droits autres que ceux relatifs à la Ligue 1 portant sur les compétitions régulières de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes françaises (pour une diffusion hors paiement à l'acte), pour une diffusion sur le territoire français ;
- les droits relatifs aux championnats de football étrangers les plus attractifs (hors paiement à l'acte) pour une diffusion sur le territoire français ;

⁴² Le premier est entièrement consacré au football ; le second comporte 5 thématiques, sport, charme, actualité, humour et cinéma.

- les droits relatifs aux autres compétitions de football (hors paiement à l'acte) pour une diffusion sur le territoire français ;
- les droits relatifs aux événements d'importance majeure autres que footballistiques (hors paiement à l'acte) pour une diffusion sur le territoire français ;
- les droits relatifs aux autres compétitions sportives, autres que footballistiques (hors paiement à l'acte) pour une diffusion sur le territoire français ;
- le marché français des programmes de stock ;
- le marché français des programmes de flux ;
- le marché français de l'acquisition de droits de diffusion de contenus audiovisuels destinés à la téléphonie.

Section II : Les marchés intermédiaires

I - Les marchés de produits

Afin de pouvoir proposer aux consommateurs une offre attractive de télévision, les distributeurs cherchent à acquérir des chaînes payantes et des chaînes gratuites. Ces deux catégories répondent à un modèle économique différent, seules les premières étant rémunérées par des redevances versées par le distributeur à l'éditeur. Le distributeur acquiert ainsi le droit de diffuser les chaînes payantes, de manière exclusive ou non. Il existe ainsi un marché sur lequel se rencontrent l'offre des éditeurs de chaînes payantes et la demande des distributeurs. Le prix sur ce marché est constitué par la redevance (fixe si elle correspond à un forfait et variable si elle est fonction du nombre d'abonnés).

A titre liminaire, il convient d'étudier la question de la distinction entre chaînes gratuites et chaînes payantes au stade intermédiaire de la filière télévisuelle.

Cette problématique invite à s'intéresser au modèle économique de ces deux catégories de chaînes (i) et à la question de leur transport et de leur distribution (ii).

i) Les chaînes gratuites et les chaînes payantes ont un modèle économique différent. En effet, les premières sont très largement financées par les ressources publicitaires alors que les deuxièmes le sont principalement par les ressources issues des abonnements (redevances). Cette différence, qui est parfois mise en avant dans la démonstration d'une distinction entre le marché aval de la télévision payante et le marché aval de la télévision gratuite, concerne en réalité principalement le stade intermédiaire. En effet, sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques, les offreurs sont les éditeurs de chaînes (ce qui n'est pas le cas concernant l'aval, les offreurs étant les distributeurs de télévision), qui « vendent » leurs produits aux distributeurs.

La différence de rémunération entre les chaînes payantes et les chaînes gratuites concerne ainsi au premier chef les distributeurs de télévision. En effet, pour ces derniers, seule la distribution des chaînes payantes représente un coût (la redevance qu'ils versent à l'éditeur), la distribution des deuxièmes ne leur coûtant rien⁴³. Ainsi, du côté de la demande et donc pour un distributeur de télévision, ces deux catégories de chaînes ne sont pas substituables.

En outre, en ce qui concerne la substituabilité du côté de l'offre, et comme le souligne un opérateur interrogé dans le cadre du test de marché, les éditeurs ne peuvent pas tous et, en tout état de cause cela demanderait un temps certain, modifier le modèle économique de leur chaîne. En effet, faire passer une chaîne du format payant au format gratuit représente des risques non négligeables. La chaîne doit avoir atteint une notoriété suffisante, lui permettant d'attirer les annonceurs. En outre, le marché publicitaire n'est pas extensible. La chaîne en question doit donc véritablement se distinguer de ses concurrentes.

Il ressort des éléments étudiés ci-dessus, ainsi que de l'ensemble des réponses au test de marché, que les chaînes gratuites et les chaînes payantes doivent être distinguées sur les marchés intermédiaires. Il ne fait ainsi pas de doute que le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes existe et met en relation les distributeurs (qui acquièrent le droit de distribuer des chaînes payantes contre redevance) et les éditeurs de chaînes payantes. La question est plus complexe en ce qui concerne les chaînes gratuites.

⁴³ La question du transport des chaînes gratuites est traitée ci-après.

ii) Le transport et la distribution de chaînes

Les chaînes gratuites, contrairement aux chaînes payantes, ne sont pas rémunérées par les distributeurs. Elles doivent cependant, pour atteindre le consommateur, être transportées.

Une distinction entre le transport et la distribution s'impose. En effet, comme le souligne un des opérateurs interrogés, « *le transport est une prestation technique qui se limite à l'acheminement du signal d'une chaîne jusqu'au téléspectateur alors que la distribution comprend obligatoirement la commercialisation des abonnements à un bouquet de chaînes auprès des consommateurs et la gestion de la relation avec l'abonné* ».

Plus précisément, le transport se passe de la manière suivante :

Les signaux de télévision émis par les chaînes sont transmis au satellite au départ d'une station terrestre ; ce processus est appelé "liaison montante". Les transpondeurs sur satellite reçoivent les signaux, les amplifient et les retransmettent à des antennes satellites au sol ("liaison descendante"). Ces signaux sont ensuite transmis aux téléviseurs des consommateurs finals. Les distributeurs tiers (autres que satellitaires) récupèrent le signal des chaînes au niveau des antennes satellite, les acheminent vers leur tête de réseau, les retraitent et les envoient vers le téléviseur du consommateur.

Les chaînes payantes ne versent parfois rien aux distributeurs pour le transport de leur signal. Le montant dû est cependant « compensé » par une diminution de la redevance (voir une absence totale de redevance) que le distributeur doit normalement verser en contrepartie du droit de distribuer la chaîne. Le transport est donc, en tout état de cause, payé par cette dernière.

Au vu des éléments précédents, le transport et la distribution d'une chaîne ne sont pas substituables, ils sont complémentaires. En effet, pour être distribuée, une chaîne doit nécessairement être transportée. La question se pose cependant de savoir si ces deux prestations sont liées au point de ne représenter qu'une seule, ce qui amènerait à ne définir qu'un seul marché de la distribution et du transport. Si, en ce qui concerne les chaînes payantes, transport et distribution sont souvent réalisés par le même opérateur (TPS, CanalSat, UPC, Numéricâble, etc.)⁴⁴, pour les chaînes gratuites seule la prestation de transport est nécessaire, ce qui tend à militer en faveur de la définition de deux marchés distincts⁴⁵. Cependant, même en ce qui concerne les chaînes gratuites, les distributeurs de télévision assurent toujours un minimum de prestations (présentation dans le catalogue des programmes, dans la mosaïque, etc.). Ces prestations ne font cependant pas l'objet d'une transaction financière.

Cette question est complexe. La grande majorité des opérateurs interrogés estiment que le transport et la distribution doivent être définis comme des marchés distincts. Le Conseil de la concurrence, quant à lui, indique que : « *ni les informations transmises dans le cadre de la notification, ni celles obtenues en cours d'instruction ne permettent d'identifier ou d'analyser un tel marché (du transport du signal d'une chaîne)* ».

En tout état de cause, la question de l'existence d'un marché du transport distinct de celui de la distribution peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées quelle que soit la délimitation retenue. En l'espèce, au vu des éléments présentés ci-dessus, l'analyse concurrentielle se contentera donc de distinguer le marché intermédiaire des chaînes gratuites de celui des chaînes payantes. Les problématiques relatives au transport seront étudiées au moment de l'analyse concurrentielle sur du marché des chaînes payantes.

La question se pose de savoir si le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes doit être segmenté selon le mode de diffusion de la chaîne (A) et selon sa thématique (B). Le cas particulier des chaînes VoD et PPV doit également être abordé (C).

A - Segmentation selon le mode de diffusion

La partie notifiante estime qu'il ne convient pas de distinguer un marché intermédiaire par mode de diffusion (câblo-opérateurs, ADSL, TNT, satellite et mobile). Elle n'argumente cependant pas cette prise de position.

Les autorités communautaire et nationales de la concurrence n'ont jamais segmenté ce marché intermédiaire en fonction du mode diffusion des chaînes.

Bien qu'à l'occasion d'une décision récente la Commission européenne se soit posée la question d'une distinction du mode de diffusion par câble, elle l'a laissée ouverte. Elle a en outre indiqué, aux termes d'une autre décision, encore plus récente, dans le même secteur, qu'il n'est pas pertinent de segmenter ce marché

⁴⁴ Il en va différemment pour les opérateurs ADSL qui sont la plupart du temps de simples transporteurs, à l'exception de quelques chaînes, qu'ils distribuent également.

⁴⁵ Une distinction s'opère ici en fonction de la nature de la chaîne gratuite concernée. Les chaînes gratuites publiques bénéficient de ce que l'on appelle le « must carry », les opérateurs ne peuvent refuser de les transporter, et à leurs propres frais. Les chaînes gratuites privées, par contre, doivent supporter le coût du transport.

en fonction du mode de distribution : « *Comme indiqué ci-dessus, les éditeurs peuvent vendre le droit de distribuer leurs chaînes à tous les types de distributeurs (par câble, satellite, ADSL). Réciproquement, ces différents distributeurs acquièrent les mêmes chaînes auprès des éditeurs. De ce point de vue, il ne semble pas y avoir lieu de segmenter le marché de l'acquisition du droit de distribution de chaînes de télévision payante selon le mode de distribution utilisé par l'acquéreur.* »

L'instruction menée par les services du ministre, notamment dans le cadre du test de marché, confirme ce constat. Les éditeurs vendent le droit de distribuer leurs chaînes de manière quasi-indifférenciée aux opérateurs satellitaires, aux distributeurs ADSL ou aux câblo-opérateurs. Les écarts au niveau des rémunérations (tant en ce qui concerne leur montant que leur méthode de calcul) sont davantage liés aux termes des contrats conclus avec chacun des opérateurs (éventuellement en raison d'une clause d'exclusivité) et à leur pouvoir de marché qu'à la nature du mode de diffusion.

Le Conseil de la concurrence conforte cette position en indiquant, aux termes de son avis : « *il convient de relever, s'agissant des distributeurs, que les conditions d'achat par ces derniers sont globalement homogènes et ne sont donc pas susceptibles de constituer un critère de distinction entre les différents modes de diffusion. Du point de vue des éditeurs, les seules différences existantes (concernant par exemple le montant des frais de transport éventuellement facturés aux éditeurs par les distributeurs) sont sans influence sur le choix des éditeurs de chaînes de faire reprendre leur programme puisque, par hypothèse, ces éditeurs souhaitent être distribués par l'ensemble des distributeurs, afin d'avoir accès à leurs bases respectives d'abonnés* ».

S'il convient donc de ne pas distinguer le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques selon que ces chaînes sont acquises par un opérateur TNT, satellite, ADSL ou câble, il semble cependant qu'il faille isoler l'acquisition pour une diffusion sur terminaux mobiles.

Comme cela a été indiqué ci-dessus, les parties rejettent la distinction d'un marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques destinées à une distribution sur terminaux mobiles. Le ministre, aux termes d'une lettre d'autorisation récente, s'intéresse à cette question sans toutefois la trancher, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées⁴⁶ quelle que soit la segmentation retenue.

Dans le cadre des deux opérations notifiées par Vivendi Universal, l'instruction a cependant fait ressortir un certain nombre de caractéristiques permettant d'envisager une telle segmentation. En effet, au-delà des spécificités liées au mode d'utilisation nomade des terminaux mobiles (taille de l'écran, contenus limités à l'essentiel pour une information rapide, capacité limitée de la bande passante, etc.), les contenus audiovisuels acquis nécessitent un retraitement technique pour être diffusés sur des terminaux. Les contenus acquis par les opérateurs de terminaux mobiles ne sont donc pas substituables à ceux que les distributeurs plus « traditionnels » peuvent se procurer.

Le Conseil de la concurrence conforte ces conclusions dans son avis : « *il convient toutefois d'isoler le marché de la distribution par téléphone mobile en raison de ses spécificités.* »

B – Segmentation par thématique

Dans son dossier de notification, le groupe acquéreur considère que le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques ne doit pas être segmenté en fonction de chaque thématique traitée.

Bien que la Commission ait envisagé à plusieurs reprises la possibilité de segmenter le marché des chaînes thématiques par genre de thème traité (cinéma, documentaire, jeunesse, sport, etc.), elle a toujours laissé la question ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle en demeurant inchangées. Le ministre, quant à lui, a présenté un certain nombre d'arguments permettant d'envisager la distinction de quelques thématiques précises⁴⁷.

Dans son dossier de notification, le groupe acquéreur rejette une segmentation en fonction des thématiques des chaînes « *dès lors qu'une telle segmentation correspondrait davantage à une approche commerciale et marketing plutôt qu'à une réalité économique, les chaînes devant avant tout être appréhendées sous l'angle de leur attractivité pour le consommateur et donc pour le distributeur* ».

Il n'apparaît cependant pas incompatible de définir des marchés différents en fonction des thématiques et de prendre en compte leur attractivité pour le consommateur et donc pour le distributeur. Ce dernier élément est au contraire un des critères de distinction des thématiques. En effet, comme cela a été souligné par les autorités communautaire et nationales de la concurrence, un bouquet attractif est un bouquet « de base »

⁴⁶ Cf. la lettre d'autorisation de la création de l'entreprise TJM en date du 18 octobre 2005.

⁴⁷ Cf. la lettre d'autorisation de l'acquisition de la chaîne Paris Première par le Groupe M6 en date du 26 avril 2004.

composé de différentes thématiques « incontournables » et complété par un ensemble d'autres thématiques substituables les unes aux autres. La Commission européenne l'a réaffirmé à l'occasion d'une décision récente en ces termes « *La notion de diversité, et la disponibilité de chaînes sur l'ensemble des thématiques principales, demeure en effet une motivation d'abonnement majeure* »⁴⁸.

Comme le relève elle-même la partie notifiante, « *L'existence d'une segmentation n'a été réellement envisagée que pour trois thématiques, notamment dans la décision Paris Première : le cinéma, le sport et l'information générale en français et en continu* ». Cependant, l'instruction du ministre, notamment éclairée par les réponses au test de marché, a clairement fait ressortir l'existence d'autres thématiques non substituables. Il s'agit des chaînes premium et des chaînes jeunesse. Il apparaît que les distributeurs ne peuvent constituer un bouquet attractif qu'à la condition de proposer au consommateur chacune de ces thématiques (sport, cinéma, information, premium et jeunesse) auxquelles il lui convient d'ajouter un ensemble de thématiques substituables les unes aux autres.

Les arguments permettant de justifier une telle distinction sont nombreux. Certains sont communs aux différentes thématiques (1) et d'autres relèvent de chacune d'entre elles plus particulièrement (2).

1. La distinction de certaines thématiques

La partie notifiante estime que certains éléments permettent d'écarter une segmentation par thématique. Tout d'abord, « *une segmentation par thématique correspond plus à une approche commerciale qu'à une réalité économique* ». Ensuite, le contenu d'une chaîne est amené à varier fréquemment et les frontières sont floues entre les thématiques fictions, mini généralistes et généralistes. Or ces arguments, utilisés par le ministre aux termes d'une décision récente (ce que souligne la partie notifiante), ne sont applicables qu'à certaines thématiques. La décision du ministre les présente d'ailleurs dans un paragraphe consacré à « *la commercialisation et l'exploitation des chaînes thématiques autres que celles de sport, de cinéma et d'information générale* ».

Il convient ainsi de distinguer différentes catégories de chaînes thématiques.

En effet, certaines chaînes thématiques sont difficiles à classer car leur contenu est varié et changeant. Il est principalement composé de programmes de flux et/ou de stock difficiles à rattacher à une même thématique. Cette catégorie regroupe des chaînes de fictions, certaines chaînes documentaires et des chaînes généralistes, mini-généralistes ou encore « art de vivre ». D'autres chaînes peuvent paraître plus faciles à classer, comme les chaînes « musique » ou « services » (télé achat, météo, etc.). Il ressort cependant de l'instruction menée par les services du ministre que ces dernières ne sont pas (ou pas encore) incontournables dans la constitution d'un bouquet. L'ensemble de ces chaînes peuvent donc être considérées comme substituables. Elles n'en sont pas moins essentielles car elles permettent au distributeur de compléter son bouquet afin de répondre à l'exigence de diversité exprimée par le consommateur. Un des opérateurs interrogés indique ainsi que les distributeurs cherchent à constituer des bouquets contenant, à côté des thématiques incontournables, « *un maximum de chaînes proposant l'ensemble des thématiques fédératrices et familiales intéressant le consommateur* ».

A côté de ce marché « global » de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques, certaines chaînes disposent réellement d'un contenu spécifique et facilement identifiable qui permet de les distinguer des autres chaînes. Leur grille de programmes est déclinée autour d'un thème principal. En outre, pour certaines de ces chaînes, le prix d'acquisition pour le consommateur, la réglementation spécifique attachée aux modalités de leur diffusion et l'observation de dispositions légales sont autant de critères permettant de les distinguer. Ces différents éléments ont d'ailleurs été relevés tant par les autorités nationales de la concurrence que par la Commission européenne à l'occasion de précédents dans le même secteur⁴⁹. Enfin, et surtout, chacune de ces thématiques, considérée isolément, jouit d'une attractivité particulièrement importante vis-à-vis des téléspectateurs.

Certaines thématiques doivent ainsi être distinguées et constituent autant de marchés différents. Il s'agit, comme cela a été évoqué plus haut, des chaînes premium, sport, cinéma, information et jeunesse.

⁴⁸ Décision de la Commission européenne M.4204 *Cinven/UPC France* en date du 13 juillet 2006

⁴⁹ Cf. notamment Décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS et lettre d'autorisation Paris Première précitée. Cf. également les décisions de la Commission européenne IV/36.539 du 15 septembre 1999, *British Interactive Broadcasting/Open*, M.993 du 27 mai 1998, *Bertelsmann/Kirch/Premiere* et M.2845 du 14 août 2002, *Sogetel / Canalsatellite Digital / Via Digital*.

2. Les thématiques premium, sport, cinéma, information et jeunesse.

S'agissant des chaînes premium, la partie notifiante affirme que « L'existence d'un segment de marché de « chaîne à contenu premium » ou de « chaîne premium » n'a jamais été retenue par la jurisprudence tant française que communautaire ». Elle considère en outre que si certains contenus peuvent être qualifiés de « premium », il en va autrement pour les chaînes, les éditeurs n'étant jamais assurés de pouvoir conserver des contenus qualifiés de premium.

Il convient cependant de remarquer que tant la pratique décisionnelle que les réponses au test de marché arguent en faveur de l'existence d'un marché des chaînes premium. En effet, tout d'abord, la Commission a donné une définition de ces dernières aux termes d'une de ses décisions. Elle y affirme, à propos de Canal + que « sa programmation, en tant que « chaîne premium », met l'accent sur le cinéma en première exclusivité et sur le sport de première qualité »⁵⁰. Elle indique également dans une de ses dernières décisions que « les chaînes premium sont fabriquées par les télévisions payantes ayant un contenu d'appel (sport et cinéma) préalablement acquis auprès des titulaires initiaux des droits. L'étude du marché montre également que, (...) les seules chaînes premium sont le moteur essentiel d'abonnement à la télévision payante (...) »⁵¹. Ainsi, bien que la Commission ne tranche pas la question de l'existence d'un marché des chaînes premium, elle tend à les distinguer des autres chaînes thématiques.

Les réponses au test de marché vont dans le même sens. L'ensemble des opérateurs interrogés identifient et distinguent les chaînes premium des autres chaînes thématiques. Ils insistent sur leur caractère incontournable.

Ces chaînes premium ont en effet la particularité d'être jugées indispensables pour tout distributeur souhaitant proposer un bouquet attractif. Elles constituent en outre le principal moteur d'abonnement aux offres payantes les plus chères. Leurs contenus ont une attractivité particulièrement forte car ils sont en grande majorité de « première diffusion » et en exclusivité. Leur coût de constitution, en raison du caractère onéreux de ces contenus, les distingue également des autres chaînes. Ces chaînes ne peuvent donc, par définition, être substituées à d'autres. Cet état de fait ressort d'ailleurs très clairement des communiqués de presse et des messages publicitaires des éditeurs et distributeurs de ces chaînes premium : « TPS Star, la chaîne premium de TPS », « TPS Premium », « TPS, la chaîne des grandes exclusivités cinéma et sport »⁵², « Canal + chaîne premium », etc.

Le Conseil de la concurrence estime, aux termes de son avis, « qu'il y a lieu d'identifier un marché spécifique des chaînes « premium » (...) ».

En ce qui concerne les chaînes cinéma, la partie notifiante estime que « l'attractivité des chaînes de cinéma qui résulterait d'une diffusion importante de films doit être relativisée par le fait que les bouquets distribuent aujourd'hui des chaînes qui, quelle que soit leur thématique, offrent des programmes de cinéma de façon abondante ».

Si certaines chaînes, notamment les mini-généralistes, généralistes et chaînes de fiction proposent en effet un certain nombre de programmes de cinéma, il convient de remarquer qu'elles ne sont pas constituées autour de cette seule thématique et ne sont pas identifiées comme des chaînes cinéma par le consommateur. En effet, leur grille de programmes est mise en place autour du concept de diversité. Ces chaînes sont donc par définition composées de programmes de différente nature et notamment de programmes cinématographiques. Il n'en demeure pas moins qu'elles ne relèvent pas du régime spécifique des chaînes de cinéma et ne sont identifiées ni par les consommateurs ni par les opérateurs actifs dans le secteur comme des chaînes substituables aux chaînes cinéma. En outre, les obligations réglementaires en matière de chaînes cinéma constituent un argument supplémentaire en faveur de leur distinction. En effet, ces dernières supportent des obligations précises en matière de contribution au développement de la production cinématographique et audiovisuelle.

Le raisonnement est identique en ce qui concerne **les chaînes sport** et il convient donc d'apporter la même contradiction à la proposition de la partie notifiante qui estime, comme pour les chaînes cinéma, que l'attractivité des chaînes de sport doit être relativisée « par le fait que les bouquets distribuent des chaînes qui, elles-mêmes, diffusent de nombreux événements sportifs majeurs »

La partie notifiante présente les mêmes arguments en ce qui concerne **les chaînes jeunesse et les chaînes d'information**. S'agissant de ces dernières, elle souligne la concurrence des programmes existant sur les chaînes hertziennes généralistes gratuites. Il convient ici, au-delà des arguments développés précédemment pour les chaînes cinéma et sport, de préciser que, comme cela a été souligné, les chaînes gratuites

⁵⁰ Décision de la Commission européenne IV/36.237 TPS I du 3 mars 1999 au sujet de Canal+.

⁵¹ Cf. la décision Telepiu M.2876 du 2 avril 2003.

⁵² Source : sites officiels de Vivendi, TPS, Noos et Numéricable.

n'appartiennent pas au même marché intermédiaire. Pour ce qui concerne plus précisément les chaînes gratuites d'information, la question de leur substituabilité aux chaînes payantes ne se pose donc pas à ce stade de la chaîne de valeur. L'attrait pour un téléspectateur d'une chaîne d'information gratuite par rapport à celui d'une chaîne d'information payante sera étudié ultérieurement à l'occasion de l'analyse concurrentielle sur le marché aval.

L'instruction aboutit donc à distinguer les thématiques premium, cinéma, sport, jeunesse et information. Le Conseil de la concurrence conforte cette position. Il indique en effet, aux termes de son avis : « *s'agissant des thématiques cinéma, sport, information et jeunesse, le Conseil de la concurrence estime qu'il convient d'identifier un marché distinct par thématique* ».

C - Les services de VoD et de PPV

La partie notifiante indique que, même si elle « *conteste l'existence de sous-marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes de cinéma et de sport, elle considère que les chaînes de paiement à la séance (PPV) et les services de vidéo à la demande (VoD) devraient être inclus dans ces deux sous-marchés, si ceux-ci devaient être retenus* ».

Les principaux arguments présentés par le groupe acquéreur à l'appui de cette position sont les suivants : « *ces services présentent une offre de programmes identique à celle des chaînes de cinéma et de sport* » et « *la majorité des achats de films via les chaînes de PPV et les services de VoD est effectuée en soirée, et particulièrement en prime-time, concomitamment à la diffusion des films sur les autres chaînes* ».

De fortes différences peuvent cependant être identifiées entre les chaînes de VoD et de PPV et les chaînes « traditionnelles ». En effet, au delà des modalités d'utilisation dissemblables (en ce qui concerne le moment du visionnage, le choix du programme, etc.) qui relèvent davantage de critères de segmentation sur le marché aval (cf. infra), des raisons techniques et économiques permettent de distinguer ces deux catégories de chaînes. En effet, tout d'abord, les services de VoD ne peuvent être distribués sur tous les modes de diffusion (les opérateurs satellitaires ne peuvent proposer de telles chaînes en raison de l'absence de voie de retour). Ensuite, le modèle économique actuel des services de PPV est différent de celui des services de VoD. En effet, ces derniers sont de plus en plus souvent proposés par des opérateurs n'appartenant pas traditionnellement au secteur de la télévision payante (cf. l'offre de la Fnac, de Darty, etc.).

La question de la distinction des chaînes de PPV et de VoD en fonction de leur contenu (concrètement les chaînes de sport et les chaînes cinéma) doit également être posée. En effet, ces deux thématiques ne sont pas substituables. A l'image des définitions adoptées en ce qui concerne les « chaînes traditionnelles », les services de VoD et de PPV pourraient donc être segmentés en fonction de leur contenu cinématographique (et assimilé) ou sportif. En ce qui concerne les services de VoD cependant, en raison du caractère émergent voire expérimental des programmes à contenu sportif, la question de la segmentation en fonction du contenu peut être laissée ouverte. En tout état de cause, quelle que soit la définition adoptée, les conclusions de l'analyse demeureront inchangées. En revanche, s'agissant des services de PPV, la distinction doit être réalisée.

II – Les marchés géographiques

La pratique décisionnelle des autorités nationales et communautaire de la concurrence a établi que le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques était, quelles que soient ses éventuelles segmentations, de dimension nationale. En effet, les contrats conclus entre les éditeurs et distributeurs ont généralement un champ d'application national et l'édition comme la commercialisation des chaînes thématiques répondent à des habitudes de consommation nationales et ainsi à des facteurs linguistiques et culturels propres au territoire français. La partie notifiante, le Conseil de la concurrence et les tiers interrogés souscrivent à la pratique décisionnelle.

Une exception doit cependant être faite en ce qui concerne les départements d'outre mer et Mayotte. En effet, les conditions de concurrence diffèrent de celles prévalant sur le territoire métropolitain. Les conditions de distribution et la nature des chaînes proposées par les éditeurs y sont différentes. Les distributeurs ne sont pas non plus les mêmes. A la Réunion par exemple, seuls deux opérateurs satellite proposent des services de télévision payante au consommateur. A la Martinique et en Guadeloupe, un opérateur satellitaire (Media Overseas, filiale de Vivendi) et un câblo-opérateur (WSG/Martinique TV câble) proposent ces services.

Un marché spécifique doit donc être défini pour la zone correspondant à l'Océan indien et un autre pour les Antilles.

En ce qui concerne les marchés intermédiaires, l'analyse concurrentielle portera ainsi, sur les marchés suivants :

S'agissant du territoire métropolitain :

A destination des modes de diffusion traditionnels :

- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes premium ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes de cinéma ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes de sport ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes d'information générale ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes jeunesse ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes « autres thématiques » ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes VoD ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes PPV sport ;
- Le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes PPV cinéma ;

A destination des terminaux mobiles : en raison de l'absence de maturité de ce mode de diffusion, un marché global de l'édition et de la commercialisation de chaînes sera étudié. En effet, la question de la segmentation par thématique des chaînes destinées aux terminaux mobiles peut rester ouverte. Les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées quelle que soit la segmentation retenue.

S'agissant des zones « Antilles » et « Océan indien », les mêmes définitions de marchés de produits peuvent être adoptées.

Section III - Les marchés « aval »

Le marché aval de la télévision met en relation l'offre de télévision proposée par des distributeurs et la demande de télévision exprimée par les téléspectateurs.

I – Les marchés de produits

L'offre de télévision payante, sur le territoire métropolitain, émane des câblo-opérateurs, des distributeurs satellite, des opérateurs ADSL et de la télévision numérique terrestre. Une offre peut également être proposée via la téléphonie mobile mais cette technologie n'a pas encore atteint sa phase de maturité.

En plus des « chaînes payantes traditionnelles », des services de paiement à la séance (VoD et PPV) ont progressivement vu le jour. Ils permettent au consommateur d'avoir un rôle plus actif dans le choix des programmes qu'il peut visionner.

Enfin, les chaînes payantes offertes par les distributeurs peuvent être proposées sous forme de bouquets plus ou moins étoffés (TPS *Mosaic*, *Grand Public* ou *Panoramic* par exemple) ou à la carte (Canal + Le Bouquet ou d'autres offres comme celle de Free qui propose par exemple un pack « ciné », un pack « hispanique », etc.).

Les consommateurs peuvent également recevoir des chaînes de télévision gratuitement par le biais de la télévision numérique terrestre (moyennant l'achat d'un démodulateur), du réseau analogique hertzien et des opérateurs techniques satellitaires (moyennant l'achat d'une parabole).

La diversité des canaux de distribution des chaînes de télévision invite à s'interroger sur la pertinence d'une segmentation du marché aval de la télévision en fonction :

- de son caractère gratuit ou payant (A) ;
- de ses modes de diffusion (câble, satellite, ADSL, TNT, terminaux mobiles) (B) ;
- de son format (en bouquets ou à la carte) (C) ;
- de son accès (abonnement forfaitaire pour les chaînes traditionnelles ou paiement à la séance) (D) ;
- en fonction du type de clientèle (E).

A – La pertinence d'une segmentation marché aval de la télévision payante / marché aval de la télévision gratuite

La pratique décisionnelle, tant nationale que communautaire, a toujours distingué le marché de la télévision payante de celui de la télévision gratuite. L'argument principal utilisé en soutien d'une telle segmentation est le mode de financement différent de ces deux types de télévision. En effet, la télévision payante établit une relation commerciale entre le distributeur de télévision et le téléspectateur alors que la télévision gratuite n'établit une telle relation qu'entre le distributeur de télévision et les annonceurs publicitaires. Il est ainsi, à l'aval, difficile d'envisager que les services de télévision payante et ceux de télévision gratuite sont substituables aux yeux des consommateurs.

La partie notifiante estime cependant qu'une telle segmentation ne se justifie plus en raison des interactions croissantes entre télévision gratuite et télévision payante.

La partie notifiante établit également un parallèle entre la télévision et la presse en soulignant que le Conseil de la concurrence a affirmé, aux termes d'une décision récente en matière de pratiques anti-concurrentielles qu'il n'est « *pas exclu que sur le marché national du lectorat comme sur celui, connexe, de la vente d'espaces publicitaires, la presse quotidienne nationale et la presse quotidienne gratuite d'information, qui fondent l'une comme l'autre leur stratégie sur le traitement d'informations intéressant l'ensemble de la collectivité nationale, se trouvent en concurrence directe* »⁵³.

Or le Conseil de la concurrence, dans un avis ultérieur concernant une opération de concentration ne tranche pas cette question. Il affirme en outre, aux termes de ce même avis, que « *le secteur de la télévision gratuite commerciale, financé par la vente d'espaces publicitaires aux annonceurs, se distingue de celui de la télévision à péage, caractérisé par le paiement par les téléspectateurs des programmes auxquels ils souhaitent avoir accès* »⁵⁴. Dans le cadre de la même opération de concentration, le ministre, quant à lui, indique aux termes de sa lettre d'autorisation que « *le caractère complémentaire des supports médias rend donc nécessaire, en l'état actuel de l'évolution de ces secteurs d'activité, la distinction de marchés pertinents selon les supports, conformément à la pratique décisionnelle antérieure* »⁵⁵ (presse spécialisée grand public, presse spécialisée technique et professionnelle, presse gratuite, presse nationale et presse régionale).

Sur le fond, la partie notifiante présente plusieurs arguments afin de justifier l'existence d'un marché global de la télévision. Elle estime tout d'abord que les offres de télévision gratuite et celles de télévision payante se situent dans un continuum de prix empêchant d'opérer une distinction nette entre les deux catégories de services. Au-delà des réserves qu'il convient d'exprimer sur la méthode d'élaboration de ce continuum⁵⁶, un constat doit être réalisé. Le consommateur souhaitant bénéficier des services de télévision gratuite n'a qu'à acquitter (en plus de l'achat du téléviseur, indispensable à tout accès à des contenus audiovisuels) le prix d'un démodulateur, pour accéder à la TNT. Les services de télévision payante, quant à eux, nécessitent un abonnement mensuel minimum de 16 euros⁵⁷. Le seul critère du prix invite ainsi à considérer que la télévision payante et la télévision gratuite ne sont pas substituables.

En outre, le contenu disponible sur chacune de ces catégories de télévision est différent. Celui proposé par les offres de télévision payante est considéré comme plus attractif. Comme le souligne d'ailleurs le Conseil de la concurrence aux termes de son avis, « *si ces deux types d'offres étaient en termes de contenus et de qualité des substituts parfaits, alors l'offre payante disparaîtrait puisque les consommateurs ne verraient aucun intérêt à payer pour ce produit identique à un autre disponible gratuitement* ».

Enfin, la partie notifiante estime que la substituabilité des services de télévision gratuite à ceux de télévision payante est reflétée par le fait que l'augmentation de l'audience de l'une ne peut exister qu'au détriment de l'audience de l'autre : « *l'amélioration de l'offre des chaînes gratuites réduit l'attractivité des chaînes payantes, ce qui se traduit dans un premier temps par une baisse de l'audience, et donc des recettes publicitaires, et, dans un second temps, par des résiliations d'abonnement et une diminution des recettes y afférentes* ».

Or les résultats d'audience publiés par Médiamétrie en ce qui concerne la TNT gratuite au second semestre 2006 indiquent au contraire que les foyers s'étant équipés d'un adaptateur TNT ont « *une consommation de télévision supérieure de 13 minutes à celle de la population française équipée TV* ». La TNT gratuite a ainsi

⁵³ Avis 05-D-12 en date du 17 mars 2005.

⁵⁴ Avis 05-A-18 en date du 11 octobre 2005.

⁵⁵ Lettre d'autorisation de l'acquisition du pôle Ouest de la Socpresse par Ouest France en date du 28 octobre 2005.

⁵⁶ Comme le relève le Conseil de la concurrence aux termes de son avis, les parties prennent en compte la redevance dans leurs calculs. Or il s'agit d'un coût commun à la très large majorité des téléspectateurs. Il ne peut donc s'agir d'un critère de distinction entre les services de télévision payante et ceux de télévision gratuite.

⁵⁷ Pour un abonnement à la seule télévision (par Orange). Il existe également le « mini-pack » TNT de Canal + à 7 euros mais il ne contient que quatre chaînes : Planète, Eurosport, Canal J et Paris Première.

entraîné une augmentation nette du temps passé devant la télévision. Télévision gratuite et télévision payante peuvent donc être complémentaires. Il peut même être envisagé que la TNT gratuite, en multipliant le nombre de chaînes offertes au téléspectateur et en l'initiant aux chaînes thématiques (information, jeunesse notamment) encourage des foyers à s'abonner à une offre élargie payante. Le nombre d'abonnés à une offre de télévision payante a d'ailleurs augmenté de 500 000 en un an, atteignant plus de 15 millions en mars 2006 (la TNT gratuite ayant été mise en place en mars 2005).

Les éléments relevés ci-dessus, confortés par les réponses au test de marché, justifient de ne pas remettre en cause la pratique décisionnelle constante des autorités nationales et communautaire de la concurrence. L'analyse concurrentielle portera donc sur le marché aval de la télévision payante. Le Conseil de la concurrence confirme d'ailleurs cette position aux termes de son avis en indiquant que « *la situation actuelle du marché français, tant technologique qu'économique, conduit à considérer comme fondée la distinction jurisprudentielle entre la télévision à accès libre et les offres de télévision à accès payant (télévision à péage)* ».

B – La pertinence de la segmentation du marché aval de la télévision payante en fonction des modes de distribution (ADSL, satellite, câble, TNT et mobile).

La Commission européenne a, dans plusieurs décisions, défini un marché global composé de l'ensemble des modes de diffusion de la télévision payante⁵⁸. Elle est cependant revenue sur cette position à l'occasion de deux opérations de concentration plus récentes tout en laissant ouverte la question d'une segmentation par canal de diffusion⁵⁹.

Les parties estiment que le marché pertinent est le marché global de la télévision payante, tous modes de diffusion confondus. La convergence des technologies invite à souscrire une telle analyse. Le secteur de la télévision payante connaissant des évolutions rapides, il convient cependant de s'intéresser de près aux arguments tendant à distinguer les divers modes de diffusion. En outre, ces derniers présentent des différences technologiques non négligeables.

En effet, tout d'abord, la pénétration géographique du satellite est beaucoup plus étendue que celle du câble pour des raisons physiques évidentes. En outre, le câble est sur-représenté en zone urbaine et sur les immeubles collectifs alors que le satellite est très présent en zone rurale et dans les habitats individuels. Au-delà des raisons techniques, les contraintes réglementaires sont à l'origine de ces différences (limitation de l'installation de paraboles en zone urbaine, « pré câblage » de certains immeubles).

S'agissant de l'ADSL et de la TNT, des contraintes techniques (liées par exemple à la limitation de la distance entre le central téléphonique et le client pour l'ADSL ou à l'absence d'antenne pour la TNT) freinent encore leur taux de pénétration.

Ensuite, le satellite et la TNT ne disposent pas de voie de retour permettant un recours aux services de VoD ou des services interactifs, ce que proposent tant les opérateurs ADSL que les câblo-opérateurs. La plupart des innovations récentes sont d'ailleurs apparues (ou se sont développées) principalement sur les offres de télévision par ADSL⁶⁰.

Inversement, en ce qui concerne l'ADSL, ce mode de diffusion donne accès, à l'heure actuelle, à une réception de moins bonne qualité (sauts d'images, impossibilité de recevoir deux chaînes en même temps, etc.) notamment en raison d'interférences dans les fréquences utilisées. Ils permettent cependant au consommateur de bénéficier du « triple-play » (internet, téléphonie fixe et télévision) voire du « quadruple-play » (services de téléphonie mobile).

Tous ces éléments peuvent sembler militer en faveur d'une définition de marché distincte pour chacun des modes de diffusion. Cependant, chaque mode ayant ses avantages et inconvénients, il peut également être considéré qu'ils se neutralisent pour le consommateur final.

Il convient surtout de remarquer que la convergence entre ces différents modes évolue rapidement.

Ainsi, en ce qui concerne le taux de pénétration géographique, il est prévu que la TNT, disponible aujourd'hui sur environ 58 % du territoire atteigne 70 % de la population française en 2007. S'agissant de la diffusion par satellite, la mise en place de paraboles beaucoup plus petites tend à diminuer les obstacles réglementaires. En ce qui concerne l'absence voie de retour empêchant l'offre de services VoD, les

⁵⁸ Décision IV/36.237 TPS et décision M.2766 - Vivendi Universal / Hachette / Multithématiques.

⁵⁹ M.3411 - UGC/Noos et M.3609 Cinven.

⁶⁰ Source Avis de l'ARCEP. Cette dernière indique que Free, par exemple, « propose depuis décembre 2005 un service de réception multiposte permettant de visionner les chaînes de son propre bouquet sur un écran d'ordinateur et non nécessairement sur un téléviseur ».

distributeurs satellite comme les distributeurs de TNT peuvent utiliser la connexion Internet souscrite par leurs clients.

La qualité de la diffusion ADSL devrait être largement améliorée grâce à la généralisation de l'ADSL 2 + (possibilité de recevoir deux chaînes en même temps, mise en place d'images haute définition, etc.) et à l'augmentation des débits.

Enfin, l'élément essentiel est la perception par le consommateur du caractère substituable de ces différents modes de diffusion. Or les coûts d'installation d'une parabole, de raccordement au câble ou d'accès au réseau ne présentent pas de différence suffisamment importante pour motiver le choix du consommateur⁶¹. En outre, il ressort des réponses au test de marché que la décision de l'abonné est essentiellement fondée sur le contenu proposé. Ce dernier élément est particulièrement important car il pourrait tendre à exclure de ce marché global les opérateurs de télécommunications, qui n'ont que peu accès à un contenu propre. Ils exercent à l'heure actuelle principalement un rôle de transporteur de l'offre de TPS et/ou de CanalSat. L'existence de quelques bouquets propres, le transport des bouquets CanalSat et TPS et surtout la perspective que ces opérateurs développent davantage à l'avenir leurs propres offres invitent cependant à les inclure dans ce marché.

Il ressort de l'ensemble des éléments précédemment énumérés que la définition pertinente est celle d'un marché global de la télévision payante.

Le Conseil de la concurrence, dans son avis, estime également « *qu'il n'y a pas lieu de segmenter les marchés de la télévision payante en fonction des différents modes de diffusion (hors mobile)* ».

Une exception doit en effet être faite pour la télévision sur terminaux mobiles. Ce mode de diffusion, encore émergent, ne peut pas être considéré comme substituable aux autres du point de vue du consommateur. Il propose des contenus audiovisuels plus courts et nettement moins riches en termes de diversité. En outre, l'écran est beaucoup plus petit, ne permet pas d'utilisation collective et est surtout destiné à permettre un visionnage « mobile », lors de déplacements. L'ARCEP indique d'ailleurs, aux termes de son avis, que « *les offres existantes sont onéreuses et techniquement limitées* »⁶².

L'ensemble de ces éléments invite ainsi à définir un marché distinct de la télévision payante sur terminaux mobiles. Les parties, les tiers interrogés ainsi que le Conseil de la concurrence souscrivent à une telle définition.

C – La pertinence d'une segmentation en fonction du format de la télévision payante (bouquets ou chaîne)

Au delà des offres en bouquets, un certain nombre de chaînes sont vendues à l'unité. Il peut s'agir de chaînes auxquelles le consommateur a accès uniquement après avoir souscrit un abonnement à un bouquet (comme les chaînes disponibles à la carte chez Free ou Neuf Cegetel) ou de Canal + qui est disponible seule directement.

En ce qui concerne la première catégorie de chaînes vendues à l'unité, elles ne peuvent être distinguées des offres de bouquets payants. Elles sont en effet accessibles comme les chaînes figurant en option dans un bouquet. Le passage obligé par la souscription à un bouquet les lie à ce dernier.

En ce qui concerne la chaîne Canal +, il convient de souligner, en accord avec le Conseil de la concurrence et les répondants au test de marché que « *les motivations de l'abonnement à Canal + et à CanalSat, et donc les besoins satisfaits par ces deux types de prestations, sont similaires : cinéma, sport, diversité et choix des programmes* ». Canal + et CanalSat sont donc considérés par les consommateurs comme des produits substituables. Ce constat est conforté par l'examen des prix de vente de ces produits. En effet, au moment de l'instruction de l'opération de concentration, le prix de l'abonnement mensuel à Canal + est de 19 euros par mois pendant 6 mois (puis 30,90 euros), celui de l'abonnement à Canal + Le Bouquet s'élève également à 19 euros par mois pendant 6 mois (puis 31,90 euros) et celui de l'abonnement à CanalSat atteint 19 euros également (puis 30,90 euros).

La Commission européenne, quant à elle, aux termes d'une décision très récente dans le même secteur ne tranche pas la question de la distinction des offres de télévision payante sous forme de bouquets ou sous forme de chaînes. Les informations susmentionnées, issues de l'instruction et notamment du test de marché, permettent cependant en l'espèce de trancher la question.

⁶¹ Cf. notamment les décisions de la Commission européenne IV/36.237 TPS I et M.3411 UGC/Noos.

⁶² « *Cette méthode (réception d'un flux constant) se révèle fortement consommatrice de bande passante et ne permet pas à un grand nombre d'utilisateurs de se connecter simultanément* ».

Au vu des éléments susmentionnés, le ministre estime donc que les bouquets et les chaînes vendues à l'unité font partie du même marché de la télévision à accès payant. Le Conseil de la concurrence souscrit à cette définition.

D – La pertinence d'une distinction des services de paiement à la séance

A côté des chaînes de télévision traditionnelles, le consommateur peut avoir accès à des services de paiement à la séance : Vidéo à la demande (« VoD ») et Pay-Per-View (« PPV »). Ces deux dernières catégories de chaînes se distinguent des premières en ce qu'elles laissent au téléspectateur une liberté plus grande dans sa consommation. En effet, s'agissant de la VoD, il peut sélectionner le programme de stock (film, série, documentaire, etc.) ou le contenu sportif de son choix à partir d'une liste de programmes et le visionner à l'heure voulue. En ce qui concerne le PPV, le consommateur doit attendre l'horaire imposé par le diffuseur mais le visionnage nécessite un acte d'achat particulier de la part du téléspectateur. Ce dernier acquitte une somme indiquée par le diffuseur pour chaque programme supplémentaire visionné⁶³. En outre, le PPV et la VoD permettent au consommateur de profiter de certains films avant qu'ils ne soient diffusés sur les chaînes de télévision payante.

En ce qui concerne les services de VoD et de PPV, une distinction doit être faite entre, d'une part, les services accessibles directement sur une télévision et par l'intermédiaire d'un distributeur de télévision payante et ceux, d'autre part, qui sont accessibles via internet et sont diffusés sur un ordinateur. Ces derniers sont proposés par l'éditeur de chaînes ou le détenteur de droits.

Le Conseil de la concurrence, quant à lui, estime « *qu'il y a lieu de distinguer en aval un marché pertinent des services de PPV et un marché pertinent des services VoD* ».

Le ministre estime, au regard des éléments ci-dessus énumérés et des réponses au test de marché, que la consommation de services de paiement à la séance et celle de chaînes traditionnelles ne sont pas substituables.

Une distinction supplémentaire doit d'ailleurs être opérée entre les services de PPV et ceux de VoD. En effet, outre la souplesse d'utilisation, qui est plus grande avec la VoD, le contenu proposé est également plus riche (les catalogues de VoD proposent plusieurs centaines de titres, contre 8 à 15 canaux pour le PPV). La période d'acquisition des droits est également différente (33 semaines (soit 7,5 mois) après leur sortie en salle pour la VoD et 9 mois après sur le PPV)⁶⁴. Enfin, les services de VoD sont moins chers que ceux de PPV. Ces derniers services peuvent également être segmentés en fonction du contenu. En effet, à l'image de ce qui a été démontré pour les chaînes de télévision traditionnelles, les contenus sportifs et cinématographiques (et assimilé) ne sont pas substituables. Le marché aval des services de PPV doit donc être subdivisé en fonction de la nature du contenu de ces services.

En ce qui concerne la VoD, une telle segmentation ne se justifie pas. En effet, les services sportifs de VoD en sont encore à un stade expérimental.

E – Le marché de la télévision payante pour professionnels

Les bars, hôtels, cliniques, hôpitaux et prisons ont également accès à la télévision payante. Les offres qui leur sont proposées par les diffuseurs diffèrent de celles acquises par les particuliers. Elles sont en effet beaucoup moins complètes.

En effet, les offres composées pour les bars sont principalement constituées de chaînes musicales et sportives. GCP propose ainsi trois forfaits qui composent son offre « BarSat » : forfait Passion (chaîne Equidia), forfait Vibration (information sportive, sport hors L1 et musique) et Champion (L1 + les mêmes chaînes que l'offre Vibration).

Les collectivités ont à leur disposition plusieurs offres, dont « C+3 » (comprenant la chaîne Canal + et 3 chaînes de CanalSat), « C+4 » (Canal + et 4 chaînes de CanalSat), Canal + seule et « C24 » (comprenant Canal + et 24 chaînes de CanalSat). Ces offres collectives se heurtent à un obstacle technique particulier : il est nécessaire de disposer d'un décodeur par chaîne, qui redistribue le signal dans chaque chambre.

L'ensemble des éléments présentés ci-dessus invitent ainsi à définir un marché spécifique de la télévision payante destinée aux professionnels. Le Conseil de la concurrence et la partie notifiante souscrivent à cette définition.

⁶³ Il existe également des abonnements VoD ou PPV mais le principe reste le même, le téléspectateur a la possibilité de choisir le programme et le moment du visionnage.

⁶⁴ Cf. le Protocole d'accord du 20 décembre 2005 entre les acteurs du secteur du cinéma et de l'audiovisuel et les opérateurs de télécommunications.

Il convient également de s'interroger sur une éventuelle segmentation de ce dernier entre les offres proposées aux bars et celles proposées aux « collectivités » (hôtels, cliniques, hôpitaux et prisons). Le contenu de chacune de ces offres est en effet différent. Cette question peut cependant rester ouverte en l'espèce, les conclusions de l'analyse demeurant inchangées.

II – Les marchés géographiques

Conformément à la pratique décisionnelle constante des autorités nationales et communautaire de la concurrence, le marché aval de la télévision payante est de dimension nationale. La Commission a certes évoqué, aux termes d'une décision récente, la possibilité de définir des marchés locaux. Il s'agissait cependant d'une réflexion dans l'hypothèse d'une distinction du marché des câblo-opérateurs. Or les deux opérateurs de câble ont très récemment fusionné et la nouvelle entité issue de cette opération a donc une couverture nationale, même si elle demeure imparfaite. Par ailleurs, les éléments présentés ci-dessus, dans le cadre de la définition des marchés de produits, ont conduit à une définition d'un marché global de la télévision payante, tous modes de diffusion confondus (hors terminaux mobiles). Ces derniers, bien que dans certains cas présents sur des zones différentes, ont une couverture qui est amenée à s'étendre à l'ensemble du territoire métropolitain. Enfin, il convient de remarquer que les distributeurs de télévision payante ont une politique tarifaire uniforme sur l'ensemble du territoire. La partie notifiante, les tiers interrogés et le Conseil de la concurrence souscrivent à cette définition nationale.

Une distinction doit cependant être faite en ce qui concerne les départements d'outre mer et Mayotte.

En effet, les conditions de concurrence sont très différentes de celles existant sur le territoire métropolitain. Les consommateurs des DOM et de Mayotte n'ont pas accès aux mêmes offres. A la Réunion par exemple, seuls deux opérateurs satellite proposent des bouquets de télévision payante. Ni le câble, ni l'ADSL, ni la TNT ne sont présents. En outre, les bouquets proposés sont composés de moins de chaînes que leurs équivalents métropolitains. Aux Antilles, seuls le câble et le satellite diffusent de la télévision payante.

L'ensemble de ces éléments justifient la définition d'un marché spécifique de la télévision payante dans l'Océan Indien (Réunion et Mayotte) et d'un autre aux Antilles. La partie notifiante, les tiers interrogés et le Conseil de la concurrence souscrivent à ces définitions.

S'agissant de l'aval, l'analyse concurrentielle portera donc sur les marchés suivants :

Sur le territoire métropolitain :

- le marché de la télévision payante tous modes de diffusion confondus ;
- le marché de la télévision payante sur terminaux mobiles ;
- le marché de la télévision de la télévision payante pour les professionnels (bars, hôtels, hôpitaux, etc.) ;
- le marché des services de VoD ;
- le marché des services de PPV sport ;
- le marché des services de PPV cinéma.

Dans les DOM et à Mayotte, le marché de la télévision payante sera étudié de manière globale, les conclusions de l'analyse demeurant inchangées quelles que soient les définitions de marché adoptées.

Section IV – Les autres marchés

Un certain nombre d'activités économiques gravitent autour des marchés identifiés à l'amont, au stade intermédiaire ou à l'aval et ont avec eux un lien de connexité. Elles participent au fonctionnement de toute la filière de la télévision.

Ces activités sont les suivantes :

- la publicité télévisée ;
- les services interactifs ;
- les activités techniques :
 - le service de transport des chaînes (ou reprise du signal) ;
 - la fourniture de terminaux ;
 - la fourniture de logiciels d'accès conditionnel ;
 - la fourniture de logiciels d'interactivité ;
 - la location de capacités de réseau satellitaire ;

- le marché des services en gros de diffusion pour la télévision terrestre ;
- les communications électroniques ;
- la radio et la musique ;
- les magazines de télévision.

I – La publicité télévisée

La pratique décisionnelle des autorités nationales et communautaire de concurrence définit un marché pertinent de la publicité télévisée⁶⁵. Elle reconnaît en effet que chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre insubstituable à un autre pour réaliser une campagne publicitaire. Le marché de la publicité télévisée met en relation les chaînes de télévision et les annonceurs. Le ministre et le Conseil de la concurrence ont considéré, aux termes de décisions précédentes, qu'il n'y avait pas lieu de « *distinguer entre l'espace publicitaire de la télévision payante et celui de la télévision gratuite* »⁶⁶. Les demandeurs, les offreurs et l'objet de leur transaction (les spots publicitaires) sont en effet très généralement les mêmes sur les deux types de chaînes. La partie notifiante ne conteste pas cette définition de marché. En tout état de cause, cette question peut être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées, quelles que soient les segmentations retenues.

La dimension géographique de ce marché correspond à la zone de diffusion des spots publicitaires. Elle est donc soit nationale soit locale, en fonction de l'étendue des chaînes de télévision concernées. La pratique décisionnelle des autorités nationales et communautaire de la concurrence est constante sur ce point.

II – Les services interactifs liés à la télévision payante

Les diffuseurs de télévision payante proposent au consommateur, au-delà de la réception de programmes audiovisuels, d'avoir recours à un certain nombre de services interactifs. Ce dernier a ainsi la possibilité de participer à des jeux ou des paris, d'avoir accès à des informations météorologiques ou encore de sélectionner la langue des programmes audiovisuels ou des sous-titrages.

Les autorités de la concurrence communautaire et nationales, aux termes de plusieurs décisions, comme la partie notifiante et les tiers interrogés, estiment que ces services interactifs constituent un marché lié mais distinct de celui de la télévision payante⁶⁷. En effet, ces services apparaissent comme étant complémentaires et non substituables au service de diffusion de programmes télévisés.

La question d'une segmentation de ce marché en fonction du service proposé (jeux, météo, etc.) peut se poser. Il n'est cependant pas nécessaire de la trancher en l'espèce car les conclusions de l'analyse concurrentielle demeureront inchangées.

III – Les activités techniques

L'acheminement du signal d'une chaîne depuis la régie de cette dernière jusqu'au poste du téléspectateur, rend nécessaire le recours à un certain nombre de services techniques. Ces derniers doivent répondre à plusieurs impératifs : le transport du signal de la chaîne et la garantie que seuls les consommateurs abonnés reçoivent effectivement les chaînes payantes. Enfin, ces services techniques ont également pour objectif de permettre aux diffuseurs de proposer les services interactifs étudiés ci-dessus.

A - Le transport du signal est réalisé grâce à des opérateurs techniques de satellite

Comme décrit précédemment, les signaux de télévision émis par les chaînes sont en effet transmis au satellite au départ d'une station terrestre; ce processus est appelé « liaison montante ». Les transpondeurs sur satellite reçoivent les signaux, les amplifient et les retransmettent à des antennes satellites au sol (« liaison descendante »). Ces signaux sont ensuite transmis aux téléviseurs des consommateurs finals.

⁶⁵ Voir les décisions de la Commission européenne IV/M.553/RTL/Veronica/Endemol en date du 20 septembre 1995 et la décision du Conseil de la concurrence n° 99-D-85 en date du 22 décembre 1999 relative à des pratiques de la société TF1 dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéogrammes. Voir également la lettre d'autorisation de l'opération TF1-AB/TMC en date du 27 octobre 2004.

⁶⁶ Cf. la décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-59, en date du 9 décembre 2003, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés I Télé et Groupe Canal +. Cf. la lettre d'autorisation de l'opération TF1-AB/TMC en date du 27 octobre 2004.

⁶⁷ Voir notamment les décisions BIB IV 136.539 du 15/9/1999 et JV.48 Vivendi/Vodafone/Canal + en date du 20 juillet 2000.

Les opérateurs techniques de satellite (Astra ou Eutelsat par exemple) louent des « capacités transpondeur » aux distributeurs satellitaires (TPS ou CanalSat) qui acheminent le signal des chaînes contre rémunération. Le marché pertinent est donc celui de la location de « capacités transpondeur » sur satellite pour la radiodiffusion télévisuelle. Il correspond à la confrontation de l'offre des opérateurs techniques de satellite et de la demande des distributeurs satellitaires de télévision.

La Commission européenne estime que la dimension géographique de ce marché correspond à « l'empreinte satellitaire » du satellite utilisé. La partie notifiante souscrit à cette définition et considère ainsi que le marché pertinent doit être segmenté en autant d'empreintes satellitaires. Il existerait donc un marché spécifique pour chacune des zones suivantes : l'Europe, l'Afrique du Nord et une grande partie du Moyen-Orient (zone 1), l'Océan Indien, l'Europe, l'Afrique du Nord et une partie du Moyen-Orient (zone 2), les Caraïbes et l'Europe (zone 3), l'Océanie (zone 4) et enfin le Continent africain (zone 5).

Le Conseil de la concurrence estime cependant que la dimension géographique de ce marché correspond à la zone de clientèle des opérateurs satellite. Il indique en effet que *« la demande de location de transpondeurs par les éditeurs et les distributeurs semblent (...) étroitement liées à la zone de clientèle de ces intervenants. En l'occurrence, il s'agit de la France métropolitaine, de la région Réunion-Mayotte et de la région Antilles-Guyane »*. A chacune de ces trois zones correspondrait donc un marché spécifique de la location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels.

Ainsi, le Conseil de la concurrence définit principalement la dimension géographique de ces marchés en fonction de la demande alors que la partie notifiante s'intéresse davantage à l'offre.

La question peut cependant être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées.

B – La fourniture de terminaux

Le terminal (ou « décodeur ») permet au téléspectateur d'accéder aux chaînes et services de télévision, par la réception de signaux de télévision cryptés, en mode analogique ou numérique. En France, plus de 98 % des terminaux sont loués par les consommateurs auprès des distributeurs de télévision payante. Le marché concerné ici est celui de la vente des terminaux par les producteurs aux distributeurs de télévision payante. Ces derniers, à l'issue d'un appel d'offres, sélectionnent l'entreprise qui leur fournira ces décodeurs.

La pratique décisionnelle des autorités françaises et communautaire de concurrence définit un marché de la fourniture de terminaux sur lequel se rencontrent l'offre des fournisseurs de décodeurs et la demande des distributeurs de télévision.

Aux termes d'une décision dans le même secteur le ministre a, sans trancher définitivement la question, relevé les arguments allant dans le sens d'une dimension européenne, voire mondiale de ce marché car *« l'achat et la vente de terminaux se font de manière centralisée à l'échelle européenne, les adaptations apportées aux terminaux répondent aux exigences des spécifications des opérateurs de télévision à péage et non à des standards nationaux, il n'existe aucun obstacle à la circulation et la vente de terminaux au travers du continent européen, les coûts de transport sont très bas et les terminaux TMM sont produits en France et à l'étranger »*⁶⁸.

L'instruction a fait ressortir des éléments confirmant la définition du marché de produits et la délimitation géographique présentées ci-dessus, notamment en ce qui concerne la dimension internationale des offreurs sur ce marché et l'homogénéité des conditions de concurrence.

La partie notifiante comme le Conseil de la concurrence souscrivent à une telle définition.

C – La fourniture de logiciels d'accès conditionnel

Les terminaux (ou « décodeurs »), qu'ils soient analogiques ou numériques, intègrent tous un logiciel de contrôle d'accès. En effet, la garantie d'un accès réservé aux seuls abonnés nécessite le cryptage du signal (grâce à un système d'accès conditionnel) puis son décryptage (grâce à un décodeur et à des cartes à puce).

Le système d'accès conditionnel permet d'associer le signal d'une chaîne avec des données sur l'agrément des abonnés et de les crypter. Le décodeur seul ou par le biais d'une ou plusieurs cartes à puce permet ensuite de décrypter les informations transmises.

Selon une pratique décisionnelle constante, tant des autorités nationales que communautaire, la fourniture de tels logiciels constitue un marché spécifique. L'instruction n'a pas fait ressortir d'éléments venant contredire une telle définition. La partie notifiante et le Conseil de la concurrence y souscrivent également.

⁶⁸ Cf. la Lettre du ministre Thomson Multimédia précitée.

Aux termes d'une lettre d'autorisation rendue en 2003, le ministre avait estimé que ce marché était « *au moins de dimension européenne. En effet, ces technologies font l'objet de licences attribuées au niveau international, elles peuvent très aisément faire l'objet d'adaptations afin de répondre aux besoins spécifiques de chaque client, les coûts de transport sont très bas et les principaux acteurs sur ces marchés opèrent sur une base supra nationale* ».

D – La fourniture de logiciels d'interactivité.

Les terminaux numériques intègrent, en sus d'un logiciel d'accès conditionnel, un logiciel d'interactivité qui permet aux téléspectateurs d'avoir accès à des services de télévision interactive (guide des programmes, téléachat interactif...).

Selon une pratique décisionnelle constante, tant des autorités nationales que communautaire, la fourniture de tels logiciels constitue un marché distinct des autres services techniques. Il ne répond en effet pas aux mêmes besoins et est fourni pas des opérateurs spécialisés. Le ministre indique ainsi, aux termes de la décision NDS précitée : « *tandis que le logiciel de contrôle d'accès conditionnel permet aux seuls téléspectateurs autorisés de regarder un programme crypté, le logiciel d'interactivité permet aux téléspectateurs d'avoir accès à des services de télévision interactive grâce au terminal numérique. De plus, la plupart des opérateurs ne sont pas présents sur les deux activités mais plutôt spécialisés soit dans la fourniture de logiciels d'accès conditionnel, soit dans la fourniture de logiciels d'interactivité* ».

En ce qui concerne la dimension géographique de ce marché, la partie notifiante et le Conseil de la concurrence souscrivent à une délimitation au moins européenne, telle qu'elle a été définie aux termes de décisions nationales.

L'instruction n'a pas fait ressortir d'éléments venant contredire une telle définition du marché (tant de produits que géographique).

E – Le marché des services en gros de diffusion pour la télévision terrestre

L'ARCEP a défini un marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels mettant en relation les prestataires techniques de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et les chaînes de télévision (pour la télévision analogique) ou les opérateurs de multiplex (pour la télévision numérique)⁶⁹. Le Conseil de la concurrence, consulté par l'ARCEP sur ce point, a confirmé cette définition. L'instruction n'ayant pas apporté d'éléments nouveaux sur ce point, le marché de produits défini en l'espèce est donc celui des services en gros de diffusion pour la télévision terrestre.

Une interrogation peut cependant être avancée en ce qui concerne une éventuelle segmentation entre la diffusion analogique et la diffusion numérique terrestre⁷⁰. La question de la pertinence d'une telle distinction peut néanmoins, en l'espèce, rester ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées, quelle que soit la segmentation retenue.

S'agissant de la délimitation géographique de ce marché, les parties soulignent que « la couverture des réseaux de diffusion de TDF étant nationale », le marché doit être limité à une dimension nationale également. L'ARCEP, le Conseil de la concurrence et les réponses au test de marché n'infirment pas cette prise de position. Il n'est cependant pas nécessaire, en l'espèce, de trancher la question, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées, quelle que soit la segmentation retenue.

IV – Les communications électroniques

Aux termes d'une Recommandation en date du 11 février 2003, la Commission européenne a recensé les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques⁷¹.

En juillet 2004, l'ARCEP a lancé une consultation auprès des opérateurs français. Le Conseil de la concurrence a notamment rendu le 16 février 2005 un avis sur l'analyse de l'autorité de régulation sur les marchés de la téléphonie fixe⁷².

⁶⁹ ARCEP, Projet de décision 06-0160 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché.

⁷⁰ Cons. conc., avis n° 06-A-01 du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications.

⁷¹ Recommandation de la Commission C (2003) 497 du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une régulation *ex ante*.

⁷² Avis du Conseil de la concurrence 05-A-05.

Même si la Commission précise au point 18 de la Recommandation précitée que la définition de marchés retenue dans ce document « *ne porte pas préjudice à la définition des marchés dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence* », les définitions de marché adoptées dans ce cadre peuvent servir de référence à l'analyse effectuée en l'espèce des marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des télécommunications.

Les marchés de dimension nationale suivants peuvent être retenus :

- le marché de l'accès au réseau téléphonique public auprès du consommateur final ;
- le marché résidentiel des communications auprès du consommateur final ;
- le marché résidentiel de l'accès Internet haut débit auprès du consommateur final ;
- le marché résidentiel du mobile auprès du consommateur final.

Les résultats de l'instruction n'ont pas apporté d'éléments de nature à remettre en cause ces définitions.

VI – La radio et la musique

Les marchés définis par les autorités de la concurrence pouvant avoir un lien avec l'opération sont les suivants : le marché de l'édition musicale (qui « *consiste essentiellement, pour l'éditeur, à acquérir les droits relatifs à des œuvres musicales, puis à les exploiter moyennant une rémunération* ⁷³») et le marché de la diffusion/distribution de services radio ⁷⁴.

La question de la dimension géographique de ces marchés peut être laissée ouverte en l'espèce, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées, quelles que soient les définitions retenues.

En tout état de cause, l'instruction n'a pas apporté d'éléments venant contredire ces définitions de marché.

VII – Les magazines de télévision

La pratique décisionnelle des autorités communautaires et nationales de la concurrence distinguent cinq grands types de publications dans le secteur de la presse écrite : la presse quotidienne nationale, la presse quotidienne régionale, la presse magazine, la presse spécialisée et la presse gratuite ⁷⁵.

Au sein de la presse magazine, a notamment été défini le marché des magazines hebdomadaires de télévision. La question de l'appartenance de tous les magazines payants de télévision à un même marché (quelle que soit la périodicité de ces magazines) peut se poser. En effet, l'essentiel pour le consommateur est de disposer des futurs programmes de télévision, qu'il s'agisse de ceux des 7, 15 ou 30 jours suivants. Les hebdomadaires et les mensuels appartiendraient alors au même marché. La question peut cependant, en l'espèce, être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurant inchangées.

Enfin, la question d'une distinction des magazines payants et gratuits peut être posée. La pratique décisionnelle tendrait nettement à opérer une telle distinction en raison de la différence en ce qui concerne le modèle économique de chacune de ces catégories (financement exclusif par les ressources publicitaires pour la seconde) et le prix pour les consommateurs. En outre, les magazines payants disposent d'un numéro attribué par une Commission paritaire, ce qui n'est pas le cas des gratuits. Enfin, il semble que ces derniers ne soient en réalité proposés par les distributeurs qu'à leurs propres abonnés. La question peut cependant, en l'espèce, être laissée ouverte, les conclusions de l'analyse concurrentielles en demeurant inchangées.

PARTIE III – Analyse concurrentielle

L'analyse concurrentielle horizontale, et, lorsque cela se justifie, verticale et conglomérale, de l'opération notifiée et l'examen des remèdes éventuellement adoptés seront effectués, sur les marchés amont (Section I), intermédiaires (Section II) et aval (Section III) de la chaîne de valeur et sur les autres marchés concernés (Section IV).

⁷³ Décision M.3333 *Sony/BMG* de la Commission européenne.

⁷⁴ Cf. notamment la décision du Conseil de la concurrence n° 03-MC-03 *TDF* en date du 1er décembre 2003 et la décision M.2300 *YLE/TDF/DIGITA/JV* de la Commission européenne en date du 26 juin 2001.

⁷⁵ Cf. notamment les décisions du ministre *Socpresse/Express-Expansion* en date du 31 décembre 2002 et *Ouest France/Pôle Ouest de la Socpresse* en date du 28 octobre 2005. Cf. également l'avis n° 93-A-13 du 6 juillet 1993 relatif à la prise de participation de la Société générale occidentale dans le capital de la société d'exploitation de l'hebdomadaire *Le Point*. Cf. enfin la décision de la commission IV/M.665 - *CEP/Groupe de la cité* du 29 novembre 1995.

S'agissant des effets horizontaux, l'analyse portera successivement sur les effets non coordonnés et coordonnés.

Section I – Analyse concurrentielle sur les marchés amont et remèdes adoptés

I - Analyse concurrentielle sur les marchés amont relatifs aux droits cinématographiques et les séries

A – Analyse des effets non coordonnés

Pour les besoins de l'analyse horizontale et verticale, les marchés seront regroupés de la manière suivante :

- 1) les marchés sur lesquels l'opération n'entraîne pas d'importants chevauchements d'activités : marchés relatifs aux droits portant sur la distribution en salle, sur la vidéo et sur les séries américaines récentes.
- 2) les marchés sur lesquels l'opération emporte des chevauchements horizontaux significatifs : marchés relatifs aux droits portant sur la VoD, le PPV et aux droits de diffusion pour la télévision payante, tant pour les œuvres américaines que pour les œuvres d'expression française.
- 3) le marché relatif aux droits de catalogue, où l'opération a un impact concurrentiel de nature verticale.

Enfin, l'analyse des effets congloméraux, qui porte sur plusieurs marchés connexes, sera conduite de manière distincte et transversale (4).

1. Analyse relative aux marchés sur lesquels l'opération n'emporte ni d'importants chevauchements d'activités ni d'effets verticaux significatifs : les marchés relatifs aux droits portant sur la distribution en salle, sur la vidéo et sur les séries américaines récentes

1.1. Marché de l'achat de droits pour la diffusion en salle d'œuvres cinématographiques

Dans la mesure où ni CanalSat ni TPS ne sont actives sur ce marché, et bien que GCP, via sa filiale StudioCanal y soit un opérateur notable⁷⁶, l'opération n'entraîne aucun chevauchement d'activités entre les parties, ainsi que le confirme l'analyse du Conseil de la concurrence.

Il convient par ailleurs de noter que d'autres opérateurs importants sont présents sur ce marché⁷⁷, et qu'ainsi, l'opération de concentration n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence en raison de la disparition d'un concurrent potentiel.

Il s'ensuit que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce marché, à raison de ses effets horizontaux.

1.2. Marché de l'achat de droits pour la distribution vidéo d'œuvres cinématographiques

Dans la mesure où ni CanalSat ni TPS ne sont actives sur le marché de l'achat de droits pour la distribution vidéo d'œuvres cinématographiques bien que GCP, via sa filiale StudioCanal, y soit présent⁷⁸, l'opération ne conduit à aucun chevauchement d'activités entre les parties.

Compte tenu de la présence d'autres opérateurs importants sur ce marché⁷⁹, l'opération n'est pas de nature à restreindre la concurrence de manière sensible par disparition d'un concurrent potentiel.

Il s'ensuit que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence sur ce marché, à raison de ses effets horizontaux.

1.3. Marché de l'achat de droits relatifs aux séries américaines récentes

Dans la mesure où ni CanalSat ni TPS ne sont actives sur ce marché, et bien que GCP soit un acteur important du marché, l'opération ne conduit à aucun chevauchement d'activités entre les parties.

Compte tenu de la présence d'autres opérateurs importants sur ce marché⁸⁰, l'opération n'est pas de nature à restreindre la concurrence de manière sensible par disparition d'un concurrent potentiel.

⁷⁶ Cf. sur ce point l'avis du CSA. StudioCanal, via sa filiale Mars Distribution distribue environ 25 films par an.

⁷⁷ Tels que Pathé ou UGC.

⁷⁸ StudioCanal aurait, selon les données communiquées par le CSA, entre 5 et 10 % de parts de marché.

⁷⁹ Pathé, UGC ...

⁸⁰ Notamment M6, TF1, France Télévisions.

Il s'ensuit que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence sur ce marché, à raison de ses effets horizontaux.

2. Analyse relative aux marchés sur lesquels l'opération emporte des effets horizontaux : marchés relatifs aux droits concernant les œuvres américaines et françaises, pour la VoD, le PPV et les droits de diffusion pour la télévision payante

Dans la mesure où ils soulèvent les mêmes questions au regard de l'analyse concurrentielle, les marchés concernant les droits des œuvres américaines et d'expression originale française seront analysés ensemble, sauf pour les droits portant sur la diffusion pour la télévision payante, pour lesquels les termes de l'analyse concurrentielle sont différents.

Ainsi, la présente analyse abordera successivement les marchés suivants : le marché relatif aux droits de diffusion pour la télévision payante portant sur les œuvres cinématographiques américaines récentes (2.1) ; le marché relatif aux droits de diffusion pour la télévision payante portant sur les œuvres cinématographiques d'expression française récentes (2.2) ; les marchés relatifs aux droits pour le PPV pour les œuvres françaises et américaines (2.3) et, enfin, les marchés relatifs aux droits pour la VoD pour les œuvres françaises et américaines (2.4).

2.1. Le marché relatif à l'achat de droits relatifs aux films américains récents pour la télévision payante

a) Analyse statique de l'opération

Ainsi que le rappelle GCP, les acquisitions de droits sont effectuées par le biais de deux catégories de contrats :

- i) majoritairement ([60-70] % de la totalité des films américains vendus en France, selon GCP) via des contrats globaux dits *output deals* conclus avec les studios américains pour un nombre déterminé de films, le plus souvent pour une période de [...]ans et comprenant, en général, une clause de renouvellement automatique ;
- ii) des contrats ponctuels d'acquisition, portant sur des films déterminés.

Dans la mesure où les entreprises concernées se répartissaient, de manière relativement équilibrée, la totalité des *output deals* et la très grande majorité des contrats ponctuels, l'opération aboutit à de très forts chevauchements horizontaux.

- L'opération conduit, comme le montre le tableau ci-dessous, à un quasi-monopsonne sur le marché des droits de première fenêtre pour les films américains.

Le tableau suivant récapitule les parts de marché pour les films américains pour les droits de première fenêtre de diffusion pour l'année 2004

2004	Au sein des <i>output deals</i>		Hors <i>output deals</i>		Total	
	nombre de films	part de marché	nombre de films	part de marché	nombre de films	part de marché
TPS	[...]	[30-40] %	[...]	[30-40] %	[...]	[30-40] %
GCP	[...]	[50-60] %	[...]	[30-40] %	[...]	[50-60] %
Total parties	[...]	[90-100] %	[...]	[70-80] %	[...]	[90-100] %
Disney	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %	[...]	[0-10] %
Autres	[...]	[0-10] %	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %
Total	[...]	100 %	[...]	100 %	[...]	100 %

Source : notification.

- L'opération aboutit également à la création d'un quasi monopsonne pour les droits de deuxième fenêtre de diffusion.

A l'issue de l'opération, le seul concurrent sera Disney, qui a réservé en 2004 à ses propres chaînes thématiques, pour une première fenêtre d'exploitation d'une durée très courte, trois de ses propres films. Ses parts de marché sont insignifiantes. Par ailleurs, les dix films dont les droits n'ont pas été acquis en 2004 par les entreprises concernées restent disponibles pour des tiers.

L'opération entraîne ainsi l'acquisition, par le principal opérateur du marché, de son unique concurrent significatif sur les deux fenêtres de diffusion. Ce constat est en accord avec celui qui est fait par le Conseil de la concurrence, qui considère que *« la nouvelle entité ne fera face à aucune véritable concurrence actuelle sur les marchés de droit de diffusion sur la télévision des films américains à succès récents après la fusion. »*

Bien que l'opération aboutisse à la création d'un quasi monopole sur les deux marchés relatifs à la télévision payante, GCP considère que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence en raison, d'une part, du pouvoir de négociation des détenteurs de droits (studios américains) et, d'autre part, au regard de la concurrence potentielle existante (opérateurs de communications électroniques). Ces deux éléments seront analysés successivement.

b) Analyse du pouvoir de négociation des détenteurs de droits

GCP considère tout d'abord que les détenteurs de droits jouissent d'un très fort pouvoir de marché.

D'une manière générale, la partie notifiante souligne que les studios américains détiennent des droits de grande valeur et sont en mesure de les exploiter à l'étranger sans tenir compte de leur rentabilité. Selon GCP en effet, dans la mesure où l'investissement des producteurs de films américains est déjà amorti par l'exploitation de leurs oeuvres sur le territoire américain, les ventes de droits de diffusion sur les marchés internationaux⁸¹ ne leur apporteraient qu'un simple complément de recettes.

Dans ces conditions, selon GCP, *« compte tenu de l'importance de l'accès aux oeuvres cinématographiques américaines pour les chaînes dont l'offre commerciale met l'accent sur le cinéma, le pouvoir de marché des grands studios américains crée une situation de négociation asymétrique et ce quel que soit le poids de l'opérateur souhaitant procéder à l'acquisition de ces droits. »*

GCP constate, enfin, que la structure actuelle des accords conclus, favorables aux studios, illustrerait le pouvoir de marché de ces détenteurs de droits. Différentes clauses particulièrement révélatrices viennent à l'appui de cette position, parmi lesquelles, certaines prévoient que :

- i) [...]
- ii) [...]
- iii) [...]
- iv) [...]
- v) [...]

En conclusion, GCP considère que *« les studios américains bénéficient, pour la cession des droits sur les films d'appel, d'un pouvoir de marché suffisamment étendu pour leur permettre de déterminer les conditions de commercialisation de ces droits indépendamment de la structure des marchés géographiques sur lesquels ils sont cédés. »*

Le Conseil de la concurrence considère pour sa part que *« si la fusion va indéniablement diminuer le pouvoir des détenteurs de droits de diffusion sur la télévision des films américains à succès récents sur le marché français, il faut cependant relever que les sommes versées par GCP en application des différents contrats cadre (« output deals ») représentent seulement [0-10] % du chiffre d'affaires total réalisé par les studios américains.[...] En conséquence, en comparaison de ce que rapportent les autres marchés internationaux, le marché français n'apporte à ces détenteurs de droits qu'un complément de recettes non essentiel à leur rentabilité. Il s'ensuit que les grands studios américains conserveront un fort pouvoir de négociation vis-à-vis de la nouvelle entité sur les différents marchés de l'acquisition de droits. »*

Les éléments factuels, portant notamment sur la structure actuelle des marchés en cause, démontrent effectivement que les grands studios conserveront un fort pouvoir de négociation vis-à-vis de GCP, bien que l'opération en réduise l'ampleur. Dans ces conditions, l'opération n'est pas de nature à générer des problèmes de concurrence vis-à-vis des détenteurs de droits sur ce marché.

Il convient en revanche d'examiner si l'opération, en raison de l'augmentation du pouvoir de marché de GCP ou des clauses contractuelles actuellement en vigueur au sein des contrats en cours, n'est pas de nature à

⁸¹ Parmi lesquels le marché français ne représenterait qu'un marché infime.

porter atteinte à la concurrence en élevant le niveau des barrières à l'entrée ou en affaiblissant la pression concurrentielle de concurrents potentiels.

c) Analyse de la concurrence potentielle et des barrières à l'entrée

GCP considère que la concurrence potentielle des acteurs du secteur des communications électroniques doit être prise en compte, dans la mesure où ils détiennent des ressources financières importantes qu'ils devraient pouvoir mobiliser de façon croissante pour l'acquisition de contenus premium. GCP souligne également que ces opérateurs pourront profiter de leur présence sur trois marchés (télévision, accès Internet et téléphonie) pour rentabiliser leurs investissements audiovisuels en bénéficiant d'une assise financière considérable pour l'acquisition de droits de diffusion de films américains auprès d'un ou plusieurs studios.

Cependant, l'entrée, à court terme, de ces opérateurs sur les marchés relatifs à la télévision payante portant sur les films américains pour les droits sur les films américains est un scénario peu crédible au regard des barrières à l'entrée actuellement relevées.

En effet, l'entrée sur le marché des droits relatifs au cinéma américain en vue d'une diffusion sur la télévision payante implique l'entrée, préalable ou simultanée, sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes⁸², lui-même caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée significatives. La concurrence potentielle sur ce marché proviendra donc, à titre principal, soit d'un éditeur actuel de chaînes de cinéma, soit d'un entrant potentiel sur le marché de l'édition de chaînes.

Or, ainsi que cela sera montré plus loin, les opérateurs de communications électroniques qui souhaiteraient accéder aux marchés intermédiaires devront faire face à de fortes barrières à l'entrée. On peut notamment souligner que ces marchés, ainsi que le souligne le Conseil de la concurrence, sont caractérisés par des barrières « techniques (savoir-faire), économiques (importance des coûts fixes et incertitude quant à la rentabilité) et surtout temporelles (temps nécessaire pour construire la notoriété d'une chaîne et pour stabiliser ses parts d'audience) ».

De manière complémentaire, l'instruction a permis de relever un frein essentiel rendant peu probable l'émergence rapide de concurrents potentiels : la nécessité d'amortir grâce à un nombre d'abonnés suffisant les sommes importantes requises pour l'acquisition de contenus attractifs et diversifiés. Ainsi qu'il sera démontré plus loin, les opérateurs alternatifs ne disposent pas encore de cette base minimale d'abonnés.

Par ailleurs, au-delà des barrières à l'entrée liées à l'édition de chaînes, l'instruction a permis de cerner d'autres barrières à l'entrée, spécifiques aux marchés de l'achat de droits, constituées notamment par la très forte concentration de l'offre⁸³ et l'indisponibilité des droits en raison de la durée des exclusivités conclues et des clauses de renouvellement automatiques.

Le tableau suivant permet d'illustrer cet état de fait en identifiant les contrats output deals signés par GCP et TPS, leur durée et les éventuelles clauses de reconduction automatique.[...]

Il semble utile, en outre, de rappeler que les opérateurs de communications électroniques, considérés par GCP comme les mieux à même d'entrer à court terme sur le marché analysé, doivent faire face à une forte concurrence sur leur cœur de métier⁸⁴.

Il convient de souligner, enfin, que les barrières à l'entrée ci-dessus mentionnées sont rendues d'autant plus fortes par la présente opération, que celle-ci accroît de manière mécanique le pouvoir de marché de GCP, conforte les économies de gammes et d'échelle sans équivalent dont il bénéficiera à l'issue de l'opération⁸⁵ et entraîne la disparition de TPS, le seul concurrent réel à ce jour.

d) Conclusion sur les effets de l'opération sur la concurrence

Comme indiqué plus haut, le Conseil de la concurrence considère que « les opérations de concentrations soumises à son examen ne sont pas susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels horizontaux sur les marchés des droits des films américains récents. »

Cependant, le ministre considère, au regard des éléments qui seront développés ci-dessous, que, si l'opération n'emporte pas de conséquences dommageables pour la concurrence, au regard des contrats en

⁸² Marché des chaînes cinéma, ou plus sûrement le marché des chaînes premium.

⁸³ Le nombre d'interlocuteurs est réduit (cinq grands studios et quelque « mini-studios ») et la majorité des droits sont regroupés sous forme de contrats *output deals*.

⁸⁴ Forte concurrence par les prix et l'innovation technologique, impliquant notamment des investissements importants dans le développement et le déploiement des infrastructures.

⁸⁵ Cette problématique sera analysée au sein des effets congloméraux de l'opération sur les marchés amont.

cours, celle-ci génère des risques d'augmentation des barrières à l'entrée sur les marchés en cause, à l'occasion des futures mises en concurrence pour le renouvellement des droits.

• *S'agissant des contrats en cours*, GCP note que l'opération ne vient pas modifier les contrats conclus avec les studios américains dans le cadre des *output deals* actuellement en vigueur.

GCP considère également que les contrats *output deals* signés avec ces studios ne peuvent en aucune manière produire d'effets d'exclusion du marché, compte tenu notamment de l'étendue des contenus commercialisés en dehors de ces contrats.

Au regard de ces arguments, le ministre constate en effet que l'opération ne vient pas modifier la situation des contrats conclus avec les studios américains.

Par ailleurs, plusieurs engagements ont été déposés par GCP afin de répondre aux problèmes de concurrence constatés sur les marchés intermédiaires et aval. Ils permettent durant une période transitoire, aux opérateurs alternatifs de conforter leur offre de télévision payante. Ces engagements visent notamment à garantir que TPS Star, qui sera mis à disposition à tout opérateur qui en fera la demande, dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires⁸⁶, disposera d'un contenu attractif, notamment au regard des films de première exclusivité et de première fenêtre (engagement n° 22). Dans ces conditions, le fait d'imposer à GCP de mettre fin à ses contrats en cours aurait un effet contraire à celui recherché, risquant d'affaiblir le développement d'une concurrence à l'aval.

Ainsi, pour ce qui concerne les contrats en cours, il peut être soutenu que l'opération n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

• *Pour ce qui concerne les contrats futurs*, GCP souligne que les studios auront la capacité de modifier la structure de leur offre afin notamment de pouvoir vendre certains droits à de nouveaux acteurs, tels que les opérateurs de communications électroniques. GCP souligne enfin que les studios américains sont en mesure de contourner les éditeurs traditionnels en développant leur propre activité d'édition et remarquent à cet égard que plusieurs grands studios ont déjà développé leur chaîne propriétaire.

Dans ces conditions, selon GCP, la nouvelle entité ne disposera pas d'un avantage concurrentiel vis-à-vis des concurrents potentiels, lors du renouvellement des *output deals* existants, et ne pourra être en mesure de façonner les relations contractuelles avec les studios américains de façon à limiter ou à empêcher l'accès aux droits de diffusion des films américains pour d'autres opérateurs notamment de télévision payante compte tenu de la position de force des détenteurs de droits.

On peut tout d'abord rappeler que la Commission européenne, dans le cadre de l'affaire *Newscorp/Telepiù*, a considéré qu'après l'opération, « *le réseau de contrats sera détenu par un seul et même opérateur qui, en l'absence de mesures correctives, sera à même de définir les clauses et conditions des marchés vis-à-vis des détenteurs de droits avec une latitude beaucoup plus grande que lorsque deux acheteurs sont en concurrence. Mais aussi et surtout, grâce à son pouvoir de négociation manifestement plus grand, le détenteur d'un quasi-monopole sera fort probablement en mesure de façonner les relations contractuelles avec les fournisseurs de contenus en fonction de son besoin et de son objectif d'empêcher la concurrence éventuelle de nouveaux entrants* ».

Cependant, ainsi qu'il a été souligné précédemment, la présente opération s'inscrit dans un contexte différent. Du fait de l'existence de concurrents potentiels, de la présence de certains opérateurs sur des marchés connexes⁸⁷ (notamment la VoD sur les droits américains), et de la puissance de négociation des détenteurs de droits, le risque invoqué par la Commission semble nettement moindre.

Il semble que le risque d'atteinte à la concurrence soit en l'espèce limité à la possibilité, pour la nouvelle entité, de proposer de conclure des contrats d'une durée trop longue et d'empêcher la remise en concurrence des droits en cause en faisant usage des éventuelles clauses de renouvellement automatique qui sont traditionnellement intégrées au sein des contrats négociés⁸⁸. Un tel comportement de la part de la nouvelle entité serait de nature à renforcer artificiellement les barrières à l'entrée sur les marchés amont et ainsi, indirectement, sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes.

Cependant sur ce point GCP s'est engagé, « *pour les contrats cadre ou « output deals » futurs (nouveaux ou reconduits), à limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement à son option* » (cf. l'engagement n° 1 de liste annexée à la présente décision). L'opération n'est donc pas de

⁸⁶ Cf. sur ce point l'analyse sur le marché intermédiaire des chaînes premium et les engagements déposés par GCP.

⁸⁷ Ce qui rend d'autant plus crédible la situation évoquée par GCP, selon laquelle les détenteurs de droits seraient en mesure de modifier les conditions des mises en concurrence, afin notamment de segmenter davantage la vente des droits.

⁸⁸ Cette conclusion est d'autant plus crédible qu'il convient de noter, ainsi que le souligne GCP, que « *les grands studios américains organisent la concurrence d'une manière telle que les conditions d'attribution des ces droits sont très opaques* », et ne font donc pas l'objet d'une mise en concurrence transparente.

nature à soulever des problèmes de concurrence de nature horizontale sur les marchés de la télévision payante portant sur les droits relatifs aux œuvres cinématographiques américaines récentes.

2.2. Le marché relatif à l'achat de droits portant sur les films d'expression originale française récents pour la télévision payante

A titre liminaire, on notera que l'opération concerne les deux plus importants investisseurs dans le cinéma d'expression française.

Le tableau suivant récapitule le pourcentage des investissements réalisés par GCP et TPS dans le financement de la production française en 2005 par le biais des achats de droits pour une diffusion en première et deuxième fenêtre et en PPV.

GCP		Canal +	CinéCinéma	Kiosque	Total
	Investissements (en M d'euros)	[...]	[...]	[...]	[...]
Nombre de films	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
TPS		TPS 1 ^{ère} fenêtre	TPS 2 ^{ème} fenêtre	Multivision	Total
	Investissements (en M d'euros)	[...]	[...]	[...]	[...]
	Nombre de films	[...]	[...]	[...]	[...]

Source : CNC/traitement CSA.

Le tableau suivant récapitule l'ensemble des investissements de GCP, TPS et StudioCanal dans le total des investissements français dans le cinéma

En M d'euros	Total Investissements français dans des films d'initiative française	Total investissements GCP	Total investissements de TPS dans films d'initiative française	Total entité fusionnée + Studio Canal	Part du financement de l'entité fusionnée et de StudioCanal dans la production
2003	[...]	[...]	[...]	[...]	[30-40] %
2004	[...]	[...]	[...]	[...]	[20-30] %
2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[20-30] %

Source : Canal +/CNC/CSA.

a) Analyse statique de l'opération et des contraintes réglementaires s'imposant à GCP et TPS

Dans la mesure où les entreprises concernées détiennent la très grande majorité des droits pour une diffusion en première et deuxième fenêtre, l'opération aboutit à de très forts chevauchements horizontaux.

Le tableau suivant récapitule les parts de marché en nombre de films d'initiative française préachetés⁸⁹ par la télévision payante en première et deuxième fenêtres pour l'année 2005 :

	1 ^{ère} fenêtre		2 ^{ème} fenêtre	
	En nombre de films	Pourcentage en nombre de films	En nombre de films	Pourcentage en nombre de films
VU/GCP	[...]	[60-70] %	[...]	[20-30] %
TPS ⁹⁰	[...]	[0-10] %	[...]	[10-20] %
Total VU/GCP+TPS	[...]	[60-70] %	[...]	[40-50] %
Total marché	[...]	[...] %	[...]	[...] %

Source : Notification.

⁸⁹ Ces parts de marché ne tiennent pas compte des films dont les droits de diffusion auraient été acquis par la suite ; l'inclusion de ces films ne faisant qu'augmenter les parts de marchés des deux entreprises sur le marché concerné.

⁹⁰ TPS acquiert toujours la seconde fenêtre d'un film d'initiative française dont ils ont acquis la 1^{ère} fenêtre. Ainsi, le nombre total de films préachetés par TPS n'est pas la somme de ses premières et secondes fenêtres.

L'opération entraîne ainsi l'acquisition, par le principal opérateur du marché (Vivendi), de son unique concurrent crédible (TPS). La part de marché combinée est importante et témoigne d'une très forte concentration du marché. En outre, la concurrence résiduelle ne sera animée par aucun concurrent significatif.

Bien que l'opération aboutisse à la constitution d'une puissance d'achat, comme il sera démontré plus loin, GCP considère qu'elle n'est pas de nature à entraîner des problèmes de concurrence, dans la mesure notamment où elle ne limiterait pas les débouchés de la production de films d'expression originale française.

GCP souligne notamment que la réglementation sectorielle qui lui est applicable permet d'exclure tout risque d'atteinte à la concurrence. En effet, selon GCP, « *la particularité du cinéma français tient avant tout au cadre réglementaire spécifique auquel il est assujéti* » et, ainsi, la politique d'acquisition des entreprises concernées répond principalement aux obligations réglementaires spécifiques qui leur incombent en matière d'œuvres d'expression originale française.

Afin d'apprécier le réel impact de la réglementation sectorielle sur les conditions de concurrence, il convient d'effectuer un bref rappel des principales obligations sectorielles qui incombent aux groupes Vivendi/GCP et TPS.

La loi du 30 septembre 1986 modifiée et différents autres textes⁹¹ impose au éditeurs de services de télévision des obligations en termes d'investissement et de diffusion. Ces obligations permettent notamment de garantir le développement de la production audiovisuelle et cinématographique françaises.

– *Les obligations en termes d'investissement*

L'étendue des obligations d'investissements imposées aux chaînes de télévision varie selon leurs modes de distribution, la nature et le volume des œuvres qu'elles diffusent et la catégorie à laquelle chaque service de télévision est rattaché⁹². Ces obligations, qui s'entendent vis-à-vis des producteurs indépendants, sont également fonction des différentes modalités d'exploitation des œuvres. Les chaînes Canal + et TPS Star, qui constituent des « services de cinéma de première diffusion et première exclusivité », se voient en outre appliquer un régime particulier⁹³.

– *Les obligations en termes de diffusion*

Le décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 dispose que toutes les chaînes françaises diffusant des œuvres cinématographiques doivent consacrer, dans le nombre total annuel de diffusions et de rediffusions d'œuvres cinématographiques de longue durée, au moins 60 % à la diffusion d'œuvres européennes et 40 % à la diffusion d'œuvres d'expression originale française.

GCP souligne que les chaînes de télévision de la nouvelle entité resteront assujéties, comme elles l'étaient jusqu'à présent, à l'ensemble de ces obligations.

GCP considère qu'indépendamment de la structure concurrentielle du marché, ces obligations garantissent la mobilisation de ressources financières significatives au bénéfice de l'ensemble des producteurs et en particulier aux producteurs indépendants. Dès lors, compte tenu de cette réglementation sectorielle et de sa

⁹¹ Cf. notamment les décrets suivants, définissant les obligations d'investissement des chaînes : i) le décret n° 2001-1333 du 28 décembre 2001 fixant les principes généraux concernant la diffusion des services autres que radiophoniques par voie hertzienne terrestre en mode numérique ; ii) le décret n° 2001-1332 du 28 décembre 2001 relatif à la contribution des éditeurs de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique dont le financement fait appel à une rémunération de la part des usagers au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles ; iii) le décret n° 2002-140 du 4 février 2002 fixant le régime applicable aux différentes catégories de services de radiodiffusion sonore et de télévision distribués par câble ou diffusés par satellite.

⁹² Services de cinéma ou autres types de services.

⁹³ Plus concrètement, Canal + : i) doit consacrer à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes et d'expression originale française, respectivement au moins 12 % et 9 % des ressources totales de l'exercice. De manière complémentaire, un minimum garanti par abonné est fixé à au moins 3,12 euros (HT) par mois et par abonné au titre des œuvres européennes dont au moins 2,36 euros (HT) par mois et par abonné, au titre des œuvres d'expression originale française ; ii) s'engage à ce qu'au moins 80 % du montant de son obligation de production d'œuvres d'expression originale française soient consacrés à des préachats. Lorsque Canal + préachète des droits, l'acquisition de droits de diffusion télévisuelle est réalisée sur la base du scénario avant même le début du tournage de l'œuvre ainsi acquise. ; iii) s'engage, en vertu d'une clause de diversité, à ce qu'au moins 17 % du montant de son obligation de production d'œuvres d'expression française concernent des films dont le devis est inférieur ou égal à 4 M. d'euros ; iv) doit consacrer au moins 75 % de ses dépenses à la production indépendante. Les chaînes de TPS Cinéma et celles de CinéCinéma (GCP) doivent répondre aux obligations pesant sur les chaînes cinéma dites de première diffusion, et doivent ainsi consacrer à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes et d'expression originale française respectivement 22 et 26 % de leurs ressources totales de l'exercice. De manière complémentaire, un minimum garanti par abonné est fixé à 2,01 euros pour TPS et à 1 euro pour CinéCinéma ; en vertu d'une clause de diversité, s'engager à ce qu'au moins 20 % pour TPS et 25 % pour CinéCinéma du montant de leurs investissements concernent des films dont le devis est inférieur ou égal à 5,35 M. d'euros.

volonté de proposer une offre diversifiée au consommateur, GCP considère que l'opération ne saurait avoir pour effet de restreindre les débouchés des producteurs de films français et / ou de dégrader les conditions financières de leurs cessions de droits.

GCP souligne que l'opération n'est pas non plus susceptible de donner lieu à des effets d'exclusion dans la mesure où les films d'expression originale française sont commercialisés au cas par cas. Ces modalités de vente permettraient selon GCP aux différents opérateurs de venir le concurrencer sans qu'il soit lui-même en mesure de les empêcher d'accéder, dans les conditions normales de marché, aux films français qu'ils souhaiteraient acheter.

L'opération de concentration entraîne cependant des risques d'atteinte à la concurrence sur le marché de l'acquisition de droits portant sur les films d'expression originale française récents pour la télévision payante.

b) Analyse du pouvoir de négociation des détenteurs de droits

A la différence des studios américains, les détenteurs des droits portant sur les films français récents, compte tenu de leur envergure financière et de la dépendance dans laquelle ils se trouvent à l'égard des deux principaux investisseurs que sont GCP et TPS ne jouissent pas d'un pouvoir de négociation significatif face à la nouvelle entité.

Avant l'opération, ces opérateurs bénéficiaient de la possibilité de faire jouer la concurrence entre les deux groupes : l'opération aboutit à la création d'un guichet unique et renforce ainsi la situation de dépendance dans laquelle ils se trouvaient déjà.

Le Conseil de la concurrence considère ainsi que l'opération va entraîner « *une relation de dépendance pour les producteurs dits « indépendants », dans la mesure où, pour une écrasante majorité des intervenants, tout refus de financement se traduira par un abandon du projet de films et pourrait conduire, en cas de refus systématique, à une cessation d'activité du producteur.* »

c) Analyse des barrières à l'entrée et de la concurrence potentielle

GCP considère que les marchés en cause ne sont pas caractérisés par de fortes barrières à l'entrée. Il considère par ailleurs que les opérateurs de télécommunications notamment, constituent des concurrents potentiels importants.

Contrairement à la position avancée par GCP, l'instruction a permis de relever l'existence de fortes barrières à l'entrée, susceptibles de rendre d'autant moins crédible l'arrivée, à court terme, de concurrents potentiels tels que les opérateurs de télécommunications.

Comme pour les marchés relatifs aux films américains, les barrières à l'entrée sur les marchés relatifs aux films français sont tout d'abord liées à la nécessité, pour un éventuel concurrent potentiel, d'entrer sur le marché de l'édition de chaînes de cinéma ou de chaîne premium.

Ces barrières à l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes sont accrues par les effets du système de préachat susmentionné, qui permet aux entreprises concernées d'acheter des droits de diffusion pour la télévision payante alors que même que les films ne sont pas encore réalisés. La forte présence de GCP sur ce segment de marché du préachat rend d'autant moins crédible une entrée massive d'un nouveau concurrent. En effet, comme le souligne le BLOC⁹⁴, cité par le Conseil de la concurrence, le cinéma est une « *économie de prototypes* ». Le Conseil de la concurrence considère ainsi que « *cette activité présente de forts risques affectant la rentabilité de chaque production : nul ne peut prévoir le succès d'un film au moment du préachat des droits. Une telle prise de risque, lorsqu'elle est partagée par un opérateur qui assure un préfinancement, trouve sa contrepartie dans l'exclusivité des droits d'exploitation* ». Le BLOC considère qu'à l'heure actuelle « *les opérateurs ADSL ne sont pas prêts à consentir de tels risques.* » Le Conseil de la concurrence souligne enfin, que « *l'API⁹⁵ considère également que la détention par la nouvelle entité de multiples chaînes ainsi que sa position sur le marché du cinéma français sont autant d'atouts lui permettant une meilleure mutualisation des risques.* »

L'absence d'arrivée de nouveaux concurrents depuis celle de TPS, qui était adossé, à son origine, à plusieurs opérateurs majeurs du secteur de l'audiovisuel illustre l'existence de fortes barrières à l'entrée sur ce marché.

Les barrières à l'entrée ci-dessus mentionnées sont, enfin, renforcées par la présente opération, en raison de l'accroissement mécanique du pouvoir de marché de GCP qu'elle entraîne, des économies de gammes sans

⁹⁴ Bureau de liaison des Organisations du Cinéma.

⁹⁵ Association des producteurs indépendants.

équivalent dont GCP bénéficiera à l'issue de l'opération⁹⁶ et de la disparition de TPS, son seul concurrent crédible.

Il convient cependant de noter en dernier lieu qu'à la différence de la plupart des contrats portant sur les droits américains, les contrats portant sur les droits relatifs aux œuvres d'expression française ne revêtent pas la forme de contrats globaux. Les seuls contrats globaux existants étaient conclus par TPS. Les pratiques majoritaires du marché, telles qu'elles sont notamment toujours mises en œuvres par GCP, permettent de constater que les droits sont acquis de manière relativement ponctuelle. Ces modalités d'acquisition des droits sont de nature, dans une certaine mesure, à compenser l'effet des autres barrières à l'entrée, notamment non financières.

d) Conclusion sur les effets de l'opération sur la concurrence

Ainsi que le constate le Conseil de la concurrence⁹⁷, l'opération aboutit à la disparition du seul concurrent significatif de GCP, qui ne fera donc face, à l'avenir, à la pression concurrentielle d'aucun autre opérateur.

GCP jouira, par ailleurs, de multiples avantages concurrentiels décisifs. Il bénéficiera tout d'abord d'une puissance d'achat et d'une capacité à utiliser et mettre en valeur les droits ainsi acquis sans équivalent sur le marché⁹⁸. GCP sera seul, à l'issue de l'opération, à bénéficier de la possibilité d'acquérir toute la gamme de droits mis en vente par les détenteurs de droits⁹⁹.

La position prééminente de GCP sur le préachat constitue également un avantage décisif à l'égard de tout concurrent potentiel¹⁰⁰. En effet, dans la mesure où le préachat permet à GCP d'acquérir des droits de diffusion sur des films non encore réalisés, ces films sont, en quelque sorte, « préemptés » par GCP. Les répondants au test de marché considèrent que cette position de GCP sur le préachat lui donne un avantage concurrentiel considérable sur les autres concurrents actuels et/ou potentiels. L'ARCEP souligne, à cet égard, qu'en matière de films français récents, la nouvelle entité sera un acteur difficilement contournable, dès lors que le préachat de films français conditionne leur diffusion exclusive en première et seconde fenêtre de télévision payante.

Il s'en suit que l'opération est de nature à permettre à GCP, ainsi que le souligne le Conseil de la concurrence, « *non seulement d'imposer ses prix, mais de façonner également dans une large proportion l'offre de films proposée aux consommateurs* ».

Le Conseil de la concurrence considère également que le risque existe de voir GCP « *imposer une typologie de programmes et un volume de productions répondant non pas aux besoins ou attentes du marché global mais uniquement à sa propre vision* ». Ainsi « *l'opération pourrait entraîner un risque de baisse de la diversité de l'offre pour le consommateur final* ».

GCP souligne que c'est l'inverse qui s'est passé à l'occasion des autres opérations de concentration intervenues dans le secteur en Italie, en Espagne ou au Royaume-Uni. L'offre de cinéma proposée par l'entité issue de la fusion a en effet crû de manière importante.

L'instruction menée à l'occasion de la présente opération permet d'écarter le risque de voir GCP façonner l'offre sans répondre aux besoins ou aux attentes du marché global. En effet, selon l'application de la théorie du monopole discriminant, il semble raisonnable de penser que la nouvelle entité, disposant du monopole de l'acquisition de droits de diffusion des films d'expression française récents, décidera de développer la diversité de son offre afin de capter la clientèle la plus large possible. Ainsi, sur les marchés intermédiaire et aval, une telle politique pourrait se traduire par une offre plus diversifiée, ce qui apparaîtrait positif pour le consommateur. Ceci étant, la nouvelle entité, en situation de monopole, tout en diversifiant l'offre proposée, pourrait être en mesure d'augmenter les prix vis-à-vis des distributeurs tiers et des consommateurs finals, quand bien même ses coûts d'acquisition auraient baissé.

Le Conseil de la concurrence n'a pas estimé, aux termes de la liste des engagements nécessaires annexée à son avis, qu'un engagement particulier devait être déposé sur ce point. Il indique cependant que la mise à disposition doit se faire « *dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, ces conditions portant notamment sur les tarifs* ». Le ministre a également estimé qu'un engagement précisant

⁹⁶ Cette problématique sera analysée au sein des effets congloméraux de l'opération.

⁹⁷ « *Compte tenu de la position des parties, le Conseil de la concurrence estime que sur ces marchés la nouvelle entité n'aura à faire face actuellement à aucune véritable concurrence.* »

⁹⁸ Notamment par une diffusion sur plusieurs chaînes, mais également grâce à une distribution sur la plate-forme la plus puissante.

⁹⁹ Cf. ci-dessous les développements relatifs aux effets congloméraux liés à l'opération sur les marchés relatifs aux droits de diffusion portant sur les œuvres cinématographiques d'expression françaises.

¹⁰⁰ Pour mémoire, le Conseil de la concurrence souligne que GCP a « *préacheté, en 2005, [80-90] % des films d'initiative française de marché* ».

notamment les conditions de fixation du prix devait être déposé et devait être accompagné de garanties supplémentaires.

Les engagements déposés par le groupe acquéreur en ce qui concerne les conditions de mise à disposition des chaînes, premium et cinéma notamment, permettent d'écarter le risque d'augmentation des prix vis-à-vis des distributeurs tiers. En effet, la partie notifiante s'engage à « *mettre [ces chaînes] à disposition dans des conditions transparentes objectives (notamment en ce qui concerne le prix demandé) et non discriminatoires* » (voir infra l'analyse sur les marchés intermédiaires et l'engagement n° 25). En outre, le suivi de la bonne mise en œuvre de ces conditions est assuré par l'existence d'un mandataire (engagements n° 53 et 54) et d'un remède sur la séparation comptable (engagement n° 55). Le groupe acquéreur s'engage en effet à « *isoler les coûts de la nouvelle entité dans la comptabilité analytique de cette dernière* ». Le libellé de l'engagement précise à ce propos que cette séparation vise à permettre au Mandataire de contrôler le respect des engagements et « *notamment de ceux relatifs aux rémunérations (...) des chaînes de la nouvelle entité (...)* ». La conjonction de l'ensemble de ces engagements permet d'assurer l'absence de fixation de prix dans des conditions discriminatoires, opaques et/ou non objectives à l'égard des distributeurs tiers. En ce qui concerne le risque d'augmentation des prix pour le consommateur final, il est également renvoyé aux nombreux développements sur l'analyse des marchés intermédiaires et aval, aux termes desquels il est démontré que la conjonction de la réalité économique du secteur et des engagements déposés par la partie notifiante garantit une animation suffisante de la concurrence permettant au libre jeu du marché d'assurer la fixation d'un prix à un niveau concurrentiel.

Un dernier risque d'atteinte à la concurrence doit enfin être abordé. En effet, malgré les dispositions réglementaires précitées, l'opération entraîne de forts risques de discrimination à l'égard des producteurs indépendants.

Cependant, GCP a pris un certain nombre d'engagements, notamment un engagement d'absence de discrimination entre les producteurs grâce à un examen collégial des projets sur des bases objectives, et à la négociation d'une nouvelle clause de diversité pour la chaîne premium TPS Star et pour ses chaînes cinéma ; et l'engagement de ne pas renouveler ou conclure de contrats cadre ou *output deals* avec les producteurs français (engagements n° 5 et n° 6).

Ces engagements sont de nature à écarter tout risque d'atteinte à la concurrence de nature horizontale sur les marchés relatifs aux œuvres cinématographiques d'expression française récents.

Par ailleurs, le ministre a pris acte de la lettre adressée par GCP aux associations de producteurs français de films cinématographiques en date du 28 juillet 2006¹⁰¹. Aux termes de cette lettre, GCP fournit un certain nombre de « *garanties supplémentaires (...) destinées à assurer que le nouveau groupe maintiendra une politique d'acquisition de films diversifiée* ».

2.3. Le marché de l'achat de droits relatifs aux films américains récents et les films français récents pour l'exploitation en VoD sur le territoire français

Ainsi qu'il a été souligné antérieurement, dans la mesure où les termes de l'analyse concurrentielle sont très proches pour ce qui concerne les droits VOD relatifs aux œuvres américaines et ceux portant sur les œuvres françaises, ces deux marchés seront analysés au sein de la même section.

a) Analyse statique de l'opération

GCP acquiert des droits de diffusion de contenus destinés à la VoD par l'intermédiaire de sa filiale Canal + Active. Cette société, en tant qu'éditeur de services de VoD, a noué des relations contractuelles avec, principalement, des fournisseurs d'œuvres cinématographiques et, plus accessoirement, avec des fournisseurs de programmes audiovisuels.

Ces droits sont acquis sur une base exclusive ou non exclusive, directement par Canal + Active, et ce, selon GCP, de manière totalement indépendante des droits négociés par Canal +.

Compte tenu du caractère très récent des offres de VoD, les positions respectives des opérateurs du marché sont très difficiles à apprécier. Cependant, selon les chiffres communiqués par le CSA, cité par le Conseil de la concurrence, CanalPlay jouerait déjà un rôle privilégié sur ce marché. Ce service disposerait en effet, au 31 mars 2006, des droits portant sur plus de [...] œuvres cinématographiques, dont [...] (soit près de [...] %) seraient détenus en exclusivité. Ces exclusivités concernent pour une grande partie des œuvres cinématographiques françaises, et notamment celles produites par [...]. Concernant le cinéma américain, GCP a également conclu des exclusivités avec [...].

¹⁰¹ [...].

Le groupe TPS est également actif sur ce marché via sa filiale TPS VoD.

L'opération permet ainsi à GCP, qui est déjà un acteur très important du marché via sa filiale CanalPlay, de se renforcer en acquérant l'un de ses principaux concurrents, qui doit être considéré comme le plus à même à court terme d'animer la concurrence sur les marchés des droits du cinéma américain en raison notamment de sa forte présence sur l'ensemble des métiers du secteur de l'audiovisuel¹⁰².

A l'issue de l'opération, la concurrence sera animée par plusieurs opérateurs, qui sont, pour l'essentiel, issus du monde de la télévision en clair (TF1, Arte, France Télévision, M6). Certains opérateurs de communications électroniques sont également, déjà présents sur ces marchés de l'achat de droits de diffusion de films récents pour une diffusion en VoD, au premier rang desquels France Télécom/Orange. Il convient cependant de noter que France Télécom/Orange recourt également au catalogue de CanalPlay.

b) Analyse du pouvoir de marché des détenteurs de droits

GCP note que les grands studios américains se sont réservés les droits VoD afin, notamment, de privilégier à l'avenir leurs propres portails de VoD rendus éventuellement disponibles en France, via leurs filiales¹⁰³. Selon GCP, ces opérateurs auraient également la volonté de maximiser leurs revenus en termes de ventes de droits VoD auprès de nouveaux acteurs. Enfin, les studios auraient tendance, selon GCP, à n'accorder que des droits VoD à titre non exclusif, y compris avant ou pendant la fenêtre de diffusion des films sur les chaînes payantes¹⁰⁴.

Ainsi qu'il a pu être constaté dans le cadre de l'analyse portant sur les droits acquis pour une diffusion sur la télévision payante, les détenteurs de droits américains semblent ainsi détenir un certain pouvoir de négociation et, ainsi que le confirme GCP, ne semblent pas, du moins à ce stade, incités à conclure des contrats exclusifs.

En revanche, ainsi qu'il a pu être relevé dans le cadre de l'analyse relative aux droits de diffusion pour la télévision payante, les ayants droits français ne disposent d'aucun pouvoir de négociation de nature à contrebalancer le pouvoir de marché de la nouvelle entité, accru par l'opération. L'absence de pouvoir de négociation tient notamment au fait que GCP absorbe son principal concurrent et à la dépendance dans laquelle les ayants droits se trouvent déjà à l'égard de la nouvelle entité pour la vente des autres droits¹⁰⁵. Cette situation expliquerait le fait qu'à l'heure actuelle, contrairement au marché relatif aux droits portant sur le cinéma américain, une très grande diversité de contrats existe en la matière, mais qu'un nombre important d'exclusivités auraient déjà été conclues, notamment au profit de GCP.

c) Analyse des barrières à l'entrée et de la concurrence potentielle

Bien qu'il semble que ce marché soit caractérisé par des barrières à l'entrée moins élevées que celles qui existent sur les marchés relatifs aux droits acquis pour une diffusion sur la télévision payante, l'achat de droits de diffusion VoD de films récents ne semble pas ouvert à un nombre important d'acteurs. Ces entrants potentiels devront en effet être capables de rentabiliser les coûts d'acquisition importants sur une base d'abonnés suffisante.

Le Conseil de la concurrence considère que, pour les « *droits d'exploitation à l'acte (PPV ou VoD), s'il n'existe pas de barrières à l'entrée aussi fortes pour les opérateurs de télécommunications [que sur les marchés relatifs aux droits de diffusion sur la télévision payante], une telle entrée est soumise à l'accès aux droits de diffusion.* ».

S'agissant enfin de la concurrence potentielle, on peut penser que les opérateurs qui sont déjà actifs sur le marché global de la diffusion de contenus via la VoD¹⁰⁶, mais qui ne distribuent pas de films récents, pourraient également entrer sur ce marché à court ou moyen terme. Compte tenu du caractère émergent du marché et des fortes barrières à l'entrée sur les marchés des films récents, l'arrivée de ces opérateurs ne semble cependant pas certaine à ce stade.

¹⁰² Cf. ci-après l'analyse conglomérale des effets de l'opération sur certains marchés amont.

¹⁰³ [...]

¹⁰⁴ [...]

¹⁰⁵ Notamment ceux portant sur la télévision payante linéaire, sur lesquels l'opération aboutit à la création d'un quasi-monopsonne.

¹⁰⁶ Cette concurrence pourrait ainsi provenir de différents acteurs tels que ceux venant du secteur de la distribution physique de produits culturels (Amazon), ou encore de sociétés dont l'activité première est l'exploitation de moteurs de recherche (Google, Yahoo), qui offrent déjà des services de VoD.

d) Conclusion sur les effets de l'opération sur la concurrence

GCP considère que le marché de l'acquisition des droits VoD est ouvert et qu'il n'y a pas de difficulté majeure pour un opérateur à constituer une offre attractive de contenus, quels que soient leur nationalité et leurs genres.

L'instruction a cependant permis de relever que le marché de la VoD connaît un essor encore récent et que les usages ne sont guère uniformisés en matière contractuelle. La VoD vient ainsi seulement de faire l'objet, en France, d'un protocole d'accord interprofessionnel définissant notamment la chronologie des médias pour les offres de films à la demande et les rémunérations minimales à verser aux titulaires de droits des oeuvres cinématographiques visées par le protocole d'accord. Du point de vue du consommateur final, compte tenu du caractère récent de ce vecteur de réception de contenus audiovisuels, les usages ne sont pas encore clairement délimités, et le succès de ces offres n'est pas encore garanti.

Bien qu'il considère que « *la plupart des accords de droits VoD signés avec les majors ne sont pas exclusifs, permettant ainsi à l'ensemble des plates-formes de négocier avec les ayants droit pour se constituer un catalogue conséquent.* », le Conseil de la concurrence souligne que le « *caractère exclusif d'une partie de son offre est de nature à [...] conférer [à GCP] un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents.* »

Ainsi que le considèrent le CSA, l'ARCEP et le Conseil de la concurrence, l'opération, en ce qu'elle renforce la position de GCP sur de nombreux marchés, d'un point de vue horizontal, congloméral et vertical, est de nature à créer à court terme, sur ce marché émergent, une position prééminente voire une puissance d'achat au profit de GCP, de nature à entraîner un risque d'éviction des concurrents et de restriction de l'accès au marché.

La nécessité de préserver une concurrence suffisante sur le marché émergent relatif à la VoD est d'autant plus importante que ce marché constitue un marché « levier » des autres services de télévision, en particulier des services de télévision payante. Compte tenu en effet des fortes barrières à l'entrée sur les autres marchés, intermédiaires et amont, et des bénéfices que pourraient tirer les distributeurs alternatifs de la possibilité de proposer une offre de VoD attractive, la nécessité de garantir une grande fluidité des droits VoD devient d'autant plus cruciale. La VoD semble ainsi constituer une « porte d'entrée » par laquelle certains opérateurs, nouveaux entrants sur les marchés de l'achat de droits de diffusion relatifs aux films récents, pourraient développer leur capacité à rentabiliser les nouveaux contenus audiovisuels diffusés. Cela permettrait ainsi à ces opérateurs de créer progressivement une offre globale de télévision payante, crédible aux yeux des consommateurs. La VoD semble ainsi constituer l'un des marchés centraux pour le développement des offres de télévision payante au niveau du consommateur, et pourrait constituer un levier efficace pour l'entrée sur les autres marchés de l'achat de droits.

Or, bien que les détenteurs de droits y soient moins incités que sur les autres marchés, de nombreux accords exclusifs ont d'ores et déjà été conclus. Compte tenu de sa présence déjà forte sur le marché des droits VoD, accrue par la présente opération et de sa puissance d'achat sur d'autres marchés relevant des mêmes détenteurs de droits, GCP pourrait être en mesure de restreindre, directement (par des exclusivités) ou indirectement (en retardant, par exemple, leur exploitation)¹⁰⁷ l'accès aux droits VoD pour les opérateurs concurrents.

Le Conseil de la concurrence estime également « *la nouvelle entité sera en mesure de retarder l'ouverture de la fenêtre de VoD et même de ne pas offrir en VoD les films qu'elle finance* ».

Compte tenu du fait que les détenteurs de droits américains, d'une part, et français, d'autre part, disposent d'un pouvoir de négociation distinct, l'analyse devra, à ce stade, être différenciée :

i) s'agissant *tout d'abord des détenteurs de droits relatifs aux œuvres d'expression française*, l'instruction a permis de démontrer, de manière certaine, qu'ils ne seront pas en mesure de s'opposer à la volonté de GCP. L'offre est en effet relativement atomisée et constituée par un nombre important de sociétés indépendantes, à l'exception de quelques producteurs importants liés à des sociétés contrôlant l'un des modes de commercialisation des films de cinéma¹⁰⁸.

Dans ces conditions, une forte proportion de l'offre ne bénéficiera d'aucun pouvoir de négociation face à GCP. En effet, ainsi que le souligne le Conseil de la concurrence, cette catégorie de détenteurs de droits est

¹⁰⁷ Le Conseil de la concurrence souligne ainsi qu'en vertu de l'accord interprofessionnel du 20 décembre 2005 sur le cinéma à la demande, « *les chaînes peuvent suspendre la fenêtre de mise à disposition en VoD des films qu'elles pré-financent.* »

¹⁰⁸ Ces opérateurs sont des producteurs liés à des groupes de télévision (TF1 Films Productions et M6 Films, StudioCanal, TFI International, SND) ou à des groupes d'exploitation cinématographique contrôlant des réseaux de salles (UGC, Pathé, Gaumont et MK2).

« extrêmement morcelée (et) comprend des entreprises de taille modeste, dotées de moyens financiers limités, sans comparaison possible avec ceux des entités concernées par la fusion. »

Le Conseil de la concurrence considère ainsi, dans le cadre d'une analyse globale relative à l'ensemble des marchés de l'acquisition de droits sur les œuvres françaises récentes, que l'opération « va entraîner une relation de dépendance pour les producteurs dits « indépendants », dans la mesure où, pour une écrasante majorité des intervenants, tout refus de financement se traduira par un abandon du projet de films et pourrait conduire, en cas de refus systématique, à une cessation d'activité du producteur. »

ii) les détenteurs de droits américains en revanche, pourraient être en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché de GCP.

Cependant, ces opérateurs n'empêcheront pas GCP de mettre en œuvre des pratiques d'exclusion ou de restriction de l'accès au marché des entreprises tierces dans la mesure où elles y trouveraient, elles-mêmes un intérêt économique. Or, à ce stade, compte tenu de la position prééminente de GCP sur les marchés intermédiaires et aval, les deux parties auront d'autant plus intérêt à conclure des exclusivités y compris pour la VoD, qu'elles seront assurées de toucher, potentiellement, la base d'abonnés de loin la plus importante.

Bien que certaines exclusivités puissent, à court terme, être bénéfiques tant pour le détenteur des droits que pour l'acquéreur de ces mêmes droits, au cas d'espèce, compte tenu de la puissance de marché de GCP, les éventuelles exclusivités et/ou clauses de rétention, seraient de nature à rendre d'autant plus difficile l'animation de la concurrence tant sur les marchés en cause que sur les marchés liés, puisque les restrictions sur les marchés amont sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur les marchés aval correspondants.

Aussi, dans la mesure où l'opération emporte des effets restrictifs de concurrence, GCP a déposé deux séries d'engagements relatifs aux contrats actuels ou futurs en matière de VoD portant sur des films récents, américains et français.

Ainsi, pour ce qui concerne les contrats cadre en cours concernant les droits VoD, et prévoyant une exploitation exclusive, GCP s'engage à mener sans délai des négociations de bonne foi avec les détenteurs de droits pour obtenir l'exploitation de ces droits sur une base non exclusive, et faire droit à toute demande raisonnable des détenteurs de droits en ce sens, pour une durée égale à la durée restante (engagements n° 3 et n° 7).

Pour ce qui concerne les contrats futurs (contrats cadre et hors contrats cadre), nouveaux ou reconduits, GCP s'engage à ne pas acquérir de droits d'exploitation VoD en exclusivité, ni exploiter de droits d'exploitation VoD en exclusivité, ni, enfin, retarder leur exploitation – pour les films américains – ou stipuler de clause retardant l'ouverture de la fenêtre concernée – pour les films français – (engagements n° 2 et n° 8).

Ces deux séries d'engagements sont de nature à écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, et permettent ainsi de garantir que l'opération n'aura pas d'effet restrictif sur l'accès au marché des concurrents actuels ou potentiels. L'efficacité de ces engagements sera par ailleurs renforcée par des engagements pris par ailleurs en matière d'absence de couplage des droits (cf. ci-après l'analyse conglomérale).

Analysée d'un point de vue horizontal, compte tenu des engagements déposés par GCP, l'opération n'est donc pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés relatifs aux droits VoD portant sur les films américains et français récents.

2.4 Le marché de l'achat de droits relatifs aux films américains et français récents pour l'exploitation en PPV sur le territoire français

Les entreprises concernées étant les seules entreprises actives, en France, sur le marché de l'édition de chaînes PPV (GCP *via* Kiosque et TPS *via* Multivision), l'opération aboutit à une situation de monopsonne sur le marché de l'acquisition de droits cinématographiques pour une diffusion en PPV.

Cette situation résulte de l'évolution du secteur. Le marché du PPV s'est d'abord structuré autour de la télévision payante via le satellite, et de manière complémentaire à celui-ci¹⁰⁹, avant d'être étendu aux offres proposées par les câblo-opérateurs, qui, eux, ne sont jamais entrés sur le marché amont de l'acquisition de droits pour une diffusion en PPV. De même, les nouveaux acquéreurs de droits audiovisuels, provenant notamment du secteur des télécommunications (*via* la VoD), ne sont pas entrés, du moins à ce stade, sur le marché relatif aux droits PPV.

Par ailleurs, ainsi que le note le Conseil de la concurrence, les droits sont en principe toujours acquis de manière exclusive par GCP, et dans la majorité des cas, par TPS.

¹⁰⁹ Cf. sur ce point les développements consacrés aux liens entre le PPV et le marché de la télévision payante hors paiement à l'acte.

Dans ces conditions, compte tenu des contrats exclusifs conclus par GCP et TPS sur la quasi totalité des droits PPV portant sur des films récents, l'opération ne laisse subsister aucune concurrence crédible à court terme.

Les marchés relatifs à l'achat de droits PPV présentent les mêmes barrières à l'entrée que ceux relatifs aux droits VoD ci-dessus analysés. Les marchés relatifs aux droits PPV présentent, par ailleurs, des barrières à l'entrée spécifiques, liées à la nécessité d'entrer sur le marché de l'édition de chaînes PPV¹¹⁰. L'entrée sur les marchés PPV doit être considérée comme d'autant moins crédible que ces marchés arrivent à maturité et pourraient, du moins partiellement, être supplantés par les services de VoD¹¹¹.

Enfin, ainsi qu'il a été constaté sur les marchés relatifs aux droits VoD, l'augmentation du pouvoir de marché de GCP et les avantages concurrentiels dont il sera le seul à disposer à l'issue de l'opération¹¹², constituent également, en eux-mêmes, une barrière à l'entrée supplémentaire.

On peut ainsi conclure que les détenteurs de droits ne pourront (pour ce qui concerne les droits relatifs aux œuvres françaises) ou ne seront de toute façon pas incités (pour ce qui concerne les détenteurs de droits français et américains) à empêcher GCP à continuer à acquérir les droits PPV en exclusivité.

Dans la mesure où l'opération emporte des effets restrictifs de concurrence sur les marchés relatifs aux droits PPV portant sur les films américains et français récents, GCP a déposé deux séries d'engagements portant sur les contrats actuels ou futurs en matière de PPV.

Ainsi, pour ce qui concerne les contrats cadre en cours concernant les droits PPV et prévoyant une exploitation exclusive, GCP s'engage à mener sans délai des négociations de bonne foi avec les détenteurs de droits pour exploiter ces droits sur une base non exclusive, et faire droit à toute demande raisonnable des détenteurs de droits en ce sens, pour une durée égale à la durée restante (engagements n° 3 et n° 7).

Pour ce qui concerne les contrats futurs (contrats cadre et hors contrats cadre), nouveaux ou reconduits, GCP s'engage à ne pas acquérir de droits d'exploitation PPV en exclusivité, ni exploiter de droits d'exploitation PPV en exclusivité, ni, enfin, retarder leur exploitation - pour les films américains - ou stipuler de clause retardant l'ouverture de la fenêtre concernée - pour les films français- (engagements n° 2 et n° 8).

Ces deux séries d'engagements sont de nature à écarter tout risque d'atteinte à la concurrence, et permettent ainsi de garantir que l'opération n'aura pas d'effet restrictif sur l'accès au marché des concurrents actuels ou potentiels. Par ailleurs, les engagements pris en matière d'absence de couplage des droits (cf. ci-après l'analyse conglomérale), sont de nature à renforcer la portée des présents engagements. L'ensemble de ces engagements permettent de faciliter l'entrée de concurrents sur le marché de l'acquisition de droits PPV.

Analysée d'un point de vue horizontal, compte tenu des engagements déposés par GCP, l'opération n'est donc pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés relatifs aux droits PPV portant sur les films américains et français récents.

3. Analyse horizontale et verticale du marché relatif aux droits de catalogues (pour tout type de diffusion)

3.1 Analyse horizontale des effets de l'opération sur le marché des films de catalogues

Du côté de l'offre, le groupe Vivendi, via sa filiale StudioCanal, détient, selon le CSA, le catalogue le plus important, le plus diversifié et le plus attractif, et l'enrichit « *constamment à partir des films en production et par rachat de catalogue.* »

Le catalogue de StudioCanal est en effet le plus important en France, puisqu'il inclut plus de [...] œuvres cinématographiques, dont [...] % sont détenus pour une exploitation sur le territoire français (soit plus de [...] films). Les concurrents viennent très loin derrière puisqu'ils détiennent moins de [...] œuvres chacun : Gaumont (environ [...] titres) et TF1 (environ [...] titres). Le catalogue de StudioCanal est également le plus diversifié, dans la mesure où il comprend de nombreux films français, européens ou américains, récents ou plus anciens. Il est, enfin, le plus attractif pour les chaînes de télévision comme pour les téléspectateurs, puisqu'il inclut les films les plus « multidiffusés »¹¹³ et/ou ayant permis les meilleures audiences¹¹⁴, ainsi que des films du patrimoine cinématographique français¹¹⁵.

¹¹⁰ Cf. ci-dessous les barrières à l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes PPV, dans le cadre de l'analyse des marchés intermédiaires.

¹¹¹ Cf. les observations du Conseil de la concurrence allant dans ce sens au point 301 notamment.

¹¹² Avantages concurrentiels liés au préachat ou la possibilité d'acheter l'ensemble des droits par exemple.

¹¹³ On citera notamment « La Grande Vadrouille » ou « Le Corniaud ».

¹¹⁴ On citera notamment les films tels que « Terminator », « Bridget Jones » ou encore « Le père Noël est une ordure ».

¹¹⁵ On citera notamment des films tels que « La Grande Illusion » ou « La Règle du Jeu ».

Le tableau suivant récapitule l'origine des œuvres cinématographiques du catalogue de StudioCanal et leur nombre :

Origine principale	Récent (moins de 5 ans)	Plus ancien (entre 5 et 15 ans)	Catalogue (plus de 15 ans)	Total
France	[...]	[...]	[...]	[...]
Europe	[...]	[...]	[...]	[...]
Etats-Unis	[...]	[...]	[...]	[...]
Reste du Monde	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]	[...]

Source : Canal +.

StudioCanal, en tant que producteur ou coproducteur, possède également [...] % des droits en propre sur les films dont il détient les droits de diffusion en France.

Le tableau suivant récapitule les investissements de StudioCanal en tant que coproducteur

	Nombre de films	Investissements (en K euros)
2003	[...]	[...]
2004	[...]	[...]
2005	[...]	[...]

Source : StudioCanal.

Du côté de l'offre, l'opération n'emporte pas d'effets horizontaux, dans la mesure où TPS n'était pas actif sur ce marché en tant que vendeur.

Du côté de la demande, en revanche, l'opération entraîne des chevauchements horizontaux importants, dans la mesure où GCP et TPS détiennent les deux chaînes premium¹¹⁶, la très grande majorité des chaînes payantes cinéma¹¹⁷ et deux services de VoD. GCP accroît ainsi sa puissance d'achat.

Cependant, dans la mesure où l'opération laisse subsister de nombreux opérateurs sur le marché de l'achat de droits de films de catalogue (chaînes payantes généralistes et minigénéralistes, chaînes de cinéma, chaînes en clair, services de VoD ...), l'opération ne conduit pas à modifier de manière sensible la puissance d'achat de la nouvelle entité.

Dans ces conditions, l'opération n'est pas de nature à entraîner une atteinte sensible à la concurrence sur le marché des films de catalogue, à raison de ses effets horizontaux.

3.2 Analyse verticale des effets de l'opération sur le marché relatif aux films de catalogues

L'instruction a permis de mettre en relief deux risques d'atteinte à la concurrence liés à l'intégration verticale de GCP, renforcés par sa puissance d'achat.

Ainsi qu'il ressort de l'instruction, de l'avis du Conseil de la concurrence et du test de marché, l'opération pourrait entraîner un risque de restriction à l'accès ou d'accès discriminatoire, au catalogue de StudioCanal (i) et un risque que la nouvelle entité se fournisse entièrement auprès de StudioCanal, au détriment des autres détenteurs de catalogues (ii).

i) L'opération entraîne tout d'abord un risque de restriction de l'accès au catalogue de StudioCanal ou d'accès discriminatoire pour les tiers, la nouvelle entité pouvant se réserver les droits de diffusion sur l'ensemble des marchés utilisant de tels droits ; l'accroissement de la position de GCP comme acheteur de droits permet en effet de garantir, dans une très large mesure, que StudioCanal aura des débouchés suffisants auprès de GCP, et lui permet ainsi de bénéficier d'une liberté accrue dans le choix de sa politique commerciale.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence ainsi soulevés, GCP a déposé deux séries d'engagements.

Ainsi, GCP s'engage, sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits d'exploitation VoD et PPV des films français et étrangers du catalogue de StudioCanal, et de tout catalogue que viendraient à détenir Vivendi et GCP, à tout service de VoD ou PPV qui en fera la demande, sur une

¹¹⁶ La chaîne premium Canal +, présentée comme la chaîne des films en première exclusivité, consacre près du [...] de sa programmation cinéma à des films anciens (plus de [...] films sur un total de [...] titres diffusés en moyenne par an). TPS Star diffuse également un nombre important de films de catalogue.

¹¹⁷ Cf. ci-dessous l'analyse horizontale des marchés intermédiaires portant sur ces deux marchés.

base non exclusive, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire comparables à celles qui prévaudront à la date de cession des droits en cause) et non discriminatoires (engagement n° 10).

On entend ici par films de catalogue, les films cinématographiques de catalogue, ayant fait l'objet d'une sortie nationale en salle en France depuis plus de 36 mois, tels que définis dans l'accord interprofessionnel sur le cinéma à la demande du 20 décembre 2005.

Par ailleurs, GCP s'engage également, sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits de diffusion des films français et étrangers du catalogue de StudioCanal, et de tout catalogue que viendraient à détenir Vivendi et Groupe Canal +, à toute chaîne qui en fera la demande pour une diffusion télévisuelle, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire comparables à celles qui prévaudront à la date de cession des droits en cause) et non discriminatoires (engagement n° 11).

On entend ici par films de catalogue la qualification donnée aux films cinématographiques après l'expiration du délai de diffusion sur les chaînes hertziennes nationales en clair, soit actuellement en pratique 5 ans après leur date de sortie en salle.

Compte tenu de ces engagements, l'opération n'est pas de nature à entraîner un risque de restriction de l'accès au catalogue de StudioCanal ou d'accès discriminatoire.

ii) Compte tenu des forts chevauchements horizontaux sur les marchés relatifs aux chaînes de cinéma, aux chaînes premium et aux services de paiement à l'acte, l'opération emporte également le risque de voir les chaînes du groupe Vivendi/GCP se fournir exclusivement auprès de StudioCanal, au détriment des autres détenteurs de droits portant sur des films catalogues.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence lié à la possibilité, pour GCP, de se suffire à lui même sur le marché concerné, GCP a déposé un engagement visant à limiter son autoconsommation.

GCP s'engage ainsi à limiter la part des films issus du catalogue de StudioCanal, ou de tout autre catalogue que Vivendi ou Groupe Canal + viendraient à détenir, à 35 % des acquisitions de droits de diffusion de films de catalogue par les chaînes de la nouvelle entité (engagement n° 12).

L'engagement ainsi déposé permet d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence en raison d'une possible autoconsommation de GCP en matière de films catalogues.

4. Analyse conglomérale sur les marchés amont

Le Conseil de la concurrence considère que l'opération emporte des effets congloméraux sur les marchés amont relatifs aux droits portant sur les films d'expression française, en raison des possibilités offertes à GCP en matière de couplages de droits relatifs à différents services de diffusion. Il considère que l'opération n'est en revanche pas de nature à emporter les mêmes effets sur les marchés relatifs aux droits sur les films américains. En effet, comme établi précédemment, les détenteurs de droits américains et français ne jouissent pas du même pouvoir de négociation. L'analyse conglomérale portera donc sur les marchés relatifs aux films français, d'une part (4.1), et sur les marchés relatifs aux œuvres américaines, d'autre part (4.2).

D'une manière générale, on considérera qu'une opération de concentration est susceptible d'emporter des effets congloméraux à l'achat lorsque les conditions suivantes sont réunies :

iii) l'entité issue de l'opération sera simultanément active sur plusieurs marchés connexes, en raison notamment de l'identité des vendeurs ;

iv) l'entité issue de l'opération sera en mesure de restreindre (ou interdire) l'accès au marché de ses concurrents, actuels ou potentiels, en liant notamment l'achat de certains produits sur lesquels elle bénéficie d'une position forte voire d'une puissance d'achat avec l'acquisition de produits sur lesquels la concurrence est plus intense ;

v) les concurrents, actuels ou potentiels, ne seront pas en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché de la nouvelle entité en raison notamment de leur faible présence sur les marchés liés ;

vi) les vendeurs ne seront pas en mesure d'empêcher la nouvelle entité de faire jouer l'effet de levier entre les marchés liés, ou ne sera pas incitée à le faire, en raison notamment des conditions de fonctionnement des marchés concernés.

4.1 Analyse conglomérale des effets de l'opération sur les marchés relatifs à l'achat de films d'expression française

Conformément à l'analyse présentée ci-dessus, quatre séries de constats s'imposent dans le cadre de cette analyse.

i) Ainsi que le démontre le tableau suivant, GCP, qui était déjà présent sur l'ensemble des marchés relatifs à la vente de films d'expression française, rachète le seul concurrent crédible sur la plupart des marchés. Il renforce donc sa puissance d'achat après l'opération.

	Distribution en salle	Video/DVD	VoD	PPV	1ère fenêtre	2ème fenêtre
Vivendi/GCP	StudioCanal (Mars)	StudioCanal	Canal + Active	Kiosque	Canal +	Chaînes de CinéCinéma
TPS			TPS VoD	Multivision	TPSStar	TPSStar et autres chaînes cinéma

Source Notification.

ii) Ainsi qu'il a pu être constaté précédemment, les différents marchés figurant dans ce tableau sont liés par des liens de connexité étroits.

Les droits en cause sont en effet vendus par les mêmes détenteurs de droits [...]

Pour un opérateur de télévision payante présent sur plusieurs marchés intermédiaires ou aval (PPV, VoD, télévision payante...), ces droits sont totalement complémentaires et permettent ainsi de diffuser un même film sur l'ensemble de la période d'exploitation et d'investir de manière rentable sur la promotion des films concernés. En effet, ainsi qu'ont pu le souligner les différents répondants au test de marché, les marchés en cause concernent des produits de « prototype », les investissements réalisés pour l'exploitation via l'un des modes de diffusion sont bénéfiques pour l'ensemble des autres.

L'étroite connexité entre ces différents marchés ne fait donc aucun doute.

iii) L'analyse horizontale des marchés concernés a montré que l'opération renforce la position de GCP sur de nombreux marchés et crée notamment des positions de quasi-monopsonne sur les marchés relatifs à la télévision payante et au PPV.

Par ailleurs, compte tenu des barrières à l'entrée relevées antérieurement, l'arrivée d'une entité crédible sur certains des marchés en cause semble exclue à très court terme, à plus forte raison sur plusieurs d'entre eux en même temps.

Ainsi qu'il a pu être constaté antérieurement, outre le fait qu'ils ne bénéficient pas d'une puissance de négociation de nature à contrebalancer le pouvoir de marché de la nouvelle entité, les détenteurs de droits d'œuvres françaises ne seront pas incités à tenter de s'opposer à la volonté de GCP de coupler l'achat de ces différents droits.

iv) Enfin, on peut raisonnablement considérer que les détenteurs des droits d'œuvres françaises seront d'autant plus incités à ne négocier qu'avec la nouvelle entité qu'ils auront la certitude que leur produit sera largement diffusé en raison de la position très forte de GCP sur les marchés aval.

Pour conclure, compte tenu de l'ensemble des éléments ci-dessus analysés, il ne peut être exclu que GCP soit en mesure de lier l'achat de différents droits de diffusion d'œuvres cinématographiques françaises et puisse ainsi, restreindre l'accès au marché des concurrents actuels et élever les barrières à l'entrée sur les marchés en cause en obligeant les éventuels concurrents à entrer simultanément sur plusieurs marchés. Ce scénario est d'autant plus crédible que GCP, comme TPS, achetaient déjà plusieurs de ces droits de manière conjointe ou couplée. Ce comportement n'était pas forcément néfaste du fait de la concurrence entre les deux entités sur plusieurs marchés. Il en ira différemment après l'opération. En effet, la concentration ne laissant subsister qu'un seul opérateur à même de réaliser de tels achats conjoints ou groupés, un fort risque d'exclusion ou de forclusion des tiers est à craindre.

Ce risque d'atteinte à la concurrence est également relevé par de nombreux répondants au test de marché. Il est, enfin, développé par le Conseil de la concurrence dans le cadre de son analyse horizontale des marchés relatifs aux droits cinématographiques.

Dans la mesure où l'opération emporte des effets congloméraux restrictifs de concurrence sur les marchés de l'achat de droits de diffusion portant sur les films français récents, GCP a déposé un engagement en vertu duquel il s'engage à négocier séparément et à ne pas lier entre eux les contrats d'acquisition des droits suivants : droits d'exploitation PPV, droits d'exploitation VoD, droits de diffusion pour la télévision payante (en ne liant pas le prix de chaque fenêtre de diffusion), mandats de distribution (engagement n° 9).

GCP s'engage en particulier à ne pas lier les acquisitions de droits de diffusion pour la télévision payante avec (i) les acquisitions de droits d'exploitation PPV ou (ii) les acquisitions de droits d'exploitation VoD ou (iii) les acquisitions de tous mandats de distribution (salle, vidéo, etc.).

Cet engagement vient compléter et renforcer les engagements déposés pour répondre aux problèmes horizontaux.

Compte tenu de l'engagement ainsi déposé par GCP, l'opération n'est pas de nature à porter une atteinte sensible à la concurrence sur les marchés relatifs aux films d'expression française en raison d'un effet congloméral.

4.2 Analyse conglomérale des effets de l'opération sur les marchés de l'achat de films et séries américaines

Quatre séries de constats s'imposent également dans le cadre de cette analyse.

i) Ainsi que le démontre le tableau suivant, GCP, qui était déjà présent sur l'ensemble des marchés relatifs à l'achat de films d'expression française, rachète le seul concurrent crédible sur la plupart des marchés relatifs aux œuvres cinématographiques et aux séries d'origine américaine. Il renforce donc sa puissance d'achat après l'opération.

	Distribution en salle	Video/DVD	VoD	PPV	Télévision payante linéaire	Séries
Vivendi/GCP	Studio Canal (Mars)	StudioCanal	Canal + Active	Kiosque	Canal + Chaînes de CinéCinéma	Canal +
TPS			TPS VoD	Multivision	TPSStar et autres chaînes cinéma	

Source Notification.

Récapitulatif du champ d'application des exclusivités conclues par GCP dans le cadre des output deals négociées avec les grands studios américains :[...]

Récapitulatif du champ d'application des exclusivités conclues par TPS dans le cadre des output deals négociées avec les grands studios américains :[...]

Ainsi qu'il a pu être constaté précédemment, les marchés figurant dans ce tableau sont liés par des liens de connexité étroits. Les éléments développés dans le cadre de l'analyse des marchés relatifs aux œuvres d'expression française sont donc ici totalement applicables. En outre, il convient d'observer que les films et les séries américaines sont commercialisés par les mêmes vendeurs. Pour ce qui concerne l'ensemble des œuvres américaines, et conformément à la position unanime des répondants au test de marché, l'analyse conglomérale doit ainsi intégrer ces séries.

ii) L'opération renforce la position de GCP sur de nombreux marchés et crée notamment des positions de quasi-monopsonne sur les marchés relatifs à la télévision payante et au PPV.

iii) L'opération ne laisse subsister aucun concurrent crédible, actuel ou potentiel, face à GCP, en mesure de contrebalancer le pouvoir de marché de GCP. Aucun de ces concurrents n'est, en effet, simultanément et significativement présent sur plusieurs des marchés ici analysés.

iv) Bien que les détenteurs de droits américains détiennent une puissance de négociation de nature à contrebalancer le pouvoir de marché de la nouvelle entité, on peut raisonnablement considérer qu'ils ne seront pas incités, du moins à court terme, compte tenu notamment de la position de GCP sur les marchés intermédiaires et aval, à s'opposer à sa volonté de coupler l'achat de ces différents droits.

Le fait que les détenteurs disposent d'un pouvoir de négociation important n'est pas une garantie contre la volonté de GCP d'obtenir des achats couplés. Compte tenu du fonctionnement et de la structure actuelle des marchés, à tous les stades de la chaîne de valeur, l'instruction a en effet montré qu'il n'existait aucune incitation économique du côté des détenteurs de droits américains à s'opposer à de futures demandes de GCP de coupler certains droits de diffusion. Cette position est notamment rappelée par de nombreux répondants au test de marché qui soulignent ainsi que, d'une part, GCP et TPS achetaient déjà certains droits de manière couplée et que, d'autre part, la très forte position de GCP garantit aux détenteurs de droits une très large diffusion des œuvres vendues, sur l'ensemble des plates formes de diffusion.

En conclusion, compte tenu de l'ensemble des éléments ci-dessus analysés, il ne peut être exclu que GCP soit en mesure de lier l'achat de différents droits de diffusion et puisse ainsi, restreindre l'accès au marché des concurrents actuels et élever les barrières à l'entrée sur les marchés en cause en obligeant les éventuels concurrents potentiels à entrer simultanément sur plusieurs marchés. Ce scénario est d'autant plus crédible que GCP, comme TPS, achetaient déjà plusieurs de ces droits de manière conjointe ou couplée.

A titre complémentaire, il convient de souligner enfin, que les répondants au test de marché, ainsi que l'ARCEP¹¹⁸ et le CSA¹¹⁹, craignent que l'opération n'entraîne effectivement de tels effets congloméraux, y compris sur les marchés portant sur les œuvres américaines.

Dans la mesure où l'opération emporte des effets congloméraux restrictifs de concurrence sur les marchés de l'achat de droits de diffusion portant sur les œuvres américaines récentes, GCP a déposé un engagement en vertu duquel il s'engage, lors de la négociation de contrats cadre ou *output deals*, à ne pas exiger ou inciter à la vente couplée des droits suivants : droits d'exploitation PPV, droits d'exploitation VoD, droits de diffusion pour la télévision payante, mandats de distribution, droits de diffusion des séries américaines à succès (engagement n° 4).

Le libellé de cet engagement diffère légèrement de celui relatif aux œuvres françaises afin de tenir compte du pouvoir de négociation des détenteurs de droits américains, qui sont en mesure d'imposer l'achat couplé de certains droits.

A l'image de ce qui a été relevé au sujet des films d'expression française, le présent engagement vient utilement compléter et renforcer les engagements déposés par GCP pour répondre aux problèmes horizontaux sur les marchés relatifs aux œuvres américaines.

Compte tenu de l'engagement ainsi déposé par GCP, l'opération n'est pas de nature porter une atteinte sensible à la concurrence sur les marchés relatifs aux œuvres américaines en raison d'un effet congloméral.

B – Analyse des effets coordonnés

A titre préliminaire, il convient de souligner, ainsi que vient de le rappeler très récemment la Commission européenne, que « *des pratiques de coordination sont en théorie envisageables* » sur un marché de l'achat de produits ou services¹²⁰.

Au cas d'espèce, l'analyse des effets coordonnés sur les marchés relatifs à l'acquisition de droits cinématographiques et les séries américaines portera sur tous les marchés, sauf ceux relatifs aux droits sur la télévision payante (pour les films américains et les films d'expression française), et au PPV, dans la mesure où l'opération crée ou renforce sur ces marchés une position dominante simple de la nouvelle entité à l'achat.

Conformément à la jurisprudence communautaire et à la pratique décisionnelle des autorités nationales et communautaire de la concurrence, trois conditions cumulatives doivent être réunies pour pouvoir qualifier la création ou le renforcement d'une position dominante collective lors d'une opération de concentration.

Doivent être constatés :

- (i) un degré suffisant de transparence du marché permettant à chaque oligopoleur de connaître le comportement de chacun des autres membres afin de s'assurer qu'aucun ne s'en écarte ;
- (ii) une pérennisation de la coordination en raison d'une menace de représailles incitant chaque oligopoleur à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune ; et
- (iii) une absence de remise en cause efficace de la coordination par des concurrents actuels et potentiels et par les consommateurs.

En l'espèce, il convient de constater que les critères posés par la jurisprudence ne sont pas remplis :

i) Les marchés ne sont pas transparents et les produits ne sont pas homogènes¹²¹

Il convient en effet de noter que l'ensemble des droits visés est vendu de gré à gré, que ce soit par le biais i) de contrats cadres, comme c'est le cas pour la majorité des films américains récents et de certains films de catalogues ou ii) de contrats spécifiques, comme c'est le cas notamment pour l'acquisition de droits sur les films français. Le prix d'acquisition de ces droits est de ce fait négocié entre les seules parties contractantes.

¹¹⁸ L'ARCEP souligne ainsi ses craintes de voir GCP mettre en œuvre de telles pratiques. En effet, ainsi que le rappelle le Conseil de la concurrence, dans le cadre de l'analyse des effets sur les marchés relatifs aux films américains à succès récent, au point 266, « *selon l'ARCEP, l'entité fusionnée disposera d'économies de gamme lui permettant l'achat groupé de première fenêtre pour les chaînes premium du groupe, de seconde fenêtre pour leurs autres chaînes cinéma et d'une diffusion en paiement à l'acte. Cet avantage sera d'autant plus important que TPS, qui avait progressivement obtenu des contrats d'exclusivité avec certains majors, constituait jusqu'alors l'unique contre-pouvoir crédible à GCP sur ce marché* ».

¹¹⁹ Le CSA considère également, dans le cadre de son avis, qu'il paraît souhaitable « *d'interdire à Canal + France d'acquérir auprès des studios américains les droits de diffusion pour la télévision gratuite en même temps que ceux négociés pour la télévision payante, pour les films comme pour les séries* ».

¹²⁰ Cf. sur ce point les paragraphes 48 et suivants de la décision M.4204 - CINVEN / UPC France du 13 juillet 2006 portant sur l'analyse des effets coordonnés de l'opération sur « *le marché de l'acquisition de droits de diffuser des chaînes* ».

¹²¹ Chaque film constitue un produit différencié, dont la qualité et l'attractivité varie, ce qui rendrait la détection rapide de toute déviation particulièrement difficile.

Le montant exact de ces transactions demeure ainsi une information contractuelle de nature confidentielle. Le fonctionnement du marché se caractérise donc par une certaine opacité des relations contractuelles entre offreurs et demandeurs, notamment quant à la qualité et au prix des droits en cause.

ii) *Aucun mécanisme de rétorsion n'a été relevé*

iii) *La possible déstabilisation de l'hypothétique oligopole par les nouveaux entrants ou les détenteurs de droits*

S'agissant des films américains, il convient de souligner le pouvoir de marché des détenteurs des studios américains.

La structure du marché n'est donc pas propice à une quelconque coordination du comportement des acheteurs, sur aucun des marchés analysés. Les risques liés à d'éventuels effets coordonnés doivent par conséquent être écartés.

II - Analyse concurrentielle sur les marchés amont relatifs à l'acquisition de droits sportifs

A – Effets non coordonnés

1. Eléments généraux d'appréciation

Les marchés relatifs à l'achat de droits sportifs ne répondent pas tous à des conditions de concurrence équivalentes. Celles-ci varient en effet en fonction du contenu sportif acquis : lorsqu'il est suffisamment fédérateur et attractif, il peut garantir des revenus publicitaires suffisants aux opérateurs et inciter ainsi les chaînes en clair à concurrencer les chaînes cryptées.

Dans ces conditions, l'analyse portera sur deux catégories de marchés :

– Les marchés de l'achat de droits sportifs pour lesquels la concurrence est essentiellement animée par les opérateurs de télévision payante (2) :

- i) les droits sportifs acquis pour une diffusion PPV ;
- ii) les droits relatifs à la Ligue 1 pour une diffusion hors paiement à l'acte ;
- iii) les droits relatifs aux principaux championnats de football étrangers ;
- iv) les droits relatifs aux autres compétitions sportives ;

– Les marchés de l'achat de droits sportifs pour lesquels une concurrence plus forte existe entre les opérateurs de télévision payante et les opérateurs de télévision en accès libre (3) :

- i) les droits relatifs aux compétitions régulières de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des clubs français, hors matchs de Ligue 1, pour une diffusion hors paiement à l'acte ;
- ii) les droits relatifs aux autres compétitions de football ;
- iii) les droits relatifs aux événements d'importance majeure autre que footballistiques ;

A titre préliminaire, il convient de rappeler, comme le souligne le CSA dans son avis, que dans la mesure où, parmi les programmes sportifs, « *le football est le principal générateur d'audience pour les chaînes gratuites et d'abonnement pour les chaînes payantes* », les groupes de télévision ont été conduits à augmenter sensiblement le montant financier global dépensé annuellement afin de s'assurer de la couverture des compétitions de football. Les sommes investies dans l'achat de droits de diffusion pour des épreuves de football représentent ainsi plus de [...] % du total des investissements dans l'achat de droits sportifs réalisés par l'ensemble de chaînes de télévision (gratuites et payantes) durant l'année 2006. Les sommes investies pour ce sport reflètent l'importance que les spectateurs, et par voie de conséquence les opérateurs de télévision, lui accordent. L'accès aux droits relatifs aux compétitions de football représente donc un enjeu majeur pour les opérateurs de télévision.

Le tableau suivant récapitule la ventilation des investissements en matière de droits sportifs des chaînes de télévision pour l'année 2006 :

	Football	Rugby	Autres sports (athlétisme, basket, boxe, cyclisme, F1, tennis)
Montant des investissements en millions d'euros	[...]	[...]	[...] (dont [...] pour le cyclisme)
Proportion au sein du total des investissements sportifs	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] % (dont [0-10] % pour le cyclisme)

Source : CSA.

GCP joue déjà et jouera après l'opération, un rôle central dans ce secteur en étant titulaire de plus de [70-80] % des investissements réalisés dans le football.

Il convient également d'observer, ainsi que l'a noté le Conseil de la concurrence, que « *compte tenu du mode d'attribution des droits et de l'opacité sur le montant des transactions réalisées, il est difficile de calculer avec précision des parts de marché dans le secteur de l'acquisition des droits sportifs* ». Cependant, l'instruction a permis de relever la position des principaux opérateurs des marchés.

Par ailleurs, dans la mesure où les principaux droits sont vendus sous forme d'appel d'offres, l'analyse devra s'attacher à déterminer quels sont les opérateurs en mesure de constituer des concurrents crédibles lors des prochaines mises en vente.

D'une manière générale, GCP considère que l'opération ne se traduira pas par des restrictions de concurrence sensibles sur les marchés d'acquisition de droits sportifs en raison notamment de la présence de concurrents actuels et potentiels, du pouvoir de marché des vendeurs de droits sportifs et des modalités d'attribution de ces droits.

Ce dernier point est particulièrement important pour GCP, qui souligne notamment le fait que même lorsque l'opération se traduit par des additions de droits exclusifs acquis sur certaines compétitions, celles-ci doivent être relativisées dans la mesure où elles sont acquises dans le cadre d'appels d'offres ouverts à l'ensemble des diffuseurs. GCP considère ainsi que l'analyse concurrentielle de l'opération ne doit pas seulement tenir compte des parts de marchés actuelles, mais intégrer l'appréciation de la capacité des opérateurs alternatifs à répondre efficacement aux prochains appels à candidature¹²².

2. Analyse des effets horizontaux sur les marchés de l'achat de droits sportifs sur lesquels la concurrence est essentiellement animée par les opérateurs de télévision payante.

La présente analyse portera sur les marchés suivants : i) les droits sportifs acquis pour une diffusion PPV ; ii) les droits relatifs aux matchs de Ligue 1 hors paiement à l'acte iii) les droits relatifs aux principaux championnats de football étrangers ; iv) les droits relatifs aux autres compétitions sportives.

Tableau récapitulatif des positions respectives des entreprises concernées et de celles de leurs concurrents sur les différents marchés analysés dans la présente section :

	Droits sportifs PPV	Droits de Ligue 1	Droits relatifs aux principaux championnats de football étrangers	Droits relatifs aux autres compétitions sportives
Vivendi/GCP	L1 ¹²³ Championnats de football étrangers.	Droits relatifs aux trois matchs phares de chaque journée de L1 ¹²⁴	Championnats italien et espagnol ¹²⁵	Epreuves de Rugby les plus attractives : Championnat d'Angleterre de Rugby ; Super 14 ¹²⁶ , Tri nations ¹²⁷ ; test-matches disputés par les équipes des grandes nations du Rugby ¹²⁸ ...

¹²² Cf. sur les problématiques liées à l'analyse des concentrations relatives à des marchés d'appels d'offres les décisions de la Commission M.496, *Marconi/Finmeccanica* du 05.09.1994, M.2257, *France Télécom/Equant* du 21.03.2001 ; ou la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 25 avril 2003 aux conseils de la société EBSCO Industrie Inc. relative à une concentration dans le secteur des agences d'abonnements.

¹²³ Echéance : 2008.

¹²⁴ Echéance : 2008.

¹²⁵ Ainsi que les droits relatifs aux championnats du Portugal, des Pays-Bas, d'Argentine, du Brésil et d'Ecosse, et les droits portant sur les rencontres des Coupes d'Angleterre (*FA Cup* et Coupe de la *League*), d'Allemagne, d'Italie, d'Espagne, le Championnat du monde des clubs, la biennale Coupe des Confédérations et la quadriennale *Copa America* (équivalent latino-américain de l'Euro).

TPS	Boxe Thaï et Kick Boxing	Principal concurrent lors des derniers appels d'offres portant sur les matchs de Ligue 1.	Championnats allemand et anglais.	Championnat de Basket de Première division Boxe
Effet de l'opération	Disparition du seul concurrent lors des précédents appels d'offres, notamment en matière de droits footballistiques.	Puissance d'achat préexistante à l'opération + disparition du principal concurrent lors des derniers appels d'offres	Monopsonne sur les principaux championnats étrangers au regard du classement UEFA	Position forte voire puissance d'achat
Concurrents	Aucun. [...]	Aucun détenteur de droits actuellement. France Télécom a soumissionné pour une partie des droits lors du dernier appel d'offres. [...]	Aucun. [...]	Eurosport Chaînes en clair

Source : Notification/ traitement DGCCRF.

a) Analyse statique de l'opération

Sur l'ensemble des marchés analysés ci-dessus, l'opération entraîne la constitution d'une puissance d'achat au profit de GCP, en ce qu'elle fait disparaître le seul concurrent effectif sur certains marchés (droits de Ligue 1 et PPV) et emporte de forts chevauchements horizontaux (championnats étrangers de football et autres sports). GCP sera donc en position de monopsonne ou quasi monopsonne sur les quatre marchés pertinents identifiés.

Sur le marché relatif aux droits PPV (qui porte essentiellement sur les droits de Ligue 1) et sur celui relatif aux droits de Ligue 1 hors paiement à l'acte, compte tenu du fait que GCP a obtenu l'exclusivité de l'ensemble des lots commercialisés par la LFP lors du dernier appel d'offres, l'opération n'emporte pas d'addition de parts de marchés mais entraîne la disparition de l'un des deux seuls concurrents crédibles sur l'ensemble des lots mis en vente avant l'opération. Sur le marché relatif aux droits portant sur les championnats de football étrangers, l'opération entraîne la constitution d'un monopsonne. GCP détient en effet actuellement l'exclusivité de diffusion des plus grands championnats étrangers (Italie, Espagne, Portugal, Pays-Bas, Argentine, Brésil, Ecosse)¹²⁹, à l'exception de la Premier League anglaise et, depuis le mois de juillet 2006, de la Bundesliga allemande détenus par TPS. Sur le marché relatif aux autres droits sportifs, GCP détiendra la majorité des droits en dehors de ceux détenus par Eurosport.

Bien que l'opération entraîne la disparition du seul concurrent crédible sur ces quatre marchés¹³⁰, GCP considère qu'elle n'est pas de nature à réduire de manière sensible la concurrence. Il souligne tout d'abord que l'opération laisse subsister un nombre significatif d'acheteurs potentiels, qui auront l'occasion de postuler lors des prochains appels d'offres et qui seront en mesure de constituer une offre de programmes sportifs crédible compte tenu de la très grande diversité des disciplines sportives. GCP considère enfin que les détenteurs de ces droits détiennent un fort pouvoir de négociation de nature à contre balancer l'augmentation de son pouvoir de marché.

Les groupes TF1 et M6, antérieurement présents sur ce marché via TPS, restent les concurrents les plus crédibles à l'issue de l'opération dans la mesure où ils jouissent d'une capacité financière importante et du savoir faire éditorial nécessaire pour utiliser efficacement ces droits. Ce constat est particulièrement vrai pour TF1 qui achète directement et indirectement (via sa filiale Eurosport) de nombreux droits portant sur des

¹²⁶ Championnat annuel regroupant les 14 meilleures équipes de provinces des 3 grands pays de rugby de l'hémisphère sud, Afrique du Sud, Australie et Nouvelle-Zélande.

¹²⁷ Mini championnat annuel opposant l'Australie, la Nouvelle Zélande et l'Afrique du Sud.

¹²⁸ L'Australie, la Nouvelle Zélande, l'Afrique du Sud, l'Angleterre, l'Ecosse, l'Irlande et le Pays de Galles.

¹²⁹ Ainsi que les droits portant sur les rencontres des Coupes d'Angleterre (FA Cup et Coupe de la League), d'Allemagne, d'Italie, d'Espagne, le Championnat du monde des clubs, la biennale Coupe des Confédérations et la quadriennale Copa America (équivalent latino-américain de l'Euro).

¹³⁰ TPS était en effet le seul concurrent capable de postuler efficacement sur chacun des lots proposés, notamment sur les droits relatifs à la Ligue 1 et aux championnats étrangers. TPS avait en effet proposé des prix relativement proches de ceux proposés par GCP, et avait obtenu, par le passé, plusieurs lots. TPS bénéficiait en effet, comme GCP, d'une puissance financière importante (appuyée par ses mères TF1 et M6), d'une base d'abonnés suffisante lui permettant d'amortir les coûts d'acquisition et, enfin, du savoir-faire nécessaire afin d'éditer les programmes attractifs et diversifiés.

compétitions de football régulières. Cependant, [...] Ils ne pourront, dans ces conditions, que postuler à l'achat de ces droits en vue d'une diffusion sur une chaîne en clair ou sur terminaux mobiles. La crédibilité d'une concurrence provenant de ces opérateurs à l'occasion du prochain appel d'offres est donc très largement réduite [...] et en raison du fait que, compte tenu des caractéristiques intrinsèques des droits achetés, les contenus ne sont pas adaptés à une diffusion en clair.

Il semble utile de relever que le marché portant sur les droits relatifs aux autres compétitions sportives, qui comprend des droits très hétérogènes, fait l'objet d'une concurrence plus vive de la part des concurrents. On peut en effet relever que certains de ces droits, moins attractifs ou visant un public plus ciblé (lorsque la compétition revêt notamment un caractère local), peuvent être achetés par d'autres opérateurs, tels que certaines chaînes payantes spécialisées¹³¹ et des chaînes locales¹³². Cette concurrence plus vive sur certains segments du marché portant sur les droits relatifs aux autres compétitions sportives s'explique, par le fait que les droits en cause sont moins onéreux et sont donc plus facile à rentabiliser, même sur une base d'abonnés plus réduite, d'une part, et par le fait que de nombreux droits de retransmissions (portant toutefois sur des compétitions très largement moins attractives) restent encore inexploités.

b) Analyse du pouvoir de négociation des détenteurs de droits

S'agissant des marchés relatifs aux droits sportifs PPV, aux droits de Ligue 1 hors exploitation à l'acte et aux droits portant sur les principaux championnats de football étrangers, compte tenu de l'attractivité des contenus en cause et de la forte concentration des droits ainsi commercialisés¹³³, les détenteurs de droits gardent un pouvoir de marché important¹³⁴.

Ces opérateurs gardent en effet le pouvoir de restructurer leurs appels d'offres, afin de susciter de nouvelles candidatures. Ils pourront notamment segmenter les droits de manière plus fine, afin notamment de favoriser la participation des opérateurs de télévision gratuite et des opérateurs de télécommunications. On peut donc considérer, comme le souligne le Conseil de la concurrence, que ces opérateurs pourront adapter leurs prochains appels à candidature aux nouvelles conditions de marchés.

On peut enfin noter à cet égard que les détenteurs de droits ont démontré, par le passé, leur capacité à instituer une concurrence intense entre acquéreurs potentiels, en faisant constamment évoluer la structure de leurs appels d'offres. Le résultat positif du dernier appel d'offres lancé par la Fédération anglaise, qui avait vu BskyB emporter tous les lots des deux précédents appels d'offres, renforce, enfin, la conviction que les détenteurs de droits sont en mesure de s'adapter aux évolutions des conditions des marchés, en profitant notamment de l'émergence de nouveaux modes de diffusion¹³⁵.

S'agissant en revanche du marché portant sur les droits relatifs aux autres compétitions sportives, on peut relever que certains détenteurs de droits ne semblent pas bénéficier d'un fort pouvoir de négociation, compte tenu du caractère moins attractif des droits qu'ils commercialisent. Cependant, ainsi qu'il sera constaté ci-dessous, la concurrence à l'achat est plus importante que sur les trois autres marchés analysés au sein de cette section.

c) Analyse des barrières à l'entrée et de la concurrence potentielle

S'agissant des marchés relatifs aux droits sportifs PPV, aux droits de Ligue 1 hors exploitation à l'acte et aux droits portant sur les principaux championnats de football étrangers, la concurrence potentielle des

¹³¹ On peut citer, à titre d'illustration, la chaîne Paris Première, qui achète parfois les droits de diffusion relatifs à des compétitions se déroulant en Région parisienne ; la chaîne AB Moteurs, ou encore la chaîne Sailing.

¹³² Ces chaînes locales diffusent fréquemment des compétitions très localisées, ainsi que la chaîne France 3, pour ses décrochages locaux.

¹³³ GCP rappelle à cet égard les conclusions de la Commission européenne dans ses affaires UEFA, Bundesliga et Premier League, dans lesquelles celle-ci a considéré qu'un système de vente centralisé, tel que celui qui existe dans le cas de la LFP et de l'UEFA notamment, constituait une restriction de concurrence contraire à l'article 81 du Traité CE. GCP rappelle également que le Conseil de la concurrence, dans son avis du 28 avril 2004 relatif au projet de décret sur l'attribution des droits sportifs, a également considéré que le système de vente centralisée prévue à l'égard des Ligues professionnelles constituait une restriction de concurrence. GCP souligne ainsi que cette situation se distingue d'autres pays membres de l'Union européenne (ex : Italie et Espagne), où les clubs commercialisent eux-mêmes leurs droits.

¹³⁴ Selon GCP, cette puissance de marché se serait en outre, concrétisée par une inflation récente des droits acquittés par les éditeurs. Les surenchères ainsi mises en œuvre entre les soumissionnaires se serait ainsi traduite par une absence de baisse du prix payé par les abonnés finaux et une fragmentation de l'offre entre bouquets différents.

¹³⁵ Le dernier appel d'offres lancé par la Ligue anglaise, dont la structure a été modifiée à la suite de l'intervention de la Commission européenne, était en effet constitué de 6 lots équilibrés portant sur les matchs en direct. Cet appel d'offres interdisait à un seul et même opérateur d'acquérir l'ensemble des lots. Malgré le morcellement des lots, l'appel d'offres a permis de recueillir une somme globale équivalente à celle qui avait été payée par BskyB lors de l'appel d'offres précédent, et a permis l'arrivée d'un nouvel opérateur, acquéreur de 2 lots sur 6.

opérateurs de télévision en accès libre semble réduite sur les droits ici analysés dans la mesure où ces entreprises concentrent leurs achats sur les droits sportifs les plus fédérateurs, qui seront analysés au point 2.3.¹³⁶

Compte tenu des montants déjà investis pour l'acquisition de ces droits et de l'absence d'incitation à acheter les droits analysés, il est peu probable que ces opérateurs soient incités à concurrencer GCP lors des prochains appels d'offres, sauf si la structure de ces derniers était pas modifiée pour le permettre plus facilement.

La concurrence potentielle des opérateurs de télécommunications semble également limitée compte tenu notamment des fortes barrières à l'entrée, financières et non financières inhérentes à la constitution de chaînes de sport ou de chaînes premium. Ces barrières à l'entrée sont accrues par le fait qu'un nombre important de contenus sera inaccessible en raison des exclusivités conclues par GCP et TPS, et ce, pour de nombreuses années. Les contributions de ces opérateurs à l'occasion de la présente instruction, confortés notamment par l'analyse de l'ARCEP et du Conseil de la concurrence tendent à démontrer que ces opérateurs ne seront pas en mesure de « fonder une stratégie d'entrée efficace », à défaut de base de clients suffisante leur permettant d'amortir les sommes ainsi investies¹³⁷.

En conséquence, si la structure des appels d'offres qui seront lancés par les détenteurs de droits à l'avenir, notamment ceux de la LFP, devait rester inchangée, il semble peu crédible de considérer que les opérateurs de télécommunications pourraient animer la concurrence efficacement lors du prochain appel d'offres. Une restructuration des appels d'offres lancés par les principaux détenteurs de droits pourrait en revanche être de nature à permettre à certains opérateurs, notamment les opérateurs de communications électroniques (au premier rang desquels Orange), de concurrencer efficacement GCP lors des prochains appels d'offres, notamment sur la base de leur offre en matière de paiement à l'acte.

S'agissant en revanche du marché portant sur les droits relatifs aux autres compétitions sportives, il convient de noter que les barrières à l'entrée semblent moins importantes compte tenu du caractère moins onéreux des droits en cause, pouvant ainsi être rentabilisés sur une base d'abonnés plus restreinte.

d) Conclusion sur les effets de l'opération sur la concurrence

Compte tenu du contre pouvoir des détenteurs de droits sportifs, le Conseil de la concurrence considère que « les opérations de concentrations soumises à son examen ne sont pas susceptibles de produire des effets horizontaux de nature à porter atteinte à la concurrence sur ces marchés. »

Ainsi que le souligne GCP, l'opération ne change rien pour les droits qui ont déjà été attribués du point de vue des détenteurs de droits¹³⁸.

L'opération est cependant de nature à entraîner une réduction sensible de la concurrence au niveau intermédiaire sur les marchés des chaînes premium et des chaînes de sport. Ces problèmes de concurrence sur les marchés intermédiaires, notamment dus aux exclusivités de diffusion détenues en amont, sont neutralisés grâce aux engagements déposés par les parties et qui portent sur la mise à disposition d'une chaîne de sport et d'une chaîne premium ; les parties se sont également engagées à garantir un contenu sportif minimal sur la chaîne premium, y compris du football (engagement n° 22).

S'agissant des contrats futurs, si les détenteurs de droits auront effectivement la faculté de restructurer leurs appels d'offres afin de susciter de nouvelles candidatures, il n'est pas exclu cependant que GCP soit en position d'écarter ou de restreindre la concurrence des opérateurs alternatifs.

En effet, ainsi qu'il ressort de l'instruction, compte tenu de sa puissance financière, de sa capacité à être présent sur l'ensemble des droits commercialisés, de son savoir-faire, de sa capacité à rentabiliser les coûts mis en jeu sur la base d'abonnés la plus large du secteur de la télévision payante, GCP pourrait être en mesure d'inciter les détenteurs de droits à conclure des contrats pour une longue durée, ou à lier les droits relatifs à la diffusion en clair avec ceux de la diffusion payante, lorsque ceux-ci sont vendus séparément.

¹³⁶ Essentiellement les droits portant sur les événements d'importance majeure et les droits portant sur les compétitions de football régulières impliquant des équipes nationales autres que lors des matchs de championnat de Ligue 1.

¹³⁷ Les exemples étrangers avancés par GCP pour démontrer la crédibilité de l'entrée des opérateurs de télécommunications ne semblent pas vérifiés. En effet, Belgacom en Belgique et Arena en Allemagne ont été contraints d'accepter une diffusion de certains matchs ou de leurs résumés sur les chaînes gratuites, afin de maintenir la visibilité du championnat car le nombre de leurs abonnés était trop faible. Par ailleurs et en tout état de cause, les sommes investies en France (plus de 800 millions d'euros par an) sont sans commune mesure avec celles qui ont été investies dans les pays précités (à peine plus de 30 millions en Belgique par exemple).

¹³⁸ L'exclusivité qui a été acquise par GCP et TPS sur les droits en cause l'a été avant l'opération. S'agissant plus particulièrement des droits relatifs à la Ligue 1, GCP rappelle à cet égard que le Conseil de la concurrence avait expressément validé, dans son avis du 28 mai 2004, relatif au projet de décret du 15 juillet 2004, la possibilité pour les ligues d'attribuer les lots à un seul opérateur, pour autant que cet opérateur ait été le mieux disant sur chacun des lots.

Afin de répondre aux problèmes de concurrence ainsi soulevés par l'opération, GCP a déposé trois séries d'engagements portant sur les droits sportifs.

Pour les contrats futurs portant sur des événements sportifs annuels réguliers, GCP s'engage à limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir aux détenteurs de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans. Pour rendre effectif cette deuxième partie de l'engagement, GCP s'engage également à ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à accepter son offre portant sur plus de 3 ans et notamment, ne pas offrir aux détenteurs de droits de prime d'acquisition pour les années d'exploitation postérieures à la troisième année (engagement n° 14).

Pour les contrats futurs portant sur des événements se déroulant tous les deux ou quatre ans (Coupes et Championnats d'Europe, Coupes et Championnats du Monde, Jeux Olympiques), GCP s'engage à ne pas formuler d'offres portant sur plusieurs éditions de l'événement en cause lorsque le détenteur des droits n'impose pas l'acquisition liée de droits sur plusieurs éditions de cet événement et ne pas inciter le détenteur des droits à lier la vente de ces droits. Compte tenu du fait que les détenteurs de droits jouissent d'un certain pouvoir de marché, et que certains droits sont ainsi vendus pour certains événements pour plusieurs éditions, on ne peut interdire à GCP de postuler à l'acquisition de l'une des éditions seulement, dans la mesure où cet engagement serait de nature à entraîner le caractère non recevable de son offre, et serait ainsi de nature à limiter la concurrence pour l'acquisition de ces droits (engagement n° 15).

GCP s'engage en outre à ne pas formuler d'offres liées portant sur des droits relatifs à des diffusions en clair et en payant lorsque ces droits sont proposés de manière distincte par les détenteurs de droits. Pour rendre effectif cet engagement, GCP s'engage également à ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à vendre les droits relatifs à des diffusions en clair et en payant de manière liée (engagement n° 16).

De manière complémentaire enfin, pour les contrats en cours ou futurs portant en tout ou partie sur des droits de diffusion en clair d'événements sportifs, dans le cas où il n'exploiterait pas tout ou partie des droits acquis, GCP s'engage à rétrocéder ces droits dans le cadre d'une mise en concurrence transparente et non discriminatoire de tous diffuseurs intéressés (engagement n° 17).

Compte tenu de ces engagements, l'opération n'est pas de nature à entraîner une réduction sensible de la concurrence sur les marchés des acquisitions des droits sportifs pour une diffusion PPV, des droits relatifs aux matchs de Ligue 1 hors paiement à l'acte, des droits relatifs aux principaux championnats de football étrangers, et des droits relatifs aux autres compétitions sportives.

3. Analyse horizontale concernant les marchés relatifs aux droits pour lesquels la concurrence est animée, à ce jour, par les opérateurs de télévision à péage et les opérateurs de télévision en clair

Pour mémoire, compte tenu des conditions communes de concurrence, l'analyse portera sur les marchés relatifs aux droits suivants : i) les droits relatifs aux compétitions régulières impliquant des clubs français, autres que les matchs de Ligue 1 ; ii) les droits relatifs aux autres compétitions de football ; iii) les droits relatifs aux événements d'importance majeure autres que de football.

Tableau récapitulatif les droits portant sur les marchés analysés dans le cadre de la présente section

	Vivendi/GCP	TPS	Effet de l'opération	Concurrents
Marché étroit relatif aux autres matchs réguliers impliquant des clubs français	Tous les matchs de Ligue des Champions moins le premier choix ¹³⁹	Aucun droit	Disparition d'un concurrent potentiel	- TF1 (Premier choix des matchs de Ligue des Champions ¹⁴⁰ ; Coupe de France ¹⁴¹ ; L2 via Eurosport ¹⁴²) - M6 (Coupe de l'UEFA) - France Télévisions (Coupe de la Ligue ¹⁴³ ; Coupe de France ¹⁴⁴)

¹³⁹ Echéance : 2009.

¹⁴⁰ Echéance : 2009.

¹⁴¹ Echéance : 2006 puis avec France télévisions jusqu'en 2010.

¹⁴² Echéance : 2008.

¹⁴³ Echéance : 2009.

¹⁴⁴ A partir de 2006, avec Eurosport.

Droits relatifs aux autres compétitions de football	Coupe du monde de football 2006	Aucun droit	Disparition d'un concurrent portentiel	TF1 (droits sur les matchs de l'Equipe de France ; Coupe du Monde 2006) + Eurosport M6 (Coupe du Monde 2006) France Télévisions
Droits relatifs aux événements d'importance majeure autres que de football	Nombreux droits acquis de manière globale (hand-ball, basket, Top 14 de Rugby), dont certains matchs pourraient constituer des événements d'importance majeure	Aucun droit	Disparition d'un concurrent portentiel	TF1 + Eurosport M6 France Télévisions (Tour de France ; Roland Garros)

Source : Notification/ traitement DGCCRF.

Compte tenu de la protection relative dont jouissent les chaînes en clair grâce au dispositif relatif aux événements d'importance majeure, d'une part, et des caractéristiques intrinsèques des produits mis en vente, d'autre part, l'opération, qui n'emporte pas de chevauchements horizontaux sur ces marchés et sur lesquels l'opération laisse subsister un nombre important de concurrents crédibles¹⁴⁵, n'est pas susceptible de porter une atteinte sensible à la concurrence à raison de ses effets horizontaux. Cette conclusion rejoint celle du Conseil de la concurrence.

On peut relever cependant que certains détenteurs de droits vendent ceux-ci de manière différenciée pour la télévision payante et pour la télévision gratuite¹⁴⁶. Ainsi que l'ont relevé de nombreux répondants au test de marché, il existe un risque que GCP ne soit en mesure de se servir de sa très forte position sur la diffusion en mode crypté afin de restreindre l'accès de ses concurrents aux droits en clair.

Afin de répondre à ce risque d'atteinte à la concurrence, GCP s'engage à ne pas formuler d'offres liées portant sur des droits relatifs à des diffusions en clair et en payant lorsque ces droits sont proposés de manière distincte par les détenteurs de droits. Pour rendre effectif cet engagement, GCP s'engage également à ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à vendre les droits relatifs à des diffusions en clair et en payant de manière liée (engagement n° 16).

De manière complémentaire, pour les contrats en cours ou futurs portant en tout ou partie sur des droits de diffusion en clair d'événements sportifs, dans le cas il n'exploiterait pas tout ou partie des droits acquis, GCP s'engage à rétrocéder ces droits dans le cadre d'une mise en concurrence transparente et non discriminatoire de tous diffuseurs intéressés (engagement n° 17).

B – Effets coordonnés

L'analyse des effets coordonnés portera sur les marchés suivants, relatifs i) aux autres compétitions sportives, ii) aux compétitions régulières impliquant des clubs français, autres que les matchs de Ligue 1 et iii) aux droits relatifs aux autres compétitions de football ; aux droits relatifs aux événements d'importance majeure autres que de football. L'analyse ne concernera pas les autres marchés, sur lesquels GCP sera en position de monopsonne.

L'instruction a permis d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence dans la mesure où ces marchés ne sont pas de nature oligopolistiques et, au surplus, ne sont pas caractérisés par l'existence d'une transparence suffisante et de mécanismes de rétorsion.

III - Analyse concurrentielle concernant les autres contenus audiovisuels

A – Effets non coordonnés

¹⁴⁵ Pour ce qui concerne notamment les compétitions régulières hors matchs de Ligue 1, il convient de rappeler qu'au communautaire, la Commission est intervenue à titre préventif pour imposer des conditions (appels d'offres ouverts, transparents, non discriminatoires), qui sans remettre en cause le principe de l'exclusivité, garantissent à tous les diffuseurs d'accéder au marché. Au niveau national, le décret du 15 juillet 2004, qui fixe les conditions que doivent respecter les appels d'offres relatifs à la commercialisation de ces droits. Ces droits concernent, outre la Ligue 1, la Ligue 2 et la Coupe de la Ligue. Enfin, pour les compétitions de football se déroulant de manière régulière qui restent gérées par les organisateurs de la compétition, telle que la Coupe de France, ce sont les règles générales du droit de la concurrence qui s'appliquent, comme l'a rappelé le Conseil de la Concurrence dans son avis rendu le 28 avril 2004.

¹⁴⁶ Les droits relatifs à la dernière Coupe du Monde de football ont ainsi été vendus de manière différenciée et ont été acquis, pour une diffusion en clair, par TF1 et M6, et pour les matchs en crypté, par TF1 qui les a diffusés en partie sur Eurosport, et a cédé une partie à GCP.

Dans la mesure où l'opération emporte de très faibles chevauchements horizontaux quel que soit le marché défini, celle-ci n'est pas de nature à entraîner une restriction sensible de concurrence sur ces marchés.

En effet, ainsi que le souligne GCP, sa part de marché sur l'ensemble des programmes diffusés par les chaînes hertziennes s'établissait, en 2004, à [0-10] %. Par ailleurs, ainsi que le souligne GCP, « *le montant total des programmes financés par les seules chaînes thématiques, dont les chaînes éditées par TPS et celles éditées par GCP, est relativement faible par rapport aux montants financés par les chaînes hertziennes. En effet, ce montant ne représentait que [0-10] % en 2003 et [0-10] % en 2004.* »

B – Effets coordonnés

Dans la mesure où il existe une concurrence vive entre les acquéreurs de programmes audiovisuels en vue de l'édition de leurs chaînes respectives de télévision, l'opération ne vient pas modifier cette situation et ne devrait donc pas donner lieu à des effets coordonnés.

IV - Analyse concurrentielle sur les marchés relatifs à l'acquisition de droits audiovisuels pour les terminaux mobiles

A – Effets non coordonnés

GCP est entré sur ce marché en 2005, via sa filiale Canal +, qui a lancé son activité d'éditeur de services à destination des terminaux mobiles en lançant notamment les services Canal + Foot¹⁴⁷ sur SFR et Canal + Orange Video sur Orange¹⁴⁸. GCP a, dans ce cadre, conclu des accords avec différents types de fournisseurs¹⁴⁹.

Cependant, dans la mesure où, d'une part, TPS n'était pas éditeur de services à destination des terminaux mobiles et, d'autre part, l'opération laisse subsister un nombre important de concurrents sur ce marché (au premier rang desquels les trois principaux opérateurs de téléphonie mobile en France), l'opération n'est pas de nature à avoir des effets horizontaux restrictifs de concurrence sur ce marché.

B – Effets coordonnés

Tout risque d'atteinte à la concurrence semble pouvoir être écarté sur ces marchés dans la mesure où ceux-ci ne sont pas de nature oligopolistiques et, au surplus, ne sont pas caractérisés par l'existence d'une transparence suffisante et de mécanismes de rétorsion.

Section II – Analyse concurrentielle (horizontale, conglomérale et verticale) sur les marchés intermédiaires et remèdes adoptés

Le groupe acquéreur et la cible sont présents en tant qu'offreurs et que demandeurs sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques payantes. L'analyse concurrentielle doit donc s'attacher à étudier les effets horizontaux et congloméraux de l'opération tant du point de vue de l'offre (I) que de celui de la demande (II). Les effets verticaux seront analysés de manière séparée (III).

I – Du côté de l'offre : analyse horizontale et conglomérale

TPS et GCP sont tous deux présents en tant qu'offreurs sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes. L'opération entraîne de fortes additions de parts de marchés. Il convient donc d'en étudier les effets non coordonnés et coordonnés.

¹⁴⁷ Ce service est entièrement consacré au football.

¹⁴⁸ Ce service comporte 5 thématiques : sport, charme, actualité, humour et cinéma.

¹⁴⁹ Essentiellement des fournisseurs (producteurs) de programmes audiovisuels (notamment, programmes d'humour et contenus tels que photos et clips pour la rubrique « charme »).

A – Effets non coordonnés

1. Analyse horizontale sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques à destination de la télévision « traditionnelle »

1.1. *Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium*

a) *Analyse statique*

Les deux seules chaînes présentes sur le marché pertinent de l'édition et de la commercialisation des chaînes premium sont Canal + (éditée par le groupe acquéreur) et TPS Star (éditée par la cible).

La partie notifiante ne souscrit cependant pas à une telle présentation.

S'agissant de la chaîne Canal Plus, la partie notifiante ne remet pas en cause son caractère premium. Elle estime cependant que cette chaîne ne fait pas partie du marché intermédiaire de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques « *dès lors que, notamment pour des motifs réglementaires, aucun autre opérateur que CANAL+ ne peut assurer la distribution commerciale du service CANAL+* ». Elle considère qu'« *il n'existe donc pas d'offre du droit de distribuer CANAL+ qui, de ce fait, [est] analysée comme présente sur le seul marché aval de la télévision à péage* ».

Cette position peut être contestée.

En ce qui concerne les motifs réglementaires de l'auto distribution de Canal + et plus particulièrement l'existence de la convention conclue entre le CSA et Canal +, il convient de préciser que l'autorité de régulation de l'audiovisuel a indiqué, aux termes de son avis précité que « les circonstances qui l'avaient conduit à imposer à Canal + SA la pérennité de sa relation directe avec ses abonnés » ont changé. En particulier, la nécessité d'empêcher « *une dilution sans retour de la chaîne Canal + dans un ensemble Vivendi Universal dont elle aurait été condamnée à subir toutes les évolutions à venir, sans pouvoir en être séparée*¹⁵⁰ ne correspond plus à la situation qui prévaut actuellement. »

Au-delà des aspects réglementaires, la présence de Canal + sur les marchés intermédiaires peut être établie sur la base d'une double ligne d'argumentation.

Tout d'abord, si l'on suit le raisonnement de la partie notifiante, Canal + ne serait pas présente sur le marché intermédiaire et n'aurait donc aucune relation marchande avec les distributeurs de télévision payante en ce qui concerne cette chaîne. Or cette dernière est intégrée dans les offres commerciales des câblo-opérateurs et des opérateurs ADSL. Il existe donc un intermédiaire entre Canal + et les téléspectateurs qui est différent de Canal + Distribution. Le marché concerné pourrait-il alors être celui du transport de la chaîne Canal +? La partie notifiante n'a pas défini un tel marché.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence considère, que Canal + est bien une chaîne premium présente sur le marché intermédiaire. Il avance en effet que l'existence d'une exclusivité ne saurait exclure une chaîne d'un marché car elle ne correspond pas à la définition de l'auto-consommation : « *la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre consommation (Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission du 13 octobre 2000, paragraphe 98)*. » En effet, un produit autodistribué par le biais d'une exclusivité ne peut être considéré comme un produit autoconsommé au sens de la pratique décisionnelle.

Enfin, l'ensemble des opérateurs interrogés dans le cadre de cette opération considère que Canal + est effectivement présente, comme chaîne premium, sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes.

S'agissant TPS Star, la partie notifiante lui refuse la qualification de chaîne premium. Elle considère en effet que cette chaîne, « *qui diffusait les matchs de la Ligue 1 et qui, à la suite du dernier appel à candidatures organisé par la LFP, n'a été attributaire d'aucun lot* » est devenue une chaîne de cinéma.

Cette vision du marché qui limite le caractère premium d'une chaîne au seul contenu sportif réduit qui plus est aux matchs de football de la Ligue 1 paraît particulièrement étroite.

En ce qui concerne les contenus cinématographiques d'une chaîne premium, la délimitation des programmes les plus attractifs est claire : il s'agit des films de première exclusivité. S'agissant des contenus sportifs, il paraît bien trop restrictif de conditionner la définition d'une chaîne premium à la présence de matchs de football de Ligue 1. En effet, une chaîne disposant de films en première fenêtre de diffusion et, de manière exclusive, de manifestations sportives particulièrement attractives et variées peut être qualifiée de chaîne

¹⁵⁰ Discours d'Hervé Bourges, président du CSA, 30 novembre 2000.

premium. Il convient d'ailleurs de rappeler que la Commission européenne a défini les chaînes premium comme des chaînes « *mettant l'accent sur le cinéma en première exclusivité et sur le sport de première qualité* »¹⁵¹. En outre, le critère proposé par les parties ferait dépendre la qualification d'une chaîne de quelques heures de programmation par semaine¹⁵².

Enfin, il convient de souligner que l'élément essentiel dans la définition d'une chaîne premium est son attractivité particulière. La perception que les clients intermédiaires et finals peuvent avoir de cette chaîne est donc primordiale. Au-delà des critères objectifs de différenciation ou de rapprochement de Canal + et TPS Star, la vision subjective que peuvent en avoir les clients est essentielle. Or il ressort de la totalité des réponses au test de marché que TPS Star est bien une chaîne premium, nonobstant le fait qu'elle ne diffuse plus les matchs de Ligue 1.

Le Conseil de la concurrence s'inscrit dans cette analyse. Il indique en effet que « *TPS Star et ses deux déclinaisons* » constituent une chaîne premium.

Au vu des éléments présentés ci-dessus, le ministre considère donc que TPS Star et Canal + appartiennent au marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes premium. Aucun autre opérateur n'édite, à l'heure de la notification, de chaîne premium. L'acquisition de TPS par Vivendi Universal se traduit donc, sur ce marché, par la constitution d'un monopole.

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle.

L'étude des barrières à l'entrée sur le marché des chaînes premium présente des spécificités dues à la nature des droits acquis (i) mais également des traits généraux valables pour l'ensemble des marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques (ii).

i) - Sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes premium, la principale barrière à l'entrée est celle de l'acquisition de droits de diffusion de contenus premium. En effet, ces droits qui sont, par définition, attractifs sont, en outre, octroyés en exclusivité. Ce caractère exclusif renchérit leur coût d'acquisition. Or, à l'issue de l'opération notifiée, la nouvelle entité détiendra l'ensemble de ces droits. En matière cinématographique comme en matière sportive, l'analyse des marchés amont a permis de démontrer que TPS et Vivendi détiennent à eux deux [90-100] % des droits de diffusion « télévision payante » des films américains récents vendus dans le cadre d'*output deals* et [60-70] % de ces droits hors *output deals*. En ce qui concerne les droits sportifs premium, l'opération entraîne la disparition du principal concurrent actuel et potentiel et renforce la position de GCP.

La partie notifiante indique cependant que ces droits d'acquisition présentent une « grande fluidité » et seront bientôt remis sur le marché. Les droits de la Ligue 1, par exemple, le seront en effet en janvier 2008. Il n'en est pas forcément de même pour d'autres droits. En effet, certains *output deals* sont négociés avec des studios américains jusqu'en [...]

Si certains droits vont redevenir disponibles à court ou moyen terme, l'analyse des concurrents potentiels oblige cependant à constater que ces derniers sont peu nombreux et leur concurrence peu probable à la suite de l'opération notifiée. En effet, en ce qui concerne les éditeurs de chaînes thématiques, deux ensembles peuvent être distingués : les actionnaires minoritaires de la future entité et les « éditeurs indépendants ». La concurrence ne viendra pas des premiers. [...]

Les autres éditeurs de chaînes sont notamment confrontés au caractère onéreux de ces droits premium.

Il convient à cet égard de remarquer que l'édition d'une chaîne premium nécessite l'acquisition concomitante de deux catégories de droits (cinéma et sport premium), ce qui constitue une barrière à l'entrée additionnelle.

ii) - Enfin, de manière générale, l'incitation des concurrents tiers à créer de nouvelles chaînes thématiques semble limitée.

– S'agissant des éditeurs indépendants, cette incitation est de plus en plus faible car leurs chaînes ne sont pas adossées à une plate-forme de distribution. Le CSA le souligne à plusieurs reprises dans son *guide des chaînes thématiques 2006* : « (...) les chaînes non liées capitalistiquement à l'un des distributeurs enregistrent des recettes d'abonnement particulièrement faibles, même quand elles disposent d'un nombre d'abonnés et d'une audience significatifs. L'appartenance d'une chaîne à un groupe audiovisuel est un élément clé dans l'interprétation des comptes. Ainsi, le classement des chiffres d'affaires par groupe révèle que les groupes M6 et TF1, d'une part, et Canal +, Vivendi et Lagardère, d'autre part, totalisent ensemble près des trois quarts du secteur. » Le décrochage entre le nombre d'abonnés et l'audience des chaînes d'une

¹⁵¹ Décision de la Commission européenne IV/36.237 TPS I du 3 mars 1999.

¹⁵² Pour mémoire, les droits relatifs à la diffusion de matchs de Ligue 1 correspondent, sur Canal +, à trois matchs par semaine uniquement, puisque les sept autres matchs de chaque journée sont diffusés en paiement à la séance.

part et le niveau des redevances versées par les distributeurs, d'autre part, n'incite pas les éditeurs indépendants à créer de nouvelles chaînes.

La partie notifiante indique que « *dans un contexte fortement concurrentiel, on constate donc l'existence d'une offre de plus en plus large et diversifiée de chaînes thématiques, parmi lesquelles les différents distributeurs vont pouvoir faire une sélection selon la ligne éditoriale et commerciale de leur offre de télévision* ».

Le CSA note cependant dans son guide : « *73 % du chiffre d'affaires du secteur sont générés par des chaînes adossées aux deux pôles d'actionnaires des plates-formes satellitaires, CanalSat et TPS (les chaînes thématiques éditées par TF1, M6 et TPS, d'une part, Vivendi, Canal + et Lagardère, d'autre part, soit 52 chaînes conventionnées). L'année 2004 s'est parallèlement caractérisée par la réduction drastique des créations de chaînes indépendantes. Pour celles qui existaient déjà, la tendance a été plutôt à l'interruption de diffusion ou à la cession de capital au profit d'un des deux pôles leaders* ».

L'importance des coûts fixes nécessaires à l'édition d'une chaîne par rapport à l'incertitude quant à sa rentabilité constitue une barrière à l'entrée économique indéniable. En outre, la notoriété et le développement de la part d'audience d'une nouvelle chaîne nécessitent un certain temps.

Ces barrières à l'entrée sont d'autant plus fortes en ce qui concerne la création d'une chaîne premium, cette dernière thématique étant la plus attractive au sein d'un bouquet.

– En ce qui concerne les distributeurs de télévision payante, aucun de ces derniers n'est actuellement actif sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes. Le seul présent sur ces marchés, face à CanalSat, était TPS. Or ce dernier n'a véritablement atteint l'équilibre qu'en 2005 soit 9 ans après sa création et avec 1,4 million d'abonnés.

Les réponses au test de marché indiquent que les câblo-opérateurs ne souhaitent pas procéder à une telle intégration verticale. Quant aux opérateurs ADSL, plusieurs éléments permettent d'estimer qu'ils n'entreront pas facilement sur ces marchés intermédiaires.

Au-delà des barrières étudiées ci-dessus en ce qui concerne les éditeurs de chaînes thématiques, les distributeurs rencontrent des obstacles spécifiques. Tout d'abord, un savoir-faire lié à l'édition de chaînes thématiques doit être acquis. Or ces compétences sont très éloignées de celles des distributeurs dont le cœur de métier est, pour les câblo-opérateurs de proposer des bouquets de chaînes aux clients finaux et de gérer les relations avec ces derniers. En ce qui concerne les opérateurs ADSL, leurs premières activités sont l'Internet et la téléphonie.

Ensuite, l'incitation des opérateurs ADSL à « remonter la filière » est sujette à caution. En effet, un des constats les plus évidents issus de l'analyse du marché de la télévision payante est que les opérateurs ADSL ne se dégageront de la dépendance des parties à l'opération qu'en proposant leur bouquet propre, composé de chaînes thématiques attractives. Or cela ne sera pas le cas après l'opération. Les chaînes les plus attractives de la télévision payante seront contrôlées ou distribuées en exclusivité par la nouvelle entité. Cette dernière disposera en outre d'une très large base d'abonnés. Ces derniers sont, au surplus, souvent soumis à des périodes d'engagement obligatoire qui les empêchent de se désabonner à tout moment et donc de souscrire une offre concurrente. L'offre des distributeurs tiers est donc plus difficile à rentabiliser.

Dans ce contexte, l'incitation des distributeurs ADSL à consentir de très lourds investissements afin d'éditer une chaîne premium est fort peu probable sans un minimum de garantie quant à la constitution d'un bouquet par ailleurs suffisamment attractif.

Ce constat est partagé par l'ARCEP qui indique, aux termes de son avis : « *les opérateurs alternatifs de réseaux haut débit fixe n'ont pas la capacité pour entrer sur fonds propres sur les marchés de l'acquisition de droit et de l'édition de chaînes leur permettant de développer un bouquet audiovisuel propriétaire* ». Le Conseil de la concurrence aboutit aux mêmes conclusions.

c) Conclusion sur les effets horizontaux

L'opération se traduit par la constitution d'un monopole, conforté par l'existence de fortes barrières à l'entrée et l'absence de concurrents potentiels crédibles à court terme. Une telle situation permet d'envisager deux scénarii.

- Les distributeurs qui ne disposeront d'aucune chaîne premium, élément incontournable à la constitution d'un bouquet attractif, ne pourront proposer d'offre compétitive. Une telle situation permettrait à terme à la nouvelle entité d'évincer ses concurrents sur le marché aval, ce qui fait craindre une hausse unilatérale des prix à la consommation pour le téléspectateur et une uniformisation de l'offre.

- La nouvelle entité peut décider de faire disparaître la chaîne TPS Star. La seule chaîne premium restant serait alors à la chaîne Canal Plus qui n'est que transportée par les distributeurs qui la proposent au sein de leur offre. Aucune concurrence réelle n'existerait donc au niveau intermédiaire, ce qui peut faire craindre une détérioration des conditions dans lesquelles les distributeurs tiers auraient accès au transport de Canal + voire une absence d'accès à celui-ci. Une telle situation permettrait également à terme à la nouvelle entité d'évincer ses concurrents sur le marché aval, entraînant potentiellement une hausse unilatérale des prix à la consommation pour le téléspectateur et une uniformisation de l'offre.

Face à ces risques d'atteinte à la concurrence, deux hypothèses sont envisageables : la mise à disposition de la chaîne Canal + ou celle de TPS Star.

En ce qui concerne la chaîne Canal +, le Conseil de la concurrence estime, aux termes de son avis, que *« pour des raisons de cohérence et de clarté juridique, d'une part, et de respect du modèle économique de GCP, d'autre part, il est proposé de ne pas remettre en cause l'exclusivité de distribution de GCP sur ses propres chaînes »*.

Deux types d'arguments plaident donc pour que l'auto distribution de GCP ne soit pas mise en cause dans le cadre de la présente opération.

La première ligne d'argumentation est d'ordre juridique. En effet, la mise à disposition des chaînes de GCP à l'ensemble des distributeurs tiers serait selon le Conseil un remède disproportionné par rapport aux problèmes de concurrence identifiés. De fait, l'auto-distribution de GCP est une donnée structurelle du marché avant l'opération et le Conseil estime qu'il existe d'autres solutions alternatives pour créer une offre de chaînes à l'aval que de remettre en cause l'auto-distribution de GCP. Ces solutions alternatives passent notamment par la mise à disposition de chaînes acquises par GCP (sur ce marché : TPS Star).

La deuxième ligne d'argumentation est plutôt d'ordre économique. Le Conseil soutient que GCP qui assume le risque et le coût d'édition de ses chaînes doit pouvoir continuer à les distribuer de façon exclusive afin que *« ses intérêts patrimoniaux »* ne soient pas *« remis en cause au-delà de ce qui est nécessaire »*. En effet, le Conseil de la concurrence a établi que le marché français de la télévision payante s'est organisé autour de GCP qui a développé un modèle d'intégration verticale sur l'ensemble de la chaîne de valeur le conduisant à de très lourds investissements.

En tout état de cause, une telle mise à disposition n'est pas nécessaire pour remédier au problème de concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes premium. En effet, le groupe acquéreur s'est engagé à mettre à disposition de tous les distributeurs tiers (hors TNT et câblo-opérateurs) et sur une base non exclusive la chaîne premium TPS Star (engagement n° 21).

Cet engagement permet de remédier aux problèmes de concurrence identifiés sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes premium. En effet, les distributeurs auront la possibilité de proposer, au sein de leur bouquet, une chaîne premium de qualité, élément incontournable et moteur d'abonnement. Afin de garantir l'attractivité de TPS Star, la partie notifiante a largement amélioré la version des engagements qu'elle avait déposés, à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence, le 28 juillet 2006. En effet, des engagements précis ont été pris sur le contenu cinématographique et sportif futur de la chaîne premium mise à disposition (engagement n° 22).

S'agissant du contenu cinématographique de TPS Star, la partie notifiante s'engage à *« maintenir [TPS Star] dans la catégorie réglementaire des chaînes cinéma de premières exclusivités et à diffuser chaque année (hors rediffusions) un minimum de 100 films de première exclusivité (dont 30 films américains), parmi lesquels : 50 films en première fenêtre (dont 20 américains sur ces 50), dont 15 films de première fenêtre français, européens ou étrangers (y compris américains) ayant réalisé plus de 500 000 entrées en salles en France »*.

S'agissant du contenu sportif de TPS Star, la partie notifiante s'engage à *« poursuivre la diffusion dans un volume horaire hebdomadaire au moins équivalent à celui existant à la date du présent engagement de contenus sportifs attractifs (soit 6 heures), et dont une partie significative sera diffusée en exclusivité étant précisé que les contenus sportifs diffusés sur TPS Star ne seront pas codiffusés sur Sport + »*.

Afin de renforcer cet engagement, le groupe acquéreur a précisé que figurent au moins, parmi les contenus sportifs diffusés :

- *un match phare en exclusivité et en direct par semaine pendant la saison, au choix de la Nouvelle Entité, parmi les 5 premiers championnats européens selon l'indice UEFA publié au moment de la diffusion des matchs objet du présent engagement ;*

- *et un match phare non exclusif en direct par semaine pendant la saison, au choix de la Nouvelle Entité, parmi :*
 - *Les 6 premiers championnats européens selon l'indice UEFA publié au moment de la diffusion des matchs objet du présent engagement (actuellement Espagne, Angleterre, Italie, Allemagne, France, Portugal),*
 - *les coupes européennes (Ligue des Champions et UEFA),*
 - *les coupes nationales les plus attractives à compter des 8èmes de finale (English Cup, Copa del Rey, Coupe d'Italie, Coupe de France, Coupe de la Ligue).*

Ces engagements (mise à disposition de la chaîne TPS Star et maintien de l'attractivité de son contenu) sont déposés pour une période de cinq ans. En effet, sous condition de la bonne exécution de la totalité des engagements déposés dans le cadre de ces opérations, dont l'efficacité ne peut s'évaluer que globalement, l'émergence d'une concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium devient possible. L'émergence de la concurrence sur le marché intermédiaire sera d'autant plus probable que la concurrence sera intense sur le marché aval. Les distributeurs cherchant à se différencier devraient en effet susciter la création de nouvelles chaînes. La mise à disposition de TPS Star est l'une des clés du développement de la concurrence à l'aval.

La probabilité d'une telle émergence est renforcée par les engagements de non couplage déposés par la partie notifiante à l'amont tant sur les marchés d'acquisition de droits de diffusion de contenus cinématographiques d'appel que de contenus sportifs premium. Les engagements de limitation de la durée des contrats avec les détenteurs de droits participent également à abaisser les barrières à l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes premium (voir supra et les engagements n° 4, 9, 14, 15 et 16).

Il convient de préciser ici que l'engagement de mise à disposition de la chaîne premium TPS Star ne s'applique pas aux câblo-opérateurs. En effet, l'objectif du contrôle des concentrations est de s'assurer que l'entreprise qui réalise une opération n'acquiert pas un pouvoir de marché lui permettant de déséquilibrer le fonctionnement du marché. Bien que le ministre mène une analyse prospective, le critère de référence est donc la structure de la concurrence avant l'opération de concentration.

Or les câblo-opérateurs distribuent déjà, avant l'opération des chaînes de TPS et de GCP de manière dégroupée. La partie notifiante s'est, à ce propos, engagée à « *maintenir en l'état les contrats liant la Nouvelle Entité avec les câblo-opérateurs jusqu'à leur expiration* » et, après cette période, à « *négoier de bonne foi les modalités de leur reconduction à des conditions objectives et comparables d'accessibilité aux chaînes* » (engagements n° 30 et 31).

Le groupe acquéreur s'est également engagé « *dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait (aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente* » (engagement n° 31).

L'engagement spécifique de mise à disposition de la chaîne TPS Star aux câblo-opérateurs ne se justifie donc pas.

Il en va autrement pour les opérateurs ADSL qui ne distribuent que très peu de chaînes dans leur bouquet propriétaire. L'opération, en raison du renforcement de la puissance de GCP en tant qu'offreur, risque de les priver de l'accès à la distribution de chaînes indispensables à la composition d'un bouquet. L'engagement de mise à disposition de certaines chaînes appartenant à des thématiques incontournables -notamment la thématique premium- se justifie alors. La distribution de TPS Star permet de remédier aux problèmes d'accès sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium.

Quant au transport, par les opérateurs ADSL, des bouquets de TPS et de CanalSat, il ne s'agit pas du même marché. En effet, si les câblo-opérateurs distribuent les chaînes de GCP et TPS, les opérateurs ADSL ne font que transporter les bouquets de ces derniers. La situation de ces opérateurs est donc différente. En outre, l'analyse du secteur de la télévision démontre que la nouvelle entité n'aura pas d'incitation à mettre fin aux contrats de transport actuellement conclus avec les opérateurs ADSL. En effet, en 2005, « *en flux, l'ADSL a représenté un tiers des recrutements bruts d'abonnés à Canalsatellite et à Canal + et près de 60 % des recrutements nets à Canalsatellite* »¹⁵³.

Un raisonnement similaire s'applique aux autres marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques, tant en ce qui concerne le risque d'assèchement pour les distributeurs tiers que s'agissant des engagements déposés par la partie notifiante. Ces marchés sont présentés ci-après.

¹⁵³ Cf. Avis de l'ARCEP page 7.

1.2 Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes cinéma

a) Analyse statique

L'opération de concentration se traduit par une forte addition de parts de marché. En effet, elle entraîne les augmentations suivantes :

	Audience	Chiffre d'affaires		Nombre de chaînes	
Groupe Canal	[50-60] %	[...]		[...]	[40-50] %
TPS	[30-40] %	CONFIDENTIEL		[...]	[30-40] %
AB	[0-10] %	CONFIDENTIEL		[...]	[10-20] %
Autres		CONFIDENTIEL		[...]	[0-10] %
Total nouvelle entité	[90-100] %	CONFIDENTIEL	[85-95 %]	[...]	[70-80] %

De manière générale, trois critères peuvent être utilisés afin d'établir les parts de marché des différents éditeurs de chaînes thématiques. Le critère de l'audience, bien qu'il présente, comme tout critère, des imperfections, reste le plus pertinent. En effet, les chaînes thématiques n'étant pas toutes rémunérées de la même manière, le critère du chiffre d'affaires n'est pas forcément représentatif de leur poids économique, de leur attractivité, et donc, de leur importance pour le distributeur et le consommateur final. Enfin, le nombre de chaînes ne semble pas être un indicateur fiable de l'importance des opérateurs sur ce marché, l'attractivité de chacune de ces chaînes pouvant être très différente.

La nouvelle entité ne restera soumise qu'à la seule pression concurrentielle des chaînes du groupe AB, qui reste limitée.

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

Au delà des barrières à l'entrée communes à toutes les catégories de chaînes thématiques, étudiées précédemment, l'édition de chaînes de cinéma se heurte à une barrière spécifique, de nature réglementaire. En effet, l'imposition de règles de quotas en matière d'œuvres européennes et françaises limite les programmes disponibles pour un éditeur dans la composition de la grille de sa chaîne.

La concurrence la plus crédible pourrait venir de studios américains décidant de créer leurs propres chaînes. Il convient cependant de noter qu'ils ne sont, jusqu'alors, entrés dans cette stratégie commerciale que de façon marginale et que les quelques chaînes qui existent actuellement ne bénéficient que d'une faible audience. Il peut en outre s'avérer plus rentable pour ces studios de vendre leurs droits aux éditeurs de chaînes, notamment dans le cadre d'*output deals* que d'éditer eux-mêmes ces chaînes.

c) Conclusion sur les effets horizontaux

L'opération se traduit par une forte addition de parts de marché et entraîne la création d'une position dominante simple. Aux termes de sa communication sur les concentrations horizontales, la Commission européenne indique qu' « *un certain nombre de facteurs qui, pris séparément, ne sont pas nécessairement déterminants, peuvent influencer sur la probabilité qu'une opération de concentration entraîne des effets non coordonnés significatifs* ».

Les critères recensés par la Commission sont les suivants : « *les parties à la concentration détiennent des parts de marché élevées ; les parties à la concentration sont des concurrents proches ; les clients ont peu de possibilités de changer de fournisseur ; les concurrents sont peu susceptibles d'accroître leur production si les prix augmentent ; l'entité issue de la concentration peut freiner l'expansion des concurrents ; l'opération de concentration élimine un important moteur de la concurrence* ».

Tous ces critères sont remplis en ce qui concerne le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes cinéma. Les parts de marché de TPS et GCP, concurrents très proches, sont importantes. TPS était en outre un moteur important de la concurrence, les offres des deux opérateurs satellitaires se construisant l'une par rapport à l'autre. En outre, les concurrents restants sont peu susceptibles de créer de nouvelles chaînes si les prix augmentent en raison de l'assèchement des droits disponibles. Ils n'auront pas non plus l'incitation à le faire face à la puissance de la nouvelle entité. Enfin, les distributeurs de télévision payante risquent de devenir complètement dépendants de la nouvelle entité en ce qui concerne la fourniture de chaînes « cinéma ».

Un tel risque d'assèchement de matière première pour les distributeurs tiers ne fait que diminuer la concurrence sur le marché aval et donc les risques d'augmentation des prix et de baisse de la qualité de l'offre pour les consommateurs.

Afin d'éviter un tel risque et de permettre aux distributeurs tiers de composer leur bouquet avec des chaînes de cinéma attractives, la partie notifiante s'est engagée à mettre à disposition des distributeurs tiers (hors TNT et câble), sur une base non exclusive, une chaîne de cinéma populaire (Cinéstar), une chaîne de cinéma découverte (Cinéculte), et une chaîne de cinéma classique (Cinétoile) (engagement n° 21). Afin de garantir l'attractivité de ces trois chaînes, le groupe acquéreur s'est engagé à assurer « *un temps de diffusion annuel de programmes de catalogue propres (à savoir non mutualisés avec ceux d'une autre chaîne) au minimum de 50 %* » (engagement n° 22).

Cet engagement, qui a également été considérablement amélioré par rapport à la version déposée par la partie notifiante le 28 juillet 2006, assure l'attractivité du contenu de ces chaînes. Il garantit donc aux distributeurs tiers l'accès à des chaînes de cinéma attractives, ce qui participe à la composition d'un bouquet concurrentiel.

Cinéstar, Cinéculte et Cinétoile sont mises à disposition pour une durée de cinq ans. En effet, sous condition de la bonne exécution de la totalité des engagements déposés dans le cadre de ces opérations, dont l'efficacité ne peut s'évaluer que conjointement, l'émergence d'une concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes cinéma est envisageable.

En effet, sur ce marché, malgré l'existence de règles de quotas en matière d'œuvres européennes et françaises, des contenus restent à disposition des tiers qui souhaiteraient créer des chaînes cinéma. Plusieurs catalogues de droits indépendants de la nouvelle entité peuvent en effet être recensés (comme ceux de Gaumont et de TF1 par exemple). Cependant, celui de Studio Canal étant de loin le plus important de tous¹⁵⁴, l'inaccessibilité de ce dernier pourrait être fortement préjudiciable aux éditeurs tiers. La partie notifiante s'est donc engagée à « *céder les droits de diffusion des films français et étrangers du catalogue de StudioCanal, et de tout catalogue que viendrait à détenir Vivendi et Groupe CANAL+, à toute chaîne qui en fera la demande pour une diffusion télévisuelle, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire comparables à celles qui prévaudront à la date de cession des droits en cause) et non discriminatoires* » (engagement n° 11).

Cet engagement permet d'abaisser les barrières à l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes cinéma.

Au vu des éléments développés ci-dessus, la conjonction des engagements de non discrimination et de mise à disposition permet de remédier aux problèmes de concurrence identifiés sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes cinéma.

1.3 Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes sportives

a) Analyse statique

L'opération de concentration se traduit par une addition limitée de parts de marché. En effet, elle entraîne les augmentations suivantes :

	Audience	Chiffre d'affaires		Nombre de chaînes	
		En millions d'euros	En part de marché		
Groupe Canal	[10-20] %	[...] millions d'euros	[25-35] %	2	12,5 %
TPS	[0-10] %	CONFIDENTIEL	[5-10] %	2	12,5 %
TF1	[50-60] %	CONFIDENTIEL	[40-50] %	2	12,5 %
AB	[0-10] %	CONFIDENTIEL	[0-5] %	2	12,5 %
Autres	[20-30] %	CONFIDENTIEL	[15-25] %	8	50 %
Total nouvelle entité	[20-30] %	CONFIDENTIEL	[35-45] %	4	25 %

Cependant, il convient de préciser, comme l'a observé le Conseil de la concurrence dans son avis, qu'au delà de cette simple addition de parts de marché, TF1 et GCP ont conclu, aux termes du protocole CERES, un accord d'exclusivité portant sur Eurosport, pour une durée de [...] et valable sur le satellite et sur l'ADSL. Cet accord porte de fait à [...] la « part d'audience » des chaînes thématiques de sport « réservées » à la nouvelle entité. En outre, la chaîne Eurosport est la chaîne payante bénéficiant de la plus forte audience toutes thématiques confondues (1,9 point d'audience en février 2006).

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

Au delà des barrières à l'entrée communes à toutes les catégories de chaînes thématiques, étudiées précédemment, l'édition de chaînes de sport se heurte à une barrière spécifique « contractuelle ». En effet, certains détenteurs de droits, dans le cadre des appels d'offres qu'ils constituent et au titre des critères de

¹⁵⁴ Cf. supra l'analyse horizontale et verticale du marché relatif aux droits de catalogues.

sélection des soumissionnaires, exigent une base d'abonnés importante afin de garantir une bonne exposition de leurs programmes. Or, à l'issue de l'opération de concentration notifiée, la nouvelle entité disposera de plus de [...] millions d'abonnés satellite. Ce chiffre est à rapporter aux 2 millions d'abonnés au câble et aux 1,4 millions d'abonnés à la télévision par ADSL.

En outre, afin de pouvoir éditer une chaîne de sport, un grand nombre de droits sportifs doivent être acquis, afin de « combler » toutes les cases de la chaîne. Or, comme cela a été constaté à l'occasion de l'étude des marchés amont, la majorité des droits sont acquis par les chaînes thématiques payantes des groupes Canal + et TPS et par les chaînes hertziennes généralistes gratuites. Les éventuels concurrents potentiels sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes de sport auraient donc des difficultés à s'en procurer.

c) Conclusion sur les effets horizontaux

L'opération n'entraîne qu'une addition de parts de marché limitée (7 points de parts de marché calculées sur l'audience). La clause d'exclusivité conclue sur Eurosport peut cependant faire craindre un phénomène d'assèchement de matière première pour les distributeurs de télévision payante. Ces derniers n'auront en effet à disposition ni Sport +, ni Eurosport, ni Infosport.

Un tel risque d'assèchement de matière première pour les distributeurs tiers ne fait que diminuer la concurrence sur le marché aval et donc les risques d'augmentation des prix et de baisse de la qualité de l'offre pour les consommateurs.

Pour remédier à ce problème et plus globalement aux problèmes de concurrence identifiés sur certains marchés intermédiaires, le Conseil de la concurrence a indiqué, au point 655 de son avis qu'il convenait que la nouvelle entité fasse ses meilleurs efforts afin de dénouer les exclusivités dont elle bénéficie ou pourrait bénéficier sur les chaînes qu'elle n'édite pas elle-même ou pour obtenir la possibilité de sous-licencier les chaînes pour lesquelles elle bénéficie d'une distribution exclusive. Il indique, au point 656, qu'en cas d'échec des négociations avec ses co-contractants, il pourrait être imposé à la nouvelle entité de mettre à la disposition des autres distributeurs une chaîne lui appartenant. La partie notifiante a mené ces négociations de manière approfondie avec TF1 et Lagardère¹⁵⁵. Ces échanges ont cependant débouché sur des lettres de refus adressées à Vivendi par les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité¹⁵⁶. Le ministre a pris acte de ces démarches et de leurs résultats.

Le groupe acquéreur s'est alors engagé, comme l'y invitait le Conseil de la concurrence, à mettre à disposition des distributeurs tiers (hors TNT et câble) des chaînes appartenant à la nouvelle entité.

En ce qui concerne le marché des chaînes thématiques de sport¹⁵⁷, il s'agit de la chaîne Sport +, qualifiée par le Conseil de la concurrence de « chaîne à forte attractivité »¹⁵⁸ (engagement n° 21). Afin de garantir cette attractivité, le groupe acquéreur a amélioré et précisé son engagement par rapport à la version déposée le 28 juillet 2007. Il s'est engagé « à maintenir son positionnement éditorial et le volume horaire journalier actuel avec une proportion annuelle de 50 % au moins en programmes frais (premières expositions) ». En outre, Vivendi s'est également engagé « dans l'hypothèse où il éditerait une nouvelle chaîne thématique sport, à la mettre à disposition des tiers » (engagement n° 22).

Cet engagement offre la garantie aux distributeurs tiers de pouvoir composer leur bouquet avec la chaîne sportive de GCP la plus attractive et avec toute nouvelle chaîne sportive thématique créée par ce dernier. Il permet ainsi de remédier au risque d'assèchement souligné ci-dessus.

Ce remède est déposé pour une durée de cinq ans. En effet, au cours de cette période, la création de nouvelles chaînes sportives par des tiers n'est pas à exclure en raison des barrières à l'entrée plus faibles que celles identifiées sur les marchés de l'édition de chaînes premium. En outre, afin de faciliter davantage l'entrée de concurrents sur ce marché intermédiaire des chaînes sportives thématiques, la partie notifiante s'est engagée à limiter la durée des contrats futurs avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir aux détenteurs de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans.

En raison de ces engagements significatifs, l'opération de concentration n'entraîne pas de risque d'atteinte à la concurrence sur le marché intermédiaire des chaînes thématiques sportives.

¹⁵⁵ M6 n'éditant pas de chaînes thématiques appartenant à des marchés intermédiaires sur lesquels des problèmes de concurrence ont été identifiés (premium, sport, cinéma et jeunesse), il n'est pas concerné par ces négociations.

¹⁵⁶ Ces lettres, remises au ministre par Vivendi, figurent en annexe [CONFIDENTIEL].

¹⁵⁷ Les chaînes mises à disposition par la nouvelle entité sur d'autres marchés sont présentées à l'occasion de l'analyse concurrentielle développée sur ces marchés.

¹⁵⁸ Point 380 de l'Avis du Conseil de la concurrence.

1.4 Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes jeunesse

a) Analyse statique

L'opération de concentration ne se traduit par aucune addition de parts de marché car GCP n'est pas présent dans l'édition de chaînes jeunesse. Il acquiert cependant les chaînes de TPS (Teletoon, Piwi et Eureka) qui disposent des parts de marché suivantes :

	Audience	Chiffre d'affaires		Nombre de chaînes	
TPS	[10-20] %	CONFIDENTIEL	[5-10] %	[...]	[20-30] %
Lagardère	[40-50] %	CONFIDENTIEL	[25-35] %	[...]	[10-20] %
TF1	[0-10] %	CONFIDENTIEL	[0-5] %	[...]	[0-10] %
Autres	[30-40] %	CONFIDENTIEL	[60-70] %	[...]	[40-50] %
Total nouvelle entité	[10-20] %	CONFIDENTIEL	[5-10] %	[...]	[20-30] %

Bien que l'opération ne se traduise par aucun chevauchement d'activités, il convient de préciser, comme le Conseil de la concurrence l'a relevé dans son avis, que le groupe Lagardère et GCP ont conclu, aux termes du protocole CERES, un accord d'exclusivité portant sur toutes les chaînes « jeunesse » du premier, pour une durée de [...] et valable sur le satellite et sur l'ADSL. Cet accord porte de fait à [...] la « part d'audience » des chaînes thématiques « jeunesse » « réservées » à la nouvelle entité. [...].

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

L'édition de chaînes jeunesse se heurte aux barrières à l'entrée communes à toutes les catégories de chaînes thématiques, étudiées précédemment. L'acquisition de droits nécessaires à la création de chaînes jeunesse est cependant plus aisée que celle de droits nécessaires à la création d'autres chaînes thématiques. L'entrée récente d'un grand nombre de chaînes sur ce marché ces dernières années confirme cette position (l'année 2005 a vu apparaître trois nouvelles chaînes : *Fille TV*, *Nickelodeon* et *Jetix*¹⁵⁹).

c) Conclusion sur les effets horizontaux

L'opération ne se traduit par aucune addition de parts de marché mais augmente la position de GCP sur ce marché. La clause d'exclusivité négociée en ce qui concerne les chaînes de Lagardère ne fait que renforcer cette position. En outre, la nouvelle entité bénéficie de contrats d'exclusivité, préexistants à l'opération, sur un très grand nombre d'autres chaînes jeunesse. Un assèchement de matière première est ainsi à craindre pour les distributeurs concurrents. Ils ne sauraient créer un bouquet attractif à partir des seules chaînes restantes. Si la création de nouvelles chaînes n'est pas à exclure, elle n'est pas envisageable à court terme.

Pour remédier à ce problème et plus globalement aux problèmes de concurrence identiques identifiés sur certains marchés intermédiaires, le Conseil de la concurrence a indiqué, au point 655 de son avis qu'il convenait que la nouvelle entité fasse ses meilleurs efforts afin de dénouer les exclusivités dont elle bénéficie ou pourrait bénéficier sur les chaînes qu'elle n'édite pas elle-même ou pour obtenir la possibilité de sous-licencier les chaînes pour lesquelles elle bénéficie d'une distribution exclusive. Il indique, au point 656, qu'en cas d'échec des négociations avec ses co-contractants, il pourrait être imposé à la nouvelle entité de mettre à la disposition des autres distributeurs une chaîne lui appartenant. La partie notifiante a mené ces négociations de manière approfondie avec TF1 et Lagardère¹⁶⁰. Ces échanges ont cependant débouché sur des lettres de refus adressées à Vivendi par les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité¹⁶¹. Le ministre a pris acte de ces démarches et de leurs résultats.

Le groupe acquéreur s'est alors engagé, comme l'y invitait le Conseil de la concurrence, à mettre à disposition des distributeurs tiers (hors TNT et câble) des chaînes appartenant à la nouvelle entité.

En ce qui concerne les marchés des chaînes jeunesse, le groupe acquéreur s'est engagé, dans le droit fil des recommandations du Conseil de la concurrence, à mettre à disposition des distributeurs tiers (hors TNT et câble) les deux chaînes jeunesse de TPS ayant la plus forte audience (*PIWI* et *Télétoon*) (engagement n° 21). Afin d'assurer le maintien de cette attractivité, Vivendi s'est également engagé à « garantir le maintien du positionnement éditorial et le volume horaire journalier actuels de ces chaînes » (engagement n° 22). Un tel

¹⁵⁹ La chaîne *Jetix* est issue d'une refonte de la chaîne *Fox Kid*.

¹⁶⁰ M6 n'éditant pas de chaînes thématiques appartenant à des marchés intermédiaires sur lesquels des problèmes de concurrence ont été identifiés (premium, sport, cinéma et jeunesse), il n'est pas concerné par ces négociations.

¹⁶¹ Ces lettres, remises au ministre par Vivendi, figurent en annexe.

engagement assure aux distributeurs tiers l'accès à deux chaînes jeunesse, ce qui leur permet de compléter leur bouquet avec des chaînes attractives appartenant à une thématique incontournable.

1.5 Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes d'information

a) Analyse statique

L'opération ne se traduit par aucune addition de parts de marchés. En effet, la seule chaîne d'information payante, LCI, est contrôlée par TF1. Comme l'a souligné le Conseil de la concurrence dans son avis, cette dernière fait cependant l'objet d'un accord d'exclusivité conclu entre TF1 et GCP, aux termes du protocole CERES, pour une durée de [...] valable sur le satellite et sur l'ADSL.

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

Au delà des barrières à l'entrée communes à toutes les catégories de chaînes thématiques, étudiées précédemment, l'édition de chaînes d'information se heurte à une barrière spécifique, due à la structure de la concurrence sur le marché des chaînes payantes d'information. Il semble en effet que ce dernier soit, sous un certain angle, en « déclin ». En effet, si LCI est la seule chaîne payante d'information, les chaînes gratuites sont beaucoup plus nombreuses – BFM TV, I-Télé, Euronews et bientôt France 24. Bien que ces dernières appartiennent à un marché pertinent distinct et n'exercent donc pas de concurrence sur LCI, le modèle économique des chaînes payantes d'information semble de moins en moins recherché. Il convient même d'observer que la chaîne I-Télé a abandonné le modèle payant pour le modèle gratuit. Il paraît donc peu probable qu'un éditeur fasse le choix d'un tel modèle pour le lancement d'une nouvelle chaîne d'information. Les recettes publicitaires seront probablement préférées aux redevances.

c) Conclusion sur les effets horizontaux

L'opération ne se traduit par aucune addition de parts de marché, ni GCP ni TPS n'étant actives sur le marché des chaînes payantes d'information. L'exclusivité négociée entre GCP et TF1 en ce qui concerne la chaîne LCI ne saurait entraîner un risque d'atteinte à la concurrence sur le marché intermédiaire à partir du moment où GCP n'est absolument pas présent sur ce marché et où il aurait pu négocier une telle exclusivité en dehors du protocole CERES.

1.6 Analyse concurrentielle sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes de VoD et de PPV

Chacune de ces chaînes constitue un marché pertinent différent.

En ce qui concerne les chaînes PPV, le sport et le cinéma doivent être distingués. S'agissant des chaînes sport, l'opération ne se traduit par aucune addition de parts de marché¹⁶². Elle entraîne en revanche la constitution d'un monopole sur l'édition de chaînes PPV cinéma.

En effet, GCP, qui contrôle Kiosque, acquiert Multivision, la seule autre chaîne PPV cinéma. Cette addition ne présente cependant pas de risque d'atteintes à la concurrence en raison des engagements de non exclusivité déposés par la partie notifiante sur les marchés amont.

L'acquisition des droits est en effet la seule barrière à l'entrée qui pourrait être significative sur ce marché, l'édition d'une chaîne de PPV nécessitant beaucoup moins de savoir-faire que les autres chaînes traditionnelles et pouvant être proposée indépendamment d'une offre de bouquets (en ce qui concerne le sport, il est par exemple possible de souscrire de manière séparée à Foot + sur Orange).

En ce qui concerne, les chaînes VoD, le Conseil de la concurrence, suivant en cela le CSA, estime que les parties ne sont pas directement présentes sur ce marché car elles n'éditent pas de chaînes VoD. En effet, GCP n'est présent sur cette activité qu'à travers CanalPlay, c'est à dire au niveau des marchés amont (en ce qu'il intervient comme un détenteur du droit de diffuser des films en VOD) et à l'aval (lorsqu'il propose les services de CanalPlay directement aux consommateurs au sein de l'offre CanalSat sur ADSL). L'opération n'entraînera donc pas de chevauchement au niveau intermédiaire.

¹⁶² La chaîne Multivision, acquise par GCP ne diffuse que très marginalement du sport (quelques heures de boxe Thaï et du Kickboxing exclusivement). Il s'agit avant tout d'une chaîne PPV Cinéma.

1.7 Analyse concurrentielle sur le marché global de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques

Sur le marché global de l'édition de chaînes thématiques, l'opération n'entraîne aucun chevauchement entre les activités de GCP et TPS, ce dernier n'éditant que des chaînes payantes relevant des thématiques jeunesse, sport, cinéma et premium. L'acquisition par Vivendi / GCP du contrôle exclusif de CanalSat ne modifie pas non plus la structure de la concurrence sur ce marché, CanalSat n'éditant pas de chaînes thématiques. En outre et de manière accessoire, il convient de remarquer que les chaînes éditées par GCP sont devancées, en termes d'audience, par celles du groupe TF1, puis du groupe AB et enfin du groupe M6.

L'opération n'entraîne donc aucun risque d'atteinte à la concurrence sur le marché global de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques.

Le risque de coordination du comportement concurrentiel entre le groupe acquéreur et les actionnaires minoritaires de la future entité n'a pas à être étudiée dans le cadre de l'analyse de la concentration notifiée, ces derniers ne détenant aucun contrôle sur la nouvelle entité.

2. Analyse conglomérale sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques à destination de la télévision « traditionnelle »

Au delà des effets directs de nature horizontale ou verticale, une concentration peut produire des effets congloméraux susceptibles de porter atteinte à la concurrence, comme l'effet de gamme ou l'effet de portefeuille.

Sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques, l'opération se traduit par l'acquisition de plusieurs chaînes de thématiques différentes. Or ces dernières relèvent de thématiques particulièrement attractives. Le CSA indique en effet, dans son guide des chaînes thématiques de 2006, que « *la thématique Cinéma reste toujours très largement en tête avec 181,2 M€ de chiffre d'affaires, en hausse de 4 %. La croissance est néanmoins tirée par les chaînes de Sport (7 chaînes) dont le chiffre d'affaires est en progression de 13 % et les chaînes Jeunesse (12 chaînes) en hausse de 12 %. Ces trois thématiques se partagent à elles seules près de 49 % du chiffre d'affaires total du secteur* ». Quant aux chaînes premium, elles sont qualifiées de premières chaînes « moteurs » par les répondants au test de marché.

Il a été établi précédemment que la nouvelle entité détiendrait des positions dominantes voire monopolistiques sur cet ensemble de thématiques incontournables. La constitution d'un tel effet de gamme, issu de la disparition de l'éditeur concurrent TPS, peut faire craindre un net renforcement du pouvoir de négociation du groupe acquéreur. Ce dernier sera en effet en mesure d'imposer aux distributeurs des exigences très fortes en termes de redevances à verser à ses chaînes. En cas de refus, ces distributeurs s'exposent à une absence de mise à disposition des chaînes concernées.

Une telle gamme peut également, et inversement, permettre à la nouvelle entité d'imposer aux distributeurs de reprendre ses chaînes de manière groupée. Ces derniers n'auraient donc pas la possibilité de sélectionner les seules chaînes nécessaires à la composition de leur propre bouquet. La situation des câblo-opérateurs, qui avant l'opération, ont la possibilité d'agréger leurs bouquets comme ils le souhaitent, pourrait ainsi pâtir de cet effet de gamme. Il en va de même pour les opérateurs ADSL qui souhaiteraient, à côté ou à la place de la vente des offres de CanalSat et TPS, développer leur propre bouquet.

Cet effet de gamme est en outre renforcé par un effet de portefeuille. Ainsi, comme le souligne le Conseil de la concurrence aux termes de son avis, « *la concentration va regrouper au sein de la nouvelle entité trois marques majeures du secteur de l'audiovisuel : Canal +, CanalSat, et TPS. La détention de ce portefeuille de marques pourrait constituer ou renforcer les barrières à l'entrée sur les marchés intermédiaires et elle renforcera le pouvoir de négociation de la nouvelle entité vis-à-vis des éditeurs et distributeurs indépendants* ».

Cependant, afin d'éviter un tel risque d'atteintes à la concurrence, la nouvelle entité s'est engagée, comme cela a été étudié précédemment, à mettre à disposition au profit de tout distributeur tiers (à part des câblo-opérateurs et des distributeurs TNT), de manière dégroupée, un nombre significatif de chaînes thématiques attractives (cf. supra et les engagements n° 21 et 22). En ce qui concerne les câblo-opérateurs, le groupe acquéreur s'est engagé à maintenir en l'état les contrats actuels et à négocier de bonne foi les modalités de leur reconduction à des conditions objectives et comparables d'accessibilité (cf. supra et les engagements n° 30 et 31).

Le cas particulier de la TNT payante doit également être étudié. En effet, sur les 11 chaînes sélectionnées par le CSA pour faire partie de la TNT payante, 5 chaînes sont éditées par la nouvelle entité (Canal +, Planète, TPS Star, Canal + Sport et Canal + Cinéma), cinq par les actionnaires minoritaires (Eurosport, LCI, TF6,

Canal J et Paris Première) et une par le groupe AB (AB1). Des clauses d'exclusivité conclues entre les actionnaires minoritaires et le groupe acquéreur ainsi qu'un refus de mise à disposition des chaînes de GCP rendraient concrètement impossible toute distribution de TNT payante par un tiers. En effet, ce dernier ne disposerait pour constituer son offre que de la chaîne AB1. Une telle absence de concurrence présenterait un risque de hausse des prix et de baisse de la diversité de l'offre pour le consommateur. L'effet de gamme constitué par la nouvelle entité ainsi que les liens noués avec TF1, M6 et Lagardère présentent donc ici un risque d'atteinte à la concurrence.

Afin de remédier à de tels risques d'atteinte à la concurrence, le groupe acquéreur s'est engagé à « *mettre à disposition à titre non exclusif, et sur une base unitaire, toutes les chaînes de la TNT que Vivendi ou Groupe Canal + contrôle (ou contrôlera) à l'exclusion de Canal + et de ses déclinaisons* » (engagement n° 33). Afin d'assurer que les distributeurs tiers ne seront pas privés, du fait du groupe acquéreur, des chaînes de la TNT qui sont contrôlées par des tiers, Vivendi a déposé un engagement supplémentaire : « *renoncer à toute distribution exclusive, sur la TNT, des chaînes éditées par Vivendi, GCP ou par les actionnaires minoritaires de la Nouvelle entité et les tiers* » (engagement n° 32).

Les distributeurs tiers de la TNT payante sont donc assurés de pouvoir proposer une offre attractive de plusieurs chaînes thématiques.

Les engagements déposés par la nouvelle entité permettent donc d'écarter tout risque d'atteinte à la concurrence lié à des effets congloméraux sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques.

3. Analyse concurrentielle sur le marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques destinées aux terminaux mobiles

Le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques destinées aux terminaux mobiles est distinct de celui de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques destinées aux distributeurs de télévision payante « classiques ».

Sur ce marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques à destination de terminaux mobiles, qui est loin d'avoir atteint sa maturité, l'instruction n'a pas permis de définir précisément l'existence de thématiques incontournables et la composition du « bouquet » attractif.

Ainsi, en raison du caractère émergent de ce marché, une définition globale de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques a été retenue aux fins de la présente analyse. Il est très difficile d'y évaluer les parts de marché des différents opérateurs, les contenus télévisés devant être retraités techniquement avant d'être mis à disposition des distributeurs. Il est cependant possible, dans l'attente du développement de ce marché émergent, d'établir les parts de marché des éditeurs en prenant pour référence leurs positions relatives à l'activité globale de l'édition et la commercialisation de chaînes à destination des distributeurs « classiques » de télévision payante.

Bien que l'opération se traduise par des additions de parts de marché, les distributeurs de télévision sur terminaux mobiles disposeront toujours des chaînes des éditeurs tiers.

En effet, le protocole d'accord CERES ne prévoit aucune clause d'exclusivité en ce qui concerne les chaînes de TF1 et M6 destinées à une diffusion sur téléphone mobile. Elles resteront donc accessibles à l'ensemble des opérateurs actifs sur le secteur de la télévision mobile. [...] Ainsi, l'opération ne prive, en aucun cas, les opérateurs du secteur de la télévision mobile de l'accès à des chaînes TV éditées par les principaux groupes audiovisuels.

L'opération n'entraîne donc pas de risque d'atteinte à la concurrence sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques à destination des terminaux mobiles.

4. Analyse concurrentielle sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques dans les DOM

Si sur ces marchés (également segmentés par thématique) les constats sont les mêmes en ce qui concerne les additions de parts de marché, les conséquences en termes d'analyse sont différentes. En effet, l'acquisition par GCP des chaînes de TPS a pour conséquence de faire dépendre les distributeurs des marchés de l'Océan Indien et des Antilles de la nouvelle entité alors que cette dernière est leur seule concurrente. Ce constat,

établi sur chacun des marchés étudiés séparément¹⁶³, est renforcé par l'analyse conglomérale (la nouvelle entité se renforçant sur plusieurs thématiques incontournables).

En outre, la création de nouvelles chaînes destinées à une diffusion dans les DOM et à Mayotte se heurte à des barrières à l'entrée importantes. Au-delà de toutes celles qui ont été étudiées précédemment, s'ajoute celle de la taille critique nécessaire pour la création d'une chaîne. La zone de l'Océan indien par exemple n'est pas assez étendue pour permettre à un éditeur d'amortir ses coûts.

L'opération entraîne donc de forts risques d'éviction des opérateurs concurrents de la nouvelle entité sur chacun des marchés identifiés (par hausse des redevances demandées ou par simple absence de mise à disposition des chaînes de TPS ou de GCP). Une telle éviction entraînerait la disparition de toute concurrence à l'aval (alors que le marché est déjà très concentré en raison des obstacles techniques dus aux spécificités de ces îles). Un risque d'enchérissement des abonnements et de baisse de la qualité est donc à craindre.

Afin d'éviter de tels risques, le groupe acquéreur s'engage, au profit de Parabole Réunion et de WSG-MTVC, à « *reconduire le (ou les) contrat(s) existant* » avec TPS à la demande de Parabole Réunion ou de WSG-MTVC, « *dans des conditions de durée, commerciales et techniques, notamment pratiquées en matière de transport, au moins aussi favorables que les conditions actuelles* » (engagements n° 34 et 35).

La partie notifiante s'engage également, « *dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait (aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, (...) à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente* » (engagements n° 34 et 35).

B – Effets coordonnés

Ces effets doivent être étudiés conformément à la jurisprudence communautaire¹⁶⁴ et à la pratique décisionnelle des autorités nationales et communautaire de la concurrence, dont le contenu a été rappelé au cours de l'analyse concurrentielle sur les marchés amont.

En ce qui concerne les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes premium et de chaînes cinéma, la création ou le renforcement d'une position dominante collective peut être écartée d'emblée. En effet, l'opération se traduisant par un monopole sur le premier et un quasi-monopole sur le second, les critères dégagés par la pratique ne sont pas réunis. Le pouvoir de marché est incontestablement détenu par la nouvelle entité, ainsi que cela a été démontré précédemment.

Le constat est identique sur les marchés des chaînes PPV l'opération entraînant la constitution d'un monopole. Sur le marché des chaînes VoD, l'opération n'entraîne pas de chevauchement entre les activités des parties, GCP n'étant pas présent sur ce marché. En tout état de cause, le très fort dynamisme de ce marché préfigure une forte instabilité des parts de marché.

S'agissant du marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes de sport, deux critères au moins ne sont pas remplis.

En ce qui concerne la transparence, il convient de remarquer que les produits ne sont pas homogènes (des chaînes d'information sportive et d'événements sportifs appartiennent au même marché ; en outre, ces contenus sportifs sont hétérogènes en eux-mêmes). Le contenu et la valeur des chaînes est donc difficilement comparable. La Commission européenne a d'ailleurs considéré, de manière générale qu'une coordination sur les marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques était « *difficilement envisageable, notamment au niveau des prix, étant donné les différences existant entre la valeur commerciale des différentes chaînes : certaines sont, en effet, plus anciennes et plus populaires et ont par conséquent une valeur commerciale plus élevée que des chaînes plus récemment créées, dont la notoriété est encore faible* »¹⁶⁵.

En outre, la structure du marché permet d'écarter l'existence d'une position dominante collective. En effet, d'une part l'asymétrie des parts de marché est forte ([50-60] % pour TF1 contre [0-10] % pour TPS) limitant l'incitation des opérateurs à participer à une telle position dominante collective. Bien que TF1 soit actionnaire minoritaire de la nouvelle entité, son intérêt est d'augmenter au maximum l'attractivité de sa chaîne afin d'accroître son audience et ainsi sa redevance et ses recettes publicitaires (ce qui lui permet

¹⁶³ A l'exception des conséquences des exclusivités. En effet le champ d'application des clauses d'exclusivité conclues entre GCP et ses actionnaires minoritaires est limité à la métropole.

¹⁶⁴ Voir notamment la décision du TPICE en date du 6 juin 2002, *Airtours/First Choice*.

¹⁶⁵ Cf. Commission européenne, 3 mars 1999, décision IV/36.237-TPS, § 96.

d'augmenter ses recettes en tant qu'éditeur mais également en tant qu'actionnaire de la nouvelle entité à travers l'augmentation du nombre d'abonnés). Il dispose d'un avantage décisif sur le marché intermédiaire de l'édition de chaînes sportives le dissuadant de participer à une position dominante collective. En outre, l'existence de concurrents dont la taille est encore limitée mais dont le potentiel est important (tel que, par exemple, l'Equipe TV qui a une audience relativement importante et dont la notoriété croît), remettrait en cause toute éventuelle position dominante collective. En outre, TF1 sera d'autant plus incité à accroître sa pression concurrentielle que la chaîne Sport + sera mise à disposition des distributeurs (aux termes de l'engagement précité déposé par le groupe acquéreur).

S'agissant du marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes jeunesse, l'hétérogénéité des produits est également forte (les cibles ne sont pas les mêmes, certains programmes correspondant à des tranches d'âge bien spécifique). Les arguments relevés pour les chaînes sportives sont donc également valables pour les chaînes jeunesse. En outre, l'opération ne modifie pas les écarts de part de marché car GCP ne détenait aucune chaîne jeunesse. Ces écarts sont d'ailleurs très importants, Lagardère est loin devant ses concurrents, avec une part de marché de [40-50] % contre [10-20] % et [0-10] % respectivement pour la nouvelle partie et pour TF1. Une telle asymétrie des positions des offreurs, ainsi qu'il a été exposé est incompatible avec l'existence d'une position dominante collective. En outre, Lagardère sera d'autant plus incité à accroître sa pression concurrentielle que les chaînes de TPS, Piwi et Teletoon, seront mises à disposition des distributeurs (aux termes de l'engagement précité déposé par le groupe acquéreur). Enfin, les entrées récentes sur ce marché (comme celles de *Filles TV* ou *Jetix*) présentent un facteur de déstabilisation supplémentaire.

S'agissant du marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes payantes d'information, l'opération n'entraîne aucun chevauchement d'activités, ni GCP ni TPS n'y étant actifs. Le risque de création de position dominante collective est donc inexistant.

En ce qui concerne le marché de l'édition de chaînes destinées aux terminaux mobiles, il convient avant tout de noter l'absence d'homogénéité des produits (tant dans leur contenu qu'en ce qui concerne les mécanismes de rémunération des chaînes). En effet, sur ce marché émergent, plusieurs modes de facturation peuvent être relevés (paiement d'une option, paiement à la carte ou souscription à un abonnement) et différents contenus sont proposés (extraits de programmes, bouquet complet, etc.). Le critère de transparence n'est ainsi pas rempli. En outre, les fortes innovations et l'apparition progressive de concurrents rendraient instable toute hypothétique position dominante collective. Le risque de création de position dominante collective est donc inexistant.

S'agissant, enfin, des marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques dans l'Océan Indien et aux Antilles, l'opération de concentration entraînant la création d'une position dominante aucun risque d'effets coordonnés ne peut être craint.

Conclusion sur les remèdes adoptés par la partie notifiante sur les marchés intermédiaires et envisagés du côté de l'offre

Il ressort des développements précédents que sur chacun des marchés intermédiaires où l'opération conduit à un renforcement de la position du groupe acquéreur en tant qu'offreur susceptible d'évincer les distributeurs indépendants, des remèdes ont été déposés. Ils garantissent, comme le recommande le Conseil de la concurrence dans son avis, la mise à disposition de chaînes dont la thématique est indispensable à la composition d'un bouquet attractif. Le maintien de l'attractivité de ces chaînes est garanti par ces mêmes remèdes. En outre, des engagements, également étudiés ci-dessus, ont été déposés sur les marchés amont afin de faciliter la création de chaînes concurrentes.

Il convient cependant de s'intéresser aux effets de l'opération sur la position du groupe acquéreur en tant que demandeur sur les marchés intermédiaires. En effet, il importe de s'assurer que les débouchés des chaînes indépendantes ne seront pas restreints ou fermés par l'opération. Une telle situation représenterait un risque d'éviction de ces dernières, ce qui entamerait d'autant le nombre de chaînes indépendantes disponibles pour les distributeurs tiers et limiterait donc l'animation de la concurrence sur le marché aval.

II – Du côté de la demande

A – Les effets non coordonnés

L'opération de concentration se traduit par l'acquisition, par Vivendi Universal, du concurrent le plus direct de CanalSat. Sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques, les redevances versées par ces deux distributeurs représentent en moyenne [...] % du chiffre d'affaires des principaux éditeurs indépendants. Le Conseil de la concurrence présente un chiffre un peu inférieur. Il estime qu'« *en l'absence de données fournies par les parties, il convient de se référer à l'évaluation réalisée par la Commission européenne de la puissance d'achat de la nouvelle entité sur tous les marchés de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques, laquelle serait de 60 % de parts de marché (en valeur) (décision de la Commission COMP/M.3609 du 4 mars 2005, Cinven / France Télécom Câble - NC Numéricâble)* ». Les informations obtenues par les services du ministre lors de l'instruction tendent plutôt à retenir le chiffre de [...] %.

Quelle que soit l'estimation finale retenue, l'opération se traduit par la création ou le renforcement d'une forte puissance d'achat. Plusieurs risques d'atteinte à la concurrence peuvent être identifiés.

En effet, tout d'abord, cette puissance peut permettre à la nouvelle entité d'imposer une diminution des redevances versées aux chaînes actuellement distribuées par TPS et/ou CanalSat. Or les chaînes payantes indépendantes peinent déjà à trouver leur rentabilité en raison du faible niveau des redevances. En outre, depuis quelques années, le système de rémunération de ces chaînes a varié. Il est passé d'une indexation du niveau de la redevance au nombre d'abonnés à un système de paiement au forfait. Cette dernière méthode ne permet pas aux chaînes de bénéficier de l'augmentation du nombre des abonnés qui regardent leurs programmes. Or dans le cadre de la concentration, ce nombre va fortement augmenter, atteignant 6 millions. Les chaînes indépendantes sont en outre prises « en tenaille » entre les redevances qui n'augmentent pas, voire risquent de baisser, et les coûts d'acquisition des droits de diffusion de certains programmes dont l'augmentation est, elle, fonction croissante du nombre d'abonnés.

La puissance d'achat de la nouvelle entité risque également de se traduire par des clauses d'exclusivité conclues entre cette dernière et les chaînes indépendantes les plus attractives. En effet, il est fort probable que le nombre d'abonnés aux deux plates-formes du nouveau groupe rende ce dernier incontournable pour les chaînes indépendantes. Aucun distributeur concurrent ne peut actuellement offrir une telle exposition aux chaînes qui vivent, notamment, de la publicité. En tout état de cause, aucune autre plate-forme n'aura la possibilité de proposer des redevances atteignant celles qui seront versées par la nouvelle entité, même si elles demeurent peu élevées au regard du nombre d'abonnés. Le risque est alors que le nouveau groupe impose des exclusivités aux chaînes indépendantes les plus attractives, privant les distributeurs tiers de ces dernières. Or, si l'exclusivité peut se justifier et s'avérer efficace dans certains cas, notamment lorsqu'elle représente la contrepartie d'une redevance élevée, elle constitue une atteinte à la concurrence si elle est imposée à l'éditeur et n'est pas la contrepartie d'une redevance équitable.

Afin d'éviter que la puissance d'achat de la nouvelle entité ne se traduise par des exclusivités imposées aux éditeurs de chaînes indépendantes, la nouvelle entité s'est engagée à « *ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes tierces lors de la négociation du contrat ou de sa reconduction* » (engagement n° 46). Dans l'hypothèse où l'éditeur de chaîne souhaite néanmoins négocier une exclusivité, le groupe acquéreur s'est engagé à « *proposer une durée raisonnable de contrats, conforme aux usages du marché* » (engagement n° 43) et notamment, à « *ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes tierces pour une durée supérieure à 4 ans* » (engagement n° 45). En ce qui concerne les contrats en cours, la partie notifiante s'est également engagée à « *faire ses meilleurs efforts pour renégocier, dans les meilleurs délais, les durées des droits exclusifs existants dont la durée serait supérieure à 4 ans* » (suite de l'engagement n° 45).

Ces engagements ont pour effet d'éviter que la puissance d'achat de la nouvelle entité ne permette à cette dernière d'imposer des exclusivités aux éditeurs tiers ou de les négocier pour une durée trop longue.

Au delà de ces risques, liés aux conditions de négociation d'exclusivités, le caractère incontournable de la plate-forme de distribution de la nouvelle entité (lié à l'accroissement de sa puissance d'achat) soulève d'autres problèmes de concurrence. En effet, un refus de cette dernière de distribuer des chaînes indépendantes risquerait d'entraîner la disparition de ces chaînes. Or une telle disparition constituerait un frein évident à la composition de bouquets concurrents à ceux de la nouvelle entité. Un tel manque de concurrence présente de forts risques d'augmentation du prix des abonnements et de baisse de la diversité de l'offre de télévision payante.

Ainsi, afin d'éviter de telles atteintes à la concurrence liées à la puissance d'achat de la nouvelle entité, Vivendi, suivant les prescriptions du Conseil de la concurrence aux termes de son avis, s'est engagé, dans une lettre adressée au ministre le 28 juillet 2006, à faire droit à toute demande raisonnable de reprise d'une

chaîne indépendante à concurrence d'un nombre de chaînes dont le chiffre d'affaires redevance cumulé correspondra au minimum à 15 % du total des redevances versées par la nouvelle entité aux chaînes conventionnées en langue française, étant précisé que ce chiffre d'affaires redevance cumulé devra être alloué sur un nombre de chaînes représentant au moins 15 % des chaînes conventionnées en langue française. Les réponses au test des engagements et les résultats de l'instruction ont cependant fait apparaître que ce mécanisme étant insuffisant pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le pourcentage de chaînes indépendantes reprises est inférieur à celui constaté au moment de la notification au sein des offres des plates-formes TPS et CanalSat. D'autre part, en cas de diminution de l'assiette du calcul du pourcentage, le seul critère du pourcentage ne permet pas d'assurer la présence d'un nombre suffisant de chaînes indépendantes. Une référence en valeur absolue semble donc nécessaire. Enfin, ce mécanisme ne permet pas d'assurer de manière certaine la présence de chaînes indépendantes tant au sein de l'offre de base que de l'offre en option de la nouvelle entité.

La partie notifiante s'est alors engagée, par lettre dont il a été accusé réception le 24 août 2006, à « faire droit à toute demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante dans [son] Offre Commerciale satellite » dans les conditions suivantes (engagements n° 37 et 38) :

« Sous réserve d'un nombre suffisant de demandes raisonnables de reprise, le nombre de Chaînes Indépendantes :

i) ne pourra pas être inférieur d'une part, au nombre de Chaînes Indépendantes actuellement distribuées au sein des offres commerciales (base et option) des deux plateformes satellites, soit 17 chaînes, et d'autre part, à un nombre de chaînes représentant au moins 22 % des Chaînes de Référence distribuées par la Nouvelle Entité au sein de son Offre Commerciale satellite ;

ii) ne pourra être inférieur, au sein de son Offre de Base, d'une part au nombre de Chaînes Indépendantes actuellement distribuées au sein de l'une au moins des Offres de Base des deux plateformes satellites, soit 5 chaînes, et d'autre part, à un nombre de chaînes représentant au moins 12 % des Chaînes de Référence distribuées par la Nouvelle Entité au sein de son Offre de Base satellite ;

iii) ne pourra être inférieur à 10 chaînes en option ».

Cet engagement est valable « à concurrence d'un nombre de chaînes dont le chiffre d'affaires cumulé résultant de leur distribution par la Nouvelle Entité dans une offre de base ou en option, correspondra au minimum à 15 % des sommes versées par la Nouvelle Entité aux Chaînes de Référence qu'elle distribue dans son Offre Commerciale satellite ».

Les conditions de reprise concernant le délai de réponse et la motivation (en cas de refus) sont encadrées par l'engagement n° 40. En cas de désaccord persistant, le recours à un mandataire est prévu.

En ce qui concerne la position du groupe acquéreur en tant que demandeur sur les marchés intermédiaires, le cas de la TNT payante doit être analysé de manière spécifique. En effet, l'acquisition de TPS par Vivendi Universal fait disparaître le principal concurrent de GCP en tant que distributeur de TNT payante. Il n'est pas exclu qu'une ou deux autres plates-formes de distribution se développent¹⁶⁶ mais elles ne bénéficieront ni de la notoriété de CanalSat ni de ses abonnés déjà acquis grâce aux bouquets « traditionnels » de télévision payante. En outre, si Vivendi Universal s'est engagé à mettre à disposition ses propres chaînes de TNT payante, cet engagement ne couvre pas Canal + Le Bouquet (il ne concerne que Planète et TPS Star). Les plates-formes des distributeurs tiers seront donc très probablement moins attractives car plus faibles en contenu. Au vu des éléments susmentionnés, il apparaît que la disparition de TPS fait de CanalSat la plateforme incontournable, au moins à court et moyen terme, pour les chaînes indépendantes de la TNT payante.

Un refus de la part de CanalSat de distribuer ces chaînes, ou une distribution dans des conditions déraisonnables, risquerait de remettre en cause l'existence de ces chaînes indépendantes. Une telle disparition aurait deux conséquences principales : appauvrir l'offre de la TNT payante proposée aux consommateurs et accroître la dépendance des distributeurs tiers des chaînes de la nouvelle entité et de ses actionnaires minoritaires. A terme, une disparition des éventuels concurrents distributeurs de TNT payante et ainsi un risque d'enchérissement des abonnements ne sont pas à exclure.

Afin d'éviter de tels risques, le groupe acquéreur s'est engagé « faire droit à toute demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante au sein de l'offre multi chaînes payante de la Nouvelle Entité, au sein du

¹⁶⁶ En effet, outre TPS et GCP, deux distributeurs se sont déclarés auprès du CSA (ABSat et TV Numeric).

service de base ou en option, dans des conditions transparentes et non discriminatoires » (engagement n° 39).

Il apparaît ainsi, au vu des éléments susmentionnés, que les relations pouvant exister entre des éditeurs de chaînes et un distributeur dépendent de l'attractivité et du modèle économique des chaînes concernées. En effet, certaines d'entre elles peuvent souhaiter négocier des exclusivités avec la plate-forme disposant du plus grand nombre d'abonnés afin de bénéficier d'une rémunération plus conséquente. D'autres, surtout celles pour lesquelles la publicité est importante (bien que restant des chaînes payantes), préfèrent privilégier une diffusion multi-supports et refusent donc l'exclusivité. La survie des chaînes indépendantes passe par la possibilité pour celles-ci d'exercer librement le choix du modèle qui leur convient. Les engagements déposés par la partie notifiante, et étudiés ci-dessus, ont pour effet de préserver une telle liberté. Le groupe acquéreur s'est en effet à la fois engagé à ne pas négocier d'exclusivités trop longues et à reprendre un nombre minimum de chaînes indépendantes sur sa plate-forme. Il s'est également engagé à ce qu'une telle reprise soit mise en œuvre dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires (cf. infra, le paragraphe III sur l'analyse verticale et l'engagement n° 41).

Enfin, toujours dans l'objectif de laisser aux éditeurs de chaînes la liberté de négocier un contrat de distribution avec un opérateur autre que la nouvelle entité, cette dernière s'est engagée à « *conclure des contrats séparés pour la distribution commerciale d'une part, et les prestations de transport associées, d'autre part (y compris location de capacités satellite), sans conditionner la distribution commerciale d'une chaîne à la signature d'un contrat de prestation de transport* » (engagement n° 44).

Il ressort de l'ensemble des éléments susmentionnés que les engagements déposés par la partie notifiante permettent de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés sur les marchés intermédiaires de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques relatifs à des effets non coordonnés.

B – Les effets coordonnés

L'opération de concentration entraîne un très fort accroissement de la puissance d'achat du groupe acquéreur. Sa position en tant que demandeur sur les marchés intermédiaires est largement supérieure à celle des autres opérateurs.

En outre, les termes tarifaires des relations entre éditeurs et distributeurs font l'objet de contrats confidentiels, et peuvent être structurés selon des modes différents (rémunération fixe ou variable), ce qui va à l'encontre de la transparence du marché. Les marchés intermédiaires se caractérisent par une grande opacité des conditions de rémunération des chaînes qui peuvent varier dans une ampleur considérable.

Enfin, les caractéristiques de la demande sont différentes. Aux demandeurs plutôt mono service que sont les opérateurs satellite s'opposent aujourd'hui, les opérateurs multi-services que sont les câblo-opérateurs et les nouveaux distributeurs ADSL,

La Commission européenne a d'ailleurs indiqué, aux termes d'une décision très récente dans le même secteur, que sur le marché de l'acquisition du droit de distribution de chaînes de télévision payante, « *un alignement de comportements serait peu probable dans la durée, compte tenu des développements dans le marché aval de la télévision payante. La progression en particulier de l'ADSL fait émerger de nouveaux acteurs sur le marché de la distribution de la télévision payante. Outre les abonnés bénéficiant actuellement d'une offre triple-play, les fournisseurs d'accès offrant l'ADSL disposent d'ores et déjà d'une base de clients avec lesquels ils ont établi une relation commerciale pour la fourniture de services d'accès Internet et auprès desquels ils peuvent potentiellement proposer une offre de télévision payante. Cette concurrence au moins potentielle éloigne la perspective d'un alignement* »¹⁶⁷.

La Commission indique également, dans cette décision, qu'une coordination sur le marché intermédiaire entre les distributeurs afin de se répartir les chaînes « *serait rendue très peu probable par la concurrence existante entre distributeurs sur le marché aval* ».

Au vu de l'ensemble des éléments susmentionnés, il apparaît donc que l'opération ne créera ou ne renforcera aucune situation de position dominante collective sur les marchés de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques.

¹⁶⁷ Cf. la décision de la Commission M. 4204, *Cinven/UPC France* en date du 13 juillet 2006

III - Analyse verticale sur les marchés intermédiaires

Sur les marchés intermédiaires, l'opération se traduit par un double renforcement de l'intégration verticale de Vivendi Universal. En effet, ce dernier, déjà éditeur de chaînes et distributeur de télévision payante, acquiert son principal concurrent en tant qu'offreur et demandeur sur ces marchés intermédiaires. Les très fortes positions qu'il acquiert sur ces deux activités (qui forment les deux côtés des marchés intermédiaires) présentent des risques importants d'atteintes à la concurrence. En effet, au-delà des additions horizontales de parts de marché et des conséquences qu'elles entraînent (cf. supra), cette opération pourrait permettre à VU d'affaiblir très fortement, voire d'évincer, ses concurrents.

Tout d'abord, sa puissance en tant qu'éditeur de chaînes thématiques, augmentée par les exclusivités négociées avec les actionnaires minoritaires et certains groupes indépendants, lui permet d'alimenter sa branche distribution (CanalSat). Un tel constat ne peut que faire craindre une éviction des éditeurs indépendants. En effet, ces derniers, privés de la plate-forme la plus importante (et de loin), auraient bien du mal à survivre en l'absence de concurrents crédibles à l'aval. Or la majorité des chaînes attractives appartenant à la nouvelle entité ou ayant négocié des exclusivités avec cette dernière, les distributeurs concurrents ne disposent que de peu de marge de manœuvre pour se développer et animer une concurrence crédible.

En outre, la puissance d'achat du nouveau groupe en tant que demandeur sur ces marchés intermédiaires permet de négocier en position de force avec les éditeurs indépendants qu'il souhaiterait distribuer. Au de là des clauses d'exclusivité (étudié au moment de l'analyse des effets horizontaux), la nouvelle entité pourrait souhaiter mettre ses chaînes en avant au détriment des chaînes concurrentes (il s'agit là précisément d'un problème vertical). Elle pourrait ainsi agir sur la numérotation de ces chaînes (en les incluant dans une thématique ne leur correspondant pas, etc.), l'absence de mise en avant dans la mosaïque, le guide des programmes et les supports publicitaires.

La forte intégration verticale entraînée par les opérations notifiées donne la possibilité à la nouvelle entité d'agir tant sur ses concurrents offreurs (éditeurs) que sur ses concurrents demandeurs (distributeurs). Or l'éviction d'éditeurs indépendants lui permettrait de renforcer encore sa position d'offreur et d'augmenter le niveau des redevances demandées aux distributeurs tiers. Comme le souligne le Conseil, « *cette stratégie d'augmentation des coûts des rivaux sur les marchés aval peut donc conduire soit à un effet de ciseau tarifaire à l'encontre des distributeurs indépendants ayant pour effet de les évincer du marché aval (ou plus simplement de les discipliner), soit à une augmentation générale des tarifs payés par les consommateurs finals (garantissant à la nouvelle entité une meilleure rentabilité)* ».

Afin de remédier à de tels risques d'atteintes à la concurrence la partie notifiante s'est engagée (engagement n° 41) à « *prévoir une distribution dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, (notamment entre les Chaînes Indépendantes, d'une part, et entre les Chaînes Indépendantes et les Chaînes Adossées d'autre part), ces conditions portant notamment sur :*

- a. l'accès,*
- b. les rémunérations, déterminées selon des modalités comparables à celles prévalant avant l'opération.*
- c. les modalités techniques (sans imposer aux éditeurs des systèmes de cryptage, de protection des droits, et de transport discriminatoires),*
- d. l'exposition de la chaîne sous réserve des contraintes techniques inhérentes à certains dispositifs. A ce titre, prévoir des conditions de présentation de la chaîne dans les campagnes publicitaires et d'exposition dans le guide de programmes non discriminatoires.*
- e. la numérotation de la chaîne dans le plan de services du distributeur qui devra être cohérente avec le genre de la thématique ».*

Conclusion sur les remèdes adoptés sur les marchés amont et intermédiaires

L'opération notifiée entraîne, comme cela a été identifié précédemment, le renforcement, à l'amont et au stade intermédiaire, d'un opérateur déjà fortement intégré verticalement. Les risques entraînés par les effets horizontaux, verticaux et congloméraux identifiés consistent principalement en l'éviction d'opérateurs concurrents sur le marché intermédiaire, tant du côté de l'offre (éditeurs) que du côté de la demande (distributeurs).

Les engagements pris par les parties permettent cependant de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence identifiés en ce qu'ils « ouvrent » les marchés tant à l'amont qu'au stade intermédiaire. Ces remèdes interagissent. En effet, les engagements de non couplage et de limitation de la durée des contrats à l'amont participent à animer la concurrence au niveau intermédiaire de l'édition de chaînes thématiques. En outre la garantie de la subsistance de chaînes thématiques indépendantes participe à l'assurance de la

composition d'un bouquet complet par les distributeurs tiers. Enfin, cet engagement s'ajoute à la mise à disposition au profit de ces tiers de chaînes attractives appartenant à des thématiques indispensables.

L'ensemble de ces engagements permettent également, in fine, d'animer la concurrence sur le marché aval, sur lequel il convient de développer une analyse précise.

Section III – Analyse concurrentielle, horizontale et conglomérale, sur les marchés aval et remèdes adoptés

Le principal marché aval défini est celui de la télévision payante, tous modes de distribution confondus (ADSL, satellite, câble et TNT). Seule la télévision payante sur terminaux mobiles appartient à un marché distinct.

I - Analyse concurrentielle sur le marché aval de la télévision payante tous modes de diffusion confondus

A – Effets non coordonnés

1. Analyse horizontale sur le marché aval de la télévision payante tous modes de diffusion confondus

a) Analyse statique

Sur ce marché aval, les modes de diffusion suivants sont considérés comme concurrents : les câblo-opérateurs, les distributeurs de TNT payante, les opérateurs ADSL et enfin les opérateurs satellitaires. Une telle concurrence n'exclut cependant pas des différences importantes entre chacun des modes de diffusion énumérés.

Le groupe acquéreur dispose avant l'opération d'une forte position sur ce marché aval, voire d'une position dominante. Or cette opération ne fait que renforcer cette position. En effet, Vivendi Universal acquiert son concurrent le plus direct, la plate-forme satellitaire TPS et transforme son contrôle conjoint sur CanalSat en contrôle exclusif. Elle détient ainsi les deux seuls distributeurs satellitaires¹⁶⁸.

En outre, les parties à l'opération sont très présentes sur la télévision par ADSL. En 2006, [...] abonnés à la télévision sur ADSL doivent être attribués à leurs bouquets. En effet, les opérateurs de télécommunications, s'ils distribuent leur propre bouquet de chaînes, ne font que transporter « en bloc » les offres de TPS et/ou CanalSat. Ces derniers sont donc très largement présentes sur ce mode de diffusion émergent.

La TNT payante enfin n'est, à l'heure de l'instruction de cette opération, distribuée que par les parties (TPS et CanalSat). En effet, bien que deux autres distributeurs se soient déclarés auprès du CSA, ils n'ont pas encore commencé à exercer leur activité (notamment par manque de chaînes à distribuer). Canal + détient également le monopole de la télévision hertzienne analogique et organise la migration de ses abonnés vers le numérique.

Le seul mode de diffusion qui ne semble pas dépendre de la nouvelle entité (en tant que distributeur, non en tant qu'éditeur) est le câble. Un tel constat doit cependant être nuancé à la lumière de l'étude des marchés techniques et notamment de celui du transport du signal ; ce marché sera étudié ultérieurement.

Il ressort des éléments réunis au cours de l'instruction que, sur le marché aval de la distribution de télévision payante, tous modes confondus, les estimations des parts de marché des parties et de leurs concurrents sont les suivantes :

<i>Opérateurs</i>	Nombre d'abonnés	Parts de marché
CanalSat	[...]	[20-30] %
Canal +	[...]	[30-40] %
TPS	[...]	[10-20] %
Total des parties	[...]	[70-80] %
AB SAT	[...]	[0-10] %
Câblo-opérateurs	[...]	[10-20] %
Opérateurs ADSL	[...]	[10-20] %
France Telecom	[...]	[0-10] %
Free	[...]	[0-10] %
Neuf Cegetel	[...]	[0-10] %
TOTAL	11 641 272	100 %

¹⁶⁸ AB Sat est également un distributeur satellitaire mais il détient une part de marché très faible (à peu près [0-10] %).

Ces parts de marché ont été établies en ne prenant en compte, en ce qui concerne les opérateurs ADSL, que la distribution de leurs propres bouquets (le transport des bouquets de TPS et CanalSat n'entre donc pas dans les parts de marché des opérateurs ADSL).

Les concurrents actuels de la nouvelle entité sont donc les câblo-opérateurs (le principal étant Cinven, issu de la fusion des deux câblo-opérateurs, autorisée par la Commission le 13 juillet 2006) qui détiennent une part de marché de [10-20] % et les opérateurs ADSL qui ne disposent que de bouquets propriétaires limités. Leur part de marché est actuellement de près de [10-20] %.

L'opération de concentration se traduit donc par l'acquisition par GCP de son concurrent le plus frontal (i), ce qui lui permet de conforter sa présence sur la quasi totalité des modes de diffusion (ii).

i) L'opération entraîne ainsi une forte addition de parts de marché au profit de la nouvelle entité qui conforte largement son avance sur ses concurrents.

A l'heure actuelle, le satellite demeure le mode de diffusion le plus riche en abonnements et le plus étendu géographiquement. Les autres vecteurs ne sont effectivement pas présents sur l'ensemble du territoire.

La partie notifiante conteste cette présentation en insistant sur le fait que la diffusion satellitaire ne permet pas de proposer des services de VoD (technique nécessitant la voie de retour). Elle souligne également que les opérateurs ADSL et les câblo-opérateurs ont la possibilité « *de proposer diverses combinaisons d'offres double-play, triple-play et bientôt quadruple-play, qui associent télévision, accès à Internet, téléphonie fixe et téléphonie mobile* ». Si ces avantages sont certains, il convient de préciser que ces différents services ne sont pas exclusifs les uns des autres : ainsi, rien n'interdit à un consommateur d'avoir recours à la VoD par le biais de sa connexion internet, tout en restant abonné à une offre satellitaire. En outre, la réception par le biais d'un opérateur ADSL présente encore des imperfections techniques (cf. les développements sur les définitions de marché).

Enfin, la nouvelle entité bénéficie des bases d'abonnés actuelles de TPS et CanalSat. La concurrence ne peut qu'en être plus difficile pour les distributeurs tiers. Le Conseil de la concurrence estime d'ailleurs à ce propos que « *les possibilités de développement des autres distributeurs, actuels ou potentiels, à la suite de la fusion, paraissent limitées aux seuls primo-accédants, plus coûteux à convaincre, capter et fidéliser* ».

ii) L'acquisition de TPS permet à la nouvelle entité de conforter sa présence sur la quasi-totalité des modes de diffusion (hormis le câble).

Il a été établi que le groupe acquéreur était présent sur la TNT payante et que l'acquisition de TPS confortait sa position en faisant disparaître le concurrent le plus crédible. Il en va de même en ce qui concerne l'ADSL, les bouquets les plus importants étant détenus par GCP.

La présence de GCP sur la quasi-totalité de ces modes de diffusion lui permet de bénéficier d'effets de levier et ainsi de négocier des exclusivités dépassant les seules plates-formes satellitaires. Or l'extension de ces exclusivités à l'ADSL ne fait que renforcer les barrières à l'entrée des distributeurs tiers sur le marché de l'édition de chaînes et ainsi les affaiblit à l'aval.

Cette présence multi-supports permet également au groupe acquéreur de démarcher plus facilement les consommateurs sur les différents modes de diffusion de la télévision payante (par exemple satellite et TNT payante). Il s'agit d'un avantage supplémentaire au détriment des distributeurs tiers.

La partie notifiante conteste cependant l'existence de la position dominante de la nouvelle entité en insistant sur le fait que les opérateurs ADSL ont un potentiel de développement particulièrement important.

b) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

La partie notifiante reconnaît elle-même qu'aucune concurrence supplémentaire n'est à attendre d'un éventuel nouveau câblo-opérateur ou distributeur satellite. En effet, « *le déploiement d'un réseau câblé nécessite des investissements importants. L'entrée d'un nouveau câblo-opérateur qui déploierait un nouveau réseau significatif est donc hautement improbable* ». En ce qui concerne les opérateurs satellite, l'acquisition de TPS et l'expérience issue des exemples étrangers tendent à montrer que le seul modèle économiquement viable est l'existence d'une seule plate-forme satellitaire (ou de deux mais positionnées sur des produits très différents en termes de contenu et de gamme de prix). On constate, avec les parties, « *que dans les autres pays européens aucune entrée n'a eu lieu postérieurement aux concentrations et qu'il n'y a qu'un seul opérateur de télévision par satellite* ».

S'agissant de la TNT, le groupe acquéreur considère que, bien que « *contrainte par le nombre de fréquences hertziennes disponibles (...)* [elle pourrait être stimulée par] *18 nouvelles fréquences* ».

Il convient cependant de remarquer que ces fréquences ne sont pas encore attribuées et ne le seront pas à court terme. Il faut également observer que le nombre de chaînes disponibles restera, en tout état de cause,

bien inférieur à celui proposé par le câble, le satellite ou l'ADSL. En outre, comme cela a déjà été souligné, les deux seuls distributeurs de TNT actuels sont contrôlés par la nouvelle entité.

La partie notifiante insiste surtout sur le développement de la concurrence des opérateurs ADSL. Elle constate en effet que plusieurs entrées ont eu lieu sur le marché de la télévision via des opérateurs ADSL depuis 2003 (France Télécom, Free, 9 Télécom, Alice). Celles de Télé 2 et Club Internet sont annoncées. S'il est indéniable que de plus en plus d'opérateurs de communications électroniques s'essaient à la télévision payante, cela ne signifie pas qu'ils constituent des concurrents efficaces et « complets ». En effet, les opérateurs entrés sur le marché depuis 2003 sont dépendants des contenus voire du bouquet de TPS et de celui de CanalSat. Ils ne font en effet que « transporter » les offres de ces derniers. Le bouquet propriétaire des distributeurs reste limité et relativement peu attractif en lui-même. En particulier, il ne comporte aucune chaîne premium capable d'attirer de nombreux abonnés.

La partie notifiante estime ensuite être dépendante des opérateurs ADSL, les recrutements des abonnés ADSL « cannibalisant » les abonnés satellite. Si cette tendance se vérifie effectivement¹⁶⁹, il convient de ne pas perdre de vue que ces abonnés, qu'ils transitent par le satellite ou l'ADSL, restent, avant tout, au plan commercial, des abonnés GCP.

Le groupe acquéreur met en avant le potentiel de croissance de l'ADSL en indiquant notamment « aujourd'hui, la France est le premier pays européen pour la pénétration de l'ADSL TV (...). L'ADSL TV, inexistant il y a seulement deux ans, devrait (...) continuer de connaître une croissance soutenue, grâce à l'arrivée de nouveau entrants (Club-Internet, AOL, Télé 2) et à l'attractivité des contenus ». L'ARCEP elle-même indique, aux termes de son avis que « les perspectives de développement des services de télévision et des services non linéaires par ADSL (...) permettent de penser que cette plate-forme a vocation à devenir le principal vecteur de croissance de la télévision payante ». Ce constat est corroboré par les chiffres, le satellite connaissant une inflexion assez prononcée de sa croissance (1,8 % par an depuis 2004 contre 8 % par an entre 2001 et 2003 et 28 % entre 1997 et 2001)¹⁷⁰. Le potentiel de croissance de l'ADSL est une réalité technique et économique du marché de la télévision payante. Il n'est d'ailleurs remis en cause ni par la CSA, ni par la Conseil de la concurrence, ni par les répondants au test de marché.

Cependant, il peut y avoir croissance de ce mode de diffusion sans qu'il y ait accroissement de la concurrence. Le modèle de développement actuel peut en effet perdurer. Aujourd'hui, la croissance de l'ADSL bénéficie avant tout à TPS et CanalSat. Demain, seul GCP pourrait en tirer profit au détriment d'une concurrence efficace à l'aval. Une véritable concurrence passe donc par des bouquets propres aux opérateurs ADSL suffisamment attractifs pour le consommateur final.

Or, comme cela a été souligné au moment de l'étude des barrières à l'entrée sur le marché de l'édition, les câblo-opérateurs et les opérateurs ADSL se heurtent à de fortes barrières à l'entrée sur le marché de l'édition de chaînes thématiques (hors services de VoD sous condition d'en acquérir les droits).

S'agissant de la possibilité d'avoir accès aux chaînes directement et donc de pouvoir les distribuer, les opérateurs tiers peuvent se heurter aux obstacles liés aux effets verticaux de l'opération.

2 - Analyse verticale sur le marché aval de la télévision payante tous modes de diffusion confondus

Il a été souligné ci-dessus que l'opération entraînait des effets verticaux en raison de la présence de GCP et TPS sur les marchés intermédiaires et aval de la télévision. Des risques de négociations d'exclusivité et d'autolimitation ont été identifiés. La réalisation de ces risques empêcherait le développement de toute concurrence à l'aval. En effet, la conjonction des difficultés à créer leurs propres chaînes et de l'impossibilité de distribuer celles liées à la nouvelle entité entraverait la concurrence des distributeurs tiers.

Concrètement, à l'issue de l'opération et en l'absence de remède, les opérateurs tiers ne distribueraient aucune chaîne premium et aucune chaîne thématique attractive éditée par les actionnaires de la nouvelle entité (ce constat est valable pour le sport, le cinéma et la jeunesse). Un nombre important de chaînes indépendantes sont également en exclusivité dans les offres ADSL et satellite de la nouvelle entité.

Enfin, ces opérateurs ne bénéficient pas actuellement de la présence de TF1 et M6 qui sont deux chaînes hertziennes gratuites particulièrement attractives¹⁷¹. Si sur ce dernier point, l'opération n'entraîne pas de chevauchement d'activités, le fait d'avoir un accès exclusif à ces chaînes, comme c'est le cas aujourd'hui pour TPS, augmenterait encore la position dominante de GCP sur le marché aval.

¹⁶⁹ [...]

¹⁷⁰ Source : ARCEP.

¹⁷¹ La Commission européenne a indiqué, aux termes d'une décision d'exemption, que ces chaînes « présentent (...) une importance et un attrait indéniable pour les téléspectateurs ». Décision IV/36.237 TPS en date du 3 mars 1999.

En effet, la présence de la nouvelle entité sur la quasi-totalité des modes de diffusion de la télévision payante renforce ces effets verticaux. La disparition de TPS installe CanalSat dans une position plus forte qu'avant l'opération, les opérateurs de communications électroniques ne pouvant plus faire jouer la concurrence entre les deux bouquets. Il en va de même pour la TNT payante (en raison de la disparition de TPS, le seul concurrent crédible de CanalSat).

La garantie de GCP de voir ses offres distribuées sur la TNT, l'ADSL et le satellite est donc renforcée par l'opération. Sa nouvelle position lui permet de s'assurer une base d'abonnés importante, ce qui augmente encore son pouvoir de négociation vis-à-vis des chaînes indépendantes.

Une telle absence de concurrence aurait pour effet principal un risque de renchérissement des abonnements et une baisse de la qualité de l'offre proposée aux consommateurs.

B – Effets coordonnés

Sur le marché aval de la télévision payante tous modes de diffusion confondus, les prix proposés aux consommateurs sont publics. Ils concernent cependant des offres extrêmement hétérogènes. En effet, s'agissant des offres des opérateurs ADSL et des câblo-opérateurs, qui peuvent proposer des produits triple-play (voire quadruple play), la prestation « télévision » n'est pas isolée, ou si elle l'est, le prix peut être affecté par le positionnement tarifaire des deux autres offres. Une visibilité des prix pratiqués sur le marché aval de la télévision payante et du comportement de chaque acteur sur ce marché est donc particulièrement difficile à démontrer.

En outre, sur ce marché, les conditions de l'offre changent continuellement : concentration des câblo-opérateurs en 2005 et 2006, arrivée sur le marché des premiers opérateurs de TV ADSL en 2003 et 2004 (France Télécom, Free, 9 Télécom), rejoints par Alice en 2005, lancement du bouquet propre d'Orange en février/mars 2006, ou encore lancement de la TNT en 2005. Comme le souligne la Commission européenne, « *l'entrée fréquente sur le marché de nouveaux concurrents [peut] indiquer que la situation actuelle n'est pas suffisamment stable pour rendre probable une coordination des comportements* »¹⁷².

Outre l'absence de transparence et de stabilité, il convient de remarquer que les mécanismes de représailles sont difficilement envisageables sur le marché aval de la télévision payante. En effet, la réaction la plus évidente, la « guerre des prix », est peu crédible. Comme le souligne la Commission européenne, un tel mécanisme de rétorsion est assez aléatoire, dans la mesure où les pertes immédiates supportées par l'entreprise qui prend l'initiative de la rétorsion, ne sont recouvertes que de manière aléatoire une fois l'équilibre rétabli. C'est d'autant plus vrai dans le cadre d'un hypothétique oligopole à 6 opérateurs, où des phénomènes de passager clandestin peuvent se manifester, chacun des opérateurs comptant sur les autres pour se lancer dans la politique de représailles, et subir les pertes y afférentes.

Une forme plus « indirecte » de représailles consisterait, pour les opérateurs ADSL, de cesser de transporter les offres de la nouvelle entité ou pour cette dernière, de se retirer de la plate-forme ADSL. Il n'est cependant pas possible pour les FAI de remettre en cause, du moins à court terme, la présence des parties sur l'ADSL car, ainsi que le souligne le Conseil, « *les accords passés avec les opérateurs de télécoms sécurisent la position des parties sur l'ADSL au moins à moyen terme* »¹⁷³. De même, les parties ne peuvent se retirer unilatéralement de l'ADSL, compte tenu des contrats en cours, qui leur sont opposables et compte tenu des engagements souscrits, qui leur imposent de commercialiser leurs offres sur toutes les plates-formes qui en feraient la demande. En outre, l'ADSL est, comme cela a déjà été indiqué, une source importante de recrutements d'abonnés pour TPS et CanalSat, quasiment la seule depuis le début de l'année 2006.

Enfin, l'existence de concurrents actuels amenés à se développer (sous condition d'avoir accès à un contenu attractif), voire l'apparition de concurrents potentiels (fournisseurs d'accès à internet non encore entrés sur le marché de la télévision payante ou dont l'entrée est très récente, comme Google, Yahoo, etc.) remettrait en cause la stabilité de l'hypothétique position dominante collective.

Il ressort des éléments susmentionnés que la création, et a fortiori le renforcement, d'une position dominante collective sur le marché aval de la télévision payante tous modes de diffusion confondus est inenvisageable.

C - Conclusion sur les risques d'atteintes à la concurrence sur le marché aval de la télévision payante et remèdes déposés

L'opération entraîne le renforcement de la position dominante de GCP sur ce marché, en raison de la forte addition de parts de marché, de la disparition d'un concurrent potentiel et de l'existence d'effets verticaux

¹⁷² Lignes directrices de la Commission européenne sur l'appréciation des concentrations horizontales (2004/C 31/03).

¹⁷³ Voir le paragraphe 469 de l'avis du Conseil de la concurrence.

significatifs. Cette forte concentration aux différents niveaux de la filière « télévision payante » permet au groupe acquéreur de bénéficier de bon nombre d'effets de levier sur différents marchés. Les risques d'atteinte à la concurrence résultant de ces effets sont principalement, sur le marché aval, l'éviction de concurrents distributeurs et ainsi le renchérissement des abonnements et la baisse de la qualité de l'offre.

La probabilité de réalisation de ces risques n'est pas suffisamment affaiblie par l'existence d'une concurrence potentielle ou le développement de la concurrence actuelle. En effet, si le potentiel de croissance des opérateurs ADSL n'est pas, techniquement remis en cause, il a été démontré que leur concurrence ne serait crédible que s'ils disposaient d'un minimum de contenu attractif. Le Conseil de la concurrence établit le même constat : « *comme l'indique l'analyse des marchés intermédiaires et amont, (...), il existe des barrières liées aux effets verticaux de l'opération, notamment sur l'accès aux contenus et aux chaînes les plus attractifs rendant hypothétique l'existence d'une concurrence potentielle, notamment de la part des opérateurs de communications électroniques, à court, voire moyen terme* ».

Afin d'assurer ce minimum de contenu, la partie notifiante a déposé un nombre significatif d'engagements dont l'essentiel porte sur les marchés intermédiaires et ont été étudiés précédemment. Ces engagements permettent d'assurer une animation significative par les distributeurs tiers.

Par ailleurs, d'autres engagements participent à la subsistance (reprise d'un minimum de chaînes indépendantes) et à la création de chaînes indépendantes (non couplage, limitation de durée, résiliation unilatérale). Ils permettent ainsi de faciliter l'accès des distributeurs tiers à un minimum de contenus, ce qui participe directement à l'animation de la concurrence sur le marché aval.

Ensuite, s'agissant des câblo-opérateurs, il a été indiqué que la partie notifiante s'est engagée à maintenir en l'état les contrats actuels et à négocier de bonne foi les modalités de leur reconduction à des conditions objectives et comparables d'accessibilité (cf. supra et les engagements n° 30 et 31).

En ce qui concerne les distributeurs de TNT payante, il a été indiqué que la partie notifiante s'est engagée à mettre à disposition à titre non exclusif toutes les chaînes de la TNT que Vivendi ou GCP contrôle ou contrôlera, à l'exclusion de Canal + et de ses déclinaisons (cf. supra et l'engagement n° 33).

En ce qui concerne les autres distributeurs (ADSL et satellite), outre les chaînes appartenant au marché global de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques (sur lequel l'opération n'entraîne pas d'addition de parts de marché), ils auront accès à la distribution de TPS Star, Sport +, Télétoon, Piwi, Cinétoile, Cinéstar, Cinéculte. Ces chaînes relèvent de thématiques indispensables à la composition d'un bouquet attractif (premium, sport, jeunesse, cinéma), seul capable d'animer la concurrence à l'aval. En outre, leur attractivité est garantie par des engagements précis quant à leur contenu. Au delà de ces chaînes, les engagements déposés par la partie notifiante assurent la mise à disposition de toute nouvelle chaîne sportive payante créée par la nouvelle entité. Enfin, la partie notifiante s'est engagée, en ce qui concerne les chaînes mises à disposition à tous les distributeurs en métropole et dans les DOM, à assurer « *l'absence de discrimination entre les plateformes détenues par la Nouvelle Entité et les plateformes détenues par des tiers, notamment en ce qui concerne les avancées technologiques (Haute Définition notamment)* » (engagements n° 20 et 36).

Deux éléments supplémentaires doivent être indiqués. Ils concernent l'ensemble des distributeurs (ADSL, TNT, satellite et câble) et participent à l'accroissement de l'attractivité de leurs bouquets. Il s'agit des éléments suivants :

- l'engagement du groupe acquéreur de ne pas faire obstacle à la reprise des chaînes hertziennes gratuites TF1 et M6 par des distributeurs tiers (engagement n° 27). Les groupes TF1 et M6 ont d'ailleurs remis à GCP une lettre d'intention aux termes de laquelle ils acceptent que leur chaîne respective soit mise à la disposition des distributeurs tiers qui en feraient la demande pour autant que ceux-ci respectent des conditions minimales de diffusion et d'exposition. Cette lettre d'intention a été produite par les parties devant le Conseil de la concurrence lors de la séance du 13 juillet 2006 et ensuite transmise au ministre dans un courrier en date du 24 août 2006. Le ministre prend donc acte de la volonté manifestée par TF1 et M6.
- l'engagement de GCP de « *distribuer le service audiovisuel Canal + en numérique en auto distribution, sur toutes les plates-formes de services audiovisuels (satellite, câble, ADSL, TNT) qui en feraient la demande et qui le permettent, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires relatives notamment à la qualité de service, de prestations techniques, et de sécurité, sans imposer de technologie d'accès conditionnel particulière* » (engagement n° 18). La partie notifiante s'engage également, dans ce cadre, à « *ne pas imposer la distribution couplée du service audiovisuel Canal + en numérique avec la distribution des offres multi-chaînes de la Nouvelle Entité* » (engagement n° 19).

L'ensemble de ces engagements assure un contenu attractif disponible pour les distributeurs tiers, leur permettant de proposer un bouquet compétitif et ainsi d'animer la concurrence sur le marché aval.

Un point précis reste cependant à aborder. Sur certaines zones, la nouvelle entité sera seule à proposer des services de télévision payante, ni le câble, ni la TNT ni l'ADSL ne pouvant techniquement les couvrir. La satellite est en effet le seul mode d'accès au numérique pour 31 % des foyers français. Afin de remédier au risque d'augmentation des prix des abonnements proposés dans ces zones (en raison de la disparition de la pression concurrentielle de TPS), le groupe acquéreur a déposé un engagement spécifique : « *maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la Nouvelle Entité, par catégorie de clientèle* » (engagement n° 47). Le prix pour le consommateur final sera donc uniforme sur tout le territoire.

Les engagements déposés par la partie notifiante permettent ainsi de s'assurer que le surplus du consommateur ne sera pas diminué par l'opération de concentration. En effet, l'animation de la concurrence sera assurée par des distributeurs tiers en mesure de proposer des bouquets attractifs et technologiquement avancés. Cette concurrence ne peut que participer à une émulation tant au niveau de la compétitivité prix qu'à celui de la compétitivité hors prix. Un engagement supplémentaire, concernant directement les consommateurs confirme ce souci de garantir le bien-être de ces derniers. En effet, la partie notifiante s'est engagée à « *informer les abonnés de la possibilité de résilier sans pénalité leur contrat, à tout moment pendant la première année suivant la réalisation de l'opération, en cas de modification substantielle des termes de celui-ci* » (engagement n° 49).

II - Analyse concurrentielle sur le marché aval de la télévision payante dans les DOM et à Mayotte

Les marchés définis sont d'une part, celui de la télévision payante dans l'Océan Indien¹⁷⁴ et d'autre part celui de la télévision payante dans les Antilles.

L'opération n'entraîne aucun chevauchement entre les activités des parties sur ces deux marchés. En effet, TPS n'est pas actif sur ces marchés « aval ». Le seul risque d'atteinte à la concurrence que l'opération peut entraîner, et qui est lié aux effets verticaux de l'opération, a été analysé au stade des marchés intermédiaires.

III- Analyse concurrentielle sur le marché aval de la télévision payante sur terminaux mobiles

Ce marché met en relation l'offre des distributeurs de télévision payante sur terminaux mobiles et la demande des consommateurs. Il s'agit d'un marché émergent voire, comme le souligne le Conseil de la concurrence, « *expérimental* » qui n'existe commercialement que « *depuis environ 6 mois* ».

Bien que plusieurs opérateurs soient actuellement présents ou en voie de l'être sur ce marché, il convient de remarquer que ce dernier se partage actuellement principalement entre SFR et Orange. Les principales barrières à l'entrée susceptibles d'exister sur ce marché sont liées à l'accès au contenu et à l'activité d'opérateurs mobiles ou d'opérateurs virtuels. L'opération envisagée n'ayant aucun impact sur ces dernières activités, la question de l'accès au contenu doit être posée. Il a cependant été démontré lors de l'étude du marché amont de l'édition et de la commercialisation de chaînes pour terminaux mobiles que l'opération ne créerait aucun phénomène de forclusion au détriment des distributeurs tiers¹⁷⁵. Il en va de même pour les éditeurs de chaînes indépendants qui ont accès à des distributeurs non contrôlés par la nouvelle entité (Orange, Bouygues Télécom et des opérateurs mobiles virtuels). En outre, il convient de remarquer que l'opération ne modifie en rien l'équilibre global du marché dans la mesure où les relations verticales entre Vivendi et SFR d'une part, et entre Bouygues Télécom et TF1 d'autre part, préexistaient déjà à celle-ci.

En ce qui concerne les éventuels effets coordonnés sur ce marché, il convient de remarquer que les chevauchements entre les activités des parties sont très limités compte tenu de la présence réduite de TPS. L'opération ne modifie donc pas la structure actuelle du marché. En outre, en tout état de cause, il s'agit d'un marché émergent sur lequel les innovations technologiques et les stratégies commerciales sont en plein développement. L'ARCEP indique à ce propos que « *entre les mois de septembre 2005 et juin 2006, quatre expérimentations se seront déroulées en région parisienne, après l'attribution temporaire de fréquences du CSA* »¹⁷⁶. Une telle instabilité ôte toute probabilité de création de position dominante collective.

¹⁷⁴ Conformément au champ d'application des articles du code de commerce relatifs au contrôle des concentrations, l'analyse du ministre ne porte, en ce qui concerne l'Océan Indien, que sur le territoire de l'île de la Réunion et sur celui de Mayotte.

¹⁷⁵ Cf. section 1.

¹⁷⁶ Avis de l'ARCEP 06/0034 A, page 12.

Au vu des éléments susmentionnés, et comme le soutient le Conseil de la concurrence, l'opération n'entraîne donc pas de risque d'atteintes à la concurrence sur le marché aval de la distribution de télévision sur terminaux mobiles.

IV - Analyse concurrentielle sur les marchés aval des services de PPV

Il convient à titre liminaire de préciser que les chaînes de services PPV présentes sur le marché intermédiaire et donc proposées aux distributeurs sont également présentes sur le marché aval. En effet, elles sont également distribuées directement par leurs éditeurs.

S'agissant des services de PPV Sport, l'opération n'entraîne aucune addition de parts de marché, TPS n'étant pas présent sur ce marché¹⁷⁷.

En revanche, en ce qui concerne le marché des services de PPV cinéma, l'opération entraîne la constitution d'un monopole. Cependant, la principale barrière à l'entrée sur ce marché concerne l'acquisition de droits. Or la partie notifiante s'est engagée à ne pas acquérir ou exploiter des droits PPV en exclusivité ainsi qu'à ne pas coupler ou inciter au couplage (en fonction des droits concernés) des contrats d'acquisition de différents droits de diffusion. Il est renvoyé à la partie amont et à la liste des engagements qui figurent en annexe pour plus de précisions.

Il ressort en outre des réponses au test de marché que de nouveaux services de PPV pourraient être créés par les concurrents potentiels que sont les opérateurs ADSL. En effet, une telle création nécessite un savoir faire moins développé que pour la création de chaînes thématiques « traditionnelles » pour lesquelles une véritable politique éditoriale doit être mise en place.

Au vu des éléments susmentionnés, le ministre considère que l'opération, sous condition de l'exécution des engagements déposés sur les marchés amont, n'entraîne pas d'atteinte à la concurrence sur le marché des services de PPV en raison d'effets non coordonnés. Le Conseil de la concurrence souscrit à cette analyse¹⁷⁸.

La conclusion est identique s'agissant des éventuels effets coordonnés sur ce marché. En effet, la constitution d'un monopole rend, par hypothèse, toute position dominante collective impossible.

V - Analyse concurrentielle sur le marché aval des services de VoD

Le marché de la VoD est un marché émergent apparu au cours de l'année 2005.

Les services de VOD proposés par Canal + Active sont accessibles : (i) directement par Internet, (ii) auprès des services proposés par les fournisseurs d'accès à Internet et/ou les opérateurs de télécommunications fournissant des services de télévision par ADSL, qui souhaitent offrir un service de VOD à leurs abonnés.

En ce qui concerne les services de VoD de CanalPlay proposés par les opérateurs de télévision par ADSL, il convient de préciser que l'offre de VOD n'est en aucune manière liée à un bouquet de télévision par abonnement et que l'opérateur ADSL gère directement la relation avec ses abonnés et à ce titre les facture directement. Dans ce cas précis, GCP n'est pas actif sur le marché aval. Les parts de marché sont donc à attribuer aux opérateurs ADSL.

Ainsi, le groupe acquéreur n'est présent sur le marché aval des services de VoD qu'en ce qui concerne l'offre directe par Internet et, dans certains cas, les services proposés par les fournisseurs d'accès à Internet¹⁷⁹. TPS propose également des offres de VoD directement sur internet.

L'opération entraîne donc des chevauchements entre les activités des parties à l'opération sur le marché des services VoD. Il existe cependant une concurrence actuelle et potentielle significative sur ce marché. On dénombre, parmi les opérateurs actuels : Arte Video, Free, Neuf Cegetel, Orange, Club Internet, Free, etc. Ce dernier a d'ailleurs « *annoncé avoir vendu 350 000 séances de VoD depuis le lancement de son service en décembre 2005* ». Ce marché est particulièrement dynamique. Son développement a d'ailleurs été « entériné » par la signature d'un accord interprofessionnel en décembre 2005 qui inscrit la VoD au sein de la chronologie des médias.

Le seul risque d'atteinte à la concurrence pourrait être un assèchement des droits VoD en raison de la position dominante de GCP sur les marchés « amont » de l'acquisition des droits de diffusion de contenus cinématographiques (américains et français) pour la télévision payante. La nouvelle entité pourrait, par un effet de levier, acquérir les droits VoD en exclusivité et/ou coupler l'acquisition des droits pour la télévision

¹⁷⁷ La chaîne Multivision, acquise par GCP ne diffuse que très marginalement du sport (quelques heures de boxe Thaï et du Kickboxing exclusivement). Il s'agit avant tout d'une chaîne PPV Cinéma.

¹⁷⁸ Cf. le point 511 de l'Avis du Conseil de la concurrence.

¹⁷⁹ En ce qui concerne les services VoD proposés par les fournisseurs d'accès à internet, le partage des prestations assurées par GCP et par le fournisseur varie en fonction de chaque contrat.

payante avec celle des droits VoD. Les engagements déposés par la partie notifiante en matière de non couplage et de renonciation à l'exclusivité pour les droits VoD permettent cependant de remédier à ces problèmes de concurrence éventuels (cf. l'analyse concurrentielle sur les marchés amont et les engagements n° 2, 4, 8 et 9).

Au vu des éléments susmentionnés, le ministre considère, comme le Conseil de la concurrence, que l'opération n'entraîne pas de risque d'atteinte à la concurrence dus à des effets non coordonnés sur le marché aval des services de VoD. Le Conseil de la concurrence souscrit à cette conclusion.

Les conclusions de l'analyse sont identiques en ce qui concerne d'éventuels effets coordonnés. En effet, le caractère émergent de ce marché, les évolutions technologiques, les entrées récentes sur le marché et enfin l'hétérogénéité des produits proposés (diffusion sur Internet ou sur téléviseur, films récents ou de catalogue, etc.) démontrent l'absence de stabilité et de transparence de ce marché.

VI - Analyse concurrentielle sur le marché aval de la télévision payante pour professionnels

Les offreurs sont à titre principal GCP et TPS mais également les câblo-opérateurs et certains opérateurs ADSL.

Sur ce marché, qu'il soit ou non segmenté en fonction de la catégorie de clientèle visée (collectivités ou bars), les barrières à l'entrée sont très proches de celles identifiées sur le marché de la télévision payante destinée aux particuliers. La problématique de l'accès des distributeurs tiers aux chaînes attractives se pose dans les mêmes termes et trouve les mêmes réponses. Ainsi, les engagements déposés par la partie notifiante permettent de remédier aux risques d'assèchement des contenus pour les concurrents de GCP à l'aval.

Il convient en outre de relever que sur le marché de la télévision payante pour professionnels, la rigidité au changement est faible voire inexistante. En effet, les contrats sont généralement souscrits pour une durée courte ([...]) qui permet aux clients de changer facilement et fréquemment de fournisseur. De plus, les avantages des offres « multi-play », proposées par les câblo-opérateurs ou les fournisseurs d'accès à Internet, peuvent trouver un écho particulier auprès d'une certaine catégorie de clientèle. En effet, les hôtels, par exemple, tendent de plus en plus à proposer à leurs clients un accès Internet à haut débit dans les chambres et dans les parties communes (en wi-fi).

Un risque doit cependant être souligné sur les zones dans lesquelles seul le mode de diffusion satellitaire est accessible. En effet, l'opération y entraîne la disparition d'un des deux seuls opérateurs (TPS). Un risque d'augmentation du prix des offres proposées par GCP sur ces zones peut donc être à craindre. La partie notifiante, afin de remédier à ce risque, s'est engagé à « *maintenir un écart équivalent à celui existant avant l'opération entre le prix des offres proposées aux professionnels et celui des offres proposées aux particuliers* » (engagement n° 48).

L'écart de prix existant actuellement sera donc maintenu sur tout le territoire, ce mécanisme garantissant que la nouvelle entité n'augmentera pas ses prix sans raison dans les zones dans lesquelles elle ne sera plus soumise à la concurrence.

S'agissant des effets coordonnés, il est renvoyé à la démonstration réalisée pour le marché de la télévision payante destinée aux particuliers. Pour mémoire, l'instabilité et l'hétérogénéité des produits permet d'écarter tout risque de création d'une position dominante collective.

Section IV - Analyse concurrentielle sur les autres marchés et remèdes adoptés

I - Analyse concurrentielle sur le marché de la publicité télévisée

La position de GCP sur ce marché est faible. En effet, en 2005, les parts de marché sont les suivantes :

REGIES	Parts de marché
TF1	[50-60] %
M6	[20-30] 5 %
France Télévisions	[10-20] %
Groupe Canal +	[0-10] %
Lagardère	[0-10] %
MTV Publicité	[0-10] %

La publicité des chaînes de TPS est prise en charge par les régies de TF1 et de M6. TF1 Publicité commercialise les espaces publicitaires des chaînes jeunesse de TPS (Pivi, Teletoon, Eurêka) et M6

Publicité ceux des chaînes Infosport, TPS Star, TPS Cinextrême, TPS CinéFamily, TPS CinéStar, TPS Home Cinema, TPS Cinéculte, TPS Cinétoile, TPS Cinéclub.

Après l'opération, les parts cumulées des parties sur le marché de la publicité télévisée seront inférieures à [0-10] %. Tout risque d'atteinte à la concurrence en raison d'effets non cordonnés peut donc être écarté.

Sans pouvoir envisager le risque de coordination du comportement concurrentiel entre les actionnaires minoritaires et GCP sur ce marché puisque les actionnaires minoritaires ne détiennent pas de participation contrôlante, il convient de remarquer que l'opération ne crée pas de nouvelles conditions qui inciteraient GCP, TF1, M6 et Lagardère à ne pas se faire concurrence. En effet, leurs parts de marché sont très éloignées (TF1 dispose d'une part de marché de [50-60] % contre [20-30] % pour M6 et [0-10] % pour GCP).

Le risque de position dominante collective peut également être écarté en raison de ces écarts dans les parts de marché et de l'absence de transparence tarifaire et d'homogénéité sur ce marché (le calcul du prix de chaque spot publicitaire est particulièrement difficile à réaliser car il varie en fonction de tout un faisceau de critères).

II - Analyse concurrentielle sur le marché de la location de terminaux

TPS et GCP sont tous deux demandeurs sur ce marché de dimension européenne. L'opération entraîne donc une augmentation de la puissance d'achat du groupe acquéreur. Les parts cumulées des achats des deux groupes concernés restent cependant faibles.

En outre, les fournisseurs sur ce marché sont des groupes de taille mondiale jouissant d'un fort pouvoir de négociation. Il s'agit principalement des groupes Thomson, Safran et Philips.

Enfin, le fournisseur auprès duquel les parties représentent le pourcentage de chiffre d'affaires le plus élevé ne se trouve pas en situation de dépendance. En effet, les parts cumulées des achats de TPS et GCP ne représentent que [0-10] % de son chiffre d'affaires mondial.

L'opération n'entraîne donc pas risque d'atteintes à la concurrence sur ce marché. Le Conseil de la concurrence souscrit à cette analyse.

III - Analyse concurrentielle sur le marché de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel

TPS et GCP sont tous deux présents en tant que demandeurs sur ce marché. L'opération se traduit donc par un renforcement de la position du groupe acquéreur à l'achat. Cette dernière reste cependant minime.

En outre, les deux groupes concernés ont des fournisseurs différents. Les technologies d'accès conditionnel du GCP sont en effet fournies par Nagra, filiale du Groupe Kudelski, alors que celles de TPS sont fournies par Viaccess, filiale de France Télécom. Ces deux fournisseurs sont des groupes de dimension mondiale bénéficiant d'une forte puissance de négociation.

Les achats de GCP ne représentent que [0-10] % du chiffre d'affaires mondial de Kudelski et [0-10] % de son chiffre d'affaires européen. Quant à Viaccess, il s'agit d'une filiale de France Telecom qui possède 6 % des parts du marché mondial de l'accès conditionnel, et détient le 3ème rang mondial sur ce marché. Ses clients en Europe sont notamment UPC Europe, Nordic Satellite AB, BBC, BT, CNBC ou encore MTV. Ses clients en France sont, outre TPS, BT France, Eurosport, Orange, UPC-Noos, et EstVideoCommunication. L'opération de concentration ne fait donc peser aucun risque de dépendance des fournisseurs de logiciels d'accès conditionnels vis-à-vis de la nouvelle entité.

L'opération n'entraîne donc pas risque d'atteinte à la concurrence sur ce marché. Le Conseil de la concurrence aboutit aux mêmes conclusions.

IV - Analyse concurrentielle sur le marché de la fourniture de logiciels d'interactivité

TPS et GCP sont tous deux présents en tant que demandeurs sur ce marché. L'opération se traduit donc par un renforcement de la position du groupe acquéreur à l'achat. Cette dernière reste cependant minime.

Les deux groupes concernés ont des fournisseurs différents (NDS pour GCP et Open TV pour TPS) qui jouissent d'une dimension internationale. NDS (MEDIAHIGHWAY, VIDEOGUARD) est intégré au sein du Groupe NewsCorp qui détient les distributeurs de services de télévision BskyB au Royaume-Uni et Sky Italia en Italie. Outre GCP, BskyB, Sky Italia, il dessert aussi en Europe, Numéricâble, ou encore Digital +. En outre, les achats de GCP représentent moins de [0-10] % de son chiffre d'affaires mondial. Open TV, quant à lui, est contrôlé par le groupe américain Liberty Media, qui est un des actionnaires de référence du Groupe News Corp, et qui possède, en France, le câblo-opérateur UPC/NOOS.

Les fournisseurs de TPS et GCP sur ce marché ont un fort pouvoir de négociation et ne risquent pas de se retrouver dépendants de la nouvelle entité.

En raison des positions limitées des entreprises concernées, l'opération n'entraîne donc pas de risque d'atteinte à la concurrence sur ce marché. Ce constat est également celui qui est défendu par le Conseil de la concurrence.

Il convient également de préciser qu'en ce qui concerne d'éventuels effets coordonnés, aucun risque d'atteinte à la concurrence n'est à craindre sur les trois marchés précédents (marchés de services techniques liés aux terminaux, analysés aux points II, III et IV ci-dessus). En effet, sur ces derniers, les acheteurs sont particulièrement nombreux en Europe. En outre, le développement de nouvelles plates-formes de distribution (câble, ADSL et TNT) devrait, considérablement étoffer la demande de services techniques liés aux terminaux et, en conséquence, multiplier le nombre d'acheteurs (câblo-opérateurs, opérateurs de télécommunications...).

Il n'existe ainsi aucun risque de création de position dominante collective sur ces marchés.

V - Analyse concurrentielle sur le marché de la location de capacités de réseaux satellitaires

Que la définition géographique de ce marché soit établie en fonction de l'empreinte des satellites utilisés ou de la zone de clientèle des distributeurs, les conclusions de l'analyse concurrentielle demeurent inchangées. En effet, Eutelsat et Astra, qui sont les deux opérateurs satellite répondant aux besoins de TPS et CanalSat en matière de location de transpondeurs sont des groupes de taille mondiale. Certes la puissance d'achat de la nouvelle entité va être fortement accrue par l'opération. Vivendi-GCP sera en effet en France le seul client de ces opérateurs satellitaires. Deux hypothèses sont alors à étudier selon le marché géographique défini.

i) Selon l'analyse du Conseil de la concurrence, le marché pertinent correspond à la zone de clientèle des distributeurs de télévision payante. Si l'on y souscrit, l'opération se traduit alors par un quasi-monopsonne en France métropolitaine (TPS n'intervient pas dans les régions Réunion-Mayotte et Caraïbes). Une telle puissance d'achat pourrait permettre à la nouvelle entité d'évincer une des deux plates-formes satellitaires. Cependant, la dimension internationale d'Astra comme d'Eutelsat garantit le maintien de l'activité de ces sociétés sur d'autres marchés géographiques. L'opérateur évincé resterait donc toujours un concurrent potentiel prêt à entrer à nouveau sur le marché français. La puissance de négociation de ces deux groupes leur permet également de résister à la puissance d'achat de la nouvelle entité.

ii) Selon l'analyse de la partie notifiante, les marchés pertinents correspondent aux empreintes des satellites utilisés. Dans ce cas, sur des marchés de cette dimension, l'opération se traduit par une augmentation de la position de GCP en tant qu'acheteur mais n'entraîne pas la création d'une puissance d'achat dangereuse pour la concurrence. En effet, GCP ne loue que [10-20] % des capacités transpondeurs totales des satellites de SES ASTRA situés en position orbitale 19,2° Est. S'agissant d'Eutelsat, seulement [10-20] % des capacités transpondeurs d'EUTELSAT des satellites situés en position orbitale 13° Est sont concernés par l'opération. L'opération de concentration ne crée donc pas de risque de dépendance pour les opérateurs satellite.

Deux risques « indirects » peuvent cependant être identifiés dans l'hypothèse où la nouvelle entité déciderait de ne plus avoir recours qu'à la position orbitale d'Astra ou d'Eutelsat. Tout d'abord, les distributeurs de télévision payante récupérant les signaux des chaînes auprès de l'opérateur satellite évincé seraient dans l'obligation d'adapter leurs têtes de réseau. Un basculement trop brutal vers une seule et même position orbitale pourrait ainsi handicaper les distributeurs tiers sur le marché aval (en raison du temps nécessaire à la réalisation de ces modifications techniques). D'autre part, un basculement vers une position orbitale entraînerait nécessairement un changement ou une adaptation de parabole pour les consommateurs dont l'équipement est orienté vers l'autre position orbitale. Une telle manœuvre présenterait un coût pour les consommateurs captifs de l'opérateur satellite.

Afin de remédier à ces risques, le groupe acquéreur s'est engagé, en cas de migration vers une seule position satellitaire, à « rendre publique au moins 6 mois à l'avance cette migration. » (engagement n° 50) et à « prévoir un dispositif de mise en concurrence des différents opérateurs de satellite, en cas de choix d'un opérateur unique » (engagement n° 51). Les engagements déposés par le groupe acquéreur précisent également qu'« en cas de migration des clients résidentiels vers une seule plate-forme il conviendra de ne pas imposer aux abonnés la prise en charge des coûts de cette migration » (engagement n° 50).

Afin d'assurer un effet utile à ces engagements, ils ne sont pas soumis à une condition de durée. La partie notifiante a précisé, aux termes de sa lettre d'engagement, qu'ils « devront être exécutés le cas échéant au moment de la migration effective vers une seule position satellite » (engagement n° 59).

En ce qui concerne, enfin, les éventuels effets coordonnés, il convient de préciser que, quelle que soit la délimitation géographique retenue, l'opération ne crée pas de situation de position dominante collective. En effet, si l'hypothèse d'une dimension nationale est adoptée, alors les parties sont en situation de quasi-

monopsonne, ce qui rend impossible toute situation de dominance collective. Dans l'hypothèse d'une dimension transnationale, liée à l'empreinte satellitaire, les demandeurs de location de capacités satellitaires sont en nombre très important, rendant ici aussi impossible toute situation de dominance collective. Par conséquent, l'opération ne créera ni ne renforcera une situation de position dominante collective sur ce marché de la location de capacités de réseaux satellitaires

VI - Analyse concurrentielle sur le marché des services en gros de diffusion pour la télévision terrestre

Sur ce marché, le Conseil de la concurrence constate que *« l'ensemble des éléments recueillis au cours de l'instruction tend à montrer que l'opération n'aura pas d'effets horizontaux significatifs sur le marché de gros des services de diffusion terrestre. En particulier, l'opération ne renforcera ni ne créera de puissance d'achat compensatrice en faveur des parties notifiantes »*.

Le ministre souscrit à cette analyse. En effet, les achats de GCP et TPS ne dépassent pas [0-10] % du chiffre d'affaires européen de chacun des fournisseurs sur ce marché. En outre, ces derniers sont des groupes de dimension mondiale bénéficiant d'un fort pouvoir de négociation (Eutelsat, Astra, Intelsat et Newskies).

VII - Analyse concurrentielle sur le marché des communications électroniques

L'ARCEP indique que, dans le contexte de convergence entre les secteurs de la téléphonie, de l'Internet et de l'audiovisuel, l'opération de concentration pourrait entraîner une distorsion de concurrence entre opérateurs en raison *« de l'existence de liens structurels entre certains d'entre eux et le groupe Vivendi Universal »* et *« en raison du risque d'éviction des opérateurs de communications électroniques du marché de la distribution de contenus audiovisuels »* (en raison d'un effet de levier entre l'amont et l'aval au profit de la nouvelle entité). Ces craintes peuvent cependant être écartées.

Le dernier risque d'atteinte à la concurrence a été longuement abordé et la partie notifiante y a remédié grâce à des engagements significatifs quant à l'accès des opérateurs de communications électroniques aux contenus attractifs.

S'agissant des liens structurels unissant Vivendi Universal à un opérateur de communications électroniques (SFR), il convient de souligner qu'ils préexistent à l'opération. En outre, cette dernière n'entraîne aucun chevauchement entre les activités des parties sur ces marchés connexes de communications électroniques.

L'absence de modification de la structure des marchés connexes des communications électroniques écarte également la probabilité de création ou de renforcement de position dominante collective.

L'opération n'entraîne donc aucun risque d'atteinte à la concurrence sur ces marchés pertinents.

VIII - Analyse concurrentielle sur les secteurs de la radio et de la musique

Comme l'indique le Conseil de la concurrence, *« Universal Music Group (« UMG »), filiale du groupe Vivendi Universal, a pour activité (i) la musique enregistrée, (ii) la distribution légale de musique numérique et (iii) l'édition musicale, pour lesquelles l'exposition sur les radios constitue un enjeu majeur pour la concurrence sur le marché de la musique enregistrée »*.

Il convient cependant de noter que l'opération n'entraîne aucun chevauchement d'activités en ce qui concerne l'édition de chaînes musicales (qui ne constitue d'ailleurs pas un marché pertinent), TPS n'en éditant pas. En outre, s'agissant des effets verticaux de l'opération, un nombre important de chaînes musicales, éditées par des tiers, n'ont pas conclu d'exclusivité avec la nouvelle entité (les chaînes musicales MTV, Musique Classique, Mezzo par exemple). De plus, le protocole CERES ne prévoit pas de clause d'exclusivité pour les chaînes musicales de Lagardère. Un risque de fermeture des débouchés n'est donc pas à craindre pour les concurrents de Vivendi sur le marché de l'édition musicale.

S'agissant des marchés de la diffusion et de la distribution des services de radio, il convient tout d'abord de préciser que la nouvelle entité ne sera pas intégrée verticalement. En effet, ni GCP ni TPS ne sont éditeurs de services de radio. En outre, GCP fournit principalement aux radios des services de transport. Enfin, comme le souligne l'ARCEP aux termes d'une consultation publique lancée sur ce sujet : *« les services de radio sont diffusés sur différents supports : hertzien terrestre, câble, ADSL et satellite. Certains services de radios sont également disponibles sur Internet. »*

Il ajoute également : *« à ce stade, du fait de son ancienneté et de la nature de l'équipement domestique des ménages, le mode de diffusion le plus répandu est de très loin la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique »*.

Il ressort des éléments susmentionnés que l'opération de concentration n'entraîne pas de risque d'atteintes à la concurrence sur les secteurs de la radio et de la musique.

IX - L'analyse concurrentielles sur le marché des magazines de télévision

Quelle que soient les définitions de marché retenues, l'opération n'entraîne aucun risque d'atteinte à la concurrence.

En effet, si une distinction entre les magazines gratuits et payants est opérée, l'opération de concentration n'entraîne aucun chevauchement entre les activités payantes des parties, qu'il s'agisse de magazines mensuels ou hebdomadaires. En effet, seul TPS dispose d'un magazine payant (*Télé Guide*), GCP ne proposant que des magazines gratuits à ses abonnés.

Sur le marché des magazines gratuits, l'opération entraîne des chevauchements entre les activités des parties mais ne se traduit par aucun risque d'atteintes à la concurrence. En effet, d'autres magazines gratuits existent, proposés par les autres distributeurs de télévision payante. En outre, les barrières à l'entrée sur ce marché sont principalement liées à l'obtention de l'information sur les grilles de programmes des éditeurs de chaînes. Or, tout obstacle à la communication des informations concernant ses grilles de programmes par la nouvelle entité relèverait des pratiques anti-concurrentielles¹⁸⁰.

Partie IV - Les liens avec Lagardère, TF1 et M6

Conformément au protocole d'accord CERES, Lagardère, TF1 et M6 disposeront respectivement de 20 %, 9,9 % et 5,1 % du capital de la future entité. Il convient en outre de rappeler qu'au travers de l'accord CERES, la nouvelle entité bénéficiera de la part des actionnaires minoritaires de clauses [...] d'exclusivité. La présence au capital des actionnaires minoritaires, présents sur les mêmes marchés que la nouvelle entité, s'accompagne donc d'un contexte contractuel particulier qui ne paraît pas de nature à favoriser la concurrence sur les marchés concernés.

A l'occasion du test de marché, beaucoup de répondants se sont inquiétés de la présence des actionnaires minoritaires au sein de la nouvelle entité au motif précisément qu'ils n'auraient aucun intérêt à concurrencer la nouvelle entité, à tout le moins comme actionnaire.

Il est utile de conduire l'examen des liens entre GCP et les entreprises minoritaires sous l'angle du risque de coordination de leurs comportements concurrentiels (section 1), et du point de vue du risque de renforcement du pouvoir de marché des minoritaires (section 2).

Section I - Le risque de coordination des comportements concurrentiels des actionnaires de la nouvelle entité

I - Rappel de la pratique décisionnelle

Les participations minoritaires de Lagardère, TF1 et M6 ne sont assorties d'aucun droit de veto de nature à conférer aux actionnaires minoritaires une influence déterminante sur la nouvelle entité. Par ailleurs, aucun élément de fait ne vient contredire cette conclusion. Il s'en suit que Canal + France sera contrôlée de manière exclusive par le groupe Vivendi-GCP. Lagardère, TF1 et M6 ne peuvent donc être considérées comme des fondatrices de la nouvelle entité.

La pratique décisionnelle tant nationale que communautaire, dans le domaine des concentrations, permet d'analyser les risques de coordination du comportement concurrentiel entre une entreprise commune et ses sociétés fondatrices dès lors qu'un certain nombre de conditions sont remplies. Tout d'abord, il faut démontrer que l'entreprise nouvellement créée est une entreprise commune (c'est-à-dire contrôlée conjointement par ses sociétés mères) de plein exercice. Ensuite, dans la mesure où les sociétés mères sont présentes sur le même marché que l'entreprise commune ou qu'elles sont actives sur des marchés voisins de celui de leur entreprise commune, il convient d'évaluer le risque de coordination du comportement concurrentiel sur ces marchés, en montrant notamment que ce risque est structurellement lié à la création de l'entreprise commune, que la coordination est vraisemblable et que cette coordination éventuelle entraîne des

¹⁸⁰ Cf. l'arrêt de la CJCE en date du 6 avril 1995 (arrêt « Magill »), aux termes duquel la Cour qualifie d'abusif le fait pour des stations de télévision de se réserver l'exclusivité de la publication de leurs grilles de programmes hebdomadaires.

effets restrictifs de concurrence sur les marchés concernés¹⁸¹. Au cas d'espèce, une telle analyse ne peut être effectuée puisque ni Lagardère, ni TF1 ni M6 ne peuvent être considérées comme des sociétés fondatrices de la nouvelle entité.

Toutefois, l'examen d'une coordination de comportement entre des actionnaires, y compris minoritaires et ne détenant aucune influence déterminante peut être effectué dans le cadre du contrôle national des concentrations, dans des conditions restrictives.

En effet, le Conseil de la concurrence a, par le passé, abordé la question des participations minoritaires. Ainsi, à l'occasion de la prise de contrôle de Canal + par Vivendi¹⁸², a-t-il pris en compte dans son analyse, la participation non contrôlante de Vivendi (23,5 %) au capital de BskyB. En effet, BskyB étant un concurrent de Canal + sur l'achat de droits cinématographiques et sportifs, le Conseil, tout en soulignant que « *l'opération ne peut être considérée comme étant de nature à entraîner, par sa seule existence une coordination des comportements des deux entreprises* », s'est interrogé sur le point de savoir si la participation de Vivendi dans BskyB, rapprochée de l'acquisition par Vivendi du contrôle de la société Canal + « *ne serait pas de nature à faciliter un rapprochement entre les deux groupes et à développer des synergies entre leurs activités, ce qui pourrait conduire à un affaiblissement de la concurrence sur les marchés sur lesquels ils interviennent* ».

Cependant, dans cet avis, le Conseil de la concurrence après avoir effectué un certain nombre de constats indique très clairement que Vivendi ne disposant pas d'une influence déterminante sur BskyB, « *la coordination des comportements d'achat de ces deux entreprises ne pourrait résulter que d'une entente explicite ou tacite entre elles, indépendante du lien capitalistique qui les unit et susceptible d'être analysée au regard des dispositions des articles 7 de l'ordonnance ou 81 du traité de Rome (dispositions réprimant les ententes)* ». Par conséquent, le Conseil de la concurrence a considéré, au cas d'espèce, que l'éventuelle coordination ne pourrait s'appréhender que dans le cadre du droit des pratiques anticoncurrentielles parce que la restriction de concurrence éventuelle serait indépendante du lien capitalistique. En d'autres termes, le Conseil de la concurrence a constaté l'inapplicabilité du droit des concentrations lorsque le risque d'atteinte à la concurrence (ici une entente) n'est pas directement lié à la structure du capital. C'est en définitive un raisonnement très proche de celui qui est conduit lors de l'analyse du risque de coordination du comportement concurrentiel dans le cadre d'une entreprise commune de plein exercice.

Eu égard à ce précédent jurisprudentiel, l'analyse classique au titre de la coordination du comportement concurrentiel des sociétés mères étant écartée, l'examen d'une participation minoritaire non contrôlante ne semble donc pouvoir être appréhendé que sous l'angle du droit des pratiques anticoncurrentielles, à moins que la création de la nouvelle entité et la participation d'actionnaires minoritaires au capital, actifs sur des marchés identiques ou voisins de ceux de la nouvelle entité, ne créent un contexte propre à « *développer des synergies entre leurs activités* » « *... conduisant à un affaiblissement de la concurrence sur les marchés sur lesquels ils interviennent* », pour reprendre les termes de l'avis du Conseil de la concurrence dans l'affaire précitée. Dans cette affaire, le Conseil n'a cependant pas mené l'analyse à son terme, constatant que d'éventuelles pratiques restrictives de concurrence relèveraient plutôt du droit des ententes.

II - Analyse du cas d'espèce

Conformément à ce précédent, le Conseil a de nouveau posé la question de la présence des actionnaires minoritaires.

Le Conseil de la concurrence, citant la Commission européenne, souligne dans son avis qu'« *il serait irréaliste de considérer que l'investissement d'actionnaires minoritaires ne serait que financier lorsque ces actionnaires sont actifs sur le secteur concerné par l'entité fusionnée* ». Le Conseil de la concurrence ajoute « *Ainsi doit être observée une adéquation industrielle, commerciale et stratégique manifeste susceptible d'être mise en œuvre (...) dès lors, l'appréciation globale de l'opération ne doit pas ignorer les effets potentiels ou probables de ces liens* » et conclut que « *la situation créée par la présence d'actionnaires minoritaires actifs sur les mêmes marchés audiovisuels doit être prise en compte, malgré les incertitudes qui demeurent sur leur stratégie future* ». Ainsi, contrairement à l'affaire précédemment citée, le Conseil de la concurrence a bien considéré qu'il existait, au cas d'espèce, un lien entre la présence au capital de Lagardère, TF1 et M6 et d'éventuelles atteintes à la concurrence qu'il convenait d'examiner dans le cadre de la concentration notifiée. C'est bien la présence au capital de concurrents de la nouvelle entité qui est ici visée comme cause structurelle d'une éventuelle restriction de concurrence.

Cependant, il convient de souligner ici que l'appréciation du Conseil de la concurrence porte sur le cas d'espèce et en particulier dans le contexte des clauses [...] d'exclusivités précitées. Il écrit en effet : «

¹⁸¹ Voir notamment la décision du ministre 2006-45 du 10 août 2006.

¹⁸² Avis du Conseil de la concurrence 00-A-04 du 29/02/2000.

l'opération envisagée (au travers tant de la participation minoritaire que des accords accessoires) aura pour effet de placer l'ensemble des actionnaires dans une situation les incitant à ne conclure les accords d'édition/commercialisation de chaînes qu'entre eux... ». C'est bien la combinaison des clauses [...] d'exclusivité qui crée, pour les actionnaires, de la nouvelle entité ce contexte propre à développer des synergies conduisant à un affaiblissement de la concurrence.

En outre, le Conseil de la concurrence souligne que « *les actionnaires de la nouvelle entité pourraient trouver l'occasion de synergies positives avec leurs autres activités qui pourraient avoir pour effet d'affaiblir la concurrence sur les marchés intermédiaires et être dissuadés de se concurrencer sur tous les marchés amont, aval et connexes.* » Et le Conseil d'avancer quelques exemples de risques : atonie sur les marchés amont pour éviter la « surenchère » à l'acquisition des droits qui auraient pour effet de diminuer les dividendes des actionnaires ; effets de forclusion vis-à-vis des tiers sur les marchés aval par le jeu des clauses d'exclusivité pour priver les distributeurs concurrents de chaînes attractives ; restriction de l'accès des tiers au marché connexe de la publicité télévisée.

Dès lors qu'il est considéré que ces atteintes ne résultent pas d'une coordination au sens des pratiques anticoncurrentielles, il convient de les envisager comme le résultat de la présence des minoritaires au capital et des conditions contractuelles accessoires de l'accord CERES. En d'autres termes, l'atonie concurrentielle dont il est question dans l'avis du Conseil pourrait renforcer le pouvoir de marché de la nouvelle entité.

Cependant, les risques d'atteinte à la concurrence que le Conseil a évoqués dans son avis ne paraissent pas avérés et peuvent être, en tout état de cause, écartés par des engagements déposés par la partie notifiante pour répondre à d'autres problèmes de concurrence.

Le premier risque identifié par le Conseil de la concurrence relatif à une absence d'incitation à se concurrencer sur les marchés amont ne paraît pas établi compte tenu notamment des engagements déposés par GCP. En effet, le non couplage des différents droits, tant en ce qui concerne le contenu cinématographique que le contenu sportif permet à tout tiers d'entrer sur les marchés concernés et d'y animer la concurrence (engagements n° 4, 9 et 16). Par ailleurs, l'incitation à ne pas se concurrencer sur l'acquisition de droits vendus conjointement pour une diffusion en cryptée et en clair est également écartée par le biais d'un autre engagement (engagements n° 13 et 17). En effet, l'absence de gel des droits en clair ainsi que les conditions d'une éventuelle rétrocession de ces derniers assurent que les actionnaires minoritaires auront un intérêt propre à entrer en concurrence avec la nouvelle entité plutôt que d'attendre qu'elle organise un appel d'offres auquel prendront part leurs concurrents directs de la télévision en clair.

Le deuxième risque d'atteinte à la concurrence identifié par le Conseil de la concurrence est relatif au « *jeu des exclusivités entre les actionnaires, [qui] pourrait avoir pour effet de priver les autres distributeurs (ADSL, câblo-opérateurs, etc.) des chaînes nécessaires à leur développement et à leur succès, en les cantonnant à un métier de transporteur de bouquets dont la nouvelle entité resterait le distributeur* ». Or les exclusivités entre la nouvelle entité et ses actionnaires minoritaires ont été prises en compte dans l'analyse de l'opération de concentration. Pour remédier aux problèmes soulevés, la partie notifiante s'est engagée à mettre à disposition un certain nombre de chaînes afin d'éviter que les distributeurs tiers ne soient confrontés à une fermeture des marchés de chaînes appartenant à une thématique incontournable (engagement n° 21). Ces engagements sont conformes aux prescriptions du Conseil de la concurrence. La mise à disposition, au profit de distributeurs tiers, de chaînes dont l'attractivité du contenu est garantie par les engagements déposés ne peut d'ailleurs qu'inciter les actionnaires minoritaires à accroître leur pression concurrentielle. Ainsi, par exemple, la mise à disposition de Sport + au profit des tiers tend à accroître son audience, sa notoriété et ses recettes publicitaires. Cela ne peut que stimuler l'incitation de TF1, à travers sa chaîne Eurosport, à accroître sa pression concurrentielle.

Enfin, pour ce qui concerne Lagardère, l'opération se traduit par une perte de contrôle sur GCP. Par conséquent, son incitation à concurrencer la nouvelle entité peut être considérée comme plus forte désormais. Par ailleurs, en s'engageant à mettre à disposition de distributeurs tiers deux chaînes jeunesse de TPS (engagement n° 21), GCP se place d'emblée comme concurrent de Lagardère sur le marché intermédiaire des chaînes thématiques jeunesse où ce dernier développe une activité soutenue. Par conséquent, un tel engagement est de nature à favoriser le comportement concurrentiel de Lagardère vis-à-vis de la nouvelle entité.

Section II - Le risque de renforcement du pouvoir de marché des minoritaires

Il existe une autre approche de l'examen des participations minoritaires qui consiste à s'interroger sur le renforcement du pouvoir de marché des actionnaires minoritaires à l'occasion de l'opération de concentration.

La Commission européenne a déjà eu l'occasion d'examiner, à l'occasion d'une concentration, la question de la présence d'actionnaires minoritaires actifs sur le même marché que celui de la nouvelle entité. Elle a notamment étudié le renforcement de la position dominante de l'un ou plusieurs des actionnaires minoritaires actif(s) sur le même marché que celui de la nouvelle entité ou sur des marchés voisins. Une telle analyse a notamment été effectuée dans l'affaire *Newscorp/Telepiu*, précitée. La Commission a notamment examiné l'effet de la concentration sur le pouvoir de marché de Telecom Italia, actionnaire minoritaire de la nouvelle plateforme satellitaire italienne et acteur prédominant de la téléphonie en Italie.

Par ailleurs, dans sa décision récente relative à la fusion des câblo-opérateurs français, la Commission européenne indique que « *la fusion CanalSat/TPS renforcerait la position déjà prépondérante du groupe Canal +, qui contrôle CanalSat et contrôlerait la future entité CanalSat/TPS, et des autres actionnaires de CanalSat/TPS (TF1, M6 et Lagardère) dans l'édition et la distribution de chaînes de télévision payante* »¹⁸³. La Commission considère donc que l'opération pourrait conduire à renforcer le pouvoir de marché de certains des actionnaires sur certains des marchés concernés par la présente opération.

A cet égard, un certain nombre de marchés peuvent être considérés comme directement affectés par l'opération.

Le seul marché sur lequel les liens capitalistiques noués à l'occasion de cette opération pourraient clairement entraîner un renforcement de position dominante est celui de la publicité télévisée. En effet, la position du groupe TF1, avec une part de marché proche de [50-60] %, a déjà été qualifiée de dominante par le ministre dans une décision récente. L'opération de concentration, si elle conduisait à des couplages entre les espaces publicitaires des chaînes de TF1 et ceux de GCP, pourrait entraîner le renforcement (même minime) de la position dominante de TF1. Or la partie notifiante s'est engagée à ne pas procéder à des achats couplés d'espaces publicitaires avec les régies des actionnaires minoritaires (engagement n° 52).

La question se pose également sur un certain nombre d'autres marchés où les actionnaires minoritaires pourraient détenir un pouvoir de marché et notamment sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques d'information et de sport pour TF1 et sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques jeunesse. Il convient donc de s'assurer que l'opération n'est pas de nature à augmenter cet éventuel pouvoir de marché en modifiant les conditions de concurrence du côté de l'offre.

i) Pour ce qui concerne le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques d'information à destination de la télévision à péage, TF1, avec la chaîne *LCI*, pourrait détenir, de prime abord, un pouvoir de marché puisqu'elle est la seule présente aujourd'hui sur le marché des chaînes d'information destinée à la télévision payante.

Avant la concentration, la chaîne *LCI* était distribuée par CanalSat et TPS sur le satellite et par les câblo-opérateurs. Cette situation sera inchangée après l'opération puisque la chaîne *LCI* restera présente sur la nouvelle entité et sur le câble. Le pouvoir de marché de TF1 en tant qu'éditeur ne sera donc pas modifié à l'occasion de l'opération.

ii) Pour ce qui concerne le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques de sport à destination de la télévision à péage, TF1 détient une position de marché forte avec une part d'audience pour Eurosport de [50-60] % et une part de marché de [40-50] %.

L'opération ne paraît pas de nature à renforcer le pouvoir de marché de TF1 sur le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques de sport dans la mesure où tout d'abord, la nouvelle entité s'est engagée à mettre à disposition des tiers la chaîne *Sport +* et à en garantir l'attractivité. Aujourd'hui, la chaîne qui n'est pas distribuée de façon large représente déjà une « part d'audience » de [10-20] %. De plus, le marché est animé par un certain nombre de chaînes thématiques indépendantes comme *L'équipe TV* ou *Sailing*. L'ensemble des éditeurs tiers représente [20-30] % de l'audience et [25-30] % de parts de marché. Par conséquent, la présence du groupe TF1 au capital de la nouvelle entité n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché des chaînes thématiques de sport.

iii) Pour ce qui concerne le marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes thématiques jeunesse à destination de la télévision à péage, le groupe Lagardère détient une part de marché de [40-50] % en parts d'audience et de [25-35] % en parts de marché.

Cependant, la présence de Lagardère au capital de la nouvelle entité n'est pas de nature à renforcer de manière significative son éventuel pouvoir de marché d'éditeur de chaînes jeunesse. En effet, comme indiqué plus haut, la nouvelle entité va mettre à disposition des distributeurs tiers les chaînes jeunesse les plus attractives de TPS qui représentent en termes d'audience une part de marché d'environ [10-20] % (la chaîne *Eureka* représente moins de [0-10] % d'audience). Par ailleurs, le marché reste animé par la concurrence de

¹⁸³ Décision de la Commission européenne M.4204 - CINVEN / UPC France du 13 juillet 2006.

nombreux autres éditeurs de chaînes qui représentent une part d'audience de [30-40] % et une part de marché de [60-70 %]. Par conséquent, la présence du groupe Lagardère au capital de la nouvelle entité n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché des chaînes jeunesse.

Enfin, sur ces trois marchés, les actionnaires minoritaires, conformément au protocole d'accord CERES, mettront leurs chaînes thématiques à disposition de la nouvelle entité dans le cadre d'une exclusivité. Si ces exclusivités peuvent être de nature à renforcer le pouvoir de marché de Canal Plus France, elles ne sont pas de nature à renforcer celui des actionnaires minoritaires puisque ces derniers s'abstiennent ainsi de commercialiser leurs chaînes auprès d'autres distributeurs.

En conclusion, les éventuelles atteintes à la concurrence liées à la participation minoritaire de Lagardère, TF1 et M6 au capital de la nouvelle entité peuvent-elles être écartées dans le cadre de la présente décision.

PARTIE V - Contrôle et suivi des engagements

Section I – La durée

Les engagements déposés dans le cadre d'une opération de concentration doivent être mis en œuvre pendant l'ensemble de la période nécessaire à la garantie des conditions d'une concurrence suffisante sur un marché donné. Ils peuvent être limités dans le temps lorsque les conditions de concurrence sont susceptibles d'évoluer à terme.

En l'espèce, le secteur de la télévision payante étant en pleine restructuration, notamment sous l'effet de la convergence des différents modes de diffusion, les conditions de concurrence sont susceptibles d'évoluer. L'analyse concurrentielle développée ci-dessus a cependant démontré que sur la majorité des marchés concernés, de telles évolutions n'apparaîtront pas à court terme. La partie notifiante s'est ainsi engagée à souscrire la totalité des engagements déposés pour une durée de six ans, à l'exception de ceux relatifs à la VoD et à la mise à disposition des chaînes. Ces derniers engagements sont souscrits pour une durée de cinq ans (engagement n° 56).

Aucune clause de rendez-vous particulière n'est prévue, à l'exception des engagements relatifs à la VoD. S'agissant de ces derniers, une clause est fixée à l'expiration d'une période de 18 mois (engagement n° 57). Le régime particulier appliqué aux droits VoD se justifie par le caractère émergent et ainsi susceptible d'évoluer plus rapidement.

Enfin, en cas « *d'évolutions structurelles notables* », les parties pourront demander au ministre, l'adaptation ou la levée de tout ou partie des engagements déposés. Ces évolutions devront être démontrées par les parties sur la base d'un rapport dont la pertinence sera analysée par le ministre (engagement n° 58).

Le ministre considère que la durée des engagements proposée fournit suffisamment de garanties pour permettre le rétablissement d'une concurrence effective.

Section II – La vérification des engagements

Il appartient au ministre de veiller au respect des engagements. Il dispose, pour ce faire de la possibilité de procéder à des enquêtes afin de vérifier le respect de ces engagements – et en particulier des engagements comportementaux – par la partie notifiante.

Cependant, pour être effectifs, certains engagements peuvent nécessiter la mise en place de dispositifs de suivi propres, tels que par exemple la constitution d'une instance indépendante des parties pour le règlement de litiges qui naîtraient dans le cadre du respect de ces engagements.

En l'espèce, la partie notifiante s'est engagée à ce que le suivi des engagements soit pris en charge par un mandataire indépendant nommé par les parties et agréé par le ministre (engagement n° 53). Ce mandataire sera indépendant des parties et des actionnaires de la nouvelle entité et possèdera toutes les qualifications nécessaires à l'exercice de sa mission (engagement n° 54). Enfin, afin de permettre au mandataire d'exécuter sa mission dans de bonnes conditions et notamment de s'assurer du contrôle du respect des engagements, GCP s'est engagé à « *isoler les coûts de la nouvelle entité dans la comptabilité analytique de cette dernière* » (engagement n° 55).

PARTIE VI - La contribution au progrès économique et social

La partie notifiante a présenté, de manière succincte, dans son dossier de notification, les gains d'efficacité entraînés par l'opération de concentration. Elle a également communiqué au Conseil de la concurrence, dans le cadre de ses observations sur le Rapport, un bilan social chiffré.

Les deux principaux arguments développés par la partie notifiante afin de démontrer l'existence de gains d'efficacité sont les suivants : l'enrichissement du contenu de l'offre proposée aux consommateurs (i) et la survie du mode de diffusion satellitaire (ii).

i) Une des motivations principales, avancées par le groupe acquéreur, expliquant la réalisation de l'opération, est l'enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs en raison des économies de coûts à l'amont. En effet, la disparition de TPS permettrait de mettre fin à des coûts élevés artificiellement maintenus par la concurrence en amont entre les deux plates-formes satellites.

Plusieurs observations peuvent être formulées sur ce scénario.

Tout d'abord, il n'est pas contesté que la réunion au sein d'une même offre de télévision payante, de contenus actuellement « éclatés » entre les offres de TPS et de CanalSat pourrait représenter une réelle augmentation du surplus du consommateur en termes de qualité de l'offre. Cette évolution, mise en avant par les parties, est en effet très souhaitable. Cependant, comme le souligne le Conseil, « *en l'absence de discours clair sur le projet industriel à moyen terme, le raisonnement ne peut qu'être conduit selon le principe « toutes choses égales par ailleurs » et en maintenant les offres commerciales des parties en l'état* ». Par ailleurs, un enrichissement du contenu des offres proposées aux consommateurs pourrait s'accompagner d'une augmentation des prix des abonnements, ce qui constitue une atteinte à la concurrence si cette augmentation est significative et non proportionnelle à l'accroissement de la qualité du contenu.

Surtout, comme le souligne elle-même la partie notifiante, l'enrichissement du contenu des offres proposées par la nouvelle entité aux consommateurs vient de la disparition d'un concurrent (TPS), qui entraîne une baisse des coûts de l'acquisition de contenus. Or cette disparition conforte la position, déjà importante, du groupe acquéreur sur les marchés amont. Un tel renforcement s'accompagne forcément d'une diminution de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs tiers, ce qui peut à terme s'avérer préjudiciable pour la concurrence. Inversement, si la pression reste élevée à l'amont, comme l'indique à certains moments la partie notifiante, aucune économie significative ne peut être attendue en ce qui concerne l'acquisition de droits de diffusion. L'enrichissement de la qualité des offres proposées aux consommateurs ne va alors plus de soi.

Cette contradiction apparaît d'ailleurs aux termes de l'annexe rédigée par la partie notifiante sur le bilan social de l'opération. Elle indique en effet en page 9 que « *l'opération ne pourrait (...) produire des effets négatifs en termes d'emploi que si elle conduisait à un renforcement du pouvoir de marché des parties susceptible d'entraver le développement des opérateurs concurrents* » et d'un autre côté, en page 11 : « (...) *la France souffre d'un retard certain en matière de télévision payante par rapport à d'autres pays de l'Union et aux États-Unis. La concurrence stérile et anti-économique que se livraient TPS et Groupe Canal + explique en grande partie ce retard, ainsi que la concurrence accrue des autres modes de diffusion.* »

La concurrence des autres modes de diffusion est donc envisagée comme un élément positif ou négatif en fonction de l'objectif recherché dans la démonstration.

ii) La partie notifiante présente l'opération de concentration comme assurant la « survie » du satellite face à l'entrée massive de l'ADSL sur le marché de la télévision payante. En définitive, il s'agirait d'une fusion défensive, qui aurait pour objet de permettre aux parties de continuer à exercer leur métier dans la distribution de télévision par satellite. Cette démonstration s'appuie principalement sur le fait que les opérateurs ADSL bénéficieraient d'une offre technique plus attractive et de stratégies tarifaires plus souples et performantes que la plate-forme satellitaire (notamment grâce à leur possibilité de proposer des offres « multi-play »).

Si l'avantage technique des opérateurs ADSL n'est pas nié, il convient de remarquer, comme cela a été démontré, qu'il ne permet en aucun cas à ces derniers de se développer s'ils n'ont pas accès à un contenu attractif. Or l'opération de concentration accroîtrait, en l'absence de remèdes, leur difficulté à se fournir en chaînes et droits attractifs.

En outre, le scénario de la disparition du mode de diffusion satellitaire ne semble pas crédible à moyen terme. En effet, au-delà de la forte intégration verticale des groupes auxquels sont adossées les plates-formes satellitaires (ce qui assure leur position à l'aval), il convient de remarquer que TPS et CanalSat sont tous deux bénéficiaires et disposent toujours de la base d'abonnés de loin la plus large au niveau national. De plus, comme le souligne elle-même la partie notifiante, 31 % des foyers français n'ont, pour des raisons techniques, accès qu'au mode de diffusion satellitaire pour recevoir les chaînes de télévision payante.

Enfin, comme le souligne le Conseil de la concurrence, sur plusieurs points, « aucune évaluation chiffrée n'a été fournie par les parties, ce qui rend l'évaluation des gains difficiles : le caractère quantifiable des effets n'est donc pas acquis ».

En conclusion, l'opération de concentration pourrait se traduire par une amélioration du bien-être du consommateur. En effet, le monopole de la nouvelle entité sur les marchés de l'acquisition de droits de diffusion cinématographiques, par exemple, permet à cette dernière de proposer aux consommateurs, au sein d'une même offre, un éventail complet des genres cinématographiques existants. Il en va de même en ce qui concerne le sport. Cependant, comme cela a été développé au cours de l'analyse concurrentielle, ce monopole doit être exercé sous contraintes afin de préserver la concurrence et ainsi le surplus du consommateur (ce dernier prenant en compte, outre la qualité de l'offre, le prix de cette dernière).

Ainsi, les arguments avancés par les parties ne suffisent pas à démontrer que l'opération apporte en elle-même une contribution suffisante au progrès économique pour compenser les effets anti-concurrentiels qu'elle entraîne.

Les engagements déposés sont donc bien nécessaires pour remédier aux problèmes de concurrence identifiés dans la présente décision. Comme cela a été indiqué, notamment aux termes de l'analyse concurrentielle sur le marché aval, ils permettent de s'assurer que le bien-être du consommateur est préservé, voire amélioré, par la réalisation de l'opération sous la condition de la bonne exécution de ces engagements. Si certains engagements ont un impact direct sur le bien-être du consommateur (tels que les engagements n° 47, 48, 49 et 50 lui assurant l'absence de coûts additionnels), tous ont pour objectif de garantir la non détérioration du surplus total et ce faisant celui du consommateur.

En conclusion, il ressort de l'instruction du dossier que l'opération notifiée, compte tenu des engagements pris par les parties, qui font partie intégrante de la présente décision, n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Je vous informe donc que j'autorise cette opération.

Je vous prie d'agréer, Maître, l'expression de ma considération distinguée.

Pour le ministre de l'économie, des finances
et de l'industrie et par délégation
*Le directeur général de la concurrence,
de la consommation
et de la répression des fraudes*
GUILLAUME CERUTTI

Engagements déposés par les parties devant le ministre de l'économie C 2006-02 Vivendi Universal/ CanalSat - TPS

Pour les besoins des présents engagements, les expressions suivantes auront pour définition :

- **Les Parties** : les Parties désignent Vivendi et Groupe Canal + ;
- **Vivendi** : Vivendi désigne la société Vivendi et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures contrôlées exclusivement ;
- **Groupe Canal +** : Groupe Canal + désigne la société Groupe Canal + et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures contrôlées exclusivement ;
- **La Nouvelle Entité** : la Nouvelle Entité désigne la société Canal+ France et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures contrôlées exclusivement ;
- **StudioCanal** : StudioCanal désigne la Société StudioCanal et ses filiales et sous-filiales actuelles et futures contrôlées exclusivement.

D'une manière générale, ces engagements sont valables pour l'ensemble des entités, actuelles et futures des Parties qui seraient amenées à exercer une activité entrant dans le champ d'application des engagements ci-dessous déposés, étant entendu d'une part que ce dernier ne couvre pas les activités de télécommunication mobile et d'autre part qu'aucune des filiales ou sous-filiales que les Parties détiennent en contrôle conjoint (avec des tiers) n'a d'activité qui entre dans ce champ d'application.

En cas de création d'une entreprise commune, au sens de l'article L.430-1-II du Code de commerce, les Parties s'engagent à insérer, dans le pacte d'actionnaires conclu entre les entreprises fondatrices, les clauses nécessaires garantissant le respect par la société nouvellement créée de l'ensemble des engagements ci-dessous déposés, pour autant qu'ils trouvent à s'appliquer.

1 - L'accès aux droits

a - Les droits cinématographiques

Pour les besoins des engagements visés au i) et ii) ci-dessous, on entend par « contrat cadre » ou « output deals », un accord pluriannuel de préfinancement de films cinématographiques non préalablement identifiés à la signature de l'accord, portant sur l'acquisition de droits de diffusion pour la télévision payante ou de droits d'exploitation PPV ou VoD, au bénéfice de la Nouvelle Entité.

Pour les besoins des engagements visés au i) et ii) ci-dessous, on entend par « films américains récents » ou « films français récents », les films disponibles pour un premier cycle d'exploitation à compter de l'ouverture de la fenêtre d'exploitation concernée (VoD, PPV, 1^{ère} fenêtre et 2^{ème} fenêtre pour les droits de diffusion télévisuels) et jusqu'à leur qualification en films de catalogue (deuxième cycle d'exploitation), en vertu des accords négociés entre les diffuseurs et les ayants droit.

i) Films américains récents

Les Parties s'engagent à :

- 1.** Pour les contrats cadre ou « output deals » futurs (nouveaux ou reconduits), limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement à l'option de la Nouvelle Entité.
- 2.** Pour les contrats futurs, output deals et hors output deals, (nouveaux ou reconduits), ne pas acquérir de droits d'exploitation PPV ou VoD en exclusivité, ni exploiter de droits d'exploitation PPV ou VoD en exclusivité, ni retarder leur exploitation ;
- 3.** Pour les contrats cadre ou « output deals » en cours concernant les droits PPV ou VoD et prévoyant une exploitation exclusive, mener sans délai des négociations de bonne foi avec les détenteurs de droits pour exploiter ces droits sur une base non exclusive, et faire droit à toute demande raisonnable des détenteurs de droits en ce sens, pour une durée égale à la durée restante.

4. Lors de la négociation de contrats cadre ou « output deals », ne pas exiger ou inciter à la vente couplée des droits suivants :

- Droits d'exploitation PPV ;
- Droits d'exploitation VoD ;
- Droits de diffusion pour la télévision payante ;
- Mandats de distribution ;
- Droits de diffusion des séries américaines à succès.

ii) Films Français récents

Les Parties s'engagent à :

5. Garantir l'absence de discrimination entre les producteurs, d'une part, par un examen collégial des projets sur des bases objectives, et d'autre part, par la négociation d'une nouvelle clause de diversité pour la chaîne premium TPS Star et pour les chaînes cinéma de la Nouvelle Entité.

6. Ne pas renouveler ou conclure de contrats cadre ou « output deals » avec les producteurs français.

7. Pour les contrats cadre en cours, mener sans délai des négociations de bonne foi avec les détenteurs de droits pour ne pas exploiter en exclusivité les droits PPV ou VoD des films à venir, et faire droit à toute demande raisonnable des détenteurs de droits en ce sens, pour une durée égale à la durée restante.

8. Pour les contrats futurs, contrats cadre et hors contrats cadre, (nouveaux ou reconduits), ne pas acquérir de droits d'exploitation PPV ou VoD en exclusivité, ni exploiter de droits d'exploitation PPV ou VoD en exclusivité, ni stipuler de clause retardant l'ouverture de la fenêtre concernée.

9. Négocier séparément et ne pas lier entre eux les contrats d'acquisition des droits suivants :

- Droits d'exploitation PPV ;
- Droits d'exploitation VoD ;
- Droits de diffusion pour la télévision payante (en ne liant pas le prix de chaque fenêtre de diffusion) ;
- Mandats de distribution.

En particulier, ne pas lier les acquisitions de droits de diffusion pour la télévision payante avec (i) les acquisitions de droits d'exploitation PPV ou (ii) les acquisitions de droits d'exploitation VoD ou (iii) les acquisitions de tous mandats de distribution (salle, vidéo, etc.).

Les contrats seront remis, à sa demande, au Mandataire Indépendant visé au paragraphe 8° ci-après.

iii) Films français et étrangers de catalogue

Les Parties s'engagent à :

10. Sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, céder les droits d'exploitation VoD et PPV des films français et étrangers du catalogue de StudioCanal, et de tout catalogue que viendrait à détenir Vivendi et Groupe Canal +, à tout service de VoD ou PPV qui en fera la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire comparables à celles qui prévaudront à la date de cession des droits en cause) et non discriminatoires.

On entend par films de catalogue, pour les besoins du présent engagement, les films cinématographiques de catalogue tels que définis dans l'accord interprofessionnel sur le cinéma à la demande du 20 décembre 2005 ayant fait l'objet d'une sortie nationale en salles en France depuis plus de 36 mois.

11. Sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, céder les droits de diffusion des films français et étrangers du catalogue de StudioCanal, et de tout catalogue que viendrait à détenir Vivendi et Groupe Canal +, à toute chaîne qui en fera la demande pour une diffusion télévisuelle, dans des conditions de marché normales (c'est-à-dire comparables à celles qui prévaudront à la date de cession des droits en cause) et non discriminatoires.

On entend par films de catalogue, pour les besoins du présent engagement, la qualification donnée aux films cinématographiques après l'expiration du délai de diffusion sur les chaînes hertziennes nationales en clair, soit actuellement en pratique 5 ans après leur date de sortie en salles.

12. Limiter la part des films issus du catalogue de StudioCanal, ou de tout autre catalogue que Vivendi ou Groupe Canal + viendraient à détenir, à 35 % des acquisitions de droits de diffusion de films de catalogue par les chaînes de la Nouvelle Entité.

b – Les droits relatifs aux séries américaines à succès

Les Parties s'engagent à :

13. Pour les contrats futurs portant sur les séries américaines à succès, négocier les droits pour chaque fenêtre de diffusion pour une durée maximale de 12 mois, soit au total une durée maximale de 36 mois pour trois fenêtres de diffusion. Dans le cas où des droits de diffusion acquis ne seraient pas exploités par la Nouvelle Entité à l'ouverture de la fenêtre concernée, les rétrocéder dans le cadre d'une mise en concurrence transparente et non discriminatoire de tous diffuseurs intéressés par une diffusion en clair des droits concernés.

c - Les droits sportifs

Les Parties s'engagent à :

14. Pour les contrats futurs, portant sur des événements sportifs annuels réguliers, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans et, dans l'hypothèse où les droits seraient vendus pour une durée supérieure, offrir aux détenteurs de droits la faculté de résilier le contrat unilatéralement et sans pénalités à l'expiration d'une durée de trois ans. Pour rendre effectif cette deuxième partie de l'engagement, ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à accepter l'offre et notamment, ne pas offrir aux détenteurs de droits de prime d'acquisition pour les années d'exploitation postérieures à la troisième année.

15. Pour les contrats futurs portant sur des événements se déroulant tous les deux ou quatre ans (Coupes et Championnats d'Europe, Coupes et Championnats du Monde, Jeux Olympiques), ne pas formuler d'offres portant sur plusieurs éditions de l'événement en cause lorsque le détenteur des droits n'impose pas l'acquisition liée de droits sur plusieurs éditions de cet événement et ne pas inciter le détenteur des droits à lier la vente de ces droits.

16. Ne pas formuler d'offres liées portant sur des droits relatifs à des diffusions en clair et en payant lorsque ces droits sont proposés de manière distincte par les détenteurs de droits. Pour rendre effectif cet engagement, ne pas mettre en œuvre des pratiques incitant les détenteurs de droits à vendre les droits relatifs à des diffusions en clair et en payant de manière liée.

17. Pour les contrats en cours ou futurs portant sur des droits de diffusion en clair d'événements sportifs, dans le cas où tout ou partie des droits acquis ne seraient pas exploités par la Nouvelle Entité, rétrocéder ces droits dans le cadre d'une mise en concurrence transparente et non discriminatoire de tous diffuseurs intéressés.

2 - La mise à disposition de chaînes

2-1 En métropole

a - A tous les distributeurs (satellite, ADSL, câble, TNT)

Les Parties s'engagent à :

18. Distribuer le service audiovisuel Canal + en numérique (Canal +, Canal + Cinéma, Canal + Sport, Canal + Décalé) en auto distribution, sur toutes les plates-formes de services audiovisuels (satellite, câble, ADSL, TNT) qui en feraient la demande et qui le permettent, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires relatives notamment à la qualité de service, de prestations techniques, et de sécurité, sans imposer de technologie d'accès conditionnel particulière.

19. Ne pas imposer la distribution couplée du service audiovisuel Canal + en numérique avec la distribution des offres multi-chaînes de la Nouvelle Entité.

20. La mise à disposition de l'ensemble des chaînes ci-dessous devra garantir l'absence de discrimination entre les plateformes détenues par la Nouvelle Entité et les plateformes détenues par des tiers, notamment en ce qui concerne les avancées technologiques (Haute Définition notamment)

b - A tous les distributeurs (sauf TNT et Câblo opérateurs)

i) Les chaînes mises à disposition

Les Parties s'engagent à :

21. Mettre à disposition sur une base non exclusive :

a. la chaîne premium TPS Star ;

b. trois chaînes cinéma :

- une chaîne de cinéma populaire (Cinéstar),
- une chaîne de cinéma découverte (Cinéculte),
- et une chaîne de cinéma classique (Cinétoile) ;

c. la chaîne de sport généraliste Sport+ ;

d. deux chaînes jeunesse Piwi et Télétoon.

Tout aménagement éventuel du nom des chaînes mises à disposition, pour matérialiser leur appartenance au Groupe Canal +, sera effectué en veillant à préserver leur notoriété.

22. D'une manière générale, les Parties garantissent le maintien de la qualité des chaînes mises à disposition des tiers, sur la base de critères objectifs facilement identifiables et vérifiables.

Afin de garantir la qualité de TPS Star, les Parties s'engagent à la maintenir dans la catégorie réglementaire des chaînes cinéma de premières exclusivités et à diffuser chaque année (hors rediffusions) un minimum de 100 films de première exclusivité (dont 30 films américains), parmi lesquels :

50 films en première fenêtre (dont 20 américains sur ces 50), dont 15 films de première fenêtre français, européens ou étrangers (y compris américains) ayant réalisé plus de 500 000 entrées en salles en France.

En outre, TPS Star poursuivra la diffusion dans un volume horaire hebdomadaire au moins équivalent à celui existant à la date du présent engagement de contenus sportifs attractifs (soit 6 heures), et dont une partie significative sera diffusée en exclusivité étant précisé que les contenus sportifs diffusés sur TPS Star ne seront pas codiffusés sur Sport +.

Parmi les contenus sportifs diffusés, devront figurer au moins :

- un match phare en exclusivité et en direct par semaine pendant la saison, au choix de la Nouvelle Entité, parmi les 5 premiers championnats européens selon l'indice UEFA publié au moment de la diffusion des matches objet du présent engagement ;

- et un match phare en direct par semaine pendant la saison, au choix de la Nouvelle Entité, parmi :

- les 6 premiers championnats européens selon l'indice UEFA publié au moment de la diffusion des matches objet du présent engagement (actuellement Espagne, Angleterre, Italie, Allemagne, France, Portugal),
- les coupes européennes (Ligue des Champions et UEFA),
- les coupes nationales les plus attractives à compter des 8èmes de finale (English Cup, Copa del Rey, Coupe d'Italie, Coupe de France, Coupe de la Ligue).

Afin de garantir la qualité des trois chaînes cinéma objet de l'engagement de mise à disposition, les Parties s'engagent à assurer un temps de diffusion annuel de programmes de catalogue propres (à savoir non mutualisés avec ceux d'une autre chaîne) au minimum de 50 %.

Afin de garantir la qualité de Sport+, les Parties s'engagent à maintenir son positionnement éditorial et le volume horaire journalier actuel (soit 17 heures) avec une proportion annuelle de 50 % au moins en programmes frais (premières expositions). En outre, les Parties s'engagent dans l'hypothèse où, pour satisfaire des besoins éditoriaux elles éditeraient une nouvelle chaîne thématique sport, à la mettre également à la disposition des tiers dans des conditions équivalentes à celles qui sont garanties par le présent engagement.

Les Parties garantissent le maintien du positionnement éditorial et le volume horaire journalier (soit 16 heures pour Piwi et 24 heures pour Télétoon) actuels des chaînes jeunesse objet de l'engagement de mise à disposition.

ii) Les conditions d'accès aux chaînes mises à disposition

Les Parties s'engagent à :

23. Mettre à disposition les chaînes visés à l'engagement n° 21, chaîne à chaîne (sous la réserve des chaînes cinéma proposées par lots indissociables, tel que proposé actuellement auprès des câblo-opérateurs). Cette mise à disposition sera assortie de l'engagement de commercialiser la chaîne TPS Star d'une part et les chaînes cinéma d'autre part, de manière distincte, en option dans l'offre des distributeurs, afin de garantir, dans les mêmes conditions qu'actuellement, le suivi des obligations cinéma.

24. Mettre à disposition les chaînes visées à l'engagement n° 21 à tout distributeur tiers déclaré auprès du CSA qui en ferait la demande et disposant d'une infrastructure de distribution et de transport offrant des garanties suffisantes sur le niveau de qualité des prestations techniques et de service après-vente apporté à l'abonné.

25. Mettre à disposition les chaînes visées à l'engagement n° 21 dans des conditions transparentes objectives (notamment en ce qui concerne le prix demandé) et non discriminatoires. Ces conditions, portées à la connaissance des distributeurs concernés, tiendront compte des spécificités de chaque mode de diffusion.

26. Dans cette logique, les Parties s'engagent à formaliser les modalités de mise à disposition des chaînes (au travers par exemple de la mise en place d'une grille ou d'un catalogue des conditions d'accès aux chaînes par des distributeurs indépendants) et à communiquer simultanément à tout distributeur les grilles de programmes des dites chaînes en assurant au mieux les conditions de mises à jour de ces grilles de programmes.

iii) Les chaînes des actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité

Les Parties s'engagent à :

27. Ne pas faire obstacle, d'une part, au renouvellement des contrats en cours à la date de signature des accords notifiés, des chaînes éditées par les actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité avec des distributeurs tiers et, d'autre part, à la reprise de la chaîne TF1 et de la chaîne M6 par des distributeurs tiers.

28. Ne pas s'opposer, le cas échéant, à la demande de levée de l'exclusivité de distribution de la chaîne LCI dans la mesure où cette levée lui serait demandée à des conditions économiques raisonnables au regard des conditions de marché en vigueur à la date de la demande.

29. Ne pas exiger de droits exclusifs i) lors de la négociation de contrats avec d'éventuelles nouvelles chaînes des actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité ou ii) lors de l'éventuel renouvellement, postérieurement à la mise en œuvre des accords notifiés, de contrats conclus avec les chaînes existantes des actionnaires minoritaires de Nouvelle Entité.

c - Aux câblo-opérateurs

Les Parties s'engagent à :

30. Maintenir en l'état les contrats liant la Nouvelle Entité avec les câblo-opérateurs jusqu'à leur expiration.

Dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait(aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, les Parties s'engagent à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente.

31. A l'expiration de ces contrats, négocier de bonne foi les modalités de leur reconduction à des conditions objectives et comparables d'accessibilité aux chaînes.

Dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait(aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, les Parties s'engagent à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente.

d - Aux distributeurs TNT

Les Parties s'engagent à :

32. Renoncer à toute distribution exclusive, sur la TNT, des chaînes éditées par Vivendi, Groupe Canal + ou par les actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité et les tiers, à l'exclusion de Canal + et de ses déclinaisons (à ce jour Canal + Sport et Canal + Cinéma).

33. Mettre à disposition à titre non exclusif, et sur une base unitaire, toutes les chaînes TNT que Vivendi ou Groupe Canal + contrôle (ou contrôlera), à l'exclusion de Canal + et de ses déclinaisons (à ce jour Canal + Sport et Canal + Cinéma), répondant à toute demande raisonnable de tout distributeur déclaré auprès du CSA, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires (conditions précisées ci-avant pour les autres opérateurs).

2-2 Dans les DOM

Les Parties s'engagent à :

34. Reconduire le (ou les) contrat(s) existant entre TPS et Parabole Réunion expirant le 31 décembre 2009, à sa demande, dans des conditions de durée, commerciales et techniques, notamment pratiquées en matière de transport, au moins aussi favorables que les conditions actuelles.

Dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait(aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, les Parties s'engagent à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente.

35. Reconduire le (ou les) contrat(s) liant TPS et l'opérateur WSG-MTVC, à sa demande, dans des conditions de durée, commerciales et techniques, notamment pratiquées en matière de transport, au moins aussi favorables que les conditions actuelles.

Dans l'hypothèse où l'une ou plusieurs des chaînes concernées par le présent engagement ne serait(aient) pas conservé(es) par la Nouvelle Entité, les Parties s'engagent à proposer une chaîne d'une attractivité équivalente.

36. Concernant les chaînes visées aux engagements n° 34 et 35 ci-dessus, garantir l'absence de discrimination entre les plateformes détenues par la Nouvelle Entité et les plateformes détenues par des tiers, notamment en ce qui concerne les avancées technologiques (Haute Définition notamment)

3°- La reprise des Chaînes Indépendantes

On entend, au sens des présents engagements, par :

- Chaînes Indépendantes : les chaînes de télévision conventionnées par le CSA en langue française (hors services interactifs, téléachat et radios) qui ne sont pas contrôlées directement ou indirectement :

- i) par les sociétés actionnaires de la Nouvelle Entité détenant au moins 5 % de son capital, (ci-après désignées les Chaînes Adossées), ou,
- ii) par les sociétés liées à la Nouvelle Entité par des contrats-cadre ou output deals.

- Chaînes de Référence : les Chaînes Indépendantes et les Chaînes Adossées, conventionnées par le CSA, en langue française.

- Offre Commerciale : l'ensemble des chaînes de télévision proposées dans les offres de base ou en option, et commercialisées sous la ou les marques de la Nouvelle Entité.

- Offre de Base : le premier niveau permanent d'offre de chaînes de télévision auquel les abonnés doivent nécessairement souscrire avant d'avoir accès aux chaînes proposées en option.

3-1 Les garanties de reprise des Chaînes Indépendantes

Les Parties s'engagent :

37. A reprendre une proportion minimale de Chaînes Indépendantes rémunérées dans l'Offre Commerciale satellite de la Nouvelle Entité par rapport aux Chaînes de Référence, calculée au vu de la situation actuelle sur les deux plateformes sur la base de la combinaison d'un critère de chiffre d'affaires et de nombre de chaînes.

38. A faire droit à toute demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante dans leur Offre Commerciale satellite, à concurrence d'un nombre de chaînes dont le chiffre d'affaires cumulé résultant de leur distribution par la Nouvelle Entité dans une offre de base ou en option, correspondra au minimum à 15 % des sommes versées par la Nouvelle Entité aux Chaînes de Référence qu'elle distribue dans son Offre Commerciale satellite.

Sous réserve d'un nombre suffisant de demandes raisonnables de reprise, le nombre de Chaînes Indépendantes :

- i) ne pourra pas être inférieur d'une part, au nombre de Chaînes Indépendantes actuellement distribuées au sein des offres commerciales (base et option) des deux plateformes satellites, soit 17 chaînes, et d'autre part, à un nombre de chaînes représentant au moins 22 % des Chaînes de Référence distribuées par la Nouvelle Entité au sein de son Offre Commerciale satellite ;
- ii) ne pourra être inférieur, au sein de son Offre de Base, d'une part au nombre de Chaînes Indépendantes actuellement distribuées au sein de l'une au moins des Offres de Base des deux plateformes satellites, soit 5 chaînes, et d'autre part, à un nombre de chaînes représentant au moins 12 % des Chaînes de Référence distribuées par la Nouvelle Entité au sein de son Offre de Base satellite ;
- iii) ne pourra être inférieur à 10 chaînes en option ;

39. En ce qui concerne la TNT, faire droit à toute demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante au sein de l'offre multi chaînes payante de la Nouvelle Entité, au sein du service de base ou en option, dans des conditions transparentes et non discriminatoires.

3-2 Les conditions de reprise des Chaînes Indépendantes

Les Parties s'engagent à :

40. Lorsqu'elles recevront une demande raisonnable de reprise d'une Chaîne Indépendante dans leur offre satellite :

- a. répondre sous 3 mois ;
- b. en cas d'acceptation des conditions de reprise dans leur Offre Commerciale, conclure au plus tard dans les trois mois, soit un contrat de distribution dans son Offre de Base dans des conditions équitables de marché et non discriminatoires, soit un contrat de distribution en option, le prix au consommateur final étant dans ce dernier cas défini conjointement ;
- c. en cas de refus motivé, proposer à la Chaîne Indépendante concernée soit une distribution non rémunérée dans leur Offre Commerciale, soit une reprise assortie d'un numéro dans le plan de services, le transport étant dans tous les cas à la charge de l'éditeur ;
- d. en cas de désaccord persistant, le règlement du litige sera confié au Mandataire.

41. Prévoir une distribution dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, (notamment entre les Chaînes Indépendantes, d'une part, et entre les Chaînes Indépendantes et les Chaînes Adossées d'autre part), ces conditions portant notamment sur :

- a. l'accès,
- b. les rémunérations, déterminées selon des modalités comparables à celles prévalant avant l'opération.
- c. les modalités techniques (sans imposer aux éditeurs des systèmes de cryptage, de protection des droits, et de transport discriminatoires),
- d. l'exposition de la chaîne sous réserve des contraintes techniques inhérentes à certains dispositifs. A ce titre, prévoir des conditions de présentation de la chaîne dans les campagnes publicitaires et d'exposition dans le guide de programmes non discriminatoires.
- e. la numérotation de la chaîne dans le plan de services du distributeur qui devra être cohérente avec le genre de la thématique.

42. S'agissant des conditions de forme :

- a. présenter la distribution de cette offre de reprise des Chaînes Indépendantes, au moyen d'un catalogue des conditions de reprise portant sur les différents niveaux de contrats possibles (accord de distribution et/ou accord de transport) et les modalités techniques ;
- b. communiquer les conditions générales relatives à la distribution commerciale et au transport des Chaînes Indépendantes.

4°- Les conditions relatives à la distribution des chaînes tierces

Par chaînes tierces, on entend au sens des présents engagements, l'ensemble des chaînes qui ne sont pas adossées à la Nouvelle Entité.

43. Proposer une durée raisonnable de contrats conforme aux usages du marché.

44. Conclure des contrats séparés pour la distribution commerciale d'une part, et les prestations de transport associées, d'autre part (y compris location de capacités satellite), sans conditionner la distribution commerciale d'une chaîne à la signature d'un contrat de prestation de transport.

45. Ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes tierces pour une durée supérieure à (4) ans et en tant que de besoin, faire ses meilleurs efforts pour renégocier dans les meilleurs délais les durées des droits exclusifs existants dont la durée serait supérieure à (4) ans.

46. Ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes tierces lors de la négociation du contrat ou de sa reconduction.

5°- Les conditions des offres commerciales

Les Parties s'engagent à :

47. Maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la Nouvelle Entité, par catégorie de clientèle.

48. Maintenir un écart équivalent à celui existant avant l'opération entre le prix des offres proposées aux professionnels et celui des offres proposées aux particuliers.

49. Informer les abonnés de la possibilité de résilier sans pénalité leur contrat, à tout moment pendant la première année suivant la réalisation de l'opération, en cas de modification substantielle des termes de celui-ci.

6°- La diffusion technique par satellite

En cas de migration vers une seule position satellitaire, les parties s'engagent à :

50. Rendre publique au moins 6 mois à l'avance cette migration. En cas de migration des clients résidentiels vers une seule plate-forme il conviendra de ne pas imposer aux abonnés la prise en charge des coûts de cette migration ;

51. Prévoir un dispositif de mise en concurrence des différents opérateurs de satellite, en cas de choix d'un opérateur unique.

7°-La publicité

Les Parties s'engagent à :

52. ne pas procéder à des couplages de vente d'espaces publicitaires entre les régies des Parties et la régie de TF1, tant que TF1 restera au capital de la Nouvelle Entité.

8°- Mandataire indépendant

53. Le suivi des engagements sera pris en charge par un mandataire indépendant nommé par les Parties et agréé par le ministre. La mission du Mandataire consistera à s'assurer de la bonne mise en œuvre de l'ensemble des présents engagements.

54. Ce mandataire aura accès à toutes les informations utiles pour l'exécution de sa mission.

Il sera indépendant des Parties et des actionnaires de la Nouvelle Entité détenant au moins 5 % du capital. Il possèdera toutes les qualifications nécessaires à l'exercice de sa mission. Il sera rémunéré par Groupe Canal +.

Dans les trente jours à compter de la date de réalisation de l'opération, les Parties proposeront le nom d'un Mandataire au ministre, et lui communiqueront un projet de Mandat, conforme aux dispositions des présents engagements. Le projet de Mandat précisera également les modalités retenues pour la rémunération du Mandataire, qui garantiront l'indépendance de ce dernier vis-à-vis des Parties et des actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité ne détenant pas plus de 5 % du capital.

Le Mandataire entrera en fonction dans les cinq jours ouvrés suivant l'approbation de sa nomination par le ministre. Il exercera sa mission jusqu'à l'expiration de l'ensemble des présents engagements.

9°- Séparation comptable

55. Afin de permettre au mandataire le contrôle du respect des engagements, notamment ceux relatifs aux rémunérations des Chaînes Indépendantes ou de celles de la Nouvelle Entité et des actionnaires minoritaires de la Nouvelle Entité, Groupe Canal + s'engage à isoler les coûts de la Nouvelle Entité dans la comptabilité analytique de cette dernière.

10°- Suivi des engagements/Délai

56. Les engagements sont souscrits pour une durée de 6 ans maximum commençant à courir, pour chaque engagement, au plus tard quatre-vingt-dix jours après la date de réalisation de l'opération.

Toutefois, par dérogation à ce qui précède la durée sera de 5 ans maximum pour les engagements relatifs à la VoD et à la mise à disposition de chaînes par la Nouvelle Entité commençant à courir, pour les engagements concernés, au plus tard quatre-vingt-dix jours après la date de réalisation de l'opération.

Les Parties informeront sans délai le ministre de la réalisation de l'opération.

57. Le ministre de l'économie des finances et de l'industrie doit pouvoir contrôler le suivi des engagements à tout moment. Une clause de rendez-vous sera mise en œuvre à l'expiration d'une période de 18 mois pour les engagements relatifs à la VoD, commençant à courir à compter de la date de réalisation de l'opération.

Trois mois avant la clause de rendez-vous mentionnée ci-dessus, les Parties pourront demander au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie la levée de ces engagements dans l'hypothèse où l'évolution des pratiques du marché permettrait d'observer que les concurrents de la nouvelle entité procèdent de manière significative à des acquisitions de droits, ou exploitent des droits VoD de manière significative en exclusivité.

En cas de refus total ou partiel du ministre, les Parties pourront adresser à tout moment au ministre une demande de levée totale ou partielle des engagements qui seront restés en vigueur sur la base d'un nouveau rapport sur l'évolution de la situation concurrentielle. Le ministre se prononcera sur cette nouvelle demande.

58. Les Parties pourront demander à tout moment au ministre de l'économie des finances et de l'industrie l'adaptation ou la levée totale ou partielle des engagements en cas d'évolutions structurelles notables en présentant un rapport sur la ou les évolutions structurelles justifiant cette demande.

Au vu de ce rapport, le ministre se prononcera sur l'adaptation ou la levée de tout ou partie des engagements concernés.

59. Les engagements n° 50 et 51 (relatifs à la diffusion technique par satellite) ne sont pas soumis à une condition de durée. Ils devront être exécutés le cas échéant au moment de la migration effective vers une seule position satellite.