RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre du 14 avril 2006 enregistrée sous le numéro 06/0034A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à la prise de contrôle par Vivendi Universal / Groupe Canal Plus (les « parties notifiantes ») de TPS et de CanalSatellite ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-7, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu l'avis adopté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (« CSA ») le 23 mai 2006, à la demande du Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

Vu l'avis n° 06-0528 adopté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (« ARCEP ») le 23 mai 2006, à la demande du Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les observations présentées par les représentants de Vivendi Universal, de Groupe Canal Plus et le commissaire du gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement, les représentants de Vivendi Universal, de Groupe Canal Plus entendus au cours de la séance du 4 juillet 2006, ainsi que les représentants de la Ligue de Football Professionnel, du Bureau de Liaison des Organisations du Cinéma, de l'Association des Producteurs Indépendants, de France Télévisions, du Groupe AB, de l'Association des Chaînes Conventionnées éditrices de Services (ACCeS), d'UPC-Noos, de France Télécom, de Neuf Cegetel, de Free (Iliad), et d'Eutelsat en application de l'article L. 430-6, alinéa 4, du code de commerce ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

PARTIE I : LE CADRE GÉNÉRAL DE L'OPÉRATION

1. Par lettre du 14 avril 2006 enregistrée sous le numéro 06/0034 A, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis fondée sur les dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du code de commerce et portant sur la prise de contrôle par Vivendi Universal / Groupe Canal Plus (les « parties notifiantes ») de TPS et de CanalSatellite, dans le secteur de la télévision payante. Par cette saisine, le ministre demande au Conseil de la concurrence de se prononcer sur la délimitation des marchés pertinents et d'examiner si l'opération notifiée comporte des risques d'atteinte à la concurrence et, le cas échéant, si elle apporte au progrès économique une contribution susceptible de contrebalancer d'éventuels effets négatifs sur la concurrence.
2. Par lettre en date du 26 avril 2006, le Conseil de la concurrence a saisi le CSA, conformément aux dispositions de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, telle que modifiée, lequel a déposé ses observations le 23 mai 2006.
3. Par lettre en date du 26 avril 2006, le Conseil de la concurrence a saisi l'ARCEP, conformément aux dispositions de l'article 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, laquelle a déposé ses observations le 23 mai 2006.

I. Les entreprises parties à l'opération

A. L'ACQUÉREUR : VIVENDI UNIVERSAL / GROUPE CANAL PLUS

4. La société Vivendi Universal (« VU ») est une société commerciale de droit français (SA) au capital de 6 342 734 541 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 343 134 763, dont le siège social est situé 42, avenue de Friedland à Paris 75008.
5. VU est la société mère d'un groupe du même nom intervenant dans le secteur des médias et des télécommunications, principalement dans les secteurs de la télévision, du cinéma, de la musique, des jeux interactifs, des télécommunications mobiles et fixes et des parcs à thème.
6. La société Groupe Canal Plus (« GCP ») est une société commerciale de droit français (SA) au capital de 100 000 000 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 420 624 777, dont le siège social est situé 1, place du Spectacle à Issy-les-Moulineaux 92130. GCP est contrôlée par VU.
7. GCP exerce principalement ses activités dans la télévision à péage, notamment dans les domaines de :
   - la production, la distribution, et l'acquisition de droits audiovisuels ;
   - l'édition de chaînes de télévision à péage ;
   - la distribution en France des offres Canal + et CanalSatellite ;
   - la distribution dans les départements et territoires d'Outrer Mer, ainsi qu'en Afrique au travers de sa filiale Media Overseas ;
   - la distribution et l'édition de chaînes en Pologne au travers de sa filiale Cyfra+.
8. GCP détient :
   - 49.7 % de Canal + et de ses filiales dont la société Sport + ;
   - 66 % de CanalSatellite SA, le bouquet numérique des chaînes thématiques diffusé en France sous la marque CanalSat ;

- 100 % de Media Overseas, opérateur de Canal + et de bouquets de chaînes dans les territoires et départements d'outre-mer. Media Overseas assure l'exploitation en propre de quatre plates-formes satellites dont elle est actionnaire à plus de 50 % (Afrique, Caraïbes, Ocean Indien, Pacifique) ;
- 100 % de Canal + Active SAS exploitant les activités de vidéos à la demande et de télévision sur mobile.

B. LES CIBLES : TPS ET CANALSATELLITE

1. TPS

9. La société TPS est une société commerciale de droit français (SNC) au capital de 1.800.000 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro B 408 604 007, dont le siège social est situé 145, quai de Stalingrad à Issy-les-Moulineaux 92130.
10. TPS est détenue à 66 % par TFI, elle-même contrôlée par le groupe Bouygues, et à 34 % par M6, dont le principal actionnaire est le groupe RTL.
11. TPS exerce principalement ses activités dans la télévision à péage, notamment dans les domaines de :
    - l'acquisition de droits audiovisuels ;
    - l'édition de chaînes de télévision à péage ; et
    - la distribution en France de bouquets de services de télévision et de radio.

2. CANALSATELLITE

12. La société CanalSatellite est une société commerciale de droit français (SA) au capital de 41.700 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 383 866 795, dont le siège social est situé 1, place du Spectacle à Issy-les-Moulineaux 92863.
13. CanalSatellite est détenue à 66 % par GCP et à 34 % par Lagardère Active, filiale du groupe Lagardère.
14. CanalSatellite exerce principalement ses activités dans la télévision à péage, notamment dans les domaines de :
    - l'édition de chaînes de télévision à péage ; et
    - la distribution en France de bouquets de services de télévision et de radio.

C. LES CÉDANTS : TF1, M6 ET LAGARDÈRE

15. Télévision Française 1 (« TF1 ») est une société commerciale de droit français (SA) au capital de 42 810 425,80 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 326 300 159, dont le siège social est situé 1, quai du Point du Jour à Boulogne Billancourt 92656. TF1 est une société active dans le secteur de la télévision qui exploite notamment la chaîne de télévision gratuite hertzienne française TF1.
16. Métropole Télévision est une société commerciale de droit français (SA à directoire et conseil de surveillance) au capital de 52 755 476 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 339 012 452, dont le siège social est situé 89, avenue Charles de Gaulle à Neuilly sur Seine 92200. Métropole Télévision est la société mère du

groupe M6 actif dans le secteur de l'édition et de la commercialisation de services audiovisuels.

17. Lagardère SCA est une société en commandite par actions de droit français au capital de 858 993 978,50 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 320 366 446, dont le siège social est situé 4, rue de Presbourg à Paris 75116. Le groupe Lagardère est engagé dans deux principaux domaines d'activités : la communication / médias et les hautes technologies. La société holding du pôle audiovisuel du groupe Lagardère est Lagardère Active SA filiale à 100 % de Hachette SA, elle-même filiale à 100 % de Lagardère SCA.

II. L'opération notifiée

A. MODALITÉS

18. L'opération a pour objet le regroupement, à travers la création d'une société dénommée provisoirement Canal + France, de la totalité des activités de GCP et de TPS dans la télévision payante en France, soit 100 % des deux bouquets satellitaires CanalSat et TPS, la chaîne Canal + (« Canal + ») et les chaînes thématiques de Multithématiques. Canal + France sera une société placée sous le contrôle exclusif de GCP, elle-même contrôlée par VU.

19. L'opération consiste en une double acquisition. D'une part, TF1 et M6 ont signé avec VU, le 6 janvier 2006, un protocole d'accord, dénommé CERES (« protocole CERES »), visant à rapprocher TPS de GCP au sein d'une entité, Canal + France, contrôlée par VU. D'autre part, VU a conclu avec Lagardère, le 14 mars 2006, un second accord (« Accord Lagardère ») par lequel Lagardère apporte sa participation de contrôle conjoint de 34 % dans CanalSat en contrepartie de 20 % de la nouvelle entité Canal + France.

20. Canal + France aura pour objet social l'exercice de toutes activités dans le domaine de la télévision, l'audiovisuel, l'image, le son, la publicité et l'édition, ainsi que tous services et produits liés.

21. Selon le protocole CERES, TF1 et M6 apporteront en pleine propriété 100 % des actions de la société TPS, en contrepartie d'une participation de 15 % dans le capital et des droits de vote de la nouvelle entité. TF1 et M6 détiendront respectivement 9,9 % et 5,1 % du capital et des droits de vote. Selon l'Accord Lagardère, Lagardère apportera sa participation de contrôle conjoint de 34 % dans CanalSat pour détenir 20 % de Canal + France.

B. ACCORDS CONCOMITANTS ET EXCLUSIVITÉS

1. ENTRE VU, TF1 ET M6

22. […].

23. […].

24. VU, TF1 et M6 s'engagent également à signer des accords de distribution exclusive, sur le satellite et l'ADSL, des chaînes les plus attractives de TF1 ([…]) et M6 ([…]).

25. […].

26. Les articles 11.2 et 11.3 du protocole prévoient en outre la reprise non exclusive des chaînes TF1 et M6 dans les offres du nouvel ensemble, y compris en haute définition.

27. […].

2. ENTRE VU ET LAGARDÈRE

28. L'accord Lagardère comporte des accords de distribution exclusive sur satellite, ADSL ([…]) et mobile des chaînes jeunesse […] et des accords de distribution non exclusive des chaînes musique MCM, MCM Top, MCM Pop ([…]). […].

29. […].

III. Contrôlabilité

30. La contrôlabilité d'une opération de concentration relève de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code du commerce, lesquels posent une condition qualitative relative à la nature de l'opération de concentration et fixent des seuils relatifs au chiffre d'affaires. Ces deux points doivent être abordés successivement.

A. NATURE DE L'OPÉRATION

31. Aux termes de l'article L. 430-1 du code du commerce :

«*I.- Une opération de concentration est réalisée :*

1º Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2º Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. - Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;

- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

32. Au cas d'espèce, l'opération consiste d'une part en la prise de contrôle exclusif par Vivendi Universal / GCP des actifs TPS, actuellement contrôlés conjointement par TF1 et M6, et d'autre part en la prise de contrôle exclusif par Vivendi Universal / GCP de CanalSat, actuellement contrôlée conjointement par elle-même et par Lagardère. Il s'agit donc de concentrations au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce.

33. […]. Toute montée de Lagardère dans le capital de la nouvelle entité lui conférant une influence déterminante devra s'interpréter comme une nouvelle opération de concentration.

34. […].

35. […].

36. En l'espèce, il apparaît que les droits de veto consentis à Lagardère ne constituent que des droits de protection des intérêts patrimoniaux de l'actionnaire minoritaire, et non des droits de contrôle conjoint. […].

37. Il s'agit donc d'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 du code de commerce, dont les seules parties sont, pour l'application du III de cet article, les sociétés Vivendi Universal et GCP.

B. SEUILS RELATIFS AU CHIFFRE D'AFFAIRES

38. 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) nº 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 (…) ».

39. En l'espèce, s'agissant de l'opération de rapprochement des activités de télévision payante en France de GCP et de TPS, le cumul des chiffres d'affaires totaux mondiaux, réalisés en 2005 par le groupe Vivendi Universal ([…] millions d'euros), et par la société TPS ([…] millions d'euros), s'élève à […] millions d'euros de sorte que la première condition est remplie. Le chiffre d'affaires réalisé en France en 2005 s'élève à […] millions d'euros pour TPS et à […] millions d'euros pour le groupe Vivendi Universal, de sorte que la seconde condition est également remplie. Enfin, en 2005, le chiffre d'affaires de TPS est exclusivement réalisé en France et le groupe Vivendi Universal réalise en France plus des deux tiers de son chiffre d'affaires communautaire ([…] millions d'euros) en France. La concentration n'est donc pas de dimension communautaire de sorte que la troisième condition est remplie.

40. S'agissant de la prise de contrôle exclusif de CanalSat par Vivendi Universal, le cumul des chiffres d'affaires mondiaux réalisés en 2005 par le groupe Vivendi Universal ([…] millions d'euros) et par CanalSat ([…] millions d'euros) s'élève à […] millions d'euros pour 2005, satisfaisant la première condition. Le chiffre d'affaires de CanalSat est exclusivement réalisé en France et le groupe Vivendi Universal réalise en France un chiffre d'affaires de […] millions d'euros pour 2005 de sorte que la seconde condition est également remplie. Chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre. L'opération n'est donc pas de dimension communautaire de sorte que la troisième condition est remplie.

41. En conséquence, les opérations notifiées constituent une opération de concentration soumises aux dispositions des articles L. 430-1 et suivants du code de commerce.

IV. Présentation du secteur

42. Il convient d'examiner successivement les grands métiers, la chaîne technique puis la dynamique du secteur.

A. LES GRANDS MÉTIERS : PRODUCTION, ÉDITION, DISTRIBUTION ET DIFFUSION

43. La production audiovisuelle consiste 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 gestion des droits relatifs à la diffusion sur tout support. Le producteur est propriétaire des droits d'exploitation de l'œuvre.

44. Il s'agit d'une activité de commande. Les chaînes de télévision (diffuseurs) constituent le principal mode d'exploitation et de financement des productions audiovisuelles. Au sein de ce secteur, de petits producteurs coexistent auprès de quelques grands pôles de production constitués par les majors du cinéma mais aussi du divertissement.

45. Le métier de l'édition consiste en la réalisation de grilles de programmes, composées d'éléments produits en interne ou des programmes acquis sur le marché amont des droits de diffusion.

46. Les éditeurs acquièrent des programmes ou des droits auprès des producteurs et assemblent les programmes qu'ils proposent aux diffuseurs ou aux distributeurs (en matière de télévision payante). La rémunération de l'édition provient de la publicité, de la redevance et des abonnements (pour la télévision payante).

47. En matière de télévision payante, le distributeur acquiert le droit de distribuer des chaînes contre rémunération et les agrège dans un bouquet qu'il commercialise auprès d'abonnés.

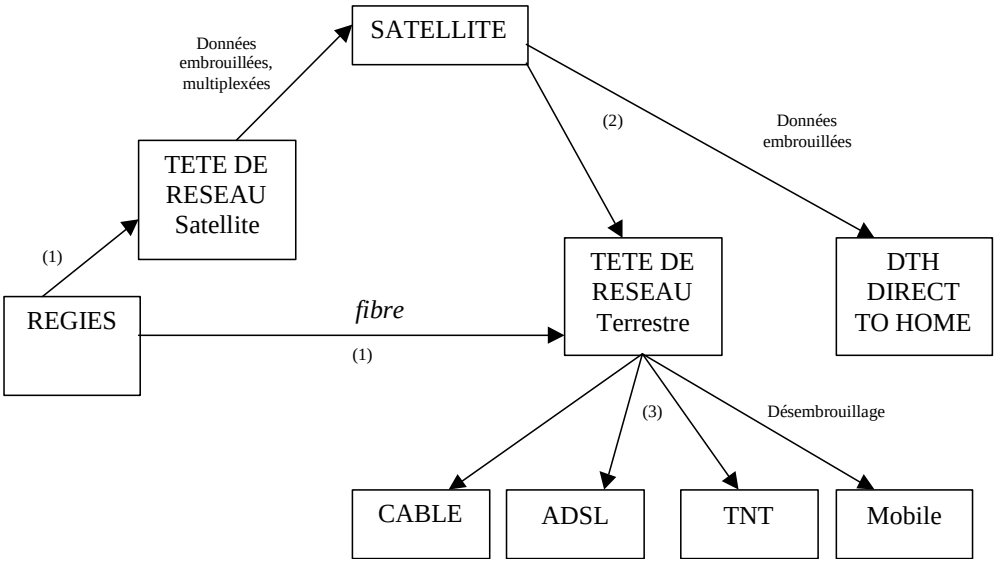
48. Les diffuseurs de programmes de télévision assurent quant à eux le seul transport des images de la régie des chaînes de télévision jusqu'au téléviseur des téléspectateurs ou abonnés.

B. LA CHAÎNE TECHNIQUE

49. Il existe cinq principaux moyens de diffusion de la télévision : par voie hertzienne, par câble, par satellite, par ADSL et par téléphone mobile.

50. La télévision hertzienne correspond à la diffusion d'ondes sur les différentes bandes de fréquences et de modulation. La réception est assurée par une antenne. La saturation des fréquences interdisait le lancement de nouvelles chaînes sur le réseau hertzien français. La télévision par câble permet la réception de programmes de télévision, de radios et d'Internet. Les câblo-opérateurs assurent la transmission des programmes et commercialisent des bouquets de chaînes thématiques. L'abonnement est payant et nécessite la location d'un décodeur. Les satellites permettent de diffuser des programmes de télévision et de radios en clair ou en crypté. Ce mode de diffusion permet de couvrir de vastes zones géographiques. L'ADSL permet le transport de données sur une ligne téléphonique classique. Enfin, les licences UMTS permettent la réception de chaînes de télévision directement sur un téléphone mobile.

51. La chaîne technique de la distribution et diffusion de chaînes auprès des téléspectateurs présente schématiquement la forme suivante :



52. Le contenu audiovisuel est capté à partir de la régie finale d'une chaîne, d'où il est transporté jusqu'à une tête de réseau en général par fibre optique (1). Le signal est ensuite traité au niveau de la tête de réseau du distributeur : encryptage, multiplexage et encodage. Enfin, le contenu est envoyé par une liaison montante jusqu'à un satellite ou diffusé dans les réseaux câble, ADSL, TNT ou mobile (3).

53. Le satellite répète le signal qui est ici acheminé par une liaison descendante grâce à des répétiteurs. Le flux est réceptionné soit par réception directe auprès du client équipé d'une parabole (DTH), soit par une tête de réseau qui le transmet vers les clients équipés pour la réception de l'ADSL, du câble ou de la TNT (2).

54. Dans le cas de la réception du contenu par une tête de réseau, le contenu audiovisuel est acheminé sur le réseau d'un câblo-opérateur, d'un opérateur ADSL ou encore TNT. Le décodage est effectué au niveau de la tête de réseau qui va permettre à l'abonné de recevoir le flux audiovisuel en clair après reconnaissance de ses droits. Les têtes de réseau satellitaire effectuent dans ce cas une prestation de « simulcrypt » permettant le cryptage d'une même chaîne suivant le ou les contrôles d'accès de distributeurs distincts.

55. En général, les chaînes concluent directement un contrat avec CanalSat ou TPS sans passer par les opérateur satellites Astra et Eutelsat. L'opérateur satellite loue en effet des capacités transpondeurs à CanalSat ou TPS, qui les loue ensuite aux chaînes qui souhaitent être distribuées grâce au satellite. Les chaînes rémunèrent ainsi CanalSat ou TPS pour la diffusion et le transport des flux audiovisuels.

56. Il existe des alternatives au transport par satellite. En effet, le contenu peut être par exemple directement transmis depuis la régie de diffusion jusqu'aux têtes de réseaux par fibre optique.

C. LA DYNAMIQUE DU SECTEUR

57. Le secteur présente une situation de grande concentration, qu'elle prenne la forme d'une intégration verticale ou de rapprochements entre différentes catégories de médias. Cette situation résulte à la fois de l'importance des coûts fixes qui caractérisent cette industrie et de l'interdépendance des différentes étapes de la chaîne.

58. S'agissant d'une part de ces coûts, on relève l'importance des investissements à consentir pour construire une offre de programmes, dépassant très largement ceux des autres médias et permettant de qualifier l'activité d'industrie de contenus. La réussite d'une offre de télévision payante repose en effet sur la détention de contenus attractifs, généralement coûteux (dont les coûts sont en inflation), rares et même parfois rendus indisponibles par les exclusivités : les premiers entrants, du fait de l'importance des sommes à mobiliser pour les acquérir et de la durée d'exploitation de ces contenus (contrats pluriannuels), sont dès lors en position de s'assurer les droits des programmes les plus demandés. Cette difficulté peut être encore renforcée par les intégrations verticales entre les entreprises du secteur et les producteurs de films.

59. L'importance des charges de distribution, relatives notamment à la sélection des chaînes, à la conception et diffusion des matériels de décodage et à la relation commerciale avec l'abonné ou le téléspectateur, impliquant d'assumer une partie de ce coût fixe dans une logique de promotion, s'ajoute à ces coûts fixes et la conception, la diffusion du matériel de décodage et sa propriété renforcent la position de quelques grands acteurs : ces technologies sont développées pour l'essentiel par des sociétés liées aux grands groupes, disposant ainsi d'une avance technologique certaine. Les droits de propriété intellectuelle renforcent, en outre, les barrières à l'entrée.

60. S'agissant d'autre part de l'interdépendance entre les différentes étapes de la chaîne, il convient de relever que, dans la mesure où une offre de télévision payante ne peut exister qu'à travers sa capacité à toucher un vaste public par une distribution efficace et massive, la maîtrise de cette étape est essentielle pour les acteurs majeurs du secteur. En effet, en tant qu'interlocuteur du téléspectateur, le distributeur est détenteur de l'information lui permettant de percevoir les préférences de sa clientèle : il est en mesure de développer une stratégie de fidélisation et de construire une identité de marque. Cette position lui confère également la maîtrise de l'accès (position dite de « *gate-keeper* ») : il peut référencer ou non les chaînes qui lui sont proposées face au nombre limité de canaux, sachant que les coûts de sortie liés à l'abonnement rendent peu probable le déplacement du consommateur vers une autre plate-forme en cas d'absence d'une chaîne particulière. Le rapport de force avec les opérateurs de chaînes est donc *a priori* favorable au distributeur : pour se libérer de ces rapports de force, un opérateur sera donc incité à devenir son propre distributeur. De plus, le succès d'une plate-forme est indissociable des programmes bien identifiables qu'elle propose : l'intégration verticale commence ainsi par l'établissement de liens d'exclusivité pour la distribution de certains contenus.

61. Par ailleurs, le secteur se trouve à un moment critique de convergence entre les opérateurs de l'audiovisuel et ceux des télécommunications, et particulièrement, à l'aube des choix stratégiques des parties à l'opération et de leurs concurrents potentiels et actuels, s'agissant de la construction de nouveaux modèles économiques qui structureront le secteur à moyen, voire long terme. Il en résulte une grande incertitude tant sur l'existence d'une rencontre concurrentielle effective entre les opérateurs de l'audiovisuel et ceux des télécommunications, que sur la nature, le champ et la portée de la concurrence auxquels ceux-ci, finalement, se livreront. Dans ce contexte, l'analyse concurrentielle de l'opération doit poursuivre le double objectif de prudence et de permettre l'émergence de toute situation de concurrence susceptible, à terme, d'exister.

62. Avant d'aborder, dans ce contexte incertain, l'analyse concurrentielle de l'opération, il convient de délimiter les marchés affectés par celle-ci.

V. La délimitation des marchés concernés par l'opération

63. Compte tenu de l'intégration verticale des parties à la concentration, l'opération affecte les principaux marchés de la télévision payante situés aux différentes étapes de la chaîne de valeur, soit les marchés dits amont, intermédiaires et aval. Par ailleurs, divers autres marchés connexes sont concernés.

A. LES MARCHÉS AMONT

64. GCP et TPS agissant tous deux, pour les besoins de leurs activités d'éditeurs, en tant qu'acquéreurs de contenus audiovisuels, l'opération est susceptible d'avoir une incidence sur les marchés de l'acquisition de ces contenus, lieu de rencontre entre l'offre des détenteurs de droits de diffusion, que sont les fournisseurs de contenus, et la demande des éditeurs de chaînes.

65. Ces contenus audiovisuels couvrent un certain nombre de programmes de divertissement hétérogènes, comme des films, des oeuvres audiovisuelles (téléfilms, séries, comédies, documentaires, etc.) et des programmes consacrés aux sports. Avec l'évolution des technologies, plusieurs supports sont susceptibles de diffuser ces contenus : la télévision, Internet mais aussi la téléphonie mobile. Pour définir le marché de l'acquisition de droits de diffusion audiovisuels, le critère pertinent est celui de la nature du contenu, et non du mode de diffusion. En effet, le câble, le réseau ADSL et le satellite sont substituables dans la mesure

où les droits sont acquis non par des supports (distributeurs) mais par des chaînes (éditeurs) qui ont vocation à être diffusées sur tous les supports et qui acquièrent donc les droits de diffusion pour l'ensemble des supports. Cependant, il convient de distinguer la télévision sur téléphone mobile des autres modes de diffusion : elle n'offre pas le même confort d'utilisation, correspond à une utilisation ponctuelle et concerne un contenu spécifique (du fait de la capacité limitée de la bande passante, les opérateurs de téléphonie mobile ne sont appelés à proposer que la diffusion de contenus de courte durée, c'est-à-dire des résumés d'épreuves sportives, des dessins animés, etc.). Ce support n'est donc pas substituable aux autres.

66. Les autorités de concurrence, tant nationales que communautaires, considèrent par ailleurs que les différents contenus ne sont pas substituables les uns aux autres. En effet, du point de vue de la demande du consommateur, leur attrait est différent. Du point de vue de l'offre, les différents contenus sont négociés dans le cadre de structures tarifaires différentes et ne représentent pas la même valeur économique. Les fournisseurs ne peuvent pas réorienter aisément leur production vers un autre type de contenu, et des réglementations particulières existent, tant en termes d'attribution que de diffusion (avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-04 du 29 février 2000, Richemont et lettre du ministre n° C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII ou décision de la Commission européenne n° COMP/M. 2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù). Les contenus cinématographiques et sportifs sont ainsi traditionnellement distingués des autres contenus audiovisuels.

67. En raison des facteurs linguistiques, culturels et du cadre dans lequel prend place la négociation entre opérateurs, s'agissant notamment des droits de diffusion (généralement limité au territoire français et homogène sur ce territoire, à l'exception de quelques événements sportifs à dimension supra-nationale), les marchés de l'acquisition de droits sont, selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, de dimension nationale.

68. Seront successivement examinés les marchés d'acquisition :
- des droits cinématographiques ;
- des droits sportifs ;
- des autres contenus audiovisuels.

1. LES DROITS CINÉMATOGRAPHIQUES

69. Les droits cinématographiques doivent être distingués :
- selon le type de diffusion dont font l'objet les oeuvres cinématographiques ;
- selon la nature des films couverts par ces droits.

70. S'agissant en premier lieu des types de diffusion, une oeuvre cinématographique peut faire l'objet d'exploitations successives : en salles, en vidéo, puis en paiement à la séance et sur les chaînes cryptées et enfin sur les autres chaînes de télévision.

71. La Commission européenne a considéré qu'il convenait de distinguer les types de diffusion télévisuels, c'est-à-dire chacun des droits relatifs à la diffusion sur la télévision payante, première et deuxième fenêtres, et chacun des droits relatifs à l'exploitation à l'acte Décisions n° COMP/M.2050 du 13 octobre 2000, Vivendi/Canal+/Seagram et n° COMP/M. 2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù). Les droits relatifs à l'exploitation à l'acte sont d'une part, le paiement à la séance ou Pay-Per-View (« PPV »), qui consiste à diffuser un programme à une heure donnée contre paiement d'une somme déterminée par le téléspectateur, d'autre part, la Video-on-Demand (« VoD »), 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, et enfin, la quasi-VoD, near-VoD (« NvoD »), système à mi-chemin entre la VoD et le PPV, qui consiste à diffuser un programme au fur et à mesure de son arrivée sur l'ordinateur (système du PPV), tout en permettant de stocker une

partie des contenus sur disque dur (système de la VoD), afin d'augmenter le confort de visionnage.

72. Il convient également de distinguer les droits relatifs à la diffusion sur la télévision gratuite ou droits « catalogue ». En effet, pour approvisionner ses programmes en oeuvres 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.

73. En ce qui concerne tout d'abord la distinction entre les droits relatifs à l'exploitation à l'acte et ceux relatifs à la diffusion sur la télévision payante, s'il est vrai que le développement des modes d'exploitation à l'acte et notamment de la VoD pourraient de plus en plus concurrencer la diffusion des films sur la télévision payante, ce n'est pas le cas encore aujourd'hui. En effet, comme la règle définissant l'ordre et les délais dans lesquels les diverses exploitations d'une œuvre cinématographique peuvent intervenir (chronologie des médias) est très stricte, ce n'est qu'après une durée déterminée que les autres formes d'exploitation (vidéo, télévision, etc.) sont autorisées après l'exploitation en salle des films.

74. Depuis le 20 décembre 2005, la chronologie des médias est la suivante :

Délai pour la première exploitation	**mode d'exploitation**
Dès l'obtention du visa	exploitation en salle
6 mois	vente et location de supports vidéographiques
7,5 mois	VoD
9mois	PPV
12 mois	télévision cryptée par abonnement
24 mois	télévision non cryptée gratuite coproductrice du film
36 mois	télévision non cryptée gratuite

75. En ce qui concerne, ensuite, les droits de diffusion sur la télévision payante, les parties considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre la première fenêtre et la seconde fenêtre de diffusion car (i) ces produits sont commercialisés selon des modalités identiques, (ii) cette distinction a été structurée par les studios américains eux-mêmes afin d'exploiter la concurrence pouvant exister entre éditeurs, (iii) les abonnés sont sensibles au caractère récent des films et non au fait que ce soit une 1ère exclusivité et (iv) TPS diffuse aussi bien les films en première fenêtre qu'en seconde fenêtre sur TPS Star. Cependant, il apparaît 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. En outre, GCP réserve la diffusion en première fenêtre à sa chaîne premium et la diffusion en deuxième fenêtre à ses autres chaînes cinémas. Il en est de même avec TPS Star lorsque TPS détient les droits d'exploitation des films en première fenêtre. En tout état de cause, dans la mesure où l'analyse de l'opération de concentration est la même quel que soit le marché retenu, le Conseil de la concurrence considère que la délimitation précise du marché peut rester ouverte.

76. En ce qui concerne enfin les droits de diffusion à l'acte, le Conseil de la concurrence considère que le PPV et la VoD constituent des marchés différents dans la mesure où les

produits et technologies sont distincts, les droits de diffusion en PPV et en VoD ne sont pas acquis en même temps dans les mêmes contrats, les fenêtres de diffusion ne sont pas identiques et les supports de diffusion ne sont pas les mêmes, la VoD ne pouvant être diffusée par le satellite. Le Conseil de la concurrence reconnaît cependant, qu'à terme, pour les films cinématographiques, la VoD pourrait progressivement supplanter le PPV.

77. S'agissant en second lieu des types de films, la Commission a considéré que les films d'appel constituent un contenu « *moteur* » autonome pour les opérateurs de télévision payante. Elle a précisé que cette catégorie de films recouvrait généralement les films américains à succès récents, c'est-à-dire ceux généralement produits par les principaux studios de production cinématographique d'Hollywood, et devait être considérée comme un marché distinct, notamment vis-à-vis des téléfilms (Décisions de la Commission européenne n° COMP/M.2050 du 13 octobre 2000, Vivendi/Canal+/Seagram, n° COMP/M. 2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù, n° COMP/M. 2845 du 7 février 2003, Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital et n° COMP/JV.57 du 30 avril 2002, TPS).

78. Les parties considèrent quant à elles que cette approche, consistant à limiter le segment des produits d'appel au cinéma américain est réductrice, compte tenu de l'existence d'autres produits très attractifs et présentant un degré de substituabilité élevé avec les films américains, en particulier les films français récents et les séries télévisées à succès.

79. Il est exact que la France se distingue des autres marchés européens par le poids de son cinéma national qui réunit, selon les années, entre 40% et 45% des ventes de billetterie en salle. Si cette particularité conduit à considérer que les films français récents constituent un contenu premium, cela ne veut pas dire qu'ils sont substituables aux films américains dans un même marché : il convient au contraire d'identifier un marché des films français récents distinct de celui films américains récents.

80. En effet, 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 oeuvres d'expression originale française et il existe un écart de coût de 70 % en moyenne entre les droits de diffusion des films français et ceux des films américains. Par ailleurs, les conditions de négociation de ces deux types de films diffèrent : en effet, 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) (arrêt de la Cour d'appel du 15 juin 1999 relatif au recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence n° 98-D-70 ; lettre du ministre n° C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII).

2. LES DROITS SPORTIFS

81. Il convient de s'interroger sur la distinction des droits sportifs :
- selon les types de diffusion dont font l'objet les manifestations sportives ;
- selon la nature des sports dont les compétitions sont couvertes par les droits (football/autres sports).

82. A 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. Le Conseil de la concurrence reconnaît que si une exploitation VoD semble peu probable pour les évènement 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. 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.

83. S'agissant des droits de diffusion pour la télévision payante, les droits du football sont traditionnellement distingués des autres droits sportifs, du fait de la prééminence de ce sport, qui attire régulièrement des audiences largement supérieures aux autres événements sportifs (sauf peut-être, de manière plus ponctuelle, des événements sportifs internationaux comme les Jeux Olympiques) et qui permet aux radiodiffuseurs, à la différence des autres sports, d'enregistrer des taux d'écoute élevés d'une manière régulière, durable et continue (voir notamment les décisions de la Commission européenne n° COMP/M. 2483 du 13 novembre 2001, Canal+/RTL/GJCD/JV et n° COMP/C. 37.576, du 19 avril 2001, Règles de radiodiffusion de l'UEFA).

84. S'agissant en premier lieu des droits du football, les autorités de concurrence ont considéré qu'il convenait de distinguer les compétitions de football selon le type d'évènement. Ont ainsi été distinguées les compétitions régulières de football (championnat national, essentiellement première division et coupes, Ligue des champions de l'UEFA et Coupe de l'UEFA) des autres compétitions moins régulières (Coupe du monde et championnat d'Europe) (Décisions de la Commission européenne n° COMP/C. 37.576 du 19 avril 2001, Règles de radiodiffusion de l'UEFA ; n° COMP/M. 2483 du 13 novembre 2001, Canal+/RTL/GJCD/JV, n° COMP/M. 2845 du 7 février 2003, Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital et n° COMP/M. 2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù).

85. Par ailleurs, en définissant le marché des compétitions de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales, la Commission 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.

86. Les parties considèrent néanmoins que la Coupe du Monde et le Championnat d'Europe de football représentent un fort pouvoir d'attraction auprès des téléspectateurs, ainsi qu'en témoignent les audiences très élevées réalisées à l'occasion de la diffusion de ces événements et contribuent à la qualité et à l'attractivité de l'offre des télédiffuseurs. En effet, les montants très importants payés pour ces compétitions, notamment si l'on tient compte de leur durée relativement courte, démontrent toute l'importance de l'acquisition de ces droits pour les télédiffuseurs.

87. Cependant, dès lors que ces deux compétitions n'ont lieu que tous les quatre ans et sur une période de temps assez courte, elles ne génèrent pas de revenus réguliers. De plus, en terme de programmation, ces évènements ne présentent pas les même contraintes que les événements réguliers qui regroupent un nombre important de matchs hebdomadaires tout au long de l'année. Enfin, ces deux compétitions non régulières ont un tel pouvoir d'attraction auprès des téléspectateurs que de nombreux matchs de ces compétitions, dont l'ensemble des matchs de l'équipe de France, ont été qualifiés d'« évènements d'importance majeure ». Or, pour ces manifestations, un décret n° 2004-1392 du 22 décembre 2004 prévoit les conditions dans lesquelles l'exclusivité de retransmission doit être assurée afin « *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, l'acquisition de ces droits n'est pas un facteur de différenciation et d'attractivité de son bouquet pour un opérateur de télévision payante, car ils devraient être revendus aux chaînes hertziennes qui en feraient la demande dans « *des conditions de marché équitables, raisonnables et non discriminatoires* ». En conséquence, les matchs de ces compétitions ne sont normalement pas diffusés sur des chaînes à péage et ne constituent donc pas des vecteurs d'abonnement pour la télévision payante. TPS n'a d'ailleurs jamais acquis ou tenté d'acquérir les droits sur ces compétitions.

88. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a 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 (décision du Conseil de la concurrence n° 03-MC-01 du 23 janvier 2001, TPS). Les raisons évoquées sont les suivantes :

- le championnat domestique se caractérise par sa longueur et par sa régularité alors que les autres compétitions se déroulent sur des périodes beaucoup plus courtes et présentent moins de matchs ;
- le Championnat de France n'oppose que des clubs français alors que les compétitions de l'UEFA ne concernent qu'un nombre limité de clubs français qui peuvent être éliminés rapidement dans la compétition ;
- le prix payé par les télédiffuseurs pour le championnat de Ligue 1, est sans commune mesure avec celui payé pour les autres droits de diffusion des compétitions à caractère régulier ; et
- les matchs de Ligue 1 ont toujours été diffusés sur des chaînes à péage car 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, et le financement de ces chaînes 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 attractif la programmation contraignante, tout au long de l'année, du Championnat de Ligue 1 dans son ensemble.

89. Or, il apparaît que tous les critères retenus par le Conseil de la concurrence pour identifier un marché limité à l'acquisition des droits du Championnat national de Ligue 1 sont encore remplis en l'espèce. En tout état de cause, dans la mesure où cette compétition représente en valeur l'essentiel des droits du football ([…] millions d'euros par an sur les […] millions d'euros par an versés pour les droits du football en 2006), l'analyse de ce seul marché est représentative de celle du marché plus large des compétitions régulières de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales.

90. S'agissant en second lieu des autres droits sportifs, les autorités de concurrence n'ont jamais pris de position définitive sur la délimitation précise des marchés. La Commission a cependant précisé dans sa décision Newscorp/Telepiù précitée que les caractéristiques de ce type de contenus et les conditions tarifaires montrent que l'acquisition de l'exclusivité de retransmission de ces manifestations sportives peut être considérée comme un marché de produits séparé pouvant être distingué d'autres marchés d'achat de contenus.

91. Pour leur part, les parties considèrent que les droits afférents à ces événements sont pleinement substituables entre eux et avec d'autres droits de contenus. Selon elles, il existe parmi ces sports des droits qui sont particulièrement attractifs du point de vue des téléspectateurs, ainsi qu'en attestent leurs coûts d'acquisition particulièrement élevés.

92. Le Conseil de la concurrence constate quant à lui qu'en France les évènements sportifs s'articulent autour de deux axes, les évènements d'importance majeure et les autres évènements attractifs non qualifiés d'évènements d'importance majeure. En effet, pour l'acquisition des droits du premier type d'évènement, il apparaît que les opérateurs de télévision payante sont peu présents, la concurrence se jouant essentiellement entre les opérateurs de télévision gratuite. Pour ces évènements, une diffusion exclusive sur la télévision payante est difficile compte tenu des contraintes réglementaires. A l'inverse, pour les droits des autres évènements attractifs non qualifiés d'évènements d'importance majeure, il apparaît que la concurrence a lieu essentiellement entre les opérateurs de télévision payante. Les opérateurs de télévision à accès libre ont en effet moins de ressources financières à consacrer aux événements qui ne sont pas qualifiés d'évènements d'importance majeure. Ainsi à l'exception du Paris-Dakar dont les droits sont détenus conjointement par France Télévision et EuroSport, les droits des autres évènements attractifs non qualifiés d'évènements d'importance majeure, listés par les parties elles-mêmes, ne sont détenus que par des opérateurs de télévision payante.

3. LES AUTRES CONTENUS AUDIOVISUELS

93. Les autorités de concurrence française et communautaire ont, jusqu'à présent, distingué un segment distinct du marché correspondant à l'acquisition de droits sur les programmes destinés à une diffusion télévisée. Cette distinction repose sur le fait que ces types de contenus présenteraient une attractivité différente d'autres contenus (notamment premium) et qu'ils seraient commercialisés selon des modalités particulières (lettres du ministre du 5 décembre 1996, Canal+/UGC DA et n° C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII ; décision de la Commission européenne n° COMP/M. 2050 du 13 octobre 2000, Vivendi/Canal+/Seagram).

94. Dans les mêmes décisions, elles ont également envisagé une distinction supplémentaire entre les programmes de stock et les programmes de flux. Les programmes de stock comprennent les fictions (telles que les films de cinéma, les téléfilms, les séries et les feuilletons), les documentaires et les animations alors que les programmes de flux regroupent les programmes d'informations, les magazines, les jeux, les variétés et les émissions de plateau.

95. Les programmes de flux et les programmes de stock sont constitués de types de contenus très différents et variés et ils semblent peu substituables du point de vue du consommateur final. Les offreurs sont, de plus, différents selon les types de contenus qui ne sont pas valorisés au même prix. Par ailleurs, ainsi que cela a été détaillé précédemment, les films de cinéma ont déjà été distingués des autres programmes de stock.

96. Si les parties s'interrogent sur l'existence d'un marché spécifique pour les séries télévisées à succès, les autorités françaises ont déjà considéré qu'il n'y a pas de substituabilité entre les films de cinéma et les films de télévision (sauf rares exceptions, les séries télévisées n'ont ni le pouvoir d'attraction ni la notoriété des films de cinéma) (arrêt de la Cour d'appel du 15 juin 1999 relatif au recours formé contre la décision du Conseil de la concurrence n° 98-D-70 ; lettre du ministre n° C 2005-23 du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII).

97. S'il est vrai que ces séries représentent de véritables « premières exclusivités », prennent de l'importance dans programmation des chaînes et ont de fort taux d'audience, le Conseil de la concurrence considère qu'il est encore prématuré de considérer les séries américaines à succès comme un marché distinct des autres séries.

B. LES MARCHÉS INTERMÉDIAIRES

98. Les autorités de concurrence tant françaises que communautaires (voir notamment la décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-59 du 9 décembre 2003, I>Télé et la décision de la Commission européenne n° COMP/M.3609 du 4 mars 2005, Cinven / France Télécom Câble - NC Numéricâble) ont identifié un marché de l'édition et de la commercialisation ou exploitation des chaînes thématiques destinées à la télévision payante ou encore marché de l'acquisition du droit de distribution de chaînes de télévision payante (ci-après, le marché de l'édition des chaînes thématiques ou marché intermédiaire).

99. Ce marché est le lieu où se rencontrent, d'une part, l'offre des éditeurs de chaînes ou de services de télévision ou programmes, ou encore chaînes thématiques (ci-après, les éditeurs), et d'autre part, la demande des distributeurs commerciaux de bouquets de chaînes ou distributeurs de services (ci-après, les distributeurs).

100. Les éditeurs composent les grilles de programmes de leurs chaînes, notamment sur la base des droits de diffusion acquis sur le marché amont de l'acquisition des droits et les proposent aux différents distributeurs, lesquels choisissent et référencent les chaînes contre versement d'une redevance par les distributeurs aux éditeurs, puis les assemblent librement en bouquets afin de les commercialiser auprès des téléspectateurs sur le marché aval de la distribution et diffusion des chaînes.

101. Il convient d'examiner d'abord la définition des marchés de produits, puis leur délimitation géographique.

1. MARCHÉS DE PRODUITS

102. Pour les besoins de l'analyse de ce marché, il importe en premier lieu de distinguer d'une part la distribution télévisuelle et d'autre part, la prestation de transport d'une offre télévisuelle. En second lieu, il conviendra d'examiner s'il existe des marchés distincts selon le mode de diffusion des offres télévisuelles ou selon les thématiques de chaînes de télévision proposées. Ces points sont examinés successivement.

a) Distribution télévisuelle et transport d'une offre télévisuelle

103. L'activité des distributeurs consiste à la fois (i) dans l'acquisition du droit de distribuer des chaînes, (ii) dans l'agrégation de bouquets de télévision (qui consiste à réunir des chaînes dans une offre de télévision proposée à des abonnés) et (iii) dans la commercialisation directe de ces offres aux abonnés (services techniques et commerciaux à des abonnés en vue de la réception d'une chaîne ou bouquet de chaînes de télévision, incluant le transport des chaînes ou bouquets proposés, entendu comme la prestation technique d'acheminement du signal d'une chaîne jusqu'au téléspectateur). Le transport est donc généralement inclus dans l'activité de distribution.
104. Les transporteurs proposent en revanche uniquement l'activité de transport des chaînes ou des bouquets proposés, et n'assurent pas les autres fonctions de distribution rappelées ci-dessus.
105. L'offre des câblo-opérateurs et des opérateurs satellite correspond au modèle de la distribution.
106. En revanche, les opérateurs ADSL sont tantôt distributeurs, tantôt simples transporteurs. Lorsqu'ils proposent leur propres bouquets, ils agissent en tant que distributeurs. Lorsqu'ils proposent les bouquets de CanalSat et de TPS, ces opérateurs agissent en tant que simples transporteurs, en qualité d'« apporteur d'affaires » et contre commission versée par CanalSat et TPS. L'abonné souhaitant recevoir le bouquet de l'opérateur par ADSL et le bouquet de CanalSat ou de TPS souscrit dès lors deux abonnements, avec chacun des co-distributeurs : l'un avec l'opérateur ADSL pour l'accès ADSL et pour son bouquet, et l'autre avec CanalSat ou TPS, pour leur bouquet. CanalSat et TPS demeurent dès lors les distributeurs de leurs bouquets par ADSL, procèdent eux-mêmes à l'agrégation des chaînes pour la constitution de leurs bouquets destinés à ce mode de diffusion, à la détermination de leurs tarifs et au contact contractuel avec les abonnés.
107. Enfin, la chaîne ou le bouquet numérique Canal + sont exclusivement distribués par GCP, quel que soit le mode de diffusion concerné. Seul le transport est, le cas échéant, confié par GCP aux autres opérateurs.
108. Dans ces conditions, il convient de distinguer le marché de la distribution télévisuelle, pris en compte au titre de l'examen des marchés intermédiaires, de celui du seul transport télévisuel, examiné au titre de l'analyse des marchés connexes traités aux paragraphes 236 et suivants.

b) Distinction des marchés selon le mode de diffusion

109. Il convient d'examiner s'il y a lieu d'identifier des marchés distincts selon le mode de diffusion de l'offre télévisuelle (par câble, satellite, ADSL, TNT, mobile, etc.). Cette segmentation a été évoquée par les autorités de concurrence, laissée ouverte puis exclue par la Commission européenne (Décisions de la Commission européenne n° IV/36.237 du 3 mars 1999, TPS, n° COMP/JV.40 du 22 juin 2000, Canal+ / Lagardère / CanalSatellite et n°

COMP/M.3609 du 4 mars 2005, Cinven / France Télécom Câble - NC Numéricâble). Elle n'a pas été exclue par le Conseil de la concurrence (décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-01 du 24 janvier 2002, Canal Europe Audiovisuel).

110. Sur ce point, les parties notifiantes soutiennent que les offreurs cherchent, hormis les cas d'exclusivité, à obtenir la commercialisation la plus large possible de leurs services afin de maximiser leur rémunération. Il n'existerait donc qu'un seul marché, quels que soient les modes de diffusion.

111. 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.

112. Par ailleurs, certains des éléments relevés par le Conseil de la concurrence dans le cadre de sa décision de mesures conservatoires (décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-01 du 24 janvier 2002, Canal Europe Audiovisuel), qui justifiait alors une segmentation, ont évolué et ne sont aujourd'hui plus pertinents :
    - la réception en numérique n'est plus réservée aux offres par satellite puisque 98 % des prises du câble sont désormais numériques et permettent potentiellement une réception numérique. De plus, la progression annuelle des abonnés à une offre numérique, actuellement 28 % des abonnés au câble, est de l'ordre de 19 % ;
    - le régime juridique des réseaux câblés a été aligné sur celui des opérateurs satellite par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle : tous ces opérateurs sont désormais soumis à une simple déclaration auprès du CSA avant d'intervenir sur le marché, et non plus à un régime d'autorisation pour le câble, et de simple déclaration pour le satellite.

113. De plus, coûts de transport et performances techniques des différents mode de diffusion n'ont pas été relevés par les opérateurs comme variant suffisamment d'un mode à l'autre pour justifier l'identification de marchés distincts selon ce critère.

114. Le Commissaire du gouvernement, ainsi que le CSA, ont souligné également l'homogénéité des modes de diffusion, en particulier du point de vue du consommateur.

115. Il convient toutefois d'isoler le marché de la distribution par téléphone mobile en raison de ses spécificités. En effet, les contenus payants accessibles sur téléphones mobiles ne sont appelés, avec le développement de ces services, qu'à être des contenus moteurs, mais accessibles à des prix moins élevés que pour leur diffusion en PPV ou VoD. Par ailleurs, les offreurs de télévision par téléphonie mobile sont les opérateurs de téléphonie mobile, y compris les MVNO, et non pas les offreurs de services de VoD et de télévision payante. De plus, le terminal de réception n'est pas le même, ce mode correspond pour le consommateur à une utilisation ponctuelle, la mobilité lui permet de visionner les contenus d'appel payants en tous lieux, le coût supporté par ceux-ci pour recevoir des contenus est distinct de ceux supportés pour le visionnage sur un terminal fixe. Enfin, les contenus proposés sont spécifiques : en l'état actuel de la technologie, les opérateurs de téléphonie mobile ne sont appelés à proposer que la diffusion de contenus de courte durée (résumés d'épreuves sportives ou dessins animés), du fait de la capacité limité de la bande passante, en l'attente de la norme DVB-H.

116. Le Conseil de la concurrence estime, au vu de l'ensemble de ces éléments, qu'il n'y a pas lieu d'identifier des marchés distincts selon le mode de diffusion, à l'exception de la diffusion par téléphonie mobile.

c) Distinction des marchés selon les thématiques des chaînes proposées

117. Il convient d'examiner s'il y a lieu d'identifier des marchés distincts selon les thématiques des chaînes proposées, recensées ainsi par le CSA : cinéma, sport, information, jeunesse, documentaire, musique, généraliste et mini-généraliste, service, fiction, adolescent, art de vivre, confessionnelle et communautaire, actualité d'un secteur, téléachat.

118. Cette question a été évoquée par les autorités de concurrence : sans être exclue, elle n'a, à ce stade, jamais été tranchée au fond par le Conseil de la concurrence (décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-59 du 9 décembre 2003, I>Télé) ni par la Commission européenne (la distinction fut d'abord retenue dans les décisions de la Commission européenne n° IV/36.539 du 15 septembre 1999, British Interactive Broadcasting/Open et n° M.2876 du 2 avril 2003, Newscorp Telepiù, puis laissée ouverte dans la décision de la Commission n° COMP/M.3609 du 4 mars 2005, Cinven / France Télécom Câble - NC Numéricâble).

119. En revanche, une telle segmentation semble avoir été retenue par le ministre de l'économie s'agissant des thématiques sport, cinéma et information générale (Lettre du ministre du 26 avril 2004, M6 / M6 thématique / Paris Première), puis laissée à nouveau ouverte dans des décisions ultérieures (Lettre du ministre du 10 février 2005, Canal + / Multithématiques et du 25 mai 2005, France Télévisions / TF1 / CFII).

120. Selon les parties notifiantes, il n'y a pas lieu d'identifier des marchés distincts selon les thématiques. Seul le critère d'attractivité de la chaîne, et non sa thématique, serait pertinent. Par ailleurs, l'identification de thématiques relèverait davantage d'une approche commerciale de présentation des chaînes que d'une réalité économique. Enfin, les thématiques se recouperaient parfois (par exemple, les chaînes mini-généralistes proposant par définition divers thèmes de programmes, seraient en concurrence avec les chaînes plus spécialisées).

121. Il apparaît toutefois que les distributeurs de télévision considèrent dans leur vaste majorité qu'une offre de télévision payante ne présente une attractivité suffisante pour le consommateur que lorsqu'elle est composée à la fois (i) de chaînes premium, moteurs d'abonnement autour desquels sont structurées les offres et le marketing des distributeurs de télévision payante, indispensables à la constitution d'une offre complète, (ii) d'un ensemble complet de chaînes thématiques à forte attractivité relevant des thématiques nécessaires de cinéma, sport, information, jeunesse, (iii) d'un complément de chaînes à faible attractivité relevant d'une variété de thématiques de chaînes substituables les unes aux autres (documentaire, musique, généralistes et mini-généralistes, fiction, etc.), ainsi que (iv) des services de paiement à l'acte (PPV et VoD).

122. La nécessité de composer ainsi une offre de télévision payante est attestée, notamment, par le fait que les opérateurs qui proposent une offre ne satisfaisant pas à cette composition n'ont jamais pu atteindre de parts de marchés significatives. Ce point est illustré par l'exemple d'ABSat, exposé lors de la séance, qui n'a jamais pu constituer une véritable alternative à TPS et CanalSat, du fait de l'absence de chaînes ou contenus premium et de l'absence de thématiques incontournables.

123. Dès lors qu'une offre de télévision payante doit nécessairement comprendre les différentes composantes identifiées ci-avant, il n'existe pas de substituabilité entre les chaînes d'une thématique à l'autre, ni du point de vue du consommateur, ni du point de vue du distributeur : ce dernier ne pourra en effet remplacer une chaîne thématique de cinéma par une chaîne thématique de sport, jeunesse ou d'information et réciproquement, pas plus qu'avec une autre thématique (documentaire, fiction, etc.).

124. Dans ces conditions, il convient d'identifier les marchés pertinents au regard de la composition nécessaire d'une offre de télévision.

Le marché des chaînes premium

125. La Commission européenne a eu l'occasion de distinguer, parmi les chaînes de télévision payantes, les chaînes premium et d'indiquer que « *les chaînes premium sont fabriquées par les télévisions payantes ayant un contenu d'appel (sport et cinéma) préalablement acquis auprès de titulaires initiaux de droits* » (Décision de la Commission européenne n° COMP/M.2876 du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù ; voir également notamment décision de la Commission européenne n° COMP/JV.37 du 21 mars 2000, BskyB / Kirch Pay TV, n° COMP/M.2050 du 13 octobre 2000, Vivendi/Canal + / Seagram, n° COMP/M.3595 du 30 mars 2005, Sony/MGM).

126. Les chaînes premium présentent en outre un ensemble de caractéristiques les distinguant des autres chaînes, telles que leur niveau d'abonnement élevé, leur offre de programmation mixte (cinéma et sport), diffusée en exclusivité. Cette offre est composée d'une part de films récents en première exclusivité sur des chaînes de télévision (ainsi que, dans une certaine mesure, de séries télévisées à succès) et, d'autre part, de matchs de football des championnats nationaux de première division et des principales compétitions européennes de clubs (Champions League, Coupe de l'UEFA), ou d'autres compétitions sportives d'importance majeure. Elles ne sont pas perçues comme interchangeables avec d'autres chaînes, tant du point de vue de l'abonné, pour lesquels elle constitue un moteur, que de celui du distributeur ou de l'éditeur.

127. Les chaînes premium identifiées sont la chaîne Canal + et ses déclinaisons (Canal + Sport, Canal + Décalé, Canal + Cinéma) ainsi que la chaîne TPS Star et ses déclinaisons (TPS CinéStar et TPS Home Cinéma).

128. Les parties notifiantes soutiennent que la chaîne Canal + et ses déclinaisons ne doivent pas être incluses dans ce marché, dès lors que le CSA exige que cette chaîne assure sa propre distribution (en vertu de l'article 4 de la convention du 29 mai 2000 signée avec le CSA) : il s'agirait donc d'une autoconsommation, qui devrait donc être exclue de l'offre disponible sur le marché. Elles contestent également la présence sur le même marché de TPS Star, qui ne serait qu'une chaîne de cinéma de première exclusivité, et de ses déclinaisons.

129. Le Conseil de la concurrence relève cependant l'existence d'un marché des chaînes premium sur lesquels Canal + et ses déclinaisons sont en concurrence avec TPS Star et ses déclinaisons. Le CSA, l'ARCEP, le commissaire du gouvernement ainsi que l'ensemble des opérateurs auditionnés lors de la séance du Conseil de la concurrence convergent sur ce point.

130. En effet, ces chaînes présentent les caractéristiques essentielles identifiées pour les chaînes premium et sont par ailleurs publiquement affichées par les opérateurs comme étant en concurrence. En particulier, le Conseil de la concurrence note que ces chaînes ont été présentées comme étant en concurrence dans le cadre du contentieux engagé devant lui autour de l'acquisition des droits du football, et ayant donné lieu à sa décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003. A cet égard, si la perte récente de droits de diffusion des compétitions de football par TPS Star pourrait être susceptible de disqualifier cette chaîne en tant que concurrent actuel, elle demeure pour autant un concurrent potentiel sur ce marché. Comme l'a indiqué le commissaire du gouvernement en séance, d'autres compétitions sportives majeures et attractives pourraient, certes, apparaître comme substituables au football dans la programmation sportive d'une chaîne premium : dès lors, cette perte des droits de diffusion des compétitions de football par TPS Star n'affecterait pas son positionnement. Toutefois, le Conseil de la concurrence relève que l'ensemble des opérateurs auditionnés font valoir l'attrait spécifique du football sur une chaîne premium qui pourrait en faire un élément de programmation indispensable.

131. Par ailleurs, il n'apparaît pas que la convention précitée conclue avec CSA permette d'exclure la chaîne Canal + du marché intermédiaire. A cet égard, le Conseil de la concurrence relève tout d'abord que cette convention fait l'objet d'analyses et d'interprétations divergentes, s'agissant tant de sa portée (une distribution exclusive par GCP) que de sa validité

(notamment, au regard des règles de concurrence). Le CSA fait valoir lui-même que cette disposition, résultant de circonstances spécifiques liées à la fusion Canal +/Vivendi/Seagram, et imposant à Canal + la pérennité de sa relation directe avec ses abonnés, pourrait ne plus correspondre à la situation prévalant actuellement. Si ces questions de portée ou de validité de cette convention dépassent le cadre de la saisine du Conseil de la concurrence dans la présente affaire, il convient en revanche d'examiner si sa mise en oeuvre a pour effet d'exclure la chaîne Canal + du marché intermédiaire.

132. Pour qu'un marché puisse être identifié, il faut qu'il y ait échange d'un bien ou d'un service entre agents économiques, et donc rencontre entre une offre et une demande. En l'occurrence, la convention prévoit que la distribution de la chaîne Canal + est confiée à Canal + Distribution : il en résulte donc bien rencontre entre une offre et une demande de distribution d'une chaîne entre ces deux opérateurs, qui échangent cette distribution contre un transfert monétaire dans le cadre de leur relation contractuelle. Le fait que le choix par la chaîne Canal + de son partenaire de distribution soit contraint par la convention n'a pas pour effet de disqualifier cette relation ou de l'exclure du marché. Si tel était le cas, il conviendrait alors d'exclure également du marché pertinent toutes les chaînes, adossées ou indépendantes, qui feraient l'objet d'un contrat de distribution exclusive puisqu'en pratique, celles-ci ne seraient, au moins pour une durée donnée, plus offertes sur le marché. Par ailleurs, les spécificités de l'organisation de la relation entre la chaîne Canal + et son partenaire de distribution, essentiellement liées au contexte de signature de la convention, ne remettent pas en cause cette analyse.

133. Ainsi, le Conseil de la concurrence considère que la relation entre Canal + et son partenaire de distribution ne relève pas de l'autoconsommation, c'est-à-dire 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).

134. Le Conseil de la concurrence estime, au vu de l'ensemble de ces éléments, qu'il y a lieu d'identifier un marché spécifique des chaînes premium, sur lequel la chaîne Canal + et ses déclinaisons sont en concurrence avec TPS Star et ses déclinaisons.

135. En tout état de cause, si la distribution de la chaîne Canal + devait être considérée comme relevant de l'autoconsommation, l'analyse concurrentielle n'en serait pas changée, dès lors que l'autoconsommation doit être prise en compte pour évaluer le pouvoir de marché de la nouvelle entité (décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-18 du 28 juin 2006, Publicité cinématographique).

Les marchés des chaînes thématiques cinéma, sport, jeunesse et information

136. La Commission européenne a relevé divers éléments en faveur de l'identification de marchés spécifiques des chaînes cinéma et sport (décisions de la Commission européenne n° IV/36.539 du 15 septembre 1999, British Interactive Broadcasting/Open, n° IV/M.993 du 27 mai 1998, Bertelsmann/Kirch/Premiere et n° COMP/M.2845 du 14 août 2002, Sogecable / CanalSatellite Digital / Via Digital). Elle a ainsi relevé leur attractivité importante vis-à-vis des téléspectateurs (taux et chiffres d'audience), reflétée au niveau du marché intermédiaire, leur coût d'acquisition (les plus importants : parfois sept fois supérieurs), le prix de la chaîne (abonnements les plus chers et/ou facturation à part), le régime spécifique (programmation et obligations d'investissement, notamment), la spécificité des marchés de droits de diffusion en amont, le caractère incontournable de ces thématiques constituant des arguments de vente clés pour le distributeur qui doit les inclure dans son offre.

137. S'agissant de la thématique information, le Conseil de la concurrence a identifié un marché distinct, justifié par l'existence de facteurs de différentiation tels que le thème unique et la diffusion en continu permettant au téléspectateur de consommer l'information à son rythme, l'attractivité et la demande particulière en aval, le coût d'acquisition ainsi que la

réglementation spécifique attachée à ces chaînes (décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-59 du 9 décembre 2003, I>Télé).

138. Il convient également de retenir l'existence d'un marché spécifique des chaînes jeunesse, en raison de leur programmation et de leurs consommateurs spécifiques.

139. Ainsi, 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.

140. Les parties notifiantes ont fait valoir, s'agissant de la thématique de l'information, que les chaînes gratuites seraient en concurrence avec les chaînes payantes sur le même marché. Toutefois, les chaînes gratuites se distinguent des chaînes payantes sur l'ensemble des marchés intermédiaires identifiés à un double titre. D'une part, du point de vue de leur régime, les chaînes gratuites bénéficient d'une garantie d'accès au public dans le cadre d'un plan de service établi pendant la durée de leur autorisation. Ce n'est pas le cas des chaînes payantes qui font l'objet d'une commercialisation par les éditeurs auprès des distributeurs, lesquels décident de leur référencement, de leur mise en avant et du versement d'une redevance par ceux-ci.

141. D'autre part, du point de vue de leur financement, les chaînes payantes dépendent principalement l'essentiel des distributeurs qui leur versent, le cas échéant, une redevance. Cette redevance constitue en moyenne […] % de leur financement, le reste provenant des ressources publicitaires. En revanche, s'agissant des chaînes gratuites, ces dernières ne perçoivent pas de redevance de la part des distributeurs et vivent essentiellement du financement publicitaire. Dans ces conditions, les chaînes gratuites n'entrent en concurrence avec les chaînes payantes sur aucun des marchés intermédiaires.

Le marché des chaînes des thématiques autres que le cinéma, le sport, la jeunesse et l'information.

142. Aucune autre thématique que celles du cinéma, du sport, de la jeunesse et de l'information n'apparaît comme incontournable. Pour ces autres thématiques, le consommateur recherche une offre la plus variée possible de thématiques fédératrices et familiales à l'intérieur de laquelle ces chaînes apparaissent substituables.

143. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence estime que les chaînes de ces autres thématiques relèvent d'un même marché.

Les marchés des services de paiement à l'acte

144. Les offres de PPV et de VoD présentent des caractéristiques spécifiques les distinguant des autres chaînes.

145. D'une part, ces services de VoD et de PPV permettent au consommateur, (i) de chez lui, (ii) de composer ses propres programmes (rôle actif plutôt que passif quant au choix du contenu), (iii) au sein d'une offre de contenus accessibles avant leur disponibilité au sein d'une offre de chaîne de télévision, (iv) de décider du moment de diffusion plutôt que de laisser le soin de la programmation à l'éditeur de chaîne (rôle actif plutôt que passif quant au moment de visionnage), (v) moyennant le versement d'une rémunération additionnelle par programme sélectionné, proche de celui de la location de films en vidéo-club (de 2 euros par film pour les fins de catalogue à 5 euros pour les films les plus récents).

146. D'autre part, les modalités de commercialisation de ces contenus auprès du consommateur sont spécifiques : les services de VoD sont proposés de façon autonome et dissociée par rapport aux offres de chaînes de télévision.

147. En outre, ces services non linéaires de communication au public en ligne sont soumis à un régime spécifique qui les distingue des services linéaires de communication audiovisuelle que sont les services de télévision. Les offres des VoD et de PPV ne sont dès lors pas tenues aux obligations de financement des chaînes résultant de la loi du 30 septembre 1986.

148. Enfin, les modalités d'acquisition du droit de diffuser les contenus en cause sont distinctes : les contenus payants accessibles en PPV et VoD sont des contenus moteurs, proposés avant même d'être disponibles en première fenêtre de diffusion télévisuelle (de 3 à 4 mois et demi avant) ; ces contenus ne sont accessibles qu'à des prix plus élevés que pour leur diffusion en première ou deuxième fenêtre sur une chaîne de télévision ; les contenus accessibles en VoD, dans la mesure où ils sont commercialisés de façon autonome par rapport aux chaînes de télévision, peuvent être acquis par des entités différentes de celles qui acquièrent les contenus pour leur diffusion au sein d'une offre de chaîne de télévision.

149. La VoD se distingue par ailleurs du PPV, l'un correspondant à la mise à disposition d'une « vidéothèque » visionnable à la demande, l'autre correspondant à une visualisation par séances.

150. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence estime que chacun de ces services constitue des marchés distincts.

2. MARCHÉS GÉOGRAPHIQUES

151. En raison des facteurs linguistiques, culturels et du cadre dans lequel prend place la négociation entre opérateurs, notamment en ce qui concerne les droits de diffusion (généralement limité au territoire français et homogène sur ce territoire, sauf exception de quelques événements sportifs à dimension supra-nationale), le marché pertinent est, selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, de dimension nationale (avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-14 du 31 août 1998, Havas CGE ; décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-01 du 24 janvier 2002, Canal Europe Audiovisuel et n° 98-D-70 du 24 novembre 1998, Multivision TPS ; lettre du ministre du 10 février 2005, Canal + / Multithématiques ; décisions de la Commission européenne n° IV/M.469 du 9 novembre 1994, MSG Media Service, n° IV/36.237 du 3 mars 1999, TPS et n° COMP/JV.57 du 30 avril 2002, TPS).

152. Des conditions de concurrence spécifiques peuvent être relevées à la Réunion et à Mayotte du point de vue des distributeurs : il n'existe ni câble, ni ADSL, ni TNT et le seul concurrent de CanalSatellite est Parabole Réunion, lequel distribue essentiellement les chaînes de TPS. Aux Antilles, GCP est également le seul opérateur satellite, avec 80 % du marché, concurrent de deux câblo-opérateurs.

153. Dans la mesure où cette situation modifie l'analyse concurrentielle applicable en métropole, en particulier du point de vue de la concurrence susceptible d'émerger à terme de la part des opérateurs ADSL et TNT, le Conseil de la concurrence relève que ces marchés doivent être considérés comme distincts de ceux de la métropole.

C. LES MARCHÉS AVAL

154. Il convient d'examiner d'abord la définition des marchés de produits, puis leur délimitation géographique.

1. MARCHÉS DE PRODUITS

155. Les marchés avals sont les lieux de rencontre entre la demande des abonnés, consommateurs de services télévisuels, et l'offre des distributeurs de télévision à accès payant.

156. Dans le cadre de la présente analyse, plusieurs types de produits ou services sont recensés :

- la télévision à accès gratuit (communément appelé « télévision gratuite ») constituée des chaînes en accès libre sur le réseau hertzien ;
- la télévision à accès payant (communément appelée « télévision payante ») comprenant des offres payantes comme les bouquets de chaînes, les chaînes vendues séparément, les mini-bouquets ;
- le PPV ;
- la VoD ;
- la télévision interactive.

157. Les quatre dernières offres sont disponibles sur différents modes de diffusion (ADSL, câble, satellite, hertzien). La télévision sur mobile constitue un mode de diffusion à part dont l'offre commerciale est à ce jour émergente.

158. La délimitation matérielle des différents marchés suppose l'évaluation de certains éléments:
- en premier lieu, le maintien ou non de la distinction entre la télévision gratuite et la télévision à accès payant ;
- en second lieu, la segmentation ou non du marché par mode de diffusion ;
- en troisième lieu, l'existence d'une distinction d'un marché par type de services ;
- en quatrième lieu, l'existence d'un marché par type de clientèle (résidentiel/professionnels).

159. La délimitation géographique des marchés sera également abordée. Il conviendra à ce titre d'examiner s'il y a lieu de distinguer des marchés distincts en métropole et dans les DOM.

a) Sur la distinction entre télévision gratuite/télévision payante

160. Dans sa décision n° COMP/M.2876 du 2 avril 2003 (Newscorp/Telepiù), la Commission s'appuie essentiellement sur l'analyse de son test de marché et de ses décisions antérieures. L'étude de marché approfondie réalisée par la Commission en l'espèce montrait « *qu'il existe en Italie une distinction évidente, du point de vue des clients comme de celui des fournisseurs, entre la télévision à accès libre et la télévision payante* ». La Commission admettait toutefois l'existence d'un certain niveau de pression concurrentielle (« *interaction dynamique entre la télévision à accès libre et la télévision payante* ») entre la télévision gratuite et la télévision payante qu'elle jugeait insuffisante pour conclure à la définition d'un marché pertinent plus large comprenant ces deux types d'offres.

161. Elle convenait cependant que certaines avancées technologiques, en particulier la numérisation et la convergence entre le monde des médias et des télécommunications, pourraient à l'avenir estomper la frontière entre télévision gratuite et télévision payante.

162. Le Conseil de la concurrence constate que ces évolutions sont aujourd'hui à l'œuvre en France : la situation technologique qui prévalait en Italie en 2003 est très différente de celle de la France en 2006. Néanmoins, ce constat n'est pas suffisant pour remettre en cause la distinction entre les deux marchés relatifs à la télévision gratuite, d'une part, et la télévision payante, d'autre part.

163. En effet, la télévision à accès gratuit n'est aujourd'hui disponible qu'en mode de diffusion hertzien, analogique ou numérique. Pour cette télévision à accès gratuit, exception faite d'un appareil permettant la réception des signaux télévisuels (notamment le téléviseur), le consommateur doit, dans le cas d'une réception numérique, soit acheter un démodulateur (environ 50 euros TTC), soit acheter un téléviseur muni d'un démodulateur intégré. Le démodulateur est donc acheté par le consommateur qui en détient la propriété.

164. Le seul démodulateur permettant au consommateur d'accéder à la télévision à accès libre ne suffit pas pour recevoir la télévision à accès payant. Un matériel complémentaire doit être ajouté permettant le décryptage du signal des chaînes payantes. Ce matériel (décodeur) est disponible à la vente ou à la location. Pour sécuriser les systèmes de protection et lutter contre

le piratage et la contrefaçon des œuvres audiovisuelles, l'ensemble des acteurs de la télévision à accès payant (distributeurs satellite, câblo-opérateurs, opérateurs de télécommunications) privilégie dans une très large mesure la location du matériel ou sa mise à disposition (notamment dans le cadre des offres Internet d'accès à la télévision) à l'abonné, même si les décodeurs sont aussi disponibles à l'achat dans leurs offres. Par ailleurs, les décodeurs permettent toute une série de fonctionnalités liées à l'activité de télévision payante (décryptage, mise à jour automatique, services interactifs, gestion des offres accessibles aux abonnés, contrôle parental, achat de programme à la séance), les différenciant très nettement d'un simple démodulateur utilisé pour accéder à la TNT gratuite.

165. Ces caractéristiques techniques renvoient d'ailleurs à d'autres éléments distinguant la télévision à accès libre de la télévision à accès payant. Aujourd'hui et fort probablement à moyen terme, la télévision à accès libre numérique (TNT dite gratuite) présente des différences notables avec la télévision à accès payant. Par exemple, la télévision à accès payant permet au consommateur d'accéder à une série de fonctionnalités non disponibles en accès gratuit :
    - les guides de programme facilitant l'usage de la télévision pour l'abonné ;
    - l'interactivité ;
    - le paiement à la séance ou à la demande (PPV ou VoD par exemple) ;
    - un nombre de chaînes largement supérieur (au mieux 18 pour la TNT gratuite, en général plus de 50 pour les offres de base des accès payants).

166. Bien que la numérisation ait permis un rapprochement, en termes de qualité de réception de l'image et du son, entre la télévision à accès libre et la télévision à accès payant, certains éléments techniques (aussi bien les fonctionnalités que le matériel utilisé) confortent donc leur appartenance à des marchés pertinents distincts.

167. Dans leur notification, les parties estiment qu'il existe un continuum de prix allant de la télévision à accès gratuit à la télévision à accès payant démontrant l'appartenance de ces de deux services à un même marché.

168. Or, les prix calculés par les parties incluent la redevance de télévision, l'amortissement du démodulateur TNT et, le cas échéant la location d'un décodeur. Il ne s'agit donc pas véritablement de prix au sens strict mais d'une partie des dépenses supportées mensuellement par le consommateur d'accès à une offre télévisée gratuite ou payante.

169. Exception faite du cas marginal de l'abonné à une offre triple play de télévision par ADSL qui peut s'affranchir du paiement de la redevance audiovisuelle, 95 % des ménages français sont détenteurs d'un téléviseur couleur (selon l'Insee, fin 2004) et à ce titre doivent s'acquitter de cette redevance. La redevance est donc un élément de coût commun pour 95 % des ménages français, qu'ils accèdent gratuitement ou moyennant un prix à la télévision. Elle a donc peu de chances d'avoir une influence cruciale sur le choix du consommateur en matière télévisuelle et notamment en matière d'accès payant.

170. Inclure le démodulateur ou le décodeur dans des calculs servant à démontrer l'existence d'un marché pertinent de l'accès à la télévision au sens large, revient à supposer que ces produits sont partie intégrante de l'offre télévisuelle et donc qu'ils appartiennent au même marché pertinent. Une telle hypothèse n'est pas soutenable en l'espèce : même si ces équipement sont nécessaires à la réception de la télévision par satellite, ils appartiennent à des marchés pertinents voisins mais distincts de celui des offres de télévision.

171. En conséquence, le Conseil de la concurrence constate que le premier repère est la gratuité de l'offre à accès libre disponible sur la TNT ou sur l'hertzien analogique.

172. Les autres repères utiles sont constitués :
    - d'une part des offres des fournisseurs d'accès Internet dont le prix de marché de l'accès de base à la télévision sur ADSL s'établit en moyenne à 6 euros TTC par mois ;

- d'autre part, des offres d'entrée de gamme de CanalSat Aperçu ou TPS Déclic à 11 euros TTC par mois, non compris la location du modem.

173. Au delà de ces repères, il paraît envisageable de constater un certain continuum d'offres à accès payant avec des prix proches de l'ordre de 1 à 2 euros par mois.

174. Le Conseil de la concurrence constate donc qu'il existe une discontinuité en termes de prix d'au moins 6 euros par mois et plus vraisemblablement 11 euros par mois entre les offres de télévision à accès libre et les offres de télévision à accès payant. Cet écart est significatif et suffisamment large pour constituer un indice fort de distinction entre accès gratuit à la télévision et accès payant, et donc de définition de deux marchés distincts.

175. Les offres gratuites et payantes présentent des similitudes. Les chaînes comprises dans l'offre à accès libre apparaissent dans quasiment l'ensemble des offres de base de la télévision à accès payant.

176. Cependant, 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. C'est là que réside l'interaction « *dynamique* » entre la télévision à accès libre et la télévision à accès payant : l'offre de télévision à accès libre constitue donc le niveau minimum de qualité et de contenu que doivent atteindre les offres payantes pour pouvoir exister.

177. L'existence d'une offre de télévision à accès payant n'est ainsi envisageable que si elle se différencie suffisamment de l'offre accessible librement. Cette différenciation repose sur trois critères extérieurs au prix : les caractéristiques des chaînes disponibles avec l'offre, les fonctionnalités, les services complémentaires.

178. S'agissant des caractéristiques des chaînes disponibles, l'offre à accès payant se distingue de l'offre à accès gratuit par le nombre et la diversité des chaînes proposées : 18 pour la TNT gratuite, au moins 50 dans la plupart des offres payantes.

179. Néanmoins, l'offre d'accès libre de la TNT propose des thématiques auparavant réservées à la télévision en accès payant : musique, information, séries/fiction, jeunesse. Le sport et le cinéma sont absents de cette liste.

180. Par ailleurs, la thématique jeunesse en TNT gratuite ne comprend qu'une seule chaîne ce qui limite les possibilités de choix du consommateur comparativement à la télévision à accès payant proposant plus de 10 chaînes jeunesse. Les chaînes d'information i>TELE et BFM TV accessibles gratuitement sur la TNT constituent quant à elles un substitut très imparfait à LCI qui dispose d'une forte notoriété.

181. Ces éléments mettent en évidence une différence nette entre les contenus de l'offre à accès libre et ceux de l'offre à accès payant : ils sont un indice de l'existence d'une pression concurrentielle différente entre les offres payantes et entre offres payantes et offres à accès libre. Des études sur les abonnés abondent également dans ce sens.

182. […].

183. […].

184. […].

185. Enfin, les études fournies par les parties concluent que les principaux déclencheurs de l'abonnement sont : la diversité, le choix des programmes, la qualité du programme, les films, le cinéma, le sport (pour Canal +). Une étude de l'UFC-Que Choisir (« Télévision payante. Déception en bout de chaînes », Que Choisir, n° 437, mai 2006) corrobore ces conclusions.

186. Ces éléments permettent de constater que la télévision payante répond en fait à une demande spécifique du téléspectateur (en matières de cinéma, films, sport, programmes exclusifs, diversité), dont la satisfaction n'est pas assurée par la télévision à accès libre.

187. Les principaux concurrents de la nouvelle entité ayant répondu au test de marché considèrent, d'ailleurs, que la TNT gratuite (c'est-à-dire la télévision en accès libre) n'est pas un concurrent de leurs offres payantes.

188. Le Conseil de la concurrence estime, au vu de l'ensemble des éléments décrits précédemment et recueillis lors de l'instruction, 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) Sur la distinction par mode de diffusion (hors mobile)

189. La distinction par mode de diffusion (hors mobile) ne fait pas débat. Les parties notifiantes, les entreprises ayant répondu au test de marché, les régulateurs sectoriels (ARCEP et CSA) et le commissaire du gouvernement estiment que tous des modes de diffusion (hors mobile) sont soit directement, soit indirectement en concurrence.

190. Le Conseil de la concurrence constate que les éléments recueillis au cours de l'instruction ne permettent pas d'infirmer cette position.

191. En conséquence, le Conseil de la concurrence estime qu'il n'y a pas lieu de segmenter les marchés de la télévision payante en fonction des différents modes de diffusion (hors mobile).

c) Sur la distinction selon le type de services

Sur la distinction entre bouquets et chaînes vendues à l'unité

192. La Commission a laissé cette question ouverte s'agissant notamment de la distinction entre offres multichaînes et chaînes payantes spécialisées commercialisées séparément et à l'unité (voir notamment les décisions de la Commission européenne du 4 mars 2005, précitée, et n° COMP/JV.40 et n° COMP/JV.47 du 22 juin 2000, Canal+ / Lagardère / CanalSatellite et Canal+ / Lagardère / Liberty Media).

193. Les résultats des études fournies par les parties montrent 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. Par ailleurs, les autres chaînes disponibles à l'unité ne sont accessibles aux consommateurs que si ce dernier s'abonne à une offre de base permettant l'accès à la télévision payante et comportant déjà un certain nombre de chaînes et de thématiques. Elles subissent donc la même pression concurrentielle que les bouquets aussi bien en termes de contenus que de prix.

194. Les entreprises ayant répondu au test de marché partagent cette analyse. Un répondant estime ainsi que « *s'agissant de la substituabilité, bien que les bouquets multichaînes (…) ne peuvent être en principe comparés à une chaîne seule ou un mini-bouquet généraliste, axés sur deux thématiques (le cinéma et le sport), il ressort en pratique que les abonnés à un bouquet (…) ne « consomment » régulièrement qu'une faible partie des contenus et chaînes proposés (…) Ainsi, en moyenne, il est commun d'estimer que sur une offre de cent chaînes disponibles, un abonné ne consommera régulièrement qu'entre une dizaine et une vingtaine de chaînes (…). Ainsi, une chaîne vendue seule ou un mini-bouquet, tels que Canal + ou Canal + Le Bouquet, et offrant des contenus premium, seraient considérés comme équivalents à un bouquet multichaînes qui proposerait ces mêmes contenus par l'intermédiaire de la totalité des chaînes* ».

195. En conséquence, le Conseil de la concurrence considère que les bouquets et les chaînes vendues à l'unité font partie du même marché de la télévision à accès payant.

Sur la télévision interactive

196. Pour la Commission, le marché des services interactifs comprend notamment : le choix de la langue, le sous-titrage, la météo interactive, les jeux et les paris (décisions BIB IV 136.539 du 15/9/1999, JV.48, Vivendi/Vodafone/Canal + du 20/7/2000). La jurisprudence considère que ce marché, bien que complémentaire et étroitement lié à celui de la télévision payante, est distinct pour deux raisons principalement : les caractéristiques et les usages des services offerts. Les parties et entreprises ayant répondu au test de marché ne remettent pas en cause cette délimitation.

197. En conséquence, le Conseil de la concurrence estime qu'il existe un marché pertinent des services de télévision interactive comprenant à l'heure actuelle des services de télévision interactive autonome, des services de télévision enrichie et des services de télévision participative.

Sur les services de VoD et de PPV

198. La jurisprudence la plus récente (notamment les décisions de la Commission européenne du 4 mars 2005 et du 2 avril 2003, précitées) considère que les services de paiement à la séance (PPV, VoD, NVoD) ne constituent que des segments particuliers du marché de la télévision à accès payant, notamment du fait qu'ils n'étaient accessibles qu'aux seuls abonnés à une offre de télévision par câble ou satellite. Les parties ne remettent pas en cause cette appréciation.

199. La VoD apparaît comme une réelle évolution technologique et commerciale des services de PPV. En substance, ces deux services semblent répondre aux mêmes besoins et tendent à adresser la même demande du consommateur : l'achat à un moment donné d'un contenu télévisuel particulier choisi par le consommateur (films, événements sportifs, documentaires, etc.).

200. Cependant, les services de VoD se distinguent des services de PPV par :
- leur souplesse et leur confort d'utilisation : notamment, le consommateur peut avec la VoD accéder au programme au moment de son choix alors qu'avec le PPV, le consommateur doit attendre l'horaire imposé par le diffuseur ;
- leur diversité et leur plus grand choix de contenus : on dénombre 8 à 15 canaux PPV chez les opérateurs satellites alors que les catalogues de la VoD dépasse souvent la centaine de titres (480 pour MaLigneTV 24/24 Video de France Télécom, 350 pour Free VoD, environ 7000 pour CanalPlay l'offre de GCP) ;
- leur relative indépendance des plates-formes de télévision payante : certains services de VoD sont disponibles sur Internet sans souscription à un abonnement à la télévision à accès payant. Le PPV nécessite un abonnement ;
- en termes de chronologie des médias : en VoD, les nouveautés sont disponibles 33 semaines (soit 7,5 mois) après leur sortie nationale en salle en France et 9 mois après sur le PPV (Protocole d'accord du 20 décembre 2005 entre les acteurs du secteur du cinéma et de l'audiovisuel et les opérateurs de télécommunications/FAI).

201. Le Conseil de la concurrence, au vu de l'ensemble des éléments recueillis, estime qu'il y a lieu de distinguer en aval un marché pertinent des services de PPV et un marché pertinent des services de VoD.

d) Sur la télévision mobile

202. La jurisprudence communautaire ou nationale ne s'est pas encore prononcée sur ce marché.

203. Les parties considèrent qu'il existe un marché émergent de la télévision mobile qui s'est développé grâce à l'avènement des technologies 3G et dont les expérimentations se poursuivent encore à l'heure actuelle.

204. Les éléments recueillis grâce au test de marché précisent les éléments distinctifs de la télévision sur mobile :
    - le terminal de réception et les coûts de visionnage ;
    - les horaires de visualisation (pics le matin, le midi, et le soir, vs. un prime time le soir pour la télévision fixe) ;
    - le mode de consommation (court de quelques minutes, vs. des durées bien plus longues pour la télévision fixe),
    - la mobilité ;
    - des contenus adaptés au mode de diffusion mobile.
205. Par ailleurs, l'usage de la télévision mobile est un usage personnel, par opposition à la télévision fixe qui présente un usage collectif.
206. Le Conseil de la concurrence, au vu l'ensemble des éléments recueillis, estime qu'il existe un marché pertinent des services de télévision sur réseau mobile.

e) Sur le marché aval de l'offre aux professionnels

207. La clientèle professionnelle représente une clientèle spécifique ayant une demande distincte de celle d'un abonné individuel. Cette clientèle se compose notamment des hôtels, des cliniques, des hôpitaux, des bars et des prisons.
208. GCP et TPS commercialisent des offres très caractéristiques pour ce type de clients. Par exemple, GCP a construit une offre Barsat proposée uniquement aux bars et axée sur les contenus sportifs ou musicaux.
209. Par ailleurs, ces offres apparaissent moins complètes que celles destinées aux abonnés individuels : elles donnent, par exemple, accès à un nombre plus limité de chaînes en raison de contraintes techniques (nécessité de disposer d'un décodeur par chaîne qui redistribue le signal à chaque chambre par exemple dans le cas d'un hôtel).
210. Le Conseil de la concurrence, au vu de l'ensemble des éléments recueillis lors de l'instruction, considère qu'il existe un marché pertinent des services de télévision aux professionnels.

2. MARCHÉS GÉOGRAPHIQUES

211. Comparativement à la métropole, les DOM et Mayotte présentent de nombreuses particularités :
    - l'éloignement géographique et l'isolement des îles ;
    - les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières (risques climatiques, séismes, paysages accidentés) ;
    - les caractéristiques socio-économiques différentes ;
    - moins de technologies disponibles : uniquement le satellite sur la zone Réunion-Mayotte, le satellite et le câble sur la zone Antilles-Guyane. Les technologies ADSL et TNT ne seront pas disponibles dans ces régions à moyen terme ;
    - des conditions de concurrence différentes en termes du nombre d'offreurs, de la nature des offres, des contenus et des services.
212. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil de la concurrence estime que les marchés aval précédemment délimités couvrent géographiquement la France métropolitaine, la région Réunion-Mayotte et la région Antilles-Guyane.
213. Par ailleurs, étant donné le faible développement des services interactifs et de VoD/PPV dans les DOM, il apparaît raisonnable de regrouper l'ensemble des marchés aval (exception faite

de celui de la télévision sur mobile) sur un même marché pertinent pour les zones Réunion-Mayotte et Antilles-Guyane, sans que ceci n'ait d'influence sur l'analyse concurrentielle.

D. LES AUTRES MARCHÉS

214. L'opération affecte par ailleurs divers marchés connexes à ceux de la télévision payante qu'il convient d'examiner successivement.

1. PUBLICITÉ TÉLÉVISÉE

215. Les autorités de concurrence nationale comme communautaire considèrent qu'il existe un marché de la publicité télévisée, distinct des marchés de la publicité diffusée sur d'autres supports médias (décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-67 ; lettres du ministre du 25 mai 2005, du 27 octobre 2004 et du 26 avril 2004, précitées ; décision du Conseil de la concurrence n° 99-D-85, confirmée par l'arrêt de la Cour d'appel du 21 novembre 2000 ; décision de la Commission européenne du 20 septembre 1995, 96/346/CE, RTL/Veronica/Endemol). Ce marché met en relation les chaînes de télévision et les annonceurs et sans qu'il y ait lieu a priori de distinguer entre la publicité diffusée sur les chaînes de diffusion gratuite et de diffusion payante, les demandeurs, les offreurs et l'objet de la transaction étant très généralement les mêmes sur les deux types de chaînes.
216. S'agissant de la dimension géographique du marché, celle-ci est nationale du fait des barrières linguistiques et culturelles, sauf en matière de publicité télévisuelle locale, pour laquelle le marché pertinent serait d'une dimension correspondant à la zone de diffusion de la télévision.
217. Le Conseil de la concurrence constate qu'il n'y donc a pas lieu de remettre en cause la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.

2. FOURNITURE DE SERVICES TECHNIQUES LIÉS AUX TERMINAUX

218. Les autorités de concurrence ont toutes établi la même délimitation matérielle des marchés relatifs aux services techniques.
219. Ainsi, le Conseil de la concurrence (avis n° 00-A-04) a identifié un marché des services techniques liés à la télévision à péage. Il comprend le décodeur, qui permet de décrypter les émissions codées par l'opérateur, un logiciel de contrôle d'accès et un logiciel d'interactivité.
220. Dans le même sens, le ministre de l'économie (lettre du ministre du 26 novembre 2003, Canal+ Technologies / Thomson Multimedia) distingue le marché des logiciels d'accès conditionnel de celui des solutions d'interactivité. Il justifie cette distinction par le fait que la technologie utilisée et le service rendu sont différents (accéder à un programme crypté est différent d'accéder à un service de télévision interactive), et que les opérateurs sont plutôt spécialisés dans l'une des deux activités.
221. S'agissant de la dimension géographique, la Commission (décision de la Commission européenne n° IV/M.993 du 27 mai 1998, Bertelsmann/Kirch/Premiere) a retenu une dimension nationale des marchés techniques se fondant sur les législations nationales, les barrières linguistiques, les facteurs culturels, et les différences de condition de concurrence entre les Etats membres.
222. Plus récemment, le ministre de l'économie (lettre du ministre 11 décembre 2002, Thomson Multimedia) a estimé que le marché des terminaux numériques est de dimension européenne, voire mondiale. Cette délimitation se justifie notamment pour les raisons suivantes : la centralisation des achats et des ventes de terminaux à l'échelle européenne, les adaptations apportées aux terminaux répondant aux exigences des spécifications des opérateurs de

télévision à péage et non à des standards nationaux, l'absence d'obstacle à la circulation et à la vente de terminaux en Europe, et la faiblesse des coûts de transport.

223. Dans sa lettre du 26 novembre 2003, adressée aux conseils de la société NDS Group Plc, le ministre de l'économie a décidé que les marchés de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel et de logiciels d'interactivité présentaient au moins une dimension européenne. En effet, ces technologies font l'objet de licences attribuées au niveau international, elles peuvent très facilement être adaptées pour répondre aux besoins spécifiques de chaque client, les coûts de transports sont très bas et enfin les principaux acteurs opèrent sur une base supra-nationale.

224. S'agissant de la délimitation géographique, aucun élément de l'instruction ne permet donc de contredire la dimension européenne retenue par la jurisprudence la plus récente.

225. En conséquence, le Conseil considère comme pertinents et de dimension européenne les marchés de la fourniture de terminaux, de logiciels d'accès conditionnel et de logiciels d'interactivité.

3. LOCATION DE CAPACITÉS DE RÉSEAU

a) Location des capacités de réseaux satellitaires

226. La jurisprudence communautaire considère qu'il existe un marché de la fourniture de capacités transpondeurs sur satellite pour la radiodiffusion télévisuelle indépendamment du mode de transmission au détail (décision de la Commission n° COMP/C2-38.287 du 29 décembre 2003, Telenor/Canal+/Canal Digital) dont la dimension géographique la plus étroite est celle de l'empreinte du satellite.

227. Cependant, les flux audio-visuels transportés par satellite sont contraints par :
- le fait que ces flux vidéo font l'objet de cession de droit sur les contenus. Ces droits sont cédés par territoire, dans certains cas par bassin linguistique, et dans le cas du bassin linguistique francophone, par pays. Dès lors, un flux vidéo transporté subit généralement une contrainte juridique imposant qu'il ne soit transporté puis diffusé que sur un territoire donné (notamment décision de la Commission européenne n° IV/M.1439 du 13 octobre 1999, Telia/Telenor) ;
- l'objectif des chaînes et de leurs éditeurs dans l'acquisition d'une prestation de transport par satellite, étant d'atteindre un bassin d'audience donné, les diverses communautés de langue, et de culture situées en Europe représentent autant de marchés distincts ;
- dans le cas du transport de flux cryptés, les licences d'utilisation des systèmes d'accès conditionnel et de cryptage sont généralement octroyées pour des marchés nationaux .

228. La demande de location de transpondeurs par les éditeurs et les distributeurs semblent donc 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.

229. Au vu l'ensemble de ces éléments, le Conseil de la concurrence conclut à l'existence des marchés pertinents suivants :
- un marché de la location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels couvrant la France ;
- un marché de la location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels couvrant la région Réunion-Mayotte ;
- un marché de la location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels couvrant les Caraïbes.

b) Services en gros de diffusion pour la télévision terrestre

230. Le Conseil de la concurrence a donné récemment son avis sur la question et a suivi l'ARCEP sur la délimitation d'un marché de gros de dimension nationale des services de diffusion de programme télévisuels (avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-01 du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle et décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-04 du 11 avril 2002). Ce marché met en relation les prestataires techniques de diffusion hertzienne et les chaînes de télévision (pour la télévision analogique) ou les opérateurs de multiplex (pour la télévision numérique). Le Conseil s'était d'ailleurs interrogé sur la pertinence de la séparation de ce marché de gros en deux sous-marchés, l'un relatif à la diffusion analogique et l'autre à la diffusion numérique. Les parties suivent cette position.

231. Aucun n'élément recueilli au cours de l'instruction ne contredit cette position précédemment exprimée. Dans ces conditions, le Conseil estime que la définition de ces marchés doit être maintenue. La question de l'étendue géographique du marché peut être laissée ouverte.

4. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

232. Pour les besoins de la présente analyse, le Conseil de la concurrence estime qu'il convient de s'en tenir à la jurisprudence des autorités de concurrence et à la position des autorités de régulation.

233. Plus précisément, le Conseil de la concurrence s'intéressera aux marchés connexes suivants de dimension nationale, dont le fonctionnement pourrait être affecté par la présente opération, :

- le marché de l'accès au réseau téléphonique publics 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.

5. RADIO ET MUSIQUE

234. Les autorités de concurrence ont identifié un marché de la diffusion/distribution de services radio (décision du Conseil de la concurrence n° 03-MC-03 du 1er décembre 2003, TDF et décision de la Commission européenne n° COMP/M.2300 du 26 juin 2001, YLE/TDF/DIGITA/JV), défini comme la livraison de radio ou de tout autre signal afférant d'un studio du diffuseur à une borne de transmission. Elles ont également identifié des marchés de (i) la musique enregistrée, (ii) la distribution légale de musique numérique, (iii) l'édition musicale (décision de la Commission n° COMP/M.3333 du 19 juillet 2004, Sony/BMG) et de la vente des droits de diffusion des contenus destinés aux terminaux mobiles (lettre du ministre du 18 octobre 2005, e-TF1 / JET MULTIMEDIA).

235. Aucun élément n'a été apporté au cours de l'instruction permettant d'infirmer cette jurisprudence.

6. LA PRESTATION TECHNIQUE DE TRANSPORT

236. Dans le cadre de la relation entre les éditeurs de chaînes thématiques et les distributeurs, il apparaît que la prestation technique de transport de la chaîne est généralement confiée, contre rémunération, au distributeur, lors de l'acquisition par celui-ci du droit de la distribuer. Le distributeur gère alors à son tour la mise en oeuvre de ce transport, par exemple en relation

avec les installateurs et gestionnaires de réseaux câblés, s'agissant des câblo-opérateurs, ou avec les opérateurs satellite (ASTRA, EUTELSAT), s'agissant du transport par satellite, ainsi qu'il sera examiné ci-après, au titre de l'examen du marché de la location de capacités de réseaux.

237. En pratique, les modalités de transport diffèrent suivant le mode de diffusion :
- s'agissant du transport des chaînes hertziennes analogiques, le signal qui sort de la régie alimente les émetteurs hertziens les plus proches par fibre optique ; les émetteurs plus éloignés sont alimentés soit par satellite, soit par pont hertzien, c'est à dire en récupérant le signal depuis d'autres émetteurs hertziens plus proches de la régie et en le retransmettant. Ce transport est réalisé par TDF selon les conditions définies contractuellement ;
- s'agissant du transport des chaînes hertziennes numériques, il permet de diffuser de cinq à six chaînes sur une même fréquence, composant ainsi un « multiplex » ; les signaux des cinq à six chaînes sont d'abord transmis par fibre vers un «centre de multiplexage » où ils sont assemblés et codés dans la norme DVB-T ; le signal assemblé est ensuite transmis vers un satellite ainsi que par fibre vers l'émetteur de la Tour Eiffel (opéré par TDF); les autres émetteurs hertziens (opérés par TDF, Towercast ou Antalis) récupèrent le signal depuis le satellite ; le signal peut être lu par les foyers dans la zone de diffusion des émetteurs disposant d'une antenne hertzienne (râteau) et d'un « adaptateur », boîtier convertissant les signaux numériques en signaux analogiques compatibles avec les téléviseurs (ou, dans certains cas, sur des téléviseurs intégrant l'adaptateur) ;
- s'agissant du transport par satellite, les signaux des chaînes sont transmis vers un « centre de multiplexage » (opéré par CanalSat, TPS ou ABSat) où ils sont assemblés et codés dans la norme DVB-S puis transmis vers un satellite (Eutelsat HotBird ou Astra), à raison d'une dizaine de chaînes par canal satellitaire (appelé un transpondeur ou répéteur) ; les signaux peuvent ensuite être reçus directement par les abonnés sur leurs paraboles et convertis en analogique, à destination des téléviseurs, au moyen d'un décodeur. Ce transport est techniquement réalisé par des sociétés distinctes des bouquets satellitaires :
  - […].
  - […].
- s'agissant du transport par câble (qui ne serait pas facturé aux chaînes), chaque tête de réseau câblé (une par site ou par ensemble de sites géographiquement proches) récupère le signal sur les satellites utilisés par la télévision par satellite, le convertit en DVB-C puis le retransmet sur son réseau local ; les signaux peuvent ensuite être reçus directement par les abonnés raccordés au réseau câblé et sont convertis en analogique, à destination des téléviseurs, au moyen d'un décodeur. Il apparaît que ce transport pourrait également en principe s'effectuer en dehors de la reprise par le câblo-opérateur du signal sur une offre satellite, soit par la reprise par le câblo-opérateur du signal sur les émetteurs terrestres, soit par une reprise directe en sortie des régies finales. Il convient toutefois de relever que les parties ont indiqué dans leurs observations que Numéricâble aurait résilié le 26 avril 2005 son contrat avec CanalSatellite relatif à ses prestations de reprise du signal, afin d'assurer lui-même l'ensemble des prestations de diffusion du signal des chaînes qu'il distribue ;
- s'agissant du transport par ADSL (qui ne serait pas facturé aux chaînes), la tête de réseau d'un fournisseur d'accès Internet récupère les signaux des chaînes sur les satellites utilisés par la télévision par satellite, les convertit dans la norme qu'il utilise puis les retransmet sur son réseau national (à la différence de la télévision par câble, l'ADSL permet une interconnexion des réseau à l'échelle nationale) ; les signaux peuvent ensuite être reçus directement par les abonnés raccordés au réseau ADSL et sont convertis en analogique, à destination des téléviseurs, au moyen d'un décodeur. Pour l'essentiel, les chaînes dont le signal satellite peut être repris sont référencées sur TPS ou sur CanalSat. En l'absence d'un tel signal, le transport très onéreux reste à la charge de la chaîne, directement repris en sortie de la régie de production (un seul cas signalé). Les parties relèvent que les

opérateurs ADSL peuvent parfaitement recourir leurs propres réseaux filaires : force est pourtant de constater que tel n'est pas le cas pour les chaînes concernées de l'offre payante, à l'exclusion mentionnée des chaînes disposant de leur propre solution satellite (ABSat, TBS, MTV, Globecast et TV Polonia).

- le transport par téléphonie mobile s'effectuerait de manière similaire au transport par câble ou par ADSL.

238. Différents services techniques peuvent être associés à la simple diffusion du signal telle que décrite ci-dessus : gestion de l'accès conditionnel, passage par les décodeurs, numérisation et cryptage, intégration éventuelle dans une liste prédéfinie de services de la plate-forme (syntonisation automatique), guide électronique de programmes, etc.

239. Pour les chaînes payantes, quel que soit le mode de diffusion, la prestation de contrôle d'accès doit être ajoutée. Il s'agit, pour le distributeur commercial, d'insérer dans les signaux des chaînes des messages de contrôle d'accès (au centre de multiplexage satellite pour CanalSat, TPS ou ABSat, en tête de réseau pour les opérateurs de câble ou d'ADSL) qui pourront être décryptés par les décodeurs dont disposent les foyers abonnés. Les technologies de contrôle d'accès sont fournies sous licence aux distributeurs commerciaux par des sociétés spécialisées (Viaccess, Nagravision, Mediaguard, etc.).

240. Ainsi, s'agissant de la reprise du signal satellite, s'il apparaît en principe possible de reprendre le signal d'une chaîne diffusée par n'importe quel satellite (telles que les chaînes reprises par CanalSat, TPS (représentant ensemble les deux tiers des transpondeurs), ou encore ABSat, TBS, MTV, Globecast et TV Polonia), il convient de relever toutefois que doivent être également fournies les prestations de simulcrypt (prestation qui permet l'encodage simultané du signal avec les clés de cryptage propre à la chaîne et celle distributeur dès l'émission du signal montant vers le satellite) et le câblo-opérateur doit disposer des équipements nécessaires et conformes à ces prestations (antennes, démodulateurs, etc.) : les chaînes de CanalSat, TPS, ABSat, Turner et MTV en sont capables.

241. A défaut de fournir cette prestation de simulcrypt dans ces conditions, le câblo-opérateur serait contraint d'équiper ses têtes de réseau de matériel de décryptage et de réencryptage dont le coût serait de plusieurs dizaines de millions d'euros pour permettre le double encryptage.

242. Enfin, les chaînes référencées par CanalSat ou TPS (sauf les chaînes du groupe AB) concluent un contrat de transport leur permettant ou non d'utiliser le signal satellite de ces derniers pour alimenter d'autres réseaux.

243. Il résulte de ce qui précède que les opérateurs satellite sont amenés à intervenir dans le cadre du référencement et de la prestation de transport des chaînes diffusées sur tous les autres modes, dès lors que :

- les autres modes de distribution apparaissent indirectement dépendants de l'offre de contenus des bouquets satellite, puisque la commercialisation sur un bouquet satellite est, pour l'essentiel des cas, un passage obligé pour l'éditeur ;
- les chaînes n'assurant pas elles-mêmes leur transport satellite dans les conditions requises seraient condamnées si elles n'étaient pas référencées par l'un ou l'autre des distributeurs satellite ;
- les distributeurs satellite pourraient limiter l'autorisation de reprise du signal satellite par d'autres réseaux dans le cadre des contrats de transport, notamment en n'autorisant que la reprise par l'un ou l'autre des modes de diffusion.

244. Dans ces conditions, la distribution par satellite, qui est par ailleurs le seul mode de distribution d'envergure nationale capable de mener une politique de commercialisation sur l'ensemble du territoire, est en mesure de structurer l'offre de tous les autres distributeurs : le potentiel commercial d'une chaîne thématique dépend de son exposition sur satellite, et celui d'un distributeur, de sa capacité à proposer une offre au moins aussi attractive que les offres satellite. Il suffit à cet égard d'observer que, sur une base de 129 chaînes thématiques soumises aux régimes du conventionnement ou de la déclaration, seule la chaîne Musique

Classique est présente sur le câble sans être par ailleurs distribuée par les opérateurs satellite CanalSat et TPS.

245. Dans ses observations, le commissaire du gouvernement s'interroge sur l'existence d'un marché spécifique comprenant la prestation de transport du signal d'une chaîne par satellite : or, 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, ou de considérer simplement que les parties, lorsqu'elles proposent cette prestation de transport, n'agissent que pour le compte des opérateurs techniques. Seul l'impact identifié ci-avant peut être relevé.

PARTIE II : LE BILAN CONCURRENTIEL

246. Alors qu'elles avaient, dans leur notification, considéré que l'opération ne posait pas de problème de concurrence significatif, les parties ont proposé des engagements en cours de procédure, d'abord dans leurs observations du 23 juin 2006 en réponse au rapport, puis oralement lors de la séance du 4 juillet 2006 en réponse à la présentation orale des rapporteurs (ces engagements oraux ont été transcrits dans une note en délibéré annexée au présent avis – Annexe I).

247. Compte tenu de leur présentation tardive, ces engagements n'ont pu être examinés lors du contradictoire écrit. Aussi, le Conseil a choisi d'exposer successivement, dans le présent avis, son analyse des effets qu'entraînerait, sur chaque marché concerné, l'opération en l'absence de tout remède imposé par les autorités de concurrence dans le cadre de la procédure d'autorisation et tenant compte des gains d'efficience dont font état les parties. Il donnera ensuite sa propre vision des remèdes qui lui paraissent nécessaires et proportionnés pour résoudre les problèmes de concurrence posés par la concentration. Enfin, il indiquera quels sont parmi ces remèdes ceux qui ont été acceptés par les parties lors de la séance et dans quelle mesure leurs propositions d'engagements alternatifs répondent aux difficultés identifiées.

I. L'analyse marché par marché

248. Seront traités successivement les effets possibles :
- Sur les marchés amont
- Sur les marchés intermédiaires
- Sue les marchés aval
- Sur les autres marchés

249. Seront enfin évoqués les gains d'efficience, liés à la contribution de l'opération au progrès économique, pouvant compenser les atteintes à la concurrence.

A. LES MARCHÉS AMONTS

1. LES DROITS DE DIFFUSION SUR LA TÉLÉVISION

250. Lorsque les autorités de concurrence examinent les concentrations qui ont pour effet de renforcer une puissance d'achat sur des marchés qui sont en amont de ceux sur lesquels a lieu la concentration, elles recherchent en particulier si la nouvelle entité issue de l'opération sera en mesure, en faisant usage de sa puissance d'achat vis-à-vis de ses fournisseurs, d'évincer

ses concurrents. La manifestation de cet effet dépend essentiellement des conditions de concurrence actuelles en amont, notamment du point de savoir si cette puissance d'achat place ou non les fournisseurs en situation de dépendance économique liée à la part que représente le débouché de l'entité fusionnée dans l'ensemble des ventes des fournisseurs. Il convient d'apprécier ce risque pour chacun des marchés amont définis précédemment.

251. Après avoir analysé la position actuelle des parties, le Conseil s'intéressera également aux conséquence de la fusion sur la concurrence potentielle et sur le contre-pouvoir des détenteurs de droits.

a) Les droits cinématographiques

(i) Les films américains à succès récents

Position des parties sur le marché

252. Les droits de diffusion sur la télévision payante pour les films des grands studios américains sont acquis par les chaînes de télévision :

- soit par le biais de contrats cadre d'achats globaux dits *output deals*, qui donnent à la chaîne l'accès aux droits de diffusion d'un certain nombre de films prédéterminé. Ces contrats sont habituellement conclus pour une période de 5 ans, avec des clauses de renouvellement automatique ;
- soit par le biais de contrats d'acquisition de droits portant sur un film précis.

253. Les contrats cadre représentent 70 % (119 films sur 169) des films américains sortis en salle en France en 2004.

254. Avant la concentration notifiée, les deux plates-formes se partageaient de façon relativement équilibrée les droits de diffusion des majors américains.

255. GCP a signé des contrats cadre (*output deals*) avec […].

256. TPS a signé des contrats cadre (*output deals*) avec […].

257. Le tableau suivant retrace les parts de marché actuelles des différents acteurs :

Parts de marché pour les films américains sur les droits de première fenêtre

2004	Avec output deals		Sans output deals		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%

258. Après la fusion, l'entité fusionnée détiendra la quasi-totalité des droits acquis pour la télévision payante sur le marché de l'acquisition de droits cinématographiques des majors américains pour les première et deuxième fenêtres d'exploitation. Seul […]a réservé trois de ses films à ses propres chaînes thématiques pendant une première fenêtre d'exploitation d'une durée très courte. Les dix films dont les droits n'ont pas été acquis par les parties notifiantes correspondent essentiellement à des droits disponibles.

259. La nouvelle entité sera en situation de monopsone sur le marché des droits d'exploitation à l'acte : Kiosque (GCP) et Multivision (TPS) sont les seuls opérateurs de PPV. Par ailleurs, le

Conseil de la concurrence constate que, pour les films américains, les droits PPV sont généralement acquis sans exclusivité pour TPS, et généralement avec exclusivité pour GCP.

260. Le marché émergent de la VoD n'a vu apparaître les premières offres commerciales qu'en octobre 2005. Sur ce marché, TPS détient le service TPSVoD et GCP le service CanalPlay. Les principales offres de VoD sont celles de GCP (CanalPlay), Free (CanalPlay sur Freebox) et France Télécom (MaLigne TV et Wanadoo). Or elles utilisent toutes les trois le catalogue CanalPlay.

Les contre-pouvoirs

♦ La concurrence actuelle et potentielle

261. Compte tenu de la position actuelle des parties, le Conseil est d'avis 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.

262. Selon les parties, la concurrence potentielle provient des opérateurs de télécommunication, qui détiennent des ressources financières importantes et ont la capacité d'investir de plus en plus dans les contenus premium.

263. Cependant, le Conseil constate que, pour entrer sur les marchés des droits de diffusion, sur la télévision, des films américains à succès récents, les nouveaux entrants devront au préalable créer leur propre chaîne thématique cinéma. Or, cette activité fait face à de nombreuses barrières à l'entrée, notamment 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).

264. L'analyse de ces barrières à l'entrée sera détaillée ci-après lors de l'examen du bilan concurrentiel des marchés intermédiaires concernées.

265. Par ailleurs, l'ARCEP relève dans son avis que le développement par France Télécom à court et moyen termes d'une activité de même ampleur que celle de TPS entre 1999 et 2005 demeure peu vraisemblable, notamment en raison de l'existence de barrières non financières au développement de services audiovisuels.

266. En effet, 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.

267. L'ARCEP considère également qu'en dehors de France Télécom, les autres opérateurs ADSL n'ont pas la capacité pour entrer, avec les fonds propres adéquats, sur les marchés de l'acquisition de droits et de l'édition de chaînes leur permettant de développer un bouquet audiovisuel propriétaire.

268. En tout état de cause, dans la mesure où les *output deals* signés par les parties sont des contrats […], les opérateurs concurrents de la nouvelle entité n'auront pas accès à court terme aux droits de diffusion en télévision payante.

269. En effet, comme le relève le CSA dans son avis, seuls les contrats de […], arrivent à échéance prochainement (2007) et n'ont pas encore fait l'objet de renégociations. Les contrats avec […]ont, quant à eux, déjà été renouvelés pour des périodes variables […]. Ces contrats comportent, par ailleurs, des options de renouvellement automatique.

270. Enfin, rien ne garantit qu'à l'échéance des contrats, les majors souhaiteront signer avec un nouvel opérateur s'il n'est pas possible à ce dernier d'apporter des garanties suffisantes en terme de pénétration du marché.

271. En revanche, pour entrer sur le marché de l'exploitation à l'acte (PPV ou VoD), il n'existe pas de barrières à l'entrée aussi fortes. En effet, un certain nombre d'accords de distribution VoD ont déjà été conclus entre certaines « majors » américaines et des opérateurs (Warner et Free, Buena Vista et France Télécom, etc.).

272. Par ailleurs, 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.

273. Lors de la séance, les acteurs de l'ADSL et du câble ont confirmé ces analyses pour les différents types de droits.

274. France Télécom a indiqué qu'elle n'était pas une chaîne TV et n'avait pas vocation à le devenir. Pour elle, ce type d'investissement demande l'acquisition d'une base d'abonnés conséquente pour amortir les coûts fixes liés à l'activité d'éditeur de chaîne cinéma. Faute de quoi, il ne lui sera pas possible de convaincre ses actionnaires de s'engager dans un métier dont la rentabilité serait insuffisante par rapport à la norme demandée pour les autres activités du groupe. Elle reconnaît néanmoins disposer de forts revenus mais doit, au cours des cinq prochaines années, poursuivre sa politique de déploiement et de modernisation de son réseau nécessitant des investissements particulièrement lourds.

275. Free indique également qu'elle n'a pas l'intention de créer des chaînes cinéma car cette activité ne correspond pas à son cœur de métier, la distribution de services.

276. Par ailleurs, France Télévisions estime que l'éclatement du marché des services sur l'ADSL rendent l'émergence d'un concurrent crédible peu probable. Elle ajoute également qu'à l'heure actuelle, hormis sur la VoD, aucun opérateur ADSL n'a, à sa connaissance, acquis de droits pour éditer des chaînes.

♦ Les détenteurs des droits

277. Si la fusion va indéniablement diminuer le pouvoir des détenteurs de droits de diffusion 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 [0-5] % du chiffre d'affaires total réalisé par les studios américains.

278. 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.

♦ Conclusion

279. Compte tenu du fort pouvoir de négociation des grands studios américains, le Conseil estime que les parties ne seront pas en mesure d'imposer leur prix, ni d'obtenir des exclusivités sur le marché des droits de VoD et PPV, ni d'imposer l'acquisition simultanée des droits de diffusion sur la télévision payante et des droits de VoD et PPV.

280. Le Conseil est d'avis 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.

(ii) Les films d'expression française récents

281. Avant d'aborder le bilan concurrentiel, il convient de revenir au régime juridique très spécifique du financement des films d'expression française récents.

Rappel du cadre juridique

282. En France, les chaînes de télévision sont soumises à des obligations à l'égard de la production cinématographique européenne.

283. Les obligations de Canal +, telles qu'elles résultent des textes réglementaires (décret n° 2001-1332 du 28 décembre 2001) et de la convention conclue avec le CSA, reprennent celles de l'accord du 16 mai 2004 négocié entre la chaîne et les organisations professionnelles du cinéma. Canal + doit ainsi consacrer respectivement au moins 12 % et 9 % des ses ressources totales de l'exercice à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes et d'expression originale française. Un minimum garanti est fixé par mois et par abonné.

284. En outre, Canal + s'engage à ce que, d'une part, au moins 80 % du montant de son obligation de production d'œuvres d'expression originale française soient consacrés à des préachats et à ce que, d'autre part, au moins 17 % de ce même montant concernent des films dont le devis est inférieur ou égal à 4 millions d'euros. La chaîne Canal + est toujours soumise à l'obligation de consacrer au moins 75 % de ses dépenses à la production indépendante. Les apports en coproduction ne sont pas comptabilisés dans les obligations de Canal +.

285. Les obligations de TPS Cinéma et de CinéCinéma en 2005 sont celles dévolues aux chaînes cinéma dites de première diffusion. Ces chaînes doivent consacrer respectivement 22 et 26 % (27 % pour CinéCinéma qui a pris une obligation conventionnelle supérieure au niveau requis par les décrets) de leurs ressources totales de l'exercice à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes et d'expression originale française. Elles sont également soumises à une clause de diversité pour les films qui ont un devis inférieur ou égal à 5,35 millions d'euros. TPS s'est engagée à consacrer à ce type de films 20 % de ses investissements, et CinéCinéma 25 %. Kiosque doit investir 10 % de son chiffre d'affaires dans l'achat de droits d'œuvres cinématographiques françaises et Multivision, 6 %.

286. Les chaînes en clair (TF1, France 2, France 3 et M6) doivent consacrer au moins 3,2 % de leur chiffre d'affaires net de l'exercice précédent au développement de la production d'œuvres cinématographiques européennes dont au moins 2,5 % pour les oeuvres d'expression originale française. Les investissements comptabilisés peuvent être des préachats ou des investissements en parts de coproduction. Ces derniers ne peuvent être réalisés que par l'intermédiaire d'une filiale spécialement créée à cet effet. Celle-ci ne peut cependant pas être producteur délégué.

287. Pour chaque oeuvre, la contribution des diffuseurs est encadrée par deux dispositions : d'une part, elle ne doit pas excéder la moitié du coût total de cette oeuvre et, d'autre part, elle ne doit pas être constituée pour plus de la moitié par des sommes investies en parts de coproduction par les filiales. Enfin, 75 % de ces obligations d'investissement doivent être consacrés à la production indépendante.

Position des parties sur ces marchés

288. Selon les chiffres fournis par le CSA, compte tenu de l'importance de son chiffre d'affaires ([…] M€), GCP est le premier contributeur au financement du cinéma en France.

289. Le tableau suivant retrace les parts des groupes TPS et GCP dans le financement de la production française par le biais des achats de droits pour la diffusion en première et deuxième fenêtre et la diffusion non linéaire :

Parts de Canal+, CinéCinéma et Kiosque dans la production française en 2005

2005	Canal +	CinéCinéma	Kiosque	Total
Investissements (en M€)	[…]	[…]	[…]	[…]
Nombre de films	[…]	[…]	[…]	[…]

Parts de TPS et Multivision dans la production française en 2005

	TPS		

2005	TPS		Multivision	Total
Investissements (en M€)	**1ère fenêtre** […]	**2ème fenêtre** […]	[…]	[…]
Nombre de films	[…]	[…]	[…]	[…]

290. En matière de droits de diffusion sur la télévision payante en diffusion linéaire, seules les chaînes détenues par TPS et GCP sont soumises à des obligations de préachats : elles représentent donc 100 % du montant investi sur le segment du préachat des droits de diffusion pour la télévision payante. La nouvelle entité se trouvera en situation de monopsone, tant sur la première que sur la deuxième fenêtre d'exploitation.

291. Sur le marché des droits d'exploitation à l'acte, la nouvelle entité sera en situation de monopsone puisque seuls Kiosque (GCP) et Multivision (TPS) interviennent. Pour les films français, Kiosque acquiert les droits de PPV de manière non exclusive et les contrats d'acquisition de droits qu'elle signe ne porte généralement que sur l'acquisition des droits de diffusion en PPV, en dehors de toute autre fenêtre, y compris la VoD. De son côté, TPS acquière les droits PPV sur une base non-exclusive mais généralement en même temps que les autres droits (1ère et 2ème fenêtre).

292. Pour la VoD, CanalPlay joue un rôle privilégié sur les marchés amont car il disposerait, au 31 mars 2006, selon les chiffres fournis par le CSA, des droits de 604 œuvres cinématographiques. Près de 60% de ces droits présentent une exclusivité (356 titres). Ces exclusivités concernent essentiellement des oeuvres cinématographiques françaises, et notamment celles produites par Pathé, Europa Corp, et un nombre important de producteurs indépendants, regroupés sous le label « Le meilleur du cinéma français », Sony et Spy Glass. Le caractère exclusif d'une partie de son offre est de nature à lui conférer un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents.

Les contre-pouvoirs

♦ La concurrence actuelle et potentielle

293. 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.

294. Le Conseil constate que la concurrence potentielle des opérateurs ADSL souffre sur ces marchés des mêmes limites que celles identifiées pour les droits de diffusion des films américains à succès récents : les opérateurs ADSL ne constituent donc pas une menace crédible.

295. L'ARCEP estime, dans son avis, qu'en matière de films français récents, la nouvelle entité sera un acteur difficilement contournable, dès lors que le préachat de films français conditionne leurs diffusions exclusives en première et seconde fenêtres de télévision payante. Cette autorité relève, d'ailleurs, que les opérateurs de communications électroniques diffusent des offres audiovisuelles depuis plus de quinze ans pour le câble, depuis plus de trois ans pour Free et de deux ans pour France Télécom et Neuf Cegetel. Or aucun de ces opérateurs n'a acquis à ce jour de droits exclusifs de diffusion linéaire de films français.

296. Interrogé en séance, le BLOC a rappelé que le cinéma est une « *économie de prototypes* » qui 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. Il estime qu'à l'heure actuelle les opérateurs ADSL ne sont pas prêts à consentir de tels risques.

297. L'API 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.

298. 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, une telle entrée est soumise à l'accès aux droits de diffusion.

299. Par ailleurs, l'accord interprofessionnel du 20 décembre 2005 sur le cinéma à la demande prévoit que les chaînes peuvent suspendre la fenêtre de mise à disposition en VoD des films qu'elles pré-financent. Or, du fait de son rôle central dans le pré-achat de films français, 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'elles financent.

300. L'API estime que le développement de la VoD est à l'heure actuelle un pari. Elle considère que pour la nouvelle entité, ces droits créeront des phénomènes de « cannibalisation » des différents supports et des différents types d'abonnement. Les chaînes cinéma de la nouvelle entité risquent ainsi de subir à terme la concurrence frontale des offres VoD.

301. Le Conseil constate que, en raison de son pouvoir de négociation sur l'acquisition de droits de diffusion sur la télévision payante, la nouvelle entité sera en mesure d'empêcher l'accès aux droits de diffusion VoD et PPV.

♦ Les détenteurs des droits

302. Compte tenu de l'importance de son chiffre d'affaires, GCP est le premier contributeur au financement du cinéma français. En 2005, Canal + est intervenu dans au moins […]

303. Deux éléments renforcent cette position.

304. En premier lieu, dans le financement de la production cinématographique, l'apport des chaînes de télévision est essentiel. En effet, selon le Centre national de la cinématographie (CNC) les préachats et apports en coproduction des chaînes de télévision représentent près de 30 % du financement des films. Au total, la nouvelle entité absorbe [90-100] % du marché français de la télévision payante pour le cinéma et a préacheté, en 2005, [80-90] % des films d'initiative française « de marché ». Seul un nombre très limité de films ([10-20] %) ont pu être produits sans le préachat d'une chaîne de télévision payante.

305. En second lieu, il apparaît que le secteur de la production de films est atomisé et constitué essentiellement de sociétés indépendantes. En effet, la production française peut être scindée en deux grands agrégats : les producteurs liés à une société contrôlant un des modes de commercialisation des films de cinéma d'une part, les producteurs indépendants d'autre part. La première catégorie regroupe tout d'abord les producteurs liés à des groupes de télévision (TF1 Films Productions et M6 Films, StudioCanal, TFl International, SND) ou à des groupes d'exploitation cinématographique contrôlant des réseaux de salles (UGC, Pathé, Gaumont et MK2). La seconde catégorie regroupe l'ensemble des autres producteurs qualifiés d'indépendants. Cette catégorie est 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.

306. En séance, l'API a mis en avant cet argument en rappelant que le chiffre d'affaire de Vivendi était très largement supérieur à celui de l'industrie du cinéma.

307. En conséquence, cette opération de fusion 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.

♦ Conclusion

308. En matière de droits de diffusion sur la télévision payante, le Conseil de la concurrence estime que la nouvelle entité sera en mesure, non seulement d'imposer ses prix, mais de façonner également dans une large proportion l'offre de films proposée aux consommateurs. Le risque existe ainsi de voir une seule entreprise 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.

309. Le Conseil est donc d'avis que l'opération pourrait entraîner un risque de baisse de la diversité de l'offre pour le consommateur final.

310. En matière de droits d'exploitation à l'acte, compte tenu de l'absence de pouvoir de négociation des producteurs français, le Conseil de la concurrence estime que les parties pourront également imposer leur prix, mais aussi obtenir l'acquisition simultanée des droits de diffusion sur la télévision payante et des droits PPV et VoD.

311. Le Conseil considère que si GCP n'est pas actuellement en mesure d'imposer des exclusivités aux producteurs français en matière de PPV (voir notamment la décision du Conseil n° 98-D-70 du 24 novembre 1998), tout risque ne peut cependant être exclu pour l'avenir.

312. En ce qui concerne la VoD, le Conseil constate que rien n'interdit à la nouvelle entité d'imposer des exclusivités aux producteurs français et donc de créer des barrières à l'entrée pour l'accès à ces contenu.

(iii) Les films de catalogues

313. Pour remplir leurs grilles de programmation, les chaînes cinéma doivent acheter, outre des films récents, un nombre important de films anciens. Ainsi, Canal +, pourtant 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).

314. StudioCanal, filiale à 100 % de GCP, possède le plus important catalogue de droits audiovisuels en France et un des plus importants à l'échelle de l'Europe avec plus de […] oeuvres cinématographiques et de […] heures de programmes télévisuels. Ce catalogue, très varié, comprend des oeuvres françaises de patrimoine, très souvent rediffusées (comme La Grande Vadrouille ou Le Corniaud) et des films plus récents français (Le père noël est une ordure, Le bonheur est dans le pré), européens (Bridget Jones Diary ou Chicken Run) ou américains (Traffic, Terminator, LA Confidential, Fahrenheit 9/11). Ce catalogue s'enrichit constamment à partir des films en production et par rachat de catalogue.

315. Le tableau suivant dresse l'état du catalogue détenu par Studio Canal :

Oeuvres cinématographiques du catalogue de Studio Canal

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

316. Les catalogues concurrents comme celui de Gaumont (900 titres souvent anciens) ou de TF1 (850 titres) ne présentent ni la même diversité de films, ni la même ampleur.

317. Dans la mesure où TPS ne possède pas de catalogue de droits, l'opération de concentration notifiée n'est pas en mesure de produire des effets horizontaux sur ce marché.

318. En séance, l'ensemble des opérateurs de l'ADSL et du câble ont attiré l'attention du Conseil de la concurrence sur les problèmes d'accès au catalogue détenu par Studio Canal. France Télécom estime qu'une concurrence actuelle et potentielle forte est possible sur la VoD si les droits restent ouverts aux nouveaux entrants.

319. Si la nouvelle entité refusait de céder ses droits catalogue, elle s'opposerait donc à l'entrée de tout nouvel acteur sur les marchés intermédiaires de l'édition de chaînes tant cinéma que VoD.

320. En ce sens, le Conseil est d'avis que l'opération peut créer des problèmes de concurrence sur le marché des films de catalogue.

b) Les droits sportifs

321. Avant d'aborder le bilan concurrentiel, il convient de revenir au régime juridique très spécifique des droits sportifs.

(i) Cadre juridique

322. L'article 3 bis de la directive Télévision sans frontières modifiée, prévoit que chaque État membre peut prendre des mesures pour assurer que les organismes de radiodiffusion télévisuelle relevant de sa compétence ne retransmettent pas d'une manière exclusive ou sous une forme codée des événements qu'il juge d'une importance majeure pour la société (Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil).

323. En France, l'article 20-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée prévoit que « *les événements d'importance majeure ne peuvent être retransmis en exclusivité d'une manière qui aboutisse à priver une part importante du public de la possibilité de les suivre en direct ou en différé sur un service de télévision à accès libre* ».

324. 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 i) les Jeux Olympiques été et hiver, ii) les matchs de l'équipe de France de football inscrits au calendrier de la FIFA, iii) les matchs d'ouverture, demi-finales et finale de la Coupe du Monde de football, iv) les demi-finales et finale du Championnat d'Europe de football, v) la finale de la Coupe de l'UEFA, lorsqu'un groupement sportif inscrit dans l'un des championnats de France y participe, vi) la finale de la Ligue des champions de football, vii) la finale de la Coupe France de football, viii) le tournoi de rugby des six nations, ix) les demi-finales et finale de la Coupe du Monde de rugby, x) la finale du Championnat de France de rugby (Top 14), xi) la finale de la Coupe d'Europe de rugby, lorsqu'un groupement sportif inscrit dans l'un des championnats de France y participe, xii) les finales des simples messieurs et dames du tournoi de tennis de Roland Garros, xiii) les demi-finales et finales de la Coupe Davis et de la Fed Cup, lorsque l'équipe de France y participe, xiv) le grand prix de France de Formule 1, xv) le tour de France cycliste masculin, xvi) le Paris-Roubaix, xvii) les finales masculine et féminine du Championnat d'Europe de basket-ball lorsque l'équipe de France y participe, xviii) les finales masculine et féminine du Championnat du Monde de basket-ball lorsque l'équipe de France y participe ; xix) les finales masculine et féminine du Championnat d'Europe de handball lorsque l'équipe de France y participe, xx) les finales masculine et féminine du Championnat du Monde de handball lorsque l'équipe de France y participe et, xxi) les Championnats du monde d'athlétisme.

325. Les conditions d'exploitation de ces événements ont pour effet de limiter la possibilité de diffusion exclusive de ces événements par les opérateurs de télévision payante et de permettre la diffusion de l'ensemble de ces événements sur des chaînes en clair.

326. L'article 5 du décret du 22 décembre 2004, relatif aux événements d'importance majeure, prévoit en effet que si un éditeur de télévision à accès restreint n'est pas en mesure de diffuser un événement d'importance majeure pour lequel il dispose de droits exclusifs, sans le soumettre à des conditions d'accès particulières (et sous réserve d'être reçu par au moins 85 % des foyers de France métropolitaine), il est tenu de proposer la cession de ces droits aux éditeurs de services de télévision à accès libre.

327. Cette offre doit être faite selon des termes et conditions de marché équitables, raisonnables et non discriminatoires. Si en réponse à cette offre, aucune proposition d'un éditeur de télévision à accès libre n'est formulée, ou si cette proposition n'est pas formulée selon des termes et conditions de marchés équitables, raisonnables et non discriminatoires, la chaîne payante titulaire des droits exclusifs de retransmission de l'événement d'importance majeure peut exercer ceux-ci sans satisfaire à l'exigence d'une diffusion par un service de télévision à accès libre.

(ii) Position des parties sur ces marchés

328. A titre liminaire, le Conseil de la concurrence relève 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.

329. Le CSA a évalué les montants financiers globaux dépensés annuellement par les éditeurs de chaînes afin d'assurer la retransmission de certains sports :
- les compétitions de football, premier sport pour le montant des droits, environ […] M€, en 2006 ;
- le rugby, second sport pour le montant des droits, environ […] millions d'euros par an, détenus par […];
- l'athlétisme, basket, boxe, cyclisme, Formule 1 et tennis, 6 disciplines importantes en termes d'attractivité pour le public, légèrement inférieur à […] M€ par an, détenus par […]. Le cyclisme représentent environ […] M€ par an.

330. Le montant des droits du football représente ainsi plus de 80 % du montant de l'ensemble des droits des sports les plus fédérateurs d'audience.

Les droits du football

♦ Les compétitions régulières de football qui ont lieu chaque année et auxquelles participent des équipes nationales

331. Canal + détient actuellement les droits de la ligue 1 française jusqu'au 30 juin 2008. Ceux-ci seront remis en concurrence le 1er novembre 2007 pour une attribution au 1erjuillet 2008.

332. Dans le cadre de l'appel d'offres organisé par la LFP, Canal + a acquis :
- le match du dimanche soir à 20h45 (lot 1) ;
- le match du samedi à 17h15 et du dimanche à 18h (lot 2),

333. Kiosque Sport, filiale de GCP, a acquis les 7 matchs du samedi à 20h en PPV (lot 4 – les droit relatifs à ce lot ont été revendus pour une exploitation ADSL à France Télécom, pour son offre MaLigneTV) et le magazine du samedi soir (lot 3).

334. En revanche, GCP ne détient pas les droits pour la diffusion en téléphonie mobile, qui ont fait l'objet d'une cession à Orange, ni les droit pour un magazine dominical de résumés qui ont été cédés à TF1.

335. Pour ce qui concerne les événements autres que la Ligue 1, GCP détient une parties des droits sur la Ligue des Champions, et TPS bénéficie d'une faible partie des droits sur la Coupe de l'UEFA (quelques matchs). Pour cette compétition, les droits sont vendus directement par les clubs et quelques intermédiaires.

♦ Les épreuves de football qui n'ont pas lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales (Coupe du Monde et Championnat d'Europe)

336. Les droits de ces compétitions, qui sont essentiellement des évènements d'importance majeure, ont tous été exploités par TF1, conjointement avec France Télévisions dans certains cas. S'agissant des compétitions qui ne se sont pas encore déroulées, TF1 détient les droits relatifs aux trois prochaines coupes du monde de football (2006, 2010 et 2014).

337. Il y a lieu de souligner que TF1 a acquis les matchs de l'équipe de France, la finale et d'autres premiers choix de la Coupe du Monde 2006 alors que M6 a acquis 31 matchs de la Coupe du Monde 2006, ainsi qu'un magazine quotidien dédié à l'événement. La procédure d'attribution des droits sur le Championnat d'Europe 2008 n'a pas encore été lancée.

♦ Les championnats nationaux étrangers

338. Sur ce segment, GCP détient l'exclusivité de la couverture des rencontres des grands Championnats étrangers (Italie, Espagne, Portugal, Pays-Bas, Argentine, Brésil, Ecosse), à l'exception de la Premier League anglaise et, à partir de 2006, de la Bundesliga allemande lesquelles sont détenues par TPS. GCP détient également les droits des 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).

Les autres droits sportifs

339. Sur l'ensemble des 21 événements considérés comme des évènement d'importance majeure, TPS ne dispose d'aucun droit.

340. GCP, et plus particulièrement Sport+, n'a acquis à titre exclusif que les droits de diffusion de quatre d'entre eux à la condition que l'équipe de France y participe : les finales masculine et féminine du Championnat d'Europe de basket-ball, les finales masculine et féminine du Championnat du monde de basket-ball, les finales masculine et féminine du Championnat d'Europe de handball, et les finales de masculine et féminine du Championnat du monde de handball.

341. Sport+ partage par ailleurs jusqu'à la fin de la saison en cours les droits de diffusion de la Coupe d'Europe de rugby avec France Télévisions. Pour les saisons 2006- 2010, ces droits ont été attribués en exclusivité à France Télévisions.

342. Pour les autres évènements attractifs listés par les parties qui ne sont pas qualifiés d'évènements d'importance majeure, il apparaît qu'en dehors des droits du Paris-Dakar qui sont détenus par France Télévision et EuroSport, l'ensemble des droits des autres évènements « attractifs », sont détenus par les parties.

(iii) Les contre-pouvoirs

343. Selon les parties notifiantes, l'analyse de leurs positions et de celles des autres opérateurs sur les marchés d'acquisition de droits sportifs permet de considérer que l'opération ne se traduira pas par une réduction sensible de la concurrence, en raison de la présence de concurrents actuels et potentiels pour l'acquisition de ces droits, de la puissance de marché des vendeurs de droits sportifs et des modalités d'attribution de ces droits.

344. A cet égard, les parties soulignent que, lorsque l'opération se traduit par des chevauchements en termes de droits exclusifs acquis sur certaines compétitions, ces chevauchements doivent être relativisés car certains des droits sportifs sont acquis dans le cadre d'appels d'offres ouverts à l'ensemble des diffuseurs.

345. Cependant, même s'il est vrai que la concentration ne conduit pas à de fortes additions de parts de marché compte tenu de la taille du portefeuille de droits de TPS, le Conseil estime qu'elle renforce le catalogue détenu par GCP et élimine la concurrence, au moins potentielle, de TPS. Elle permet également à GCP de disposer d'une capacité renforcée à mobiliser des ressources financières, ce qui lui permettrait, aux échéances successives des droits, d'accroître son catalogue.

Les droits du football

♦ La concurrence actuelle et potentielle

346. Les parties notifiantes considèrent que dans la mesure où la majeure partie des droits du football sont acquis dans le cadre d'appels d'offres, même si la nouvelle entité a des exclusivités, notamment sur les droits de la Ligue 1, il ne peut être exclu que les prochains appel d'offres soient remportés par une ou plusieurs autres entreprises autres que GCP.

347. Comme le précisent les parties notifiantes, dans le cadre de marchés fonctionnant par appels d'offres, ce qui importe en termes de concurrence est moins la répartition à un moment donné des appels d'offres gagnés ou perdus que la capacité pour une entreprise à prendre part de façon crédible aux futurs appels d'offres.

348. Or, pour l'achat de contenus relevant des droits sportifs, les enchères ne sont accessibles de facto qu'à un nombre limité d'opérateurs présentant certaines caractéristiques.

349. Selon la Commission (décision de la Commission européenne n° COMP/M. 2876, du 2 avril 2003, Newscorp/Telepiù), tel est notamment les cas de la plupart des droits sur des compétitions de football qui ont lieu régulièrement et auxquelles participent des équipes nationales. En effet, les propriétaires de droits (clubs de football et autres organismes) préfèrent vendre ceux-ci aux opérateurs de télévision payante plutôt qu'aux télévisions à accès libre, afin d'éviter une incidence négative sur la fréquentation des stades, l'autre grande source de recettes.

350. De plus, comme le Conseil de la concurrence l'a déjà relevé (décision du Conseil n° 03-MC-01 du 23 janvier 2001, TPS), les matchs de Ligue 1 ont toujours été diffusés sur des chaînes à péage en raison :
- de la régularité et de la durée du Championnat de France : la retransmission des matchs empêchent les chaînes généralistes de satisfaire les contraintes de programmation auxquelles elles sont soumises (notamment l'obligation de maintenir une diversité de l'offre) ;
- du financement des chaînes généralistes par la publicité. Ces chaînes doivent privilégier les événements susceptibles de fédérer un public très varié et donc d'apporter de fortes audiences ; en ce sens, la programmation contraignante, tout au long de l'année, du Championnat de Ligue 1 est pour elles peu attractive.

351. En ce qui concerne les opérateurs de télévision sur ADSL, et plus particulièrement France Télécom, si l'acquisition de droits exclusifs de football est en théorie possible, il est peu crédible, selon l'ARCEP qu'elle puisse fonder une stratégie d'entrée efficace d'un opérateur de télécommunications sur les marchés audiovisuels, à défaut de base de clients suffisante. En effet, les trois exemples de transactions récentes où des opérateurs de télécommunications ont acquis des droits de diffusion de matchs des championnats de football en Europe sont révélateurs (Belgacom en Belgique, Versatel aux Pays-Bas et Arena en Allemagne) : Belgacom et Arena ont dû accepter la diffusion de certains matchs ou de leurs résumés sur les chaînes gratuites, afin de maintenir la visibilité du championnat. Ce critère semble important pour les équipes et leurs sponsors, dans la mesure où l'offre la plus élevée, formulée par Première, a été rejetée en Allemagne pour défaut de visibilité.

352. En conséquence, compte tenu de leur nombre d'abonnés, il parait peu réaliste que les opérateurs ADSL puissent faire, dans le format actuel du découpage des lots par la Ligue professionnelle de football (LFP), des offres financièrement comparables à celle de la nouvelle entité. Ainsi, sauf adaptation du règlement de la consultation par la LFP pour prévenir le risque de se trouver face à un acheteur unique, aucune entreprise concurrente aux parties n'aura vraisemblablement la capacité de prendre part de façon crédible aux futurs appels d'offres qui auront lieu pour l'acquisition de ces droits.

♦ Les détenteurs de droits

353. Les parties considèrent que l'opération n'a pour effet que de rétablir un certain équilibre vis-à-vis de la LFP, de la Fédération française de football (FFF) et de l'Union européenne de football association (UEFA), qui détiennent l'ensemble des droits sur les différentes compétitions susvisées et disposent à ce titre d'une puissance de marché considérable. Ce pouvoir de marché résulte notamment :
- dans le cas de la LFP, de son monopole de fait sur la commercialisation des droits du direct, du léger différé et des magazines relatifs à Ligue 1, la Ligue 2, la Coupe de la Ligue et le Trophée des champions ;
- dans le cas de la FFF, de son monopole de droit sur la commercialisation de l'ensemble des droits relatifs à la Coupe de France et aux matchs de l'équipe de France ;
- dans le cas de l'UEFA, de son monopole de fait sur la commercialisation des droits relatifs au Championnat d'Europe des Nations et à la Ligue des Champions. En outre, il y a lieu de souligner que les droits qu'elle commercialise le sont sur de nombreux marchés, ce qui renforce encore un peu plus la puissance de négociation de cet organisme.

354. Le Conseil considère que si la LPF et la FFF verront leur pouvoir de marché réduit du fait de la puissance d'achat renforcée de l'entité fusionnée, ces organismes garderont le pouvoir de structurer les appels d'offres, de fixer un prix de réserve pour l'allocation des lots ou de segmenter plus finement les droits à répartir de manière à favoriser la participations des opérateurs de télévision gratuite et les opérateurs actifs sur les différents modes de diffusion payants. Ils pourront également, sous certaines conditions, réserver volontairement un ou plusieurs lots à des nouveaux entrants comme cela a pu être fait dans d'autres pays, par exemple au Royaume-Uni.

355. Les détenteurs de droits du football conserveront donc un contre pouvoir qui limitera sensiblement la puissance de la nouvelle entité et le Conseil considère que les opérations de concentrations soumises à son examen ne sont pas susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels horizontaux sur ces marchés. En toute hypothèse, ces rééquilibrages affecteront les transferts financiers entre les détenteurs de droits et les chaînes sans nécessairement toucher le consommateur.

Les autres droits sportifs

♦ La concurrence actuelle et potentielle

356. Les parties considèrent qu'il existe, pour l'acquisition des droits sur les événements sportifs qui ne sont pas qualifiés d'évènements d'importance majeure, un nombre significatif de concurrents crédibles. Selon elles, compte tenu du nombre de disciplines et du fait que les droits en cause sont remis en concurrence selon une périodicité rapprochée, tout acquéreur actuel ou potentiel est rapidement en mesure de constituer une offre de droits sportifs crédible. Cette potentialité vaudrait en particulier pour les opérateurs de télécommunications, qui bénéficient en outre de capacités financières significatives de nature à leur permettre de constituer rapidement une offre de droits sportifs variée et attractive.

357. Sur la concurrence des opérateurs de télévision à accès libre, il convient de noter que ceux-ci se concentrent plus particulièrement sur les événements d'importance majeurs qui revêtent une attractivité particulière pour le consommateur final. Ces opérateurs ont donc moins de ressources financières à consacrer aux événements qui ne sont pas qualifiés d'évènements d'importance majeure. Par ailleurs, les opérateurs de télévision à accès libre les plus susceptibles d'entrer en concurrence avec la nouvelle entité sont TF1 et M6 qui seront aussi les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité. Or, la Commission européenne a déjà eu l'occasion de relever 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 (Décision de la Commission européenne n° COMP/M. 2876, du 2 avril

2003, Newscorp/Telepiù). Ainsi doit être observée une « *adéquation industrielle, commerciale et stratégique manifeste* » susceptible d'être mise en œuvre. En l'espèce, l'opération envisagée (au travers tant de la participation minoritaire que des accords accessoires) aura pour effet de placer les actionnaires minoritaires dans une situation les incitant à ne pas surenchérir contre la nouvelle entité puisqu'une telle surenchère aurait pour effet de diminuer les dividendes de l'ensemble des actionnaires à l'aval (au stade de la distribution), en augmentant notamment leurs coûts d'édition.

358. Sur la concurrence potentielle des opérateurs de télécommunications, le Conseil considère, comme pour les autres droits, que ceux-ci ne sont pas encore des concurrents crédibles pour la nouvelle entité.

359. En tout état de cause, outre le fait qu'une combinaison de nombreux droits sportifs est nécessaire pour créer une chaîne, dans la mesure où certains contrats sont conclus pour des durées assez longues (jusqu'en 2010 pour le Super 12 en rugby par exemple et jusqu'en 2009 pour de nombreux contrats), les opérateurs concurrents de la nouvelle entité n'auront pas accès à court terme aux droits de diffusion en télévision payante des contenus sportifs attractifs.

♦ Le pouvoir de marché des détenteurs de droits

360. Le Conseil considère que, dans la mesure où les détenteurs de ces droits n'auront pas d'autres débouchés pour la vente de leurs droits, leur pouvoir de marché sera réduit.

361. Ces organismes ont cependant, comme pour le football, le pouvoir de structurer les appels d'offres : ils pourront fixer des prix de réserve pour l'allocation des lots ou segmenter plus finement les droits à répartir de manière à favoriser la participations des opérateurs de télévision gratuite et les opérateurs actifs sur les différents modes de diffusion payants.

362. Compte tenu du contre pouvoir des détenteurs de droits sportifs, le Conseil 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.

c) Les autres programmes audiovisuels destinés à une diffusion télévisée

363. La part de marché de Canal + sur l'ensemble des programmes aidés par les chaînes hertziennes s'établissait, en 2004, à [0-10] %. En outre, 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.

364. La position combinée des parties en fonction des différents genres de programmes est limitée, et en aucun cas supérieure à 15 % quelle que soit la thématique. L'opération de concentration n'est donc pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur ces marchés.

2. LES DROITS DE DIFFUSION SUR LES AUTRES SUPPORTS

365. Au-delà des marchés de télévision payante, d'autres marchés d'exploitation des contenus sont concernés par la situation de la concurrence sur les marchés de l'acquisition des droits. Il s'agit des marchés de la télévision sur téléphonie mobile, de la vidéo (DVD) et de la distribution des films en salle.

a) La téléphonie mobile

366. Canal + Active a débuté ses activités d'éditeurs de services à destination des téléphones mobiles en septembre 2005. Dans ce cadre, elle a lancé deux principaux services, dénommés

« CANAL +FOOT » sur SFR et « CANAL +ORANGE VIDEO » sur Orange qui permettent aux abonnés des opérateurs de téléphonie mobile d'avoir accès par téléchargement sur leurs terminaux mobiles à différents contenus (images fixes, contenus vidéos, textes ou données, telles que des statistiques, comptes rendus de matches etc.) organisés sur une page WAP ou WEB des portails des opérateurs. Le premier est entièrement consacré au football et le second comporte 5 thématiques : sport, charme, actualité, humour et cinéma.

367. Afin de constituer ces services, Canal + Active est conduit à conclure des accords avec différents types de fournisseurs. Il s'agit essentiellement de fournisseurs (producteurs) de programmes audiovisuels (de programmes d'humour essentiellement, de contenus tels que des photos et clips pour la rubrique « charme ») ou de titulaires de droits sur certains contenus.

368. Dès lors que TPS n'est pas éditeur de services à destination des téléphones mobiles, le Conseil considère que la concentration n'est pas susceptible d'avoir des effets horizontaux restrictifs de concurrence sur ce marché.

b) La vidéo

369. Sur le marché de la vidéo pour les oeuvres cinématographiques, VU, via StudioCanal occupait, selon le CSA, la […] place en 2003 (avec [0-10] % de part de marché) et la […] en 2004 (avec [0-10] % de part de marché).

370. Si l'on exclut les distributeurs des studios américains, pour ces même années, StudioCanal se trouvait respectivement à la […] et à la […] places.

371. Dès lors que TPS n'est pas active sur ce marché, le Conseil considère que la concentration n'est pas susceptible d'avoir d'effets horizontaux restrictifs de concurrence sur ce marché.

c) La distribution en salles

372. Selon les informations fournies par le CSA, sur le marché de la distribution en salles, StudioCanal, via son label Mars Distribution, est, selon les années, […] ou […] distributeur de films non distribués par les majors et cela tant en nombre d'entrées qu'en nombre de films distribués ou en nombre de copies, tous films confondus (en 2005 : [10-20] % du nombre de films, [10-20] % du nombre d'entrées).

373. Sur le marché total de la distribution en salles (y compris les filiales des majors), il se situait, en 2004, au […] rang des distributeurs en France avec une part de marché de [0-10] %. Cette société distribue en moyenne […] films par an.

374. Dès lors que TPS n'est pas active sur ce marché, le Conseil considère que la concentration n'est pas susceptible d'avoir des effets horizontaux restrictifs de concurrence sur ce marché.

B. LES MARCHÉS INTERMÉDIAIRES

1. DU CÔTÉ DE L'OFFRE

a) Les parts de marchés et les effets horizontaux

375. La possibilité qu'une opération de concentration entraîne des effets non coordonnés restrictifs de concurrence, dépend notamment des parts de marché acquises par l'entité fusionnée, qu'il faut comparer avec celles des concurrents immédiats, qui seront détaillées pour chacun des marchés où l'entité se renforcera substantiellement.

376. D'autres facteurs plus qualitatifs seront également analysés pour tous les marchés intermédiaires, et en particulier au moment où seront traités les effets verticaux.

(i) Chaînes premium

Editeur	**Chaînes**		**Chiffre d'affaires**		**Audience**	
	Nombre	**Part de marché** (en %)	**en M€**	**Part de marché** (en %)	**Points**	**Part de marché** (en %)
GCP	4	57			[…]	[60-70]
TPS	3	43			[…]	[30-40]
TOTAL PARTIES	**7**	**100**			[…]	**100**
TOTAL	7	100			[…]	100

377. Sur ce marché des chaînes moteurs d'abonnement, l'opération crée une situation de monopole, créant ainsi plusieurs risques concurrentiels : augmentation (en tant qu'éditeur) ou abaissement (en tant que distributeur) des prix, diminution de la qualité de l'offre, imposition de conditions inéquitables, non-transparentes et discriminatoires vis-à-vis des partenaires de l'entité fusionnée ou éviction de ses concurrents (éditeurs et distributeurs).

(ii) Chaînes cinéma

Editeur	**Chaînes**		**Chiffre d'affaires**		**Audience**	
	Nombre	**Part de marché** (en %)	**en M€**	**Part de marché** (en %)	**Points**	**Part de marché** (en %)
GCP	[…]	[30-40]	[…]		[…]	[50-60]
TPS	[…]	[30-40]	**CONFIDENTIEL**		[…]	[30-40]
AB	[…]	[10-20]	**CONFIDENTIEL**		[…]	[0-10]
Autres	[…]	[0-10]				
TOTAL PARTIES	[…]	**[70-80]**	**CONFIDENTIEL**	**[85-95]***	**[…]**	**[90-100]**
TOTAL	16	100		100	**[…]**	100

* Selon une estimation du CSA.

378. Sur ce segment, l'opération conduit à d'importantes additions de parts de marché ([70-80] % en nombre de chaînes, [85-95] % en chiffre d'affaires et [90-100] % en part d'audience), positionnant l'entité fusionnée loin devant ses deux seuls concurrents immédiats (AB, 3 chaînes et Time Warner, 1 chaîne).

379. Sur ce marché, l'opération crée une position dominante, comportant les mêmes risques que ceux énumérés au paragraphe 377.

(iii) Chaînes sport

Editeur	Chaînes		Chiffre d'affaires		Audience	
	Nombre	**Part de marché** (en %)	**en M€**	**Part de marché** (en %)	**Points**	**Part de marché** (en %)
GCP	[…]	[10-20]	[…]	[25-35]	[…]*	[10-20]
TPS	[…]	[10-20]	**CONFIDENTIEL**	[5-10]	[…]**	[0-10]
TF1	[…]	[10-20]	**CONFIDENTIEL**	[40-50]	[…]	[50-60]
AB	[…]	[10-20]	**CONFIDENTIEL**	[0-5]	[…]***	[0-10]
Autres	[…]	[40-50]	**CONFIDENTIEL**	[15-25]	[…]	[20-30]
TOTAL PARTIES	[…]	**[20-30]**	**CONFIDENTIEL**	**[35-45]**	**[…]**	**[20-30]**
TOTAL	16	100	**CONFIDENTIEL**	100	[…]	100

* Seule Sport + est mesurée par le MédiaCabSat ; NBA + non mesurée.
** Seule Infosport est mesurée par le MédiaCabSat ; TPS Foot non mesurée.
*** Seule AB Moteurs est mesurée par le MédiaCabSat ; Fit TV non mesurée.

380. Sur ce marché, l'opération conduit à un renforcement des parts de marchés par regroupement entre les mains de l'entité fusionnée des quatre chaînes détenues par les parties, dont une à forte attractivité (Sport +).

381. Ces chaînes sont confrontées à la concurrence vive des autres chaînes existantes que sont EuroSport et EuroSport 2. Toutefois, ces chaînes sont détenues par TF1, actionnaire minoritaire et font l'objet d'une exclusivité de diffusion par la nouvelle entité sur satellite et ADSL […]. Ensemble, les chaînes des parties et celles couvertes par une exclusivité sont leaders puisqu'elles atteignent des parts d'audience cumulées supérieures à [60-70] %.

382. Les autres chaînes disponibles sont des chaînes spécialistes de sports moins attractifs, des chaînes d'intérêt local, des chaînes d'archives ou d'information sportive. Les parts de marché inférieures à [20-30] % de ces autres chaînes reflètent leur faible attractivité.

(iv) Chaînes information

383. Les parties ne sont pas présentes sur ce marché, la chaîne I Télé qui appartient à GCP, étant diffusée sur la TNT et donc désormais disponible sur le marché de la télévision à accès gratuit.

384. Parmi les chaînes en langue française proposant de l'information destinée au public français sur le marché de la télévision à accès payant, LCI est la plus importante et détient, en termes d'audience, une part de marché supérieure à [70-80] %.

385. Toutefois, cette chaîne appartenant au groupe TF1 fait l'objet de la même exclusivité que celle évoquée à propos des chaînes EuroSport et EuroSport 2.

386. L'autre chaîne d'information disponible en langue française qui propose des programmes visant une audience européenne, Euronews, est moins attractive, ainsi que le reflète sa faible part d'audience.

(v) Chaînes jeunesse

Editeur	Chaînes		Chiffre d'affaires		Audience	
	Nombre	**Part de marché** (en %)	**M€**	**Part de marché** (en %)	**Points**	**Part de marché** (en %)
TPS	[…]	[20-30]	**CONFIDENTIEL**	[5-10]	[…]	[10-20]
TF1	[…]	[0-10]	**CONFIDENTIEL**	[0-5]	[…]	[0-10]
Lagardère	[…]	[10-20]	**CONFIDENTIEL**	[25-35]	[…]	[40-50]
Autres	[…]	[50-60]	**CONFIDENTIEL**	[60-70]	[…]	[30-40]
TOTAL PARTIES	[…]	**[20-30]**	**CONFIDENTIEL**	**[5-10]**	[…]	**[10-20]**
TOTAL	17	100	**CONFIDENTIEL**	100	[…]	100

387. GCP n'étant pas actif sur ce marché, l'opération n'entraîne pas d'addition de parts de marché.

388. Toutefois, aux côtés des chaînes de TPS (qui totalisent [10-20] % en termes de part d'audience), les chaînes concurrentes les mieux placées ([40-50] % de part de marché en part d'audience) sont celles appartenant à l'actionnaire minoritaire qu'est Lagardère. Elles font l'objet d'une exclusivité de diffusion par la nouvelle entité […] sur le satellite, le téléphone mobile et l'ADSL en vertu de l'accord passé avec Lagardère.

389. Parmi les autres chaînes disponibles totalisant [30-40] % de part de marché en part d'audience, certaines chaînes appartiennent également aux actionnaires minoritaires (TF1) ou sont couvertes par une exclusivité de diffusion (notamment l'essentiel des chaînes Disney, indisponibles au moins jusqu'en mars 2007).

(vi) Chaînes VoD

390. Les parties ne sont pas directement présentes sur ce marché défini, selon les propositions du CSA, comme celui des chaînes VoD disponibles via la télévision et comptant l'offre de Free et celle de France Télécom. Toutefois, GCP est présent via son catalogue CanalPlay, repris par Free dans son offre.

(vii) Chaînes PPV

Editeur	Chaînes		Chiffre d'affaires		Audience	
	Nombre	**Part de marché** (en %)	**M€**	**Part de marché** (en %)	**Points**	**Part de marché** (en %)
GCP	[…]	[60-70]	**CONFIDENTIEL**	[45-55]		
TPS	[…]	[30-40]	**CONFIDENTIEL**	[45-55]		
TOTAL PARTIES	[…]	**100**	**CONFIDENTIEL**	**100**		
TOTAL	[…]	100	**CONFIDENTIEL**	100		

391. Sur ce marché des chaînes PPV, l'opération crée une situation de monopole, comportant les mêmes risques que ceux énumérés au paragraphe 377 .

b) Les contre-pouvoirs actuels et potentiels

392. Doivent être pris en compte les effets compensateurs de la puissance de marché, provenant de la position des clients/fournisseurs et de celle des concurrents. Dans la mesure où l'entité

fusionnée sera présente sur les deux côtés du marché, clients, fournisseurs et concurrents exercent des influences convergentes qui peuvent faire l'objet d'un examen commun.

393. A titre préliminaire, il convient de préciser le contexte de concurrence sur ces marchés intermédiaires.

394. S'agissant de l'offre de chaînes, les études du CSA et de l'association ACCeS établissent que la création de chaînes est essentiellement le fait des acteurs intégrés, et non celui d'opérateurs indépendants ou de concurrents, dont la réduction est apparue drastique en 2005. Par ailleurs, le classement des chiffres d'affaires par groupe révèle que les parties totalisent ensemble près des trois quart du secteur avec 52 chaînes ou services conventionnés. S'agissant des recettes publicitaires, l'écart continue à se creuser entre les chaînes adossées aux plate-formes satellite et celles non adossées (de l'ordre du simple au triple).

395. L'étude XERFI Télévision d'août 2005 relève que, malgré d'importants efforts de compression des coûts, les pertes d'exploitation des chaînes thématiques restent élevées (65 M€). Le rapport de décembre 2005 sur la concentration dans le domaine des médias (« rapport Lancelot ») souligne quant à lui la lente progression des chaînes thématiques, leur dépendance vis-à-vis des distributeurs intégrés que sont CanalSat et TPS, ainsi que leur fragilité.

396. S'agissant de la demande, il est renvoyé à l'analyse de la concurrence entre les distributeurs sur le marché aval (paragraphe 460 à 499). Il convient de mentionner toutefois les exclusivités de diffusion sur de nombreux supports consenties aux parties par les chaînes adossées et indépendantes, actives dans des segments thématiques majeurs : ces exclusivités sont importantes, puisque, ajoutées aux exclusivités consenties dans les pactes d'actionnaires, la part des chaînes distribuées en exclusivité par la nouvelle entité dans le total du chiffres d'affaires des chaînes thématiques est portée à près de [70-80] %.

(i) Actuels

397. Le pouvoir de négociation qu'un interlocuteur (acheteur ou fournisseur) détient à l'égard de son co-contractant dans ses pourparlers commerciaux en raison de sa taille, de l'importance commerciale qu'il revêt pour son co-contractant et de sa capacité à s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, est un facteur qu'il faut prendre en compte dans l'analyse concurrentielle.

398. La pression concurrentielle exercée par les compétiteurs s'évalue au regard de leur poids et de leur écart avec l'entité fusionnée, de la qualité de leur offre (l'étendue de leur gamme de produits ou de leur portefeuille de marques), de leur capacité à réorienter leur offre actuelle pour concurrencer directement les produits offerts par les parties et de leur incitation à exercer une pression concurrentielle active sur les parties.

399. En tant qu'acteur intégré détenant une gamme complète des chaînes nécessaires à la constitution d'une offre de télévision payante attractive et en possession des moyens requis pour l'édition de nouvelles chaînes, la nouvelle entité sera relativement indépendante de l'offre et de la demande sur l'ensemble des marchés intermédiaires puisqu'elle n'aura pas nécessairement besoin de recourir aux chaînes indépendantes pour compléter son offre. Par ailleurs, sa maîtrise de la distribution par satellite (et notamment du signal repris par tous les autres modes de diffusion), sa distribution par ADSL (en partenariat technique avec les opérateurs ADSL) lui permettront de ne pas dépendre de distributeurs indépendants pour maximiser les recettes de ses chaînes.

400. Dans ce contexte, il convient de relever que, sur tous les marchés intermédiaires (et particulièrement sur ceux des chaînes sport, information et jeunesse), les contre-pouvoirs immédiats de l'entité fusionnée seront essentiellement les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité, soit TF1, M6 et Lagardère, qui ont tous consenti l'exclusivité de la distribution de leurs chaînes phares à la nouvelle entité.

401. Comme cela a été rappelé, la Commission européenne a déjà eu l'occasion de relever 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 (Décision de la Commission européenne n° M.2876 du 2 avril 2003, Newscorp Telepiù). Ainsi doit être observée une « *adéquation industrielle, commerciale et stratégique manifeste* » susceptible d'être mise en oeuvre : dès lors, conclut la Commission européenne, l'appréciation globale de l'opération ne doit pas ignorer les effets potentiels ou probables de ces liens.

402. En l'occurrence, 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, à l'exclusion des autres distributeurs (les actionnaires minoritaires percevant les dividendes de la réussite de la nouvelle entité et la nouvelle entité ayant intérêt à distribuer exclusivement les chaînes des actionnaires minoritaires) : ceux-ci auront un intérêt objectif à maximiser la valeur de leur actif et à prendre leurs décisions en conséquence, en évitant toute concurrence trop agressive.

403. Le fait que les acteurs essentiels de la télévision se retrouvent co-actionnaires d'un opérateur pourrait les conduire à rechercher une convergence de leurs intérêts consistant à favoriser la distribution des chaînes via la plate-forme satellitaire, afin de maintenir des prix élevés et de limiter l'apparition de contre-pouvoirs. Cette stratégie pourrait aussi créer un risque d'assèchement des contenus disponibles pour les autres distributeurs.

404. En effet, les actionnaires minoritaires, même s'ils ne contrôlent pas la nouvelle entité, auront naturellement tendance à privilégier celle-ci pour l'accès aux contenus d'appel qu'ils contrôlent, compte tenu notamment des nombreuses filiales communes créées entre les différents actionnaires de la nouvelle entité qui pourra se prévaloir du plus grand nombre d'abonnés en France. Une telle stratégie pourrait être mis en œuvre pour bloquer ou retarder l'accès aux marchés de la télévision payantes des opérateurs nouveaux entrants que sont les opérateurs ADSL et rendre ainsi plus difficile l'extension géographique de la distribution de télévision payante par ADSL, en particulier dans les zones où le satellite est aujourd'hui seul présent.

405. A l'issue de l'opération, ces actionnaires minoritaires, qui contrôlaient avant l'opération deux opérateurs concurrents et pouvaient avoir intérêt à ne pas privilégier un mode de distribution par rapport à un autre afin d'assurer la diffusion la plus large possible des chaînes qu'ils éditent, se retrouveront délivrés d'une telle préoccupation, la nouvelle entité étant appelée à prendre une part prédominante des marchés concernés.

406. Ces éditeurs associés à la nouvelle entité pourraient donc désormais considérer que leur intérêt est de donner un avantage à la nouvelle plate-forme, qui sera en mesure d'adresser leur offre à l'intégralité de la population française, plutôt que de permettre le maintien sur le marché d'opérateurs alternatifs susceptibles de proposer des chaînes concurrentes qui leur prendraient des parts d'audience et donc des revenus (redevances et revenus publicitaires). Des accords d'exclusivité ont d'ailleurs été conclus dans le cadre de ce rapprochement afin de garantir la reprise des chaînes de ces groupes (dans certains cas en exclusivité) dans le bouquet de la nouvelle entité.

407. Par ailleurs, 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 amonts, avals et connexes.

408. Ainsi, par exemple :
    - sur les marchés amont, les parties n'auront pas d'intérêt objectif à surenchérir les uns contre les autres puisqu'une telle surenchère aura pour effet de diminuer les dividendes de

l'ensemble des actionnaires à l'aval (au stade de la distribution), en augmentant notamment leurs coûts d'édition ;

- sur les marchés aval, le jeu des exclusivités entre les actionnaires 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 ;
- sur le marché connexe de la publicité, qui peut représenter un complément de financement pour les chaînes tirant l'essentiel de leurs ressources des abonnements, les positions acquises sur le marché de la télévision payante plus fermé du fait de la concentration pourrait aussi rendre plus difficile l'accès des autres éditeurs aux revenus publicitaires.

409. Ainsi, la situation créée par la présence d'actionnaires minoritaires actifs sur les marchés audiovisuels doit être prise en compte, malgré les incertitudes qui demeurent sur leur stratégie future : sortie prochaine du capital de la nouvelle entité ou présence durable. Même si des stratégies négatives pour la concurrence de la part de ces opérateurs ne sont pas inéluctables, leur possibilité de mise en œuvre doit être envisagée.

410. Derrière ces actionnaires minoritaires, les seuls autres contre-pouvoirs relevés sont très éloignés en part de marché et en intégration verticale (AB et Time Warner pour les chaînes cinéma, AB pour les chaînes sport), liés par des exclusivités (Disney pour les chaînes jeunesse), ou dispersés (pour les chaînes sport et jeunesse).

411. Les chaînes VoD et PPV pourraient constituer des alternatives aux chaînes sur les différents marchés. Or, l'offre est insuffisante à ce jour pour constituer un substitut et appartient (catalogue, pour la VoD ou chaînes, pour le PPV) aux parties.

(ii) Potentiels

412. Sur tous les marchés intermédiaires, les contre-pouvoirs potentiels de l'entité fusionnée sont essentiellement les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité, soit TF1, M6 et Lagardère qui, du fait de leurs liens structurels avec l'entité fusionnée, pourraient être peu incités à la concurrencer.

413. Par ailleurs, une telle concurrence est exclue sur les marchés des chaînes premium, sport ou cinéma pour TF1 et M6, […]

414. D'autres concurrents actuels pourraient se renforcer sur le marché du cinéma, tels que les chaînes intégrées aux grands studios américains (Sci-Fi/Universal, TCM/Warner, Fox Life/Fox, Disney Channel). En pratique, cependant, ceux-ci ne peuvent utiliser leurs propres droits déjà vendus en exclusivité aux parties et, à l'échéance de leurs contrats avec les parties, auraient un intérêt économique incertain à se réserver les droits de première et deuxième fenêtres compte tenu de leur faible base d'abonnés et de leur présence sur l'offre des parties, laquelle pourrait être remise en cause si ceux-ci se réservaient leurs droits.

415. Les chaînes VoD et PPV pourraient potentiellement constituer des alternatives éventuelles aux différentes chaînes en service linéaire et proposer sous leur forme spécifique les mêmes contenus (PPV pour les programmes de flux, en particulier ceux requérant pour leur valorisation une retransmission en direct et, dans une moindre mesure, VoD pour les programmes de stock). Or, elles se heurtent, pour leur développement, aux barrières liées à l'acquisition de droits examinées ci-après.

416. De même, les opérateurs ADSL, les câblo-opérateurs ou de nouveaux entrants pourraient par ailleurs être en mesure de créer des chaînes concurrentes sur les différents marchés intermédiaires. Toutefois, ce opérateurs seraient confrontés aux importantes barrières à l'entrée décrites dans les développements ci-après.

(iii) Barrières à l'entrée

417. En ce qui concerne l'édition de chaînes, la première barrière est technique et liée au savoir-faire nécessaire à l'édition d'une chaîne : le métier d'éditeur de chaînes consiste à acheter des contenus sur le marché de l'acquisition des droits de diffusion, ou bien à commander ou à produire des contenus spécifiques, et d'agréger ces contenus pour bâtir une offre de programmes, commercialisée comme une chaîne.

418. S'agissant des chaînes proposant des programmes de stocks, leur édition suppose un accès aux catalogues d'œuvres, dont les plus attractifs ne sont pas disponibles, ainsi qu'il est présenté ci-après.

419. S'agissant des chaînes proposant des programmes de flux, leur édition nécessite de lourds investissements. A titre d'exemple, l'édition d'une chaîne d'information disposant de sa propre rédaction nécessite le recrutement de journalistes, la disposition de studios, de clip-edits (postes de montage), de bureaux en province ou à l'étranger, etc. Ainsi, LCI réalise 55 éditions par jour et 30 magazines différents, dispose de 3 studios dont un entièrement virtuel, 3 régies numériques, 14 bureaux en province, 6 bureaux à l'étranger et 22 postes de montage. Elle a 230 collaborateurs dont plus d'une centaine de journalistes et gère 49 millions d'euros de budget annuel (source : www.lci.fr).

420. De manière générale, l'édition audiovisuelle est un métier dans lequel l'expérience donne un avantage et l'absence d'expérience constitue un handicap et donc une barrière à l'entrée technique.

421. Outre la spécificité du métier d'éditeur, l'ARCEP relève dans son avis la stabilité des parts d'audience de grandes chaînes et le fait que la notoriété et la part d'audience d'une nouvelle chaîne ne peuvent se développer que sur le long terme.

422. La seconde barrière technique est liée à la capacité d'un éditeur de chaînes à être distribué dans des conditions satisfaisantes.

423. S'ajoutent les barrières contractuelles liées à l'accès au contenu. Ainsi que le relève l'ARCEP, l'acquisition de droits audiovisuels sera rendue difficile, au-delà des coûts, pour un nouvel entrant compte tenu de la différence de base installée entre un nouvel entrant et l'entité fusionnée, s'agissant notamment des droits sportifs pour lesquels une certaine visibilité est essentielle. Par ailleurs, comme cela a été examiné au titre de l'examen des marchés amont de nombreux contenus incontournables ne sont pas disponibles en raison de droits exclusifs.

424. Ainsi, pour créer une chaîne thématique de cinéma, un nouvel entrant a besoin d'acquérir du contenu, c'est-à-dire des droits de télévision payante qui portent à la fois sur des films américains et français récents et sur des films catalogue. Or, les contrats cadre avec les studios américains sont tous détenus par les parties pour de longues durées. Si les droits sur films français récents sont généralement détenus films par films, les parties seraient en mesure d'en restreindre l'accès des tiers si elles transposaient au cinéma français la pratique des contrats cadre, chose qu'elles seraient en mesure de faire compte tenu de leur poids dans le financement des films français. Pour les films de catalogue, dès lors que StudioCanal, filiale de GCP, possède le plus gros catalogue de droits, la nouvelle entité pourrait refuser de céder ses droits et donc en empêcher l'accès.

425. Enfin, d'importantes barrières économiques doivent être contournées et, en particulier, l'importance des coûts fixes afférents à la création d'une chaîne par rapport à l'incertitude quant à sa rentabilité, soulignée par le rapport Lancelot et par le rapport OCDE « Media Mergers » dans le cadre des tables rondes de 2003.

426. Au titre de ces coûts, figurent ceux de l'accès au contenu, particulièrement élevés pour les chaînes premium, cinéma et sport. Ainsi, les coût d'acquisition des moteurs d'abonnement que sont les chaînes premium sont très importants et les modalités de leur acquisition (ventes groupées et pour des durées pluriannuelles) requièrent des achats groupés, uniquement possibles pour les opérateurs intégrés maîtrisant leur rentabilité en aval, par des opérateurs

susceptibles de satisfaire les exigences des vendeurs liées à la visibilité du produit et à la relation de confiance avec ceux-ci.

427. A ces barrières s'ajoutent celles liées à l'état de développement du segment des chaînes thématiques, à la puissance des marques et à la notoriété des chaînes, au temps nécessaire à la construction d'une chaîne. L'ARCEP relève également, dans son avis, l'effet dissuasif du niveau de risque consistant à développer un nouveau bouquet alors même que le nouvel entrant TPS vient de décider, après dix ans d'activité en tant que challenger, de fusionner avec l'acteur prééminent du secteur.

428. Du point de vue de la distribution, les barrières à l'entrée rencontrées par les distributeurs sont analysées au titre de l'examen du marché aval. Il convient à ce stade de mentionner seulement les frais d'investissement inhérents à la constitution d'une plate-forme technique de télévision et, ensuite, à la constitution d'une offre de télévision payante compétitive, impliquant l'acquisition de contenus attrayants dont les coûts sont élevés et l'accès rendu difficile du fait de la position de la nouvelle entité.

c) Les effets verticaux

429. La nouvelle entité est également susceptible de jouir d'une latitude accrue dans les modalités de commercialisation auprès des distributeurs tiers des chaînes les plus attractives qui lui seraient adossées.

430. Le pouvoir de marché de l'entité pourrait se traduire de diverses manières.

(i) Sélectivité des choix des distributeurs

431. La nouvelle entité pourrait être sélective dans les choix de distributeurs, avec, par exemple, l'exigence de rémunérations élevées en échange de l'octroi d'exclusivités (ainsi, GCP a choisi MaLigneTV pour distribuer en exclusivité Foot+, service de matches de football en paiement à la séance, privant ainsi les câblo-opérateurs de ce service). La nouvelle entité pourrait encore choisir de ne distribuer les chaînes adossées que sur les seules plates-formes contrôlées par l'entité fusionnée (satellite ou TNT), ou seulement par son intermédiaire (ADSL), entraînant de ce fait un risque d'éviction du marché pour les plates-formes concurrentes qui seraient reléguées au rang de simples transporteurs.

(ii) Restriction dans l'accès des distributeurs indépendants aux chaînes de la nouvelle entité

432. La nouvelle entité pourrait également restreindre l'accès par les distributeurs indépendants aux chaînes de la nouvelle entité, en maintenant un droit d'accès aux chaînes maintenues mais en appauvrissant leur contenu attractif (avant de les faire disparaître) ou en refusant purement et simplement un tel accès par l'imposition d'un seul contrat de transport.

433. En tant qu'acteur intégré, la nouvelle entité aurait en effet intérêt à assurer en propre la distribution du plus grand nombre possible de ses chaînes dès lors qu'elle estime pouvoir en amortir le coût sur la base de ses seuls abonnés. Il est donc légitime de penser que la nouvelle entité profitera de sa position pour conserver la maîtrise de la distribution de ses propres chaînes. Le modèle de diffusion serait ainsi modifié en profondeur pour les distributeurs qui n'auraient plus accès aux chaînes de l'opérateur dominant et seraient ainsi pénalisés.

434. Dans l'impossibilité de distribuer les chaînes de la nouvelle entité, ces distributeurs pourraient ne plus être en mesure de continuer à assurer une activité de distribution en ne couvrant leurs coût fixes avec les redevances des seules chaînes des autres éditeurs.

435. La nouvelle entité pourrait également attribuer des exclusivités à certains modes de diffusion. Selon les déclarations du câblo-opérateur UPC-Noos, ce type de pratique aurait déjà été mis en oeuvre par GCP pour la chaîne Foot+ en 2005 : GCP a acheté en exclusivité fin 2004 des

droits de retransmission de la Ligue professionnelle de football et aurait, en 2005, négocié l'exclusivité de son programme Foot+ (lot n° 4) sur réseaux filaires avec France Télécom.

436. La nouvelle entité pourrait également imposer des conditions tarifaires discriminatoires et/ou excessives : principal éditeur de chaînes, la nouvelle entité peut utiliser sa position pour exercer une pression à la hausse sur ses tarifs de façon discriminatoire. Or, une telle stratégie d'augmentation des coûts rivaux aurait un impact très significatif sur les choix économiques des autres distributeur puisque face à une augmentation des coûts d'approvisionnement, ceux-ci devront soit ne pas répercuter cette hausse au détriment de leur rentabilité et donc de leur capacité à investir et recruter de nouveaux abonnés, soit la répercuter pour préserver leur rentabilité mais au détriment de la compétitivité de leur offre.

437. D'autres limitations, telles que l'accès restreint à une partie seulement des thématiques (laissant un avantage décisif à l'entité fusionnée), l'accès limité en excluant la VoD ou le PPV ou l'accès limité à certains modes techniques (excluant l'ADSL ou la téléphonie mobile) ou à certaines innovations, comme la haute définition, ou encore l'imposition des conditions de reprise technique, voire de subtilités tarifaires (telles que des minimums garantis), pourraient être redoutées.

438. La nouvelle entité pourrait également appliquer envers ses concurrents distributeurs des redevances plus élevées pour ses chaînes que celles pratiquées à son propre égard, de sorte que les distributeurs concurrents ne soient pas en mesure de pratiquer des offres compétitives en termes de prix et se voient donc évincés du marché de la distribution de télévision payante (stratégie prédatrice d'augmentation des coûts des rivaux provoquant un effet de ciseau tarifaire).

(iii) Restrictions dans l'accès des distributeurs indépendants aux chaînes des autres éditeurs

439. De telles restrictions pourraient être mises en oeuvre en exigeant des éditeurs indépendants des exclusivités de distribution pour la nouvelle entité. Ce risque pourrait provenir de la position de la nouvelle entité en tant qu'acheteur de chaînes jouissant, par ailleurs, d'un présence forte en aval, lui conférant une puissance d'achat sur le marché amont.

440. S'agissant des exclusivités portant sur la distribution des chaînes indépendantes non détenues par les actionnaires minoritaires de l'entité fusionnée, lesquelles ne représentent certes qu'une faible part d'audience (légèrement inférieure à 20%, selon la Vague 10 du MediaCabSat), leurs effets sont ambigus. Elles peuvent certes offrir à ces chaînes une large exposition sur la plate-forme de l'opérateur dominant et leur procurer un supplément de revenu lié à la prime d'exclusivité, mais elles peuvent également réduire leur exposition et accentuer leur dépendance à leur unique distributeur en les empêchant de toucher une plus large audience.

441. Le pouvoir de monopsone de la nouvelle entité est donc crédible, entraînant les risques suivants :
- imposition d'exclusivités de distribution sur sa plate-forme pour certaines chaînes à forte audience ;
- imposition de conditions inéquitables sous la menace de rupture des relations commerciales ;
- perte de bien-être collectif puisque la baisse artificielle des coûts d'acquisition des contenus ne sera pas automatiquement répercutée sur le marché aval, traduisant la formation d'un surplus dont bénéficierait seule la nouvelle entité.

(iv) Imposition de conditions d'accès discriminatoires pour les prestations techniques accessoires ou imposition de faire réaliser toutes les prestations techniques par la nouvelle entité, à tarifs non négociables

442. A cet égard, l'entité fusionnée pourrait par exemple différencier les conditions de fourniture de la prestation « simulcrypt », ainsi que le relève l'ARCEP dans son avis, créant ainsi des

distorsions de concurrence entre distributeurs, mais également obliger les opérateurs à adopter un système de cryptage identique à celui de l'entité fusionnée, au détriment d'éventuels systèmes innovants plus efficaces ou moins coûteux.

d) Les effets congloméraux

443. Une concentration peut produire des effets restrictifs de concurrence comme l'effet de gamme (addition de plusieurs de produits dans une même offre) ou l'effet de porte-feuille (addition de plusieurs marques). Le risque d'atteinte à la concurrence existe si :
- l'entreprise détient une forte position sur au moins un des marchés, à partir duquel elle pourra faire jouer un effet de levier ;
- les concurrents ne sont pas être en mesure de proposer une gamme aussi complète de produits ou ne disposent pas du même éventail de marques ;
- la détention d'une gamme de produits ou de plusieurs marques est un argument de vente déterminant pour les clients.

444. 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.

445. S'agissant des divers marchés intermédiaires, la fusion implique le regroupement au sein d'une même entité des chaînes détenues par GCP et TPS. De fait, les parties détiendront une position très forte sur les marchés intermédiaires des chaînes de cinéma, sport et premium en tant qu'offreur mais aussi acheteur. Cette position pourrait leur servir de levier au renforcement de leur position sur d'autres marchés intermédiaires (par exemple, chaînes jeunesse) où leur position est moins favorable.

446. A l'heure actuelle, aucun concurrent n'est en mesure en tant qu'offreur (éditeur) sur les marchés intermédiaires de proposer une gamme aussi variée et complète que celle des parties. Ainsi, les parties pourraient être incitées à utiliser leur gamme pour imposer la vente groupée de leurs chaînes à certains distributeurs. Par ailleurs, elles peuvent, étant donné le renforcement de leur position d'acheteur sur les marchés intermédiaires, exiger le regroupement de chaînes d'éditeurs indépendants et des remises en conséquence, voire des exclusivités étendues.

2. DU CÔTÉ DE LA DEMANDE

a) Les parts de marchés et les effets horizontaux en métropole et outre-mer

447. 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 [50-60] % de parts de marché (en valeur) (décision de la Commission n° COMP/M.3609 du 4 mars 2005, Cinven / France Télécom Câble - NC Numéricâble).

448. Par ailleurs, il convient d'indiquer que la position de marché des parties en aval ne sera pas sans influence sur leur puissance d'achat sur le marché intermédiaire, dès lors notamment que plus la diffusion des chaînes est large, plus les retombées publicitaires sont importantes. Enfin, la reprise par les autres modes de diffusion du signal satellite, rendant le référencement par TPS ou CanalSatellite incontournable, renforce cette position.

449. Malgré l'absence de chiffres fournis, il est possible d'indiquer que cette puissance est renforcée encore à la Réunion et à Mayotte, où le seul concurrent de CanalSatellite est

Parabole Réunion, lequel distribue essentiellement les chaînes de TPS et aux Antilles, où GCP est également le seul opérateur satellite détenant [70-80] % du marché aval, concurrent de deux câblo-opérateurs.

450. Une opération de concentration peut renforcer une puissance d'achat sur des marchés en amont, lorsque la nouvelle entité est en mesure d'obtenir de meilleurs prix ou si est susceptible de faire usage de sa puissance d'achat vis-à-vis de ses fournisseurs afin d'évincer ses concurrents.

451. Cet effet dépend essentiellement des conditions de concurrence présentes en amont (notamment si cette puissance d'achat ne place pas les fournisseurs en situation de dépendance économique, liée à la part que représente le débouché de l'entité fusionnée dans l'ensemble des ventes des fournisseurs). Or, la concurrence en amont est dominée par l'entité fusionnée et les concurrents immédiats sont faibles, peu nombreux, et restreints dans leurs capacités de se repositionner. Par ailleurs, l'entité fusionnée représente [70-80] % des revenus des éditeurs, selon les données de l'ACCeS. Dans ces conditions, l'opération entraîne un renforcement significatif de la puissance d'achat de la nouvelle entité.

b) Les effets verticaux

452. Les éditeurs indépendants sont susceptibles de subir un double affaiblissement. En amont, cet affaiblissement se manifesterait du fait des difficultés de constitution de leur grille de programmes, liées à l'assèchement des droits résultant, d'une part, de la puissance d'achat de la nouvelle entité et, d'autre part, de la mise à disposition privilégiée du contenu ainsi acquis par la plate-forme fusionnée au profit de ses chaînes, et plus particulièrement du fait de la détention de la quasi-totalité des contenus premium par la nouvelle entité.

453. En aval, la restriction de débouchés mécaniquement liée au rapprochement des deux plates-formes, pourrait conduire la nouvelle entité à éliminer les redondances de son offre. Or, les éditeurs indépendants ne pourront se reporter de manière économiquement viable vers d'autres distributeurs, compte tenu du parc d'abonnés réduits de ces derniers et pour les raisons déjà exposées liées notamment à la reprise du signal satellite par les autres opérateurs. Ainsi, la nouvelle entité sera en mesure, à travers ses choix de politique commerciale, de faire peser des risques sur les chaînes indépendantes.

454. En premier lieu, dans le cadre des conditions imposées à la reprise, la nouvelle entité pourrait subordonner la distribution des chaînes à l'imposition d'un format éditorial non concurrent. Elle pourrait agir également sur les tarifs, les exclusivités sur différents supports, l'extension aux nouveaux vecteurs des clauses mises en œuvre sur le satellite (exclusivités, rémunération forfaitaire, choix de référencement, etc.), le marketing, les prestations associées, les choix technologiques (moteurs d'interactivité).

455. En second lieu, la nouvelle entité pourrait favoriser les chaînes qu'elle contrôle et restreindre les capacités de croissance des éditeurs indépendants. En raison de l'intégration des chaînes éditées par TPS, la nouvelle entité disposera d'un éventail de chaînes lui permettant de satisfaire en interne ses besoins en chaînes thématiques : il existe donc un risque pour les chaînes des éditeurs indépendants de ne plus être commercialisées par la nouvelle entité. Dans l'attente du décret qui doit être pris en application de l'article 34-3 de la loi du 30 septembre 1986, destiné à garantir la présence d'un quota de chaînes indépendantes dans les offres des distributeurs, ce risque ne peut être écarté.

456. En cas d'éviction des éditeurs indépendants, la nouvelle entité renforcerait sa position dominante sur les marchés intermédiaires, position qui lui permet de contrôler l'accès des distributeurs concurrents aux chaînes thématiques nécessaires pour la constitution d'une offre attractive. Elle conforterait également sa position sur le marché aval.

457. Enfin, soustraite à toute pression concurrentielle sérieuse de la part des éditeurs de chaînes indépendants, la nouvelle entité pourrait augmenter le niveau des redevances de ses chaînes,

avec pour conséquence une répercussion sur le prix des abonnements des consommateurs. En effet, dans ce cas, les distributeurs indépendants verraient leur coût de construction de leur offre augmenter et, sauf à consentir des pertes, ne pourraient que répercuter cette hausse sur leurs tarifs.

458. 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).

c) Les effets congloméraux

459. L'analyse de ces effets est renvoyée à l'examen des marchés aval.

C. LES MARCHÉ AVAL

1. LE MARCHÉ DE LA TÉLÉVISION À ACCÈS PAYANT

a) Parts de marché en métropole

460. Sur ce marché, interviennent aujourd'hui les offreurs suivants :
- par accès ADSL : Free, France Télécom, Neuf Cegetel, Alice (Telecom Italia) ainsi que Club Internet et AOL ;
- par réseaux câblés : NC Numéricâble, UPC-Noos, qui ont engagé un projet de fusion soumis à l'approbation de la Commission européenne;
- par satellite : CanalSat, TPS, et de façon marginale ABSat ;
- par voie hertzienne numérique (TNT payante) : AB Groupe, CanalSat, Canal + Distribution, TPS, TV-Numeric ;
- par voie hertzienne analogique : Canal + Distribution.

461. Les opérateurs du satellite, du câble et de la TNT payante agissent principalement en tant que distributeurs en agrégeant et construisant leurs propres offres. Les opérateurs du câble interviennent également en tant que transporteurs (prestataires techniques) de Canal + et de ses déclinaisons numériques. Les opérateurs ADSL participent en tant que distributeur de leurs propres offres mais également en tant que transporteurs des offres de GCP (pour France Télécom, Free, et Neuf Cegetel) et de TPS (pour France Télécom, Alice et Neuf Cegetel). Seules les offres distribuées en propre, et non comme simples transporteurs de bouquets GCP ou TPS, seront prises en compte pour le calcul des parts de marché de chaque acteur.

462. Le calcul des parts de marché ne doit tenir compte ni de la TNT gratuite ni du service antenne sur réseaux câblés. Par ailleurs, pour mieux appréhender les parts de marché de chaque acteur, il apparaît raisonnable de compter tous les abonnés de chaque distributeur en raisonnant en termes d'abonnements individuels : un abonné, qui dispose de Canal + et de CanalSat, même dans le cas d'une offre en couplage, est donc comptabilisé deux fois, une fois au titre de son abonnement à la chaîne premium et une fois au titre de son abonnement au bouquet.

463. En vertu des différents éléments recueillis et des réponses au test de marché, les parts de marché des différents acteurs, au 31 décembre 2005, sont les suivantes :

Opérateurs	Nombre d'abonnés	Parts de marché
Canal +	[…]	[30-40]%
CanalSat	[…]	[20-30]%
Sous-total GCP	[…]	*[60-70]%*
TPS	[…]	[10-20]%
Total nouvelle entité	[…]	***[70-80]%***
France Télécom	[…]	[0-10]%
Free	[…]	[0-10]%
Neuf Cegetel	[…]	[0-10]%
Sous- total opérateurs de télécoms	[…]	*[10-20]%*
ABSat	[…]	[0-10]%
Câblo-opérateurs (total)	[…]	[10-20]%
Total en métropole	[…]	100%

464. Les éléments recueillis au cours de l'instruction permettent d'établir que pour les parties à l'opération, le revenu moyen par abonné est compris dans une fourchette de […] € à […] € TTC pour les opérateurs de satellite et de […] € à […] € TTC pour les opérateurs de câble. Il est nettement inférieur à […] € pour les opérateurs de l'ADSL. En retenant, de manière favorable aux parties, des revenus moyens par abonné de […] € pour la nouvelle entité, […] € pour les câblo-opérateurs et […] € pour les opérateurs de télécommunications, la nouvelle entité disposera d'une part de marché en valeur supérieure à [70-80] %.

465. L'opération conduit ainsi à une addition significative de parts de marché (+[10-20] % en nombre d'abonnés) et contribue à renforcer la position du groupe GCP sur le marché de l'accès payant à la télévision. Le concurrent le plus proche est représenté par le futur opérateur de câble issu de la fusion UPC-Noos et NC Numéricâble avec [10-20] % de part de marché en volume, soit […] fois moins environ que la nouvelle entité. Free se place en troisième position avec une part de marché sept fois inférieure à celle de la nouvelle entité.

b) Effets horizontaux

466. L'analyse des études fournies par les parties concernant les personnes ayant quitté l'offre GCP montre que :
- […].
- […].

467. Ces données, corroborées par les éléments de l'analyse des marchés pertinents en aval, démontrent une forte substituabilité et donc une forte pression concurrentielle entre les offres de GCP, TPS et les câblo-opérateurs. Par ailleurs, elles illustrent bien le fait que TPS est toujours le premier concurrent aux offres de GCP.

468. Avant l'opération, la lutte a été frontale entre GCP et TPS pour l'acquisition de droits et la mise à disposition de contenus, en exclusivité, auprès de leurs abonnés respectifs : la concurrence portait principalement sur les contenus et sur les promotions commerciales. Etant donné que les autres distributeurs n'intervenaient pas en amont, les parties pouvaient être considérées comme les principaux animateurs du marché.

469. Les parties indiquent être « *tributaires de leur commercialisation sur ADSL* » puisque 60 % des recrutements nets proviennent de ce mode de diffusion. L'ADSL apparaît comme une source importante de recrutement d'abonnés. Or, les accords passés avec les opérateurs de télécoms sécurisent la position des parties sur l'ADSL au moins à moyen terme.

470. À l'issue de l'opération, les parties constitueront :
- la seule offre disponible sur le satellite puisque ABSat apparaît plutôt marginalisée ;
- la seule offre commercialement crédible sur la TNT payante du fait de la détention en exclusivité des chaînes premium Canal + et TPS Star ;
- les bouquets les plus complets en termes de qualité et de contenus sur l'ADSL ;
- la seule offre disponible de manière homogène sur l'ensemble du territoire français. Dans certaines zones, l'offre des parties sera, au surplus, disponible sur plusieurs modes (au mieux, satellite, TNT payante, ADSL) alors que l'offre des distributeurs concurrents demeurera uni-modale.

471. A l'heure actuelle, il n'existe donc pas d'alternatives crédibles en termes de contenus et de qualité, ainsi qu'en termes de disponibilité géographique aux offres des parties à l'opération.

472. Les parties à l'opération estiment leur taux de désabonnement (communément appelé « *taux de churn* ») à […] %. Elle précise que « *ce taux de switch est très important et démontre une volatilité très significative de la demande de télévision payante » et qu'il indique une « forte élasticité de la demande de télévision* ».

473. Cependant, un *churn* de […] % signifie que le parc se renouvelle entièrement en […] ans et que la durée de vie moyenne d'un abonné est de […] ans. A titre de comparaison, le *churn* des fournisseurs d'accès Internet se situe au moins à […] %, soit une durée de vie moyenne des abonnés de l'ordre de […] ans et donc une plus forte fluidité de la demande adressée par ces opérateurs.

474. Par ailleurs, le marché présente des coûts de changement d'opérateurs conséquents rendant le client captif et ce, plus particulièrement pour un client à une offre satellite. En effet, étant donné qu'après la fusion, il n'existera plus d'alternatives satellite aux offres de l'entité fusionnée, les abonnés devront se défaire de leur équipement pour changer de distributeur de télévision payante (désinstallation de la parabole et des équipements associés), ce qui pèsera dans leurs décisions. Une étude de l'UFC-Que Choisir (« Télévision payante, déception en bout de chaînes », précitée) fait d'ailleurs état des difficultés de cette nature rencontrées par les consommateurs pour résilier leur abonnement.

475. Ces coûts de sortie rigidifient la demande et la rendent moins élastique au prix, abaissant ainsi la pression concurrentielle sur le marché. L'acteur disposant du plus large parc d'abonnés est largement favorisé par ce phénomène qui contribue à rendre moins contestable sa base d'abonnés par les concurrents.

476. Enfin, les concurrents directs de la nouvelle entité, à savoir les câblo-opérateurs et les opérateurs de télécoms, se livrent une concurrence particulièrement virulente sur d'autres marchés : l'accès Internet et la téléphonie. Il s'agit d'ailleurs d'une concurrence par les prix qui affaiblit les capacités de ces acteurs à consentir des coûts d'acquisition d'abonnés, notamment vis-à-vis de l'entité fusionnée.

477. Dans ces conditions, 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.

c) Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

478. Dans leurs observations, les parties rappellent que leurs offres se situent en second niveau sur l'ADSL : en effet, un client doit d'abord souscrire une offre d'accès à Internet (offre de premier niveau) avant de souscrire à une offre payante de télévision. Chez certains FAI (notamment Free), l'offre d'accès Internet comprend sous certaines conditions techniques (notamment l'éligibilité de la ligne du client à un débit suffisant) une offre de base de chaînes. En ce sens, les FAI disposent d'un avantage comparatif grâce au *multi-play* vis-à-vis de

l'offre en second niveau proposée par les parties, s'agissant des bouquets de base ou d'entrée de gamme.

479. Selon les parties, les opérateurs de télécommunication sont désireux de passer d'une stratégie de conquête d'abonnés basée uniquement sur le prix de l'accès à Internet à une stratégie de différenciation fondée sur les contenus notamment audiovisuels. En conséquence, ils tentent de se positionner sur le marché de la télévision à accès payant en investissant massivement dans le déploiement et la modernisation de leur réseau.

480. Elles estiment également que la restructuration du secteur du câble place le futur câblo-opérateur dans une meilleure position concurrentielle. Notamment, le nouvel acteur issu de la fusion entre UPC-Noos et NC Numéricâble pourra mettre en place des campagnes publicitaires nationales et rationaliser son offre.

481. Ce point a été confirmé lors de l'audition d'UPC-Noos et Numéricâble. Leurs dirigeants ont indiqué que le nouvel acteur compte engager de lourds investissements dans la fibre optique afin de moderniser son réseau. A terme, ce nouvel acteur pourra proposer à ses clients des offres présentant des débits de l'ordre de 100Mb/s. Ces débits faciliteront la mise en place d'innovations et rendront plus attractives encore pour le consommateur la VoD et les chaînes interactives grâce notamment à la vitesse du téléchargement.

482. Par ailleurs, cet acteur apparaît en mesure de se présenter, dans les villes qu'il dessert, comme une alternative à la boucle locale de France Télécom et subira donc les pressions concurrentielles des acteurs des télécoms sur ce type de services.

483. Dans son avis, l'ARCEP estime que les modes de diffusion par câble et ADSL présentent les meilleurs atouts en termes d'innovations technologiques et de richesses des offres proposées pour permettre « *d'intensifier la concurrence entre les différents supports de distribution audiovisuelle et d'augmenter le choix offerts aux consommateurs* ».

484. Il est ainsi indéniable que l'investissement dans les réseaux et la possibilité de proposer à ses clients des offres *multi-play* sont autant d'avantages comparatifs dont disposent les opérateurs de télécommunication et du câble face à la nouvelle entité.

485. Toutefois leur couverture géographique est plus réduite que celle du satellite, ce qui limite de fait leur capacité concurrentielle vis à vis de la nouvelle entité qui disposera d'un quasi monopole sur le mode de distribution par satellite qui touche l'ensemble de la population.

486. Le câble ne couvre en effet que 40% de la population, en zone urbaine, et ne peut espérer à moyen terme étendre sensiblement cette couverture eu égard aux investissements à consentir pour l'amélioration du réseau actuel.

487. Quant à l'ADSL, sauf si les collectivités locales décident d'investir elles-mêmes pour couvrir les zones les moins rentables, il ne peut espérer à moyen terme couvrir plus de 75% de la population avec, de plus, une limite technologique sur le niveau des débits offerts, notamment pour les abonnés éloignés des répartiteurs télécoms.

488. En outre, la qualité des contenus proposée par les parties semblent pouvoir faire contrepoids au désavantage concurrentiel constitué par l'absence de multiple play et d'interactivité sur le satellite, puisque, selon les chiffres produits par les parties, leur recrutement sur ADSL est à un bon niveau et n'atteste pas d'une potentielle éviction de l'opérateur dominant sur ce mode de diffusion. En ce sens, les parties disposent elles aussi d'un avantage comparatif vis à vis des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) puisqu'elles recrutent des abonnés parmi les clients de ces opérateurs. Au surplus, s'agissant de l'ADSL, les parties, en tant que distributeur de leur propre bouquet sur ces réseaux, tirent elles-mêmes avantage des investissements consentis par les opérateurs de télécommunication en conquérant de nouveaux abonnés (souvent des primo-accédants).

489. Enfin, le marché de l'accès payant à la télévision se caractérise par des barrières économiques et techniques élevées.

490. Outre les barrières décrites précédemment dans l'analyse des effets verticaux sur les marchés intermédiaires, pour distribuer une offre de télévision payante, il est nécessaire de disposer des capacités financières de développement d'une plate-forme technique. Or, selon le mode de diffusion choisi, cette tâche peut s'avérer difficile :

- sur le satellite : même si le lancement d'une offre satellite ne requiert pas d'investir dans un réseau particulier mais simplement de louer des transpondeurs, l'entrée d'un nouvel opérateur consécutivement à la fusion est peu probable ;
- sur le câble : le secteur du câble n'a cessé de se consolider durant les 3 dernières années ; la prochaine opération conduira à la mise en place d'un seul opérateur de câble en France et l'entrée d'un nouvel acteur est peu probable ;
- sur la TNT payante : pour l'instant, l'entrée sur ce marché en tant que distributeur est impossible, les acteurs s'étant déclarés auprès du CSA en décembre 2005 ;
- sur l'ADSL : les acteurs de l'ADSL sont déjà en place. Il s'agit des principaux opérateurs de télécoms en France : France Télécom, Free, Neuf Cegetel, Alice (Télécom Italia), Club Internet (Deutsche Telekom), Télé 2 et AOL. Le déploiement de l'ADSL apte à supporter une offre de télévision va se poursuivre dans les prochaines années et mobilisera une grande partie des moyens financiers des opérateurs.

491. Une fois la plate-forme technique construite ou envisageable, l'opérateur doit construire une offre d'accès payant à la télévision compétitive et attractive. La constitution d'une telle offre suppose l'acquisition de contenus ou de chaînes attrayants (au moins Cinéma, Sport, Information et Jeunesse). Or, l'accès aux contenus et plus encore les accords d'exclusivité négociés par l'entité en amont représentent, comme il a déjà été dit, des barrières à l'entrée sur le marché de l'accès payant à la télévision, tendant à diminuer la pression concurrentielle que pourraient exercer les seuls opérateurs aptes à concurrencer la nouvelle entité.

492. L'ARCEP estime que, vu leur chiffre d'affaires, leur marge nette et leurs actifs (notamment pour Free et Neuf Cegetel) :

> - les opérateurs alternatifs de réseaux haut débit fixe n'ont pas la capacité d'entrer, avec leurs fonds propres, sur les marchés de l'acquisition de droits et de l'édition de chaînes leur permettant de développer un bouquet audiovisuel propriétaire ;
> - leurs actionnaires devraient donc accepter une recapitalisation de la société du même ordre de grandeur que sa valorisation actuelle ;
> - le niveau de risque consistant à développer un nouveau bouquet alors même que le nouvel entrant TPS vient de décider après dix ans de fusionner avec l'acteur prééminent du secteur est dissuasif.

493. Les entreprises ayant répondu au test de marché partagent ce point de vue.

d) Effets congloméraux

494. Le mode de concurrence entre GCP et TPS centré sur le contenu les a conduites à développer leur image et donc leur marque, connues et reconnues à l'heure actuelle par les consommateurs comme un gage de qualité comparativement aux autres distributeurs en raison de leurs contenus premium (notamment cinéma et sport) détenu en exclusivité. Ainsi, « *selon Canal +, 40 % de ses abonnés ne payant pas pour un contenu spécifique, mais plutôt par affinité avec le média, son image et sa ligne éditoriale* » (« Canal + : faire payer à l'heure du gratuit », Les Echos, 24 mars 2006). L'opération regroupera les trois premières marques (TPS, Canal + et CanalSat), en termes de parts de marchés, au sein de la même entité.

495. Dans leurs observations, les parties soutiennent que certains opérateurs détiennent sur des marchés connexes (plus particulièrement ceux des communications électroniques) des marques associés à des bases d'abonnés conséquentes qui ont vocation à exporter leur notoriété sur le marché de la télévision à accès payant.

496. Cependant, étant donné les éléments développés dans les parties précédentes du présent avis, le Conseil de la concurrence estime peu probable d'assister à court ou moyen terme au développement d'un portefeuille de marques aussi complet et diversifié que celui des parties à l'opération, même de la part d'opérateurs détenant des marques notoires dans des secteurs connexes (notamment France Télécom ou Free).

497. Dès lors, la détention de ce portefeuille de marques pourrait constituer ou renforcer les barrières à l'entrée sur le marché aval de l'accès payant à la télévision. Elle renforcera probablement le pouvoir de négociation de la nouvelle entité vis-à-vis des éditeurs indépendants et des distributeurs indépendants et rendra sa position encore moins contestable.

498. Par conséquent, le Conseil considère que les opérateurs de télécommunication et le futur câblo-opérateur présentent des caractéristiques leur donnant la possibilité, s'ils le désiraient, de devenir des concurrents à la nouvelle entité. Cependant, comme l'indique l'analyse des marchés intermédiaires et amont, le Conseil constate qu'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.

499. Durant cette période transitoire, le Conseil estime donc que l'opération soulève des problèmes de concurrence sur le marché de la télévision à accès payant.

2. LES AUTRES MARCHÉS AVAL

a) Le marché de la télévision interactive

500. Aucun élément de l'instruction, excepté ceux transmis par les parties, ne permet d'évaluer ce marché et la position des acteurs. Il semble cependant qu'il constitue une part très marginale des revenus des distributeurs présent sur le marché de l'accès payant à la télévision.

501. Aucune barrière à l'entrée n'a été relevée sur ce marché par les entreprises ayant répondu au test de marché. Par ailleurs, les technologies de diffusion filaire et notamment l'ADSL semblent plus propice au développement des services de télévision interactive.

502. En conséquence, le Conseil de la concurrence estime que l'opération ne soulèvera pas de problèmes de concurrence particuliers sur le marché de la télévision interactive.

b) Les marchés de services de VoD et des services de PPV

503. Sur le marché des services de PPV, seules les sociétés Kiosque (filiale de GCP) et Multivision (filiales de TPS) interviennent. A l'issue de l'opération, la nouvelle entité contrôlera l'intégralité de ce segment.

504. Cependant, le chiffre d'affaires du PPV stagne, voire diminue. Cette technologie, dans son état et son mode de commercialisation actuels, semble entamer une phase d'obsolescence. Néanmoins, il est possible qu'elle redevienne à terme attractive pour certains opérateurs, notamment pour le paiement à la séance de programme en direct.

505. Sur le marché des services de VoD, peu de données sont disponibles du fait de l'émergence de ces offres en 2005. Selon le CSA, « *il est vraisemblable qu'aucune offre existante n'ait réalisé d'aussi bons résultats que CanalPlay* ».

506. Fin avril 2006, on dénombre au moins 15 intervenants sur ce marché dont :
- CanalPlay : […] titres dont […] films ;
- TF1 Vision : […] titres dont […] films ;
- Arte Video : […] titres dont […] films ;
- TPS : […] titres ;

- France Télécom : environ […] titres dont […] films ;
- Neuf Cegetel : environ […] films ;
- Club-Internet : environ […] films.

507. Par ailleurs, Free et MSN reprennent l'offre CanalPlay. L'offre sur ce marché apparaît variée (films, documentaires, sports, Sciences, etc.) et dynamique comme en témoigne le lancement de nombreux projets par Glowria, la FNAC, VirginMega, Alice et AOL ou encore la création par des producteurs français indépendants d'une offre de VoD appelée « *Le meilleur du cinéma* » disponible à partir de septembre 2006.

508. A l'image de France Télécom, qui, en juin 2005, a signé un accord avec Warner Bros pour exploiter des titres du studio en VoD, les opérateurs de télécommunications désirent passer du modèle « *kiosque* » (c'est-à-dire de distributeur) vers un modèle d'éditeur dans lequel l'opérateur est en relation directe avec le détenteur des droits.

509. Dans son avis, le CSA précise que « *CanalPlay disposait au 31 mars 2006 de droits pour […] œuvres cinématographiques dont près de […] % en exclusivité ([…] titres). Ces exclusivités concernent essentiellement des œuvres cinématographiques françaises (…). Le caractère exclusif d'une partie de son offre semble lui conférer un avantage concurrentiel, par effet de levier sur les marchés intermédiaire et aval. Toutefois, Canal + Active entendrait renouveler ces contrats, qui arrivent tous à échéance fin juin 2006, de façon non exclusive. En effet, la pratique en matière de droits VoD, du moins pour les films américains, semble négocier de façon non exclusive et donc sans minima garantis. En revanche, en France, les ayants-droits ne sont pas tous hostiles à la vente de leurs droits de façon exclusive, si en échange, le service de VoD leur verse un minimum garanti significatif. Mais, les opérateurs VoD, face à un marché émergent, aux recettes encore incertaines, ne sont pas prêts à alourdir leurs charges d'exploitation* ».

510. Des entreprises ayant répondu au test de marché ont également signalé ce type de problèmes.

511. Le Conseil constate donc que le marché des services de PPV ne soulève pas de problèmes horizontaux de concurrence et que le marché des services de VoD, encore émergent, présente un fort potentiel de croissance.

512. Ce potentiel de croissance et notamment la diversité des offres disponibles semblent pouvoir être mis en cause par la position sur les marchés amont et intermédiaires de la nouvelle entité. Certains opérateurs se heurtent à ses exclusivités qui pourraient représenter des barrières à l'entrée sur ce marché et poser ainsi des problèmes de concurrence en aval.

c) Le marché des services de télévision sur réseau mobile

513. Six distributeurs sont présents sur ce marché. Il s'agit des trois opérateurs mobiles (Orange, SFR et Bouygues Télécom), d'un opérateur mobile virtuel sur le réseau de SFR (NRJ Mobile), de CanalSat et de TPS.

514. SFR distribue des chaînes individuellement sur son réseau mobile sur la base de contrat de transport et de distribution. Elle transporte également le bouquet CanalSat et bientôt le bouquet TPS. Bouygues Télécom transporte deux bouquets spécialement configurés pour les mobiles : TPS (depuis novembre 2005) et CanalSat (depuis mars 2006). Orange est, quant à elle, un distributeur à part entière commercialisant ses propres offres et qui ne référence aucun bouquet tiers.

515. Les données disponibles sur ce marché ne permettent pas d'évaluer la position des différents acteurs étant donné le caractère émergent, voire expérimental, du marché qui n'existe commercialement que depuis environ 6 mois. On peut relever que le marché semble pour l'heure se partager principalement entre SFR et Orange.

516. Par ailleurs, les barrières à l'entrée susceptibles d'exister sur ce marché sont principalement liées à l'activité d'opérateurs mobiles ou d'opérateurs virtuels. L'opération envisagée n'aura aucun impact sur cette situation.

517. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil de la concurrence estime que l'opération ne pose pas, à ce stade, de problèmes concurrentiels sur le marché émergent de la télévision sur réseau mobile. Il relève toutefois que deux des opérateurs de téléphonie mobile, SFR et Bouygues Télécom, sont liés à des groupes actifs sur les marchés de l'audiovisuel : Vivendi pour le premier et TF1 pour le second. Cette situation demandera probablement une surveillance particulière afin d'éviter d'éventuelles tentatives de fermeture du marché de la télévision sur réseau mobile par des opérateurs intégrés.

d) Le marché des services de télévision aux professionnels

518. Les parties n'ont pas procédé à l'analyse concurrentielle de ce marché. Elles ont, néanmoins, à le demande de la DGCCRF, fourni un ensemble d'éléments. Les hôtels, cliniques, hôpitaux, bars et prisons constituent les principaux demandeurs sur ce marché. Les offreurs sont à titre principal GCP et TPS mais également les câblo-opérateurs. Les éléments recueillis au cours de l'instruction semblent indiquer qu'aucun obstacle spécifique à ce marché ne s'oppose à l'entrée d'autres distributeurs.

519. Le Conseil de la concurrence est d'avis que les problèmes liés à ce marché sont identiques à ceux rencontrés par les distributeurs tiers sur le marché de l'accès payant à la télévision. En conséquence, il renvoie à cette partie de l'avis pour l'analyse.

e) Les marchés d'outre-mer

520. Dans ces zones, les parts de marché des différents acteurs sont les suivantes :

	Antilles-Guyane		**Réunion-Mayotte**	
	Nbr Abonnés	**Part de marché**	**Nbr Abonnés**	**Part de marché**
MEDIA OVERSEAS (RÉUNION)			[…]	[70-80]%
Canal Réunion			[…]	*[30-40]%*
CanalSat Réunion			[…]	*[40-50]%*
Parabole Réunion			[…]	[20-30]%
Total Réunion-Mayotte			[…]	100 %
Media Overseas (Antilles-Guyane)	[…]	[80-90]%		
Canal Antilles	[…]	*[30-40]%*		
Canal Satellite Caraïbes	[…]	*[30-40]%*		
WSG-MTVC	[…]	[10-20] %		
Total Antilles-Guyane	[…]	100%		

Sources : réponse au test de marché, Parties.

521. GCP dispose d'une forte part de marché sur les deux marchés pertinents. Cependant, étant donné l'absence de TPS en tant que distributeur, l'opération ne provoque pas d'additions de parts de marché.

Sur la région Réunion-Mayotte

522. TPS représente en tant qu'éditeur […] des 43 chaînes diffusées par Parabole Réunion et [50-60] % du volume des achats de programme. Parabole Réunion estime d'ailleurs que la perte

des contenus premium et à forte attractivité de TPS pourrait conduire, soit par le non-renouvellement de l'accord signé, soit par l'élimination des « *doublons* » par la nouvelle entité, à une perte significative d'abonnés due à une baisse de la compétitivité de ses offres.

523. Après l'opération, Parabole Réunion se retrouvera en situation de dépendance économique vis-à-vis de la nouvelle entité. Dès lors que la nouvelle entité sera à la fois le principal fournisseur et l'unique concurrent de Parabole Réunion, il existe un risque sérieux de forclusion, soit par des pratiques tarifaires discriminatoires visant à augmenter les coûts de Parabole Réunion (stratégie de prédation dite « *raising rivals costs* »), soit par un refus lié aux exclusivités de distribution des chaînes de la nouvelle entité.

524. Par ailleurs, compte tenu des caractéristiques du marché et étant donné qu'aucune autre technologie de diffusion ne sera disponible à moyen terme (ADSL ou TNT payante), il apparaît peu probable que la position de la nouvelle entité soit contestée par un nouvel entrant dans la région Réunion-Mayotte.

525. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil de la concurrence estime que l'opération est de nature à renforcer la position dominante de GCP et à la rendre très difficilement contestable : les problèmes concurrentiels les plus sérieux dans cette région proviennent des effets verticaux induits par la position de la nouvelle entité sur les marchés intermédiaires.

Sur la région Antilles-Guyane

526. Dans cette région, l'unique concurrent de GCP, à savoir WSG-MTVC, diffuse des chaînes éditées par TPS à hauteur de[40-50] % de ses achats de chaînes. Cet unique concurrent dispose d'une part de marché sur la région Antilles-Guyane de [10-20] % en nombre d'abonnés et de [10-20] % sur la seule région Antilles.

527. A l'instar de Parabole Réunion et étant donné sa petite taille ainsi que son implantation géographique, WSG-MTVC ne pourra pas constituer d'offres compétitives sans s'adresser à la nouvelle entité en tant qu'éditeur. Or, la nouvelle entité sera également son unique concurrent, disposant de 80 à 85 % de parts de marché.

528. Le contexte ainsi que la structure du marché des services de télévision payante dans la zone Antilles-Guyane sont identiques à ceux de la zone Réunion-Mayotte.

529. En conséquence, le Conseil de la concurrence estime que l'opération pose des problèmes de concurrence en augmentant sensiblement le risque de forclusion de l'unique concurrent à la nouvelle entité dans la zone Antilles-Guyane.

D. LES AUTRES MARCHÉS

1. PUBLICITÉ TÉLÉVISÉE

530. Les principaux acteurs du marché de la publicité télévisée sont TF1 Publicité, M6 Publicité, France Télévision Publicité, Canal + Régie et Lagardère Active Publicité

531. Seule la régie Canal + Régie, détenue à 100 % par GCP et qui commercialise l'ensemble des espaces publicitaires des chaînes détenues par GCP ainsi que les espaces publicitaires des chaînes Bloomberg Television et OMTV, est concernée par l'opération.

532. La commercialisation des chaînes de TPS est répartie entre TF1 Publicité et M6 Publicité. TF1 Publicité commercialise les espaces publicitaires des chaînes « jeunesse » de TPS : Piwi, Teletoon, Eurêka. M6 Publicité commercialise les espaces publicitaires des chaînes Infosport, TPS Star, TPS Cinextrême, TPS CinéFamily, TPS CinéStar, TPS Home Cinema, TPS Cinéculte, TPS Cinétoile, TPS Cinéclub.

533. La présence de Canal + Régie sur le marché est faible. La part de marché de Canal + Régie en 2003, 2004, 2005 est respectivement de [0-10] %, [0-10] % et [0-10] %. La part de marché des chaînes éditées par TPS sur le marché de la publicité télévisée est également faible (moins de [0-10]% en 2005). L'addition des parts de marché n'est dès lors pas significative, au regard des autres acteurs du marché, qui se livrent à une vive concurrence.

534. Le Conseil estime que l'opération ne soulève pas de problème de concurrence sur ce marché.

2. SERVICES TECHNIQUES LIES AUX TERMINAUX

a) Marché de la fourniture de terminaux

535. Sur le marché national de la fourniture de terminaux, les acheteurs sont, outre les parties notifiantes, Noos, Ypso, et les fournisseurs d'accès Internet tels que France Télécom, Free, Neuf Telecom. Les principaux fournisseurs sur ce marché sont Sagem, Thomson, Pioneer, Philips, Sony, Humax, Samsung, Pace, LG, Motorola, Scientific Atlanta. Ce sont des groupes de dimension mondiale qui ont également pour clients des opérateurs comme Mediaset, Premiere, Digital+, BskyB, Austar, DIRECTV ou encore Echostar.

536. Les parties ont pour fournisseur Thomson (qui détient 20 % des parts de marché au niveau mondial, et 25 % en Europe, Moyen-Orient et Afrique), Sagem (12 % du marché européen) et Philips.

537. La puissance d'achat de la nouvelle entité augmentera à l'égard de ses fournisseurs. Néanmoins, les éléments de l'instruction montrent que la part des achats des parties dans le chiffre d'affaires de leur fournisseur restera largement inférieur au seuil susceptible de créer un risque concurrentiel.

538. L'opération envisagée ne soulève donc pas de difficulté particulière concernant le marché de la fourniture de terminaux.

b) Marché de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel

539. GCP n'est plus présent en tant que fournisseur depuis la vente de sa filiale Canal + Technologies à Thomson Multimédia en 2003, et s'est engagé à ne plus l'être jusqu'au 31 décembre 2008.

540. Les parties ont pour fournisseur Nagravision et Viaccess. La part de TPS dans le chiffre d'affaires européen de Viaccess est inférieure à [10-20] %. La part de GCP dans le chiffre d'affaires de Nagravision est d'environ [0-10] %.

541. Nagravision est détenue par le groupe Kudelski qui est leader mondial de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel pour la télévision numérique, et Viaccess appartient à France Telecom qui est le 3ème fournisseur mondial. Il est peu probable que ces fournisseurs connaissent des problèmes de débouchés, et la concurrence sur le marché de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel au niveau mondial ou européen ne sera pas affectée par la fusion projetée.

542. L'opération envisagée ne soulève donc pas de difficulté particulière concernant le marché de la fourniture de logiciels d'accès conditionnel.

c) Marché de la fourniture de logiciels d'interactivité

543. GCP n'est plus présent sur ce marché depuis la vente de sa filiale Canal + Technologies en 2003. Le fournisseur de TPS est Open TV. Le fournisseur de GCP est NDS.

544. Les parts des parties dans le chiffre d'affaires mondial de NDS, intégré au groupe NewsCorp, et d'Open TV, intégré à Liberty Media sont peu significatives. Les parts de GCP et TPS dans le chiffre d'affaires européen de NDS et Open TV ne sont pas connues mais sont probablement du même ordre.

545. Les fournisseurs auront donc toujours d'autres débouchés à l'échelle européenne et mondiale, garantis par leur intégration verticale dans des groupes détenant des distributeurs de service de télévision (Open/TV est par exemple contrôlé par le même groupe que celui qui détient UPC/Noos).

546. L'opération envisagée ne soulève donc pas de difficulté particulière concernant le marché de la fourniture de logiciels d'interactivité.

3. LOCATION DE CAPACITÉS DE RÉSEAU

a) Location des capacités de réseaux satellitaires

547. Trois marchés pertinents ont été retenus : la France métropolitaine, la région Réunion-Mayotte, les Caraïbes. TPS n'intervenant pas et ne louant donc pas de capacités dans les deux dernières régions, l'opération ne devrait pas poser de problèmes graves de concurrence sur les marchés concernés.

548. En France métropolitaine, les parties agissent en tant qu'acheteurs. Il convient donc de rechercher si l'opération crée ou renforce une puissance d'achat.

549. Parmi la trentaine de satellites dont l'empreinte comprend la France, seuls deux systèmes satellitaires desservent effectivement le marché français pour le transport de chaînes :
- les Astra de la société SES-Global utilisés par CanalSat ;
- les Hot Bird de la société Eutelsat utilisés par TPS et le satellite AB3.

550. Les éléments recueillis au cours de l'instruction ne permettent pas une évaluation précise des parts de marché de chaque acteur. Cependant, en ce qui concerne la location de transpondeurs pour le transport de flux audiovisuels, les deux principaux demandeurs sont : CanalSat et TPS. L'opération va donc renforcer leurs parts de marché en tant qu'acheteurs, voire créer une situation de quasi-monopsone en France.

551. Par ailleurs, les contrats conclus entre opérateurs de satellite et bouquets satellitaires présentent des durées longues de […] ans (contrairement aux contrats avec les chaînes isolées d'une durée de […] ans).

552. Une crainte soulevée par les entreprises ayant répondu au test de marché est le basculement du ou des bouquets satellites de la nouvelle entité vers un seul opérateur de satellite (soit Astra, soit Eutelsat).

553. Il existe entre bouquets de chaînes payantes et chaînes gratuites transportées par satellite un effet que l'on peut qualifier de « voisinage ». L'attractivité d'une position orbitale pour les chaînes gratuites dépend, en effet, en partie de la nature des autres chaînes déjà transportée et en particulier de la présence ou non d'un bouquet de chaînes payantes sur la position orbitale. Ainsi, le basculement après l'opération des bouquets de CanalSat et TPS vers un seul opérateur de satellite pourrait affecter fortement, voire évincer du marché français l'opérateur qui n'aurait pas été retenu : directement par la perte d'un bouquet payant et indirectement par les incidences économiques de l'effet de voisinage (migration massive de chaînes gratuites vers la position orbitale transportant les bouquets payants).

554. Les parties n'ont fourni aucun élément permettant d'évaluer l'éventualité d'un basculement vers une seule position orbitale ainsi que les conséquences économiques qui en découleraient.

555. Le Conseil estime que le risque évoqué ci-dessus, lié à l'éventuel basculement vers une seule position orbitale, ne sera limité que si ce dernier se fait avec un préavis suffisant et à l'issue

d'une procédure de mise en concurrence permettant de sélectionner par les mérites le meilleur opérateur satellitaire.

b) Services en gros de diffusion pour la télévision terrestre

556. Sur ce marché, le Conseil 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.

4. COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

557. Sur l'ensemble des marchés connexes de communications électroniques, les parties n'interviennent pas directement. Vivendi est actionnaire, directement ou indirectement, de:
- SFR, filiale du groupe Vivendi à 56 %, opérateur de téléphonie mobile ;
- Neuf Cegetel, filiale de SFR à 34,9 % (Louis Dreyfus SA détient également 34,8 % du capital de Neuf Cegetel).

558. L'ARCEP estime que l'opération peut avoir des effets sur les marchés connexes de communications électroniques. L'ARCEP considère notamment que l'accès aux contenus audiovisuels est un facteur structurant de la dynamique du secteur des communications électroniques, qui se caractérise par une forte intensité concurrentielle apte à permettre la restitution aux consommateurs des gains de productivité des opérateurs. Par ailleurs, elle estime que les acteurs ont besoin de visibilité et de transparence pour mettre en place sereinement les investissements de réseaux nécessaires au développement de services audiovisuels et d'innovations. Enfin, elle relève également que le maintien par la nouvelle entité des opérateurs de communications électroniques en qualité de simple transporteur/diffuseur paraîtrait économiquement inefficace.

559. Les entreprises ayant répondu au test de marché apportent des arguments identiques.

560. Dans leurs observations, les parties estiment que l'opération ne modifie en rien leur position sur les marchés connexes des communications électroniques puisque l'opération ne modifie pas les liens structurels évoqués. En outre, les parties considèrent que la différence existant entre les modèles économiques des opérateurs du câble et de l'ADSL ne résulte pas de l'opération d'acquisitions de TPS par Vu/GCP. Elles considèrent ainsi que l'opération n'est pas susceptible de provoquer des effets anti-concurrentiels indirects.

561. Néanmoins, elles concèdent qu'il doit être tenu compte des positions concurrentielles des différents acteurs pour évaluer les risques associés à l'opération.

562. Au vu des éléments recueillis au cours de l'instruction, le Conseil de la concurrence estime que les effets de l'opération sur les marchés connexes de communications électroniques ne seront qu'indirects ; cependant, il est nécessaire de tenir compte des situations, qui ont été analysés aux paragraphes précédents, des différents concurrents actuels et potentiels des parties pour évaluer les effets de cette opération à court mais aussi à moyen terme.

5. RADIO ET MUSIQUE

563. Les parties notifiantes n'ont fourni aucune donnée susceptible de permettre une analyse satisfaisantes.

564. 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.

565. Par ailleurs, Lagardère, via sa filiale Lagardère Active, occupe « *une place de leader en Radio (Europe 1, Europe 2, RFM, 17 radios à l'étranger)* » (selon le site Internet de Lagardère) et édite de nombreuses chaînes musicales (les chaînes MCM, Live 1, etc.). M6 édite également diverses chaînes musicales (les chaînes M6, Fun TV, etc.).

566. On ne saurait donc exclure à ce stade que les parties et les actionnaires minoritaires puissent trouver des points de convergence de leurs intérêts sur le marché de la distribution de la radio et sur le marché de la musique enregistrée, destinés à permettre la meilleure exposition des produits d'UMG ou des produits Lagardère sur les radios ou les chaînes musicales, et ainsi renforcer notablement la présence d'UMG.

567. Toutefois, le Conseil de la concurrence constate que, UMG étant en dehors du périmètre de l'opération, les actionnaires minoritaires ne retireraient pas à ce titre le bénéfice d'une stratégie favorisant les produits UMG.

E. LES GAINS D'EFFICIENCE

568. L'article L. 430-6 du code de commerce prévoit que le Conseil, après avoir examiné si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, « *apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale et de la création ou du maintien de l'emploi*. ».

569. Il résulte de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence que :
- il incombe aux parties de fournir les éléments justifiant les éventuels gains d'efficacité procurés par l'opération ;
- ces éléments, liés à la contribution de l'opération au progrès économique doivent être quantifiables et vérifiables ;
- ces éléments doivent être spécifiques à la concentration et ne pourraient être atteints par d'autres moyens ;
- une part des gains doit être transférée à la collectivité dans son ensemble et, notamment, aux consommateurs, ce qui exclut les avantages qui ne bénéficieront qu'aux seules entreprises à la fusion.

570. Les parties ont fourni un rapport en date du 11 mai 2006 intitulé « *Les effets d'efficacité de l'acquisition de TPS par le Groupe Canal Plus* ». Dans ce document, les parties envisagent deux réservoirs potentiels pour les gains d'efficacité liés à l'opération :
- côté demande : un enrichissement « *mécanique* » et à court-terme des offres aux abonnés, qui pourrait par la suite être renforcé grâce aux économies de coûts d'opération ;
- côté offre : une réduction des coûts opérationnels, plus particulièrement des coûts techniques de diffusion et des coûts de gestion des abonnés, et une réduction des coûts d'acquisition de certains contenus à plus long terme.

571. Le Conseil constate qu'une large partie des raisonnements proposés par les parties dans l'analyse des gains d'efficacité repose « *sur les enseignements de cas passés de concentration entre opérateurs de télévision à péage dans d'autres pays européens* » et notamment du Royaume-Uni, de l'Italie et de l'Espagne. Or, chacune des ces opérations s'est traduite par une prise d'engagements substantiels de la part des entités qui fusionnaient. Ainsi, il est fort probable qu'une partie des effets bénéfiques de ces fusions, dont se servent les parties pour argumenter l'existence probable de gains d'efficacité, soit le fruit direct ou indirect de ces engagements (notamment tous ceux contribuant au maintien ou à l'émergence de la concurrence). Aucun élément fourni par les parties ne permet de dissocier ce qui relève de

l'opération en elle-même, de ce qui relève de l'action des autorités de concurrence compétentes.

572. Par ailleurs, le Conseil s'interroge sur la stratégie des parties post-fusion. En effet, l'ensemble des gains potentiels d'efficacité repose sur une optimisation de l'utilisation des contenus possédés par les parties : enrichissement de l'offre au consommateur, augmentation du nombre de chaînes, élimination de doublons en ce qui concerne les chaînes thématiques, baisse des coûts opérationnels (notamment ceux de diffusion).

573. Or, ce type de gains ne peut être évalué que sur la base du projet post-fusion des parties dont il n'a pas été fait état. 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.

574. Dans ce cas, l'ensemble des gains d'efficacité se réduit fortement à court terme. Ne restent identifiables que la baisse des coûts de gestion des abonnés et la baisse de certains coûts de commercialisation (par exemple, mutualisation des réseaux de distribution et baisse des offres promotionnelles). Néanmoins, même pour ce type de gains, très peu d'éléments chiffrés et vérifiables (notamment pour les fusions étrangères) ont été apportés.

575. Ensuite, les possibilités d'enrichissement du contenu pour le consommateur et la suppression progressive du double abonnement peut reposer par exemple sur l'une des deux hypothèses suivantes :

- soit une fusion uniquement commerciale, les bouquets existants restant quasi-identiques dans leur contenu et fournis à tous les consommateurs sur les deux positions satellitaires,
- soit une fusion complète au plan technique, toutes les chaînes des parties migrant vers la même position orbitale.

576. Dans le premier cas, les coûts de diffusion pourraient augmenter puisque chaque chaîne devrait être diffusée sur chacun des satellites pour dupliquer entièrement les bouquets. Ce scénario nécessiterait en particulier, soit de concevoir une nouvelle offre en éliminant certaines chaînes de façon à ne pas avoir à augmenter la location de capacités satellitaires, soit, si le nombre de chaînes de la nouvelle offre est supérieur à celui des offres avant la fusion, à augmenter les capacités satellitaires.

577. Dans le second cas, la fusion est complète, ce qui implique la migration vers une seule position orbitale. Or, ce scénario paraît peu probable à court, voire même à moyen terme étant donné les coûts qu'il engendrerait (réorientation des paraboles des clients pointant vers la position orbitale abandonnée, coûts de rupture du contrat avec l'opérateur satellite concerné, augmentation du risque de résiliation des abonnés concernés, etc.). Il pourrait éventuellement correspondre à une solution de plus long terme pour la nouvelle entité dont on ne saurait tenir compte pour l'évaluation des gains d'efficacité.

578. Ces deux étapes peuvent être réalisées successivement : d'abord une rationalisation de l'offre commerciale qui permettrait de dupliquer à moindre coût l'offre disponible sur les deux satellites et uniformiser les prestations à l'ensemble du parc d'abonnés, puis un basculement technique, une fois la situation commerciale stabilisée.

579. En toute hypothèse, quel que soit le scénario qui sera retenu, la mise en place d'une offre unique n'apparaît pas envisageable à court terme (c'est-à-dire à l'horizon 18 mois). En effet, « *fusionner* » une offre commerciale implique une série de coûts et de délais : création et mise en place des offres et de la stratégie commerciale, sélection des chaînes à conserver, coûts des ruptures de contrats avec les chaînes abandonnées par l'entité (et contentieux éventuellement associés), règlements des problèmes avec les autres distributeurs de ces chaînes qui reprenaient leur signal satellite, réinitialisation de la numérotation, information des abonnés et augmentation du risque de résiliation, information des réseaux de distribution.

580. Ainsi, les gains d'efficacité liés à la mise en place d'une offre unique ou à l'optimisation des contenus apparaîtraient au mieux à moyen terme. De même, la migration vers une seule

position satellitaire et les gains d'efficacité en termes de coûts de diffusion associé ne sont envisageables qu'à long terme.

581. En outre, les baisses de prix suggérées par les parties proviennent des gains d'efficacité réalisés à court terme. Or, étant donné qu'à court terme, les gains d'efficacité apparaissent limités et peu probable, la baisse de prix semble également peu probable.

582. S'agissant des gains d'efficacité à moyen et long terme, les parties précisent qu'ils sont liés aux effets d'efficacité à court terme de l'opération. Or, il est fort probable que l'ensemble du calendrier d'apparition de ces gains d'efficacité sera décalé pour les raisons exposées ci-dessus : les gains de court terme se réaliseront plus probablement à moyen, voire long terme.

583. Au surplus, l'impact du développement des concurrents ne semble que peu envisagé. En effet, le raisonnement se déroule, en figeant la concurrence dans son état actuel. Or, les parties fondent leur gain d'efficacité sur le cercle vertueux suivant : amélioration de la rentabilité, qui entraîne l'amélioration de l'offre (en contenus notamment), qui accroît la base d'abonnés, qui augmente le chiffres d'affaire et permet l'amortissement des coûts fixes sur un nombre plus large d'abonné, qui améliore la rentabilité, etc. L'hypothèse est donc celle d'une concurrence faible. En effet, une forte concurrence briserait le cercle vertueux car une partie des gains d'efficacité servirait à la commercialisation des offres et une autre à absorber par exemple les baisses de prix imposées par les concurrents. Ainsi, il resterait beaucoup moins de ressources pour financer l'achat de contenus « *sous-exploitées* » ou encore l'accélération des évolutions technologiques.

584. Par ailleurs, s'agissant de la baisse de certains coûts d'édition à moyen terme, les parties, sur la base de l'exemple espagnol précisent : « *Nous ne savons pas si, et dans quelle mesure, ces baisses se sont matérialisées, étant donné que les détenteurs de droits « premium » disposent d'un pouvoir de marché considérable* ». Ainsi, la fusion ne devrait pas dégager d'économies si le pouvoir des détenteurs de droits « premium » reste aussi fort que le soutiennent les parties. En revanche, la diminution des coûts se fera jour si la nouvelle entité peut contre-balancer le pouvoir de marché des détenteurs de droits grâce à une position de monopsone, ce qui suppose l'absence ou la quasi-inexistence de pressions concurrentielles.

585. Ainsi, la baisse des coûts d'acquisition des programmes « premium » qui est présentée comme un avantage industriel de la fusion suppose un affaiblissement effectif de la concurrence sur les marchés amont et une perte de surplus pour les détenteurs de droits.

586. S'agissant de la recevabilité de ces effets, le Conseil constate qu'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.

587. Par ailleurs, au cours de l'instruction, les parties n'ont présenté aucun élément chiffré permettant d'établir un bilan de l'opération en termes d'emploi.

588. En conclusion, le Conseil de la concurrence estime qu'il n'est pas démontré que l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser à elle seule les atteintes à la concurrence.

F. CONCLUSION INTERMÉDIAIRE DE L'ANALYSE MARCHÉ PAR MARCHÉ

589. L'opération notifiée revêt un caractère exceptionnel aussi bien en ce qui concerne la structure de marché après l'opération que par la modification du mode et de l'intensité de la pression concurrentielle exercée.

590. Du point de vue structurel, non seulement la nouvelle entité présentera une intégration verticale d'un bout à l'autre de la chaîne de valeur du secteur français de la télévision à accès payant, mais elle détiendra des positions dominantes à chaque niveau de celle-ci. Au surplus, son actionnariat minoritaire sera composé d'acteurs majeurs dans le secteur de la

communication et de l'édition, dont TF1 opérateur en position dominante sur le marché de la télévision gratuite.

591. Du point de vue du mode de fonctionnement de la concurrence, l'opération rompt avec le régime actuel puisqu'elle opère la réunion des deux acteurs principaux et verticalement intégrés du secteur, auparavant animateurs d'une concurrence forte de type « mimétique » exercée à tous les niveaux de la chaîne. Ainsi, même si elle ne supprime pas toute possibilité de concurrence potentielle, elle entraîne la disparition du principal concurrent actuel de l'acquéreur (GCP) et, en particulier, de l'unique concurrent présent sur tous les segments de la chaîne de valeur de la télévision à accès payant, à la différence des câblo-opérateurs et des opérateurs de communications électroniques qui ne sont que distributeurs ou transporteurs.

592. Du fait de sa maîtrise quasi-totale des contenus les plus attractifs (notamment cinéma et sports) et des positions fortes, voire dominantes, sur les différents marchés amont, intermédiaire et aval, et de leur interaction, il existe un risque de verrouillage de l'ensemble des marchés de la télévision à accès payant. Ainsi et contrairement à ce soutiennent les parties, l'hypothèse de réapparition d'un opérateur verticalement intégré sur le modèle de TPS, par exemple adossé à un opérateur de télécommunications, apparaît le scénario le moins probable à moyen terme.

593. Enfin, l'opération est présentée par les parties comme une opération partiellement défensive destinée à faire face aux évolutions du secteur, notamment à l'arrivée des opérateurs de télécommunications sur le marché de la distribution de la télévision payante. Cette concurrence nouvelle est présentée comme une menace de nature à remettre en cause l'équilibre économique des acteurs traditionnels du secteur audiovisuel.

594. Mais cet objectif défensif emporte des conséquences ambiguës du point de vue de l'analyse concurrentielle. En effet, il met en lumière le fait que l'opération intervient à un moment critique pour les parties à l'opération mais aussi pour leurs concurrents actuels et potentiels. Ces derniers doivent opérer des choix stratégiques pour la construction de nouveaux modèles économiques qui auront un impact aussi bien sur le secteur audiovisuel à moyen, voire long terme, que sur les secteurs connexes et notamment celui des communications électroniques. En effet, concevoir les services audiovisuels de demain requiert la mise en place d'investissements lourds en contenus mais aussi en réseaux (fibres optiques, 3G et 4G mobile, quadruple play) nécessitant une visibilité économique suffisante, au moins à moyen terme.

595. Ainsi, la création de la nouvelle entité peut aussi être analysée comme une menace pour l'émergence de nouveaux services ou de nouvelles offres et l'innovation dans le secteur des communications électroniques.

596. Pour toutes ces raisons, et compte tenu de la dynamique du secteur, le Conseil estime que l'opération envisagée soulève d'importants problèmes de concurrence et qu'elle ne saurait être autorisée sans la mise en place d'engagements suffisants, du fait de leur nature mais aussi de la conjugaison attendue de leurs effets, pour répondre aux préoccupations concurrentielles précédemment décrites.

II Les remèdes aux problèmes de concurrence

A. LE CADRE GÉNÉRAL ET LES OBJECTIFS POURSUIVIS

597. L'opération intervient dans le domaine de la télévision payante où l'intégration verticale répond à une logique industrielle et commerciale forte : la recherche de la satisfaction de l'abonné conduit le distributeur à s'assurer la maîtrise des contenus et, inversement, la nécessité de garantir l'amortissement de contenus à forts coûts fixes conduit l'éditeur à

rechercher la maîtrise des débouchés et donc du client final. Si ce modèle n'est pas le seul possible, comme le montre le cas des câblo-opérateurs, il correspond néanmoins à l'histoire de cette industrie. GCP et TPS se sont construits selon un modèle d'intégration verticale et tous les grands opérateurs de télévision payante sur satellite en Europe ont assis leur réussite sur ce modèle.

598. Par ailleurs, la création d'une plate-forme satellitaire de télévision payante en quasi-monopole ne fait que résorber une spécificité du marché français, le duopole, pour le rapprocher d'une « norme » de fait européenne, celle de l'unicité de la plate-forme satellitaire, qui n'est pas par elle-même antinomique avec l'amélioration du bien-être du consommateur. En effet, avec une plate-forme satellitaire unique, les abonnés peuvent, en principe, accéder à une offre enrichie sur un seul terminal technique alors que le duopole conduit, par le jeu des exclusivités, à ne donner accès qu'à un contenu partiel, sauf à consentir un double abonnement.

599. Les précédents européens étant relativement récents (Espagne et Italie en 2003), on pourrait imaginer la reprise des analyses qui ont déjà été faites par des autorités de concurrence européennes sur ces sujets. Mais cette option ne saurait être retenue pour deux raisons.

600. En premier lieu, la France est le seul pays dans lequel le cinéma national correspond à un contenu premium. Cette situation résulte de la force des films français en salle mais aussi de l'abondance de la production et de la spécificité de son mode de financement (la chaîne Canal + étant le principal contributeur). L'intégration verticale est donc plus forte que dans les autres pays puisqu'elle se prolonge partiellement, et au moins au plan de la solidarité financière, sur l'activité de production et, le cas échéant, de distribution cinématographique. Les opérateurs du secteur du cinéma ont indiqué leur souhait de ne pas voir perturber cet équilibre et donc de préserver les particularités de la chaîne premium Canal + (auto-distribution exclusive) afin de garantir le niveau des investissements dans les contenus.

601. En second lieu, on observe, en 2006, un dynamisme particulier du marché français des services sur l'ADSL (Internet, téléphonie fixe, télévision et/ou offres multi-play). La France est le premier marché européen pour la télévision sur ADSL et un abonné sur deux en Europe est français : 1,5 millions sur 3 millions. De plus, ce secteur des multiservices sur ADSL est lui-même très concurrentiel avec trois acteurs majeurs (France Télécom, Free et Neuf Cegetel) et de nouveaux entrants puissants (Deutsche Telekom et Telecom Italia).

602. C'est dans ce cadre particulier que doit être envisagé un ensemble de remèdes pertinents qui devront s'inscrire dans une vision globale et cohérente de l'évolution du secteur et des modes de concurrence qui peuvent s'y instaurer.

603. Pour fixer le cadre des remèdes adaptés, il faut d'abord tenir compte du fait que l'opération de concentration intervient à un moment d'évolution rapide du secteur. Le modèle économique traditionnel de la télévision à accès payant - que l'on peut présenter comme un modèle mono-service distribué par le satellite et le câble, proposant une offre de télévision en service linéaire plutôt positionnée en moyen et haut de gamme - doit s'adapter aux innovations technologiques et à leurs effets sur le marché : multiplication (et début de banalisation) des chaînes thématiques gratuites grâce à la TNT, augmentation des débits disponibles sur les réseaux filaires, introduction de l'interactivité et appétence des consommateurs pour des offres plus personnalisées comme la VoD, ces innovations étant elles-même liées à l'apparition de nouveaux acteurs, issus du secteur des communications électroniques, adoptant des stratégies multiservices (offres couplées comprenant l'accès à Internet, la téléphonie fixe et mobile, la télévision).

604. Ce contexte riche de potentialité mais encore incertain doit conduire les autorités de concurrence à rechercher des remèdes susceptibles de laisser une marge suffisante au marché pour mettre en place les nouveaux modèles économiques qui résulteront de la rencontre des marchés des télécommunications et de ceux de l'audiovisuel, sans privilégier à l'excès un seul scénario d'évolution. La nature des pressions concurrentielles qu'exerceront entre eux les opérateurs de ces marchés est pour l'heure difficile à cerner. De même, il apparaît difficile de

prévoir avec certitude la durée de la période transitoire durant laquelle les différents modèles cohabiteront.

605. Le second constat décisif pour définir les remèdes adaptés est celui de la prééminence à moyen terme de l'opérateur intégré verticalement du fait même de cette intégration. L'analyse concurrentielle ainsi que les enseignements tirés de l'observation du marché français et des principaux marchés européens montrent que la constitution et le développement d'un nouvel opérateur intégré par entrée progressive sur les marchés amont et croissance interne vers l'aval est, en soi, extrêmement difficile, et *a fortiori* si le nouvel entrant doit gagner des clients contre un opérateur dominant déjà présent sur toute la chaîne.

606. En effet, l'acquisition de contenus très attractifs, moteurs d'abonnement, n'est financièrement supportable qu'avec une perspective d'amortissement sur une base d'abonnés importante. Cependant, cette base ne peut être constituée que progressivement en offrant des programmes attractifs et en maîtrisant la relation contractuelle avec l'abonné, élément clé de l'efficacité d'une politique commerciale et de recrutement efficace.

607. Ce constat doit conduire les autorités de concurrence à rechercher des remèdes immédiatement opératoires sur tous les segments de la chaîne, sans imaginer qu'ouvrir un seul des marchés permettrait à un nouvel opérateur de surmonter l'ensemble des barrières à l'entrée. Il serait en effet illusoire d'attendre de la concurrence aval entre simples transporteurs des bouquets de l'opérateur dominant ou entre distributeurs des éditeurs indépendants dans leur périmètre résiduel qu'elle puisse se propager après l'opération vers les marchés amont et exercer une pression effective sur l'opérateur intégré. Inversement, l'état actuel du marché des contenus et de l'édition montre que les éditeurs indépendants, peu nombreux, fragiles et dépendants de l'opérateur dominant pour leurs débouchés, ne sont pas en mesure d'alimenter un marché de gros des chaînes thématiques de nature à permettre l'apparition de distributeurs indépendants de télévision payante.

608. Il faut, à ce propos, noter que l'opérateur historique, GCP, n'a pu se construire progressivement par croissance interne qu'en bénéficiant d'une situation de monopole et de coûts d'accès aux contenus beaucoup plus faibles qu'aujourd'hui. De même, le développement du câble, d'ailleurs très relatif en France en comparaison de beaucoup d'autres pays de niveau économique comparable, s'est opéré sans investissement dans les contenus et l'édition, en s'appuyant sur le monopole de la diffusion analogique de bouquets multi-chaînes dans les zones urbaines.

609. Par ailleurs, il faut tenir compte de la situation de marché actuelle qui résulte de l'histoire de la télévision payante en France et qui se caractérise par de fortes asymétries des opérateurs :

- le couple satellite - diffusion hertzienne, axe historique de développement de GCP, détient un avantage concurrentiel en termes de couverture du territoire et en contenu premium, mais un désavantage du point de vue de l'interactivité et de la capacité à proposer une offre multiservices (télévision/ Internet /téléphonie) ;
- le câble détient un avantage pour les contenus (toutes les chaînes y sont disponibles) et a la capacité d'offrir de l'interactivité et le multiservices, mais ne permet de servir que 40% de la population à moyen terme, ce qui constitue un handicap structurel ;
- l'ADSL est avantagé du point de vue de l'interactivité et de l'offre multiservices, qui est son axe de développement naturel et sa couverture géographique, complémentaire du satellite, est meilleure que celle du câble, mais il a beaucoup de retard en richesse de contenu puisqu'il est aujourd'hui essentiellement transporteur et non distributeur.

610. Différents modèles industriels peuvent en théorie prévaloir dans un tel contexte, en tenant compte des particularités de l'organisation verticale des différents marchés.

611. Le plus concurrentiel serait celui où, sur le marché amont, les offreurs en concurrence vendent leurs droits aux éditeurs de chaînes, qui à leur tour se font concurrence pour les acquérir et composer des programmes. A l'étage suivant, les distributeurs assemblent les chaînes en

bouquets ou les offrent à l'unité, et les proposent aux consommateurs. Enfin, les consommateurs choisissent à la fois le mode d'accès aux chaînes (câble, satellite, ADSL) et les contenus. Dans ce schéma théorique, chaque type d'acheteur sur les marchés amont et intermédiaires est en concurrence avec les autres pour se procurer droits et chaînes, et proposer une offre originale, et ces opérateurs se font ensuite concurrence sur le marché aval pour attirer les téléspectateurs. Ce modèle est très éloigné des situations réelles observées dans les différents pays.

612. Un autre modèle est celui où chaque type d'opérateur est intégré verticalement. Chaque distributeur compose ses bouquets à partir des chaînes qu'il édite et des droits dont il se porte acquéreur. Dans ce cas, la concurrence se joue essentiellement sur le marché amont où, pour composer leurs offres originales, les opérateurs sont en concurrence pour certains droits (films, droits sportifs, etc.) et sur le marché aval. La rivalité entre GCP et TPS relevait en partie de cette organisation et le projet de concentration notifié, qui y met fin, conduit à s'interroger sur la viabilité de ce modèle.

613. Le type d'organisation qui pourrait se mettre en place à court terme, au lendemain de l'opération de concentration, est un « *modèle mixte* » : une structure dominante, intégrant verticalement des contenus premiums (droits sportifs essentiels et films à succès en première fenêtre), des chaînes thématiques et le satellite, principal canal de distribution de la télévision payante en termes de base installée, coexiste avec d'autres offreurs qui ne sont présents qu'à un seul étage de la chaîne verticale, celui de la distribution (câblo-opérateurs, opérateurs proposant des offres « triple play »).

614. Dès lors, le problème concurrentiel que pose une telle structure est celui des possibilités pour ces différents distributeurs d'offrir des contenus suffisamment attractifs pour créer une réelle concurrence entre les différentes plates-formes aux yeux des consommateurs.

615. Là encore différentes déclinaisons du *modèle mixte* peuvent a priori être envisagées.

616. Dans la première, on pourrait tout d'abord imaginer que parmi ces différents distributeurs, certains seront susceptibles de devenir eux-mêmes éditeurs de chaînes et s'intégrer verticalement. Il s'agit donc d'un modèle de concurrence « mimétique » qui verrait s'affronter GCP et un nouvel opérateur intégré (ou plusieurs mais c'est peu vraisemblable), probablement adossé à un opérateur de télécommunications. Ce modèle transposerait sur un mode inter plate-forme (satellite contre ADSL) le mode de concurrence intra plate-forme qu'animait TPS sur le satellite.

617. Ce modèle présente plusieurs inconvénients du point de vue de l'analyse prospective de la concentration.

618. D'abord, il conduit paradoxalement à chercher à « reconstituer TPS », ce qui conduirait à renoncer aux avantages du regroupement pour le consommateur, puisque la bataille pour l'obtention des exclusivités conduirait à un nouvel éclatement des contenus les plus attractifs entre plusieurs plates-formes incompatibles.

619. Il suppose aussi de fixer les remèdes dans le but de favoriser l'apparition rapide d'un hypothétique challenger issu des télécommunications et sans expérience dans les métiers de contenus. Comme il a été démontré auparavant, cette possibilité est très réduite à court terme du fait des importantes barrières à l'entrée qui bloquent l'accès à une telle activité, au changement de « métier » qu'une telle opération suppose, et ceci rend très peu vraisemblable un scénario dans lequel un opérateur ADSL ou un câblo-opérateur serait capable d'intégrer verticalement lui-même ces différentes fonctions. Parier sur une telle évolution serait d'autant plus incertain que le précédent de TPS montre que même des spécialistes reconnus des marchés de la télévision comme TF1 et M6 n'ont pu durablement soutenir ce mode de concurrence mimétique après dix ans d'efforts.

620. Enfin, le choix de proposer des remèdes pour soutenir l'apparition de ce modèle serait presque paradoxal puisque, pour rester cohérent, il devrait conduire à favoriser la vente de

TPS à un nouvel entrant plutôt qu'à l'opérateur dominant et donc conduire à l'interdiction de l'opération.

621. Une seconde déclinaison du *modèle mixte* consiste à généraliser aux opérateurs ADSL le modèle historique des câblo-opérateurs, en ouvrant largement le marché de gros des chaînes et en favorisant l'apparition de nouveaux distributeurs. C'est celui qui résulterait des propositions faites, avec des nuances, par le CSA et l'ARCEP.

622. Cette option est beaucoup plus cohérente car elle tire les conclusions de l'échec de TPS et s'appuie sur la dynamique actuelle du marché qui est celle des nouveaux modes de distribution. Malgré ses avantages, elle présente certains inconvénients et pourrait paraître prématurée au stade actuel de développement des marchés.

623. Tout d'abord, elle remet largement en cause le modèle économique sur lequel repose l'entité fusionnée, celui de l'intégration verticale et de l'exclusivité. Or, les remèdes à la concentration, s'ils doivent répondre aux problèmes créés sur le marché, doivent également préserver la valeur économique de cette offre intégrée qui s'est construite avec de lourds investissements. Cette préservation devrait conduire à limiter le périmètre du dégroupage des bouquets offerts par l'entité issue de la fusion.

624. Ensuite, sur un plan plus prospectif, le choix d'instaurer un marché de gros des chaînes aussi large que possible, intégrant notamment l'ensemble des chaînes de la nouvelle entité, conduit, implicitement, à renoncer à une véritable concurrence sur les marchés amont. Il est en effet peu probable qu'une situation initiale dans laquelle tous les distributeurs se font concurrence sur des offres, dont la caractéristique sera l'absence de différenciation sur les contenus et la réplicabilité, puisse facilement évoluer vers un modèle où quelques-uns de ces distributeurs, probablement les plus puissants, décident d'aller vers un modèle intégré.

625. En effet, dans ce schéma, les difficultés mentionnées pour la première déclinaison du *modèle mixte* demeurent mais avec l'inconvénient supplémentaire que les incitations économiques pour décider d'affronter ces difficultés sont faibles, le marché de gros, totalement ouvert, offrant déjà l'ensemble des contenus disponibles. L'investissement dans les contenus que le candidat à l'intégration verticale devrait consentir immédiatement, sans garantie d'amortissement rapide, lui donnerait, en outre, à court terme, un désavantage par rapport aux distributeurs non intégrés.

626. Enfin, une telle évolution, si elle réussissait, serait de nature à remettre en cause les obligations de mise à disposition de chaînes aux distributeurs imposées à l'opérateur de satellite en monopole. Il est donc probable que ce modèle ne pourrait fonctionner de manière stable qu'en s'accommodant d'une très faible concurrence sur les marchés amont, avec un seul détenteur des droits et des chaînes premium, voire un seul éditeur dominant : l'opérateur intégré.

627. La question de l'efficacité d'un tel modèle se pose alors. Pour y répondre, on peut renvoyer aux observations faites à propos d'autres marchés marqués par la présence d'un opérateur verticalement intégré, fortement dominant ou en monopole sur un des segments de la chaîne verticale. Une des solutions possibles pour ouvrir de tels secteurs à la concurrence ou pour la rétablir est de soumettre le segment en monopole à des règles d'accès égalitaire afin de déplacer la compétition sur les segments ouverts à la concurrence comme la distribution et les marchés de détail en général. Ce choix de s'opposer aux effets de l'intégration verticale en imposant l'accès « dégroupé » aux différents étages de la structure est typique de la réflexion menée sur l'économie des réseaux (énergie, eau, télécoms, transports). Il conduirait au « dégroupage » ou à la « désagrégation » des bouquets pour alimenter le marché de gros de la distribution.

628. Mais ce remède demande en général une régulation assez forte du segment en monopole non seulement sur le contrôle de l'accès lui-même mais aussi sur les prix. Or, en l'espèce, le segment en monopole serait celui de l'édition et des contenus, et singulièrement des contenus premium, c'est-à-dire ceux dont les prix sont les plus fluctuants et donc les moins faciles à

surveiller. Or, l'absence de régulation de ces prix pourrait laisser au monopoleur le bénéfice d'une rente sur la détention des contenus et de l'édition en imposant des prix de gros élevés sans subir de concurrence au niveau du marché de détail tout en réduisant les marges des distributeurs.

629. La doctrine économique, abondante sur ces sujets, a également montré que la désintégration verticale d'industries dans lesquelles cette intégration est source d'efficacité peut conduire à affaiblir exagérément les incitations économiques des opérateurs. On ne peut notamment exclure un risque de désinvestissement dans les contenus du fait de la faiblesse de la compétition sur les segments amont. Ainsi, l'atteinte portée au modèle économique de l'entité fusionnée ne se traduirait pas nécessairement par un gain pour le consommateur.

630. Pour toutes ces raisons, le Conseil préfère favoriser une troisième déclinaison du *modèle mixte* basée sur la concurrence asymétrique de distributeurs partiellement intégrés et tirant tous les avantages des plates-formes techniques où ils sont actifs. Cette solution est également la plus ouverte puisqu'elle n'impose pas un scénario unique de concurrence qui rigidifierait à l'excès l'avenir du marché et lui laisse, au contraire, la souplesse suffisante pour dégager spontanément les modèles économiques les plus efficaces.

631. On pourrait ainsi voir se dessiner une structure de marché dans laquelle coexistent différents types d'offres : une ou plusieurs offres verticalement intégrées avec des contenus exclusifs (principalement celle de l'entité fusionnée) ; et des offres de distributeurs, groupées (type triple play ou dans le futur quadruple play) ou non, émanant principalement de câblo-opérateurs ou d'opérateurs de télécommunications, incluant des contenus ou des chaînes achetés sur un marché de gros concurrentiel et offerts de façon soit exclusive soit non exclusive par chaque distributeur.

632. Le Conseil considère également qu'un des objectifs recherchés par les remèdes proposés doit être l'amélioration du bien-être global du consommateur. A cet égard, chercher à rétablir la concurrence en se concentrant sur le seul segment premium et haut de gamme, qui touche actuellement une dizaine de millions de ménages, serait insuffisant. Il convient également de rechercher une croissance du marché par un élargissement vers des consommateurs nouveaux, notamment en explorant la demande avec des offres de plus bas prix ou positionnées sur le milieu de gamme ou bien encore fortement marquées par l'interactivité et la programmation à la carte. Cet axe de développement est plus facilement accessible à des nouveaux entrants et de nature à augmenter rapidement le bien-être des consommateurs en servant une demande encore exclue du marché par le niveau actuel des prix.

633. Cette solution suppose que les distributeurs puissent acheter, en amont, des chaînes et des droits leurs permettant de composer des offres attractives. Les différents remèdes à la concentration doivent donc viser à la création d'un marché de gros sur lequel ces différents contenus puissent s'échanger. Ceci demande nécessairement la rupture de certaines exclusivités afin de rendre des contenus existants accessibles.

634. Les remèdes qui sont explicités ci-après ont pour objectif de permettre l'accès à des contenus « libres » d'exclusivité pour les opérateurs alternatifs à l'entité fusionnée sans pour autant amoindrir l'intérêt économique de l'opération. Ils doivent garantir une pression concurrentielle effective pendant la période transitoire puis permettre le développement, à moyen terme, de modèles économiques adaptés de la part des opérateurs de télécommunications et des câblo-opérateurs. A cet effet, deux objectifs principaux doivent être recherchés :

- créer un marché de gros des chaînes payantes suffisamment riche, varié, pérenne, et soutenu par une proportion significative d'éditeurs indépendants de l'opérateur dominant, de manière à alimenter la concurrence entre distributeurs ;

– préserver un secteur de l'édition indépendante en lui assurant un accès aux contenus et des débouchés suffisants sur le marché de gros comme sur la plate-forme de l'opérateur dominant.

B. LES REMÈDES NÉCESSAIRES

1. SUR LES MARCHÉS INTERMÉDIAIRES

a) La concurrence des distributeurs indépendants

635. La concurrence des distributeurs indépendants ne peut être maintenue que si ceux-ci sont à même de proposer une offre de télévision payante attractive.

636. Au vu des éléments recueillis par l'instruction et lors de l'audition des témoins en séance, le Conseil considère qu'une offre concurrentielle de télévision payante est actuellement composée des éléments essentiels suivants : (i) une chaînes premium ou offrant des contenus premium, (ii) un ensemble complet de chaînes thématiques à forte attractivité c'est-à-dire des chaînes cinéma, sport, information et jeunesse, (iii) un complément de chaînes thématiques à plus faible attractivité et substituables les unes aux autres (documentaire, musique, généralistes et mini-généralistes, fiction, etc.), et (iv) des services de paiement à l'acte (PPV et VoD).

637. Toutefois, il est possible d'identifier les contours d'offres alternatives futures. A titre d'illustration, une de ces offres pourrait, à terme et potentiellement, être composée de quelques chaînes à forte attractivité (premium, cinéma récent et/ou sport), VoD et PPV renforcée (formatée telle une offre de télévision payante, autour de thématiques), un bouquet varié de chaînes et une offre multi-play. La configuration de cette offre résulterait des avantages comparatifs détenus par les autres acteurs (opérateurs ADSL ou câblo-opérateurs), c'est-à-dire des offres triple play (ou quadruple play) et des services non linéaires (VoD) que ne détient pas la nouvelle entité.

638. Si cette offre alternative n'a pas émergé à ce jour, il convient de l'envisager dans l'analyse des engagements, notamment au travers du potentiel des chaînes VoD et PPV et des clauses de rendez-vous destinées à tenir compte de l'évolution effective du marché.

639. Sur chacun des marchés intermédiaires où l'opération conduit à un renforcement susceptible d'évincer les distributeurs indépendants, des remèdes doivent permettre la création de chaînes concurrentes et, pour la phase précédant une telle création, la mise à disposition d'une chaîne afin que les distributeurs puissent les intégrer dans leur offre.

(i) Remèdes destinés à permettre la création de chaînes

640. Les remèdes destinés à permettre la création de chaînes concurrentes portent essentiellement sur l'accès aux droits, et plus particulièrement aux droits cinématographiques et sportifs qui sont les deux types de contenus télévisuels à forte attractivité.

S'agissant des droits cinématographiques

641. Pour les films américains récents, il conviendrait que les parties s'engagent :
- pour les contrats cadre ou « *output deals* » futurs, à limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement automatique (remède nécessaire n° 1 – Annexe I) ;
- pour les contrats cadre ou « *output deals* » en cours concernant les droits PPV ou VoD et prévoyant une exploitation exclusive, à entamer des négociations de bonne foi avec les

détenteurs de droits pour obtenir la possibilité d'exploiter ces droits sur une base non exclusive (remède nécessaire n° 2 – Annexe I).

642. […].

643. Pour les films français récents, il conviendrait que les parties s'engagent :
- à ne pas conclure de contrats cadre ou « d'output deals » avec les producteurs français (remède nécessaire n° 3 – Annexe I) ;
- pour les contrats en cours, à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir de leurs cocontractants de ne pas exploiter en exclusivité (sous licence) les droits PPV et VoD des films à venir et ne pas acquérir ni exploiter, les droits PPV et VoD en exclusivité (remède nécessaire n° 4 – Annexe I) ;
- à ne pas acquérir de droits PPV et VoD en exclusivité (remède nécessaire n° 5 – Annexe I) ;
- à négocier séparément les contrats d'acquisition des différents types et formes de droits de diffusion et d'exploitation (VoD, PPV, 1ère fenêtre, etc.), sans possibilité d'achat groupé (remède nécessaire n° 6 – Annexe I).

644. […].

645. Pour les droits catalogues, il conviendrait que les parties ouvrent le marché et leur catalogue à la fois pour l'exploitation non linéaire (VoD et PPV) et pour l'exploitation linéaire par les chaînes thématiques (les œuvres catalogues sont les œuvres ayant fait l'objet d'une sortie nationale en salles en France depuis plus de 36 mois ; outre ce délai minimal, lorsqu'il s'agit d'une œuvre préfinancée par un éditeur de service de télévision, elle ne devient une œuvre de catalogue que 30 jours après sa première diffusion sur ce service). Il conviendrait donc que les parties s'engagent :
- sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits d'exploitation non linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en ferait la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché équitables et non discriminatoires (remède nécessaire n° 7 – Annexe I) ;
- sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits d'exploitation linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en ferait la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché équitables et non discriminatoires (remède nécessaire n° 8 – Annexe I).

646. […].

647. En matière de droits cinématographiques, les divergences portent donc essentiellement sur la durée des engagements relatifs à la VoD et au PPV (remèdes nécessaires n° 5 et 7). Les parties considèrent que les incertitudes sur l'évolution de ces marchés ne leur permettent de renoncer aux exclusivités que pour une période de 18 mois, renouvelable une fois. Cette proposition est cependant insuffisante car elle fait peser une menace sur la pérennité des opérateurs de VoD dont l'existence est liée à l'accès au marché de gros. Il semble plus efficace que l'opérateur dominant, leader sur le marché, affiche une politique pérenne de refus des exclusivités, de nature à rassurer le marché, et de prévoir une clause de sauvegarde (ou clause de rendez-vous) permettant de lever cette restriction si les nouveaux entrants décident de s'orienter dans la voie des exclusivités. L'existence de cette clause de sauvegarde devrait avoir un effet dissuasif sur ces opérateurs, qui ne sont pas tous en mesure de soutenir les surenchères inévitables en cas de compétition pour l'obtention des exclusivités.

S'agissant des droits sportifs

648. Il conviendrait que les parties s'engagent, pour les contrats futurs, à limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans (remède nécessaire n° 9 – Annexe I).

649. Si les parties ont reconnu la nécessité d'un tel engagement, elles l'ont rendu inopérant en le limitant aux évènements sportifs réguliers et nationaux […]Elles excluent en effet du champ de l'engagement les droits télévisuels sur les championnats de football étrangers et sur une grande partie des évènements attractifs non qualifiés d'évènements d'importance majeure, marchés sur lesquels la nouvelle entité sera en situation de quasi-monopsone.

(ii) Remèdes destinés à permettre la création d'un marché de gros

Les condition générales

♦ Les bénéficiaires

650. Les remèdes doivent bénéficier à tous les distributeurs qui constitueront le côté de la demande sur le marché de gros. En pratique, les remèdes devraient bénéficier aux opérateurs de télécommunications et aux opérateurs satellite à l'exception des câblo-opérateurs et des distributeurs sur la TNT. En effet, les câblo-opérateurs bénéficient dès à présent de clauses plus favorables que les remèdes envisagés et l'organisation de la TNT est soumise à un régime d'autorisation par le CSA.

651. Dès lors que les parties excluent de leurs engagements les opérateurs satellite ([…]), le Conseil les considère, à ce titre, comme insuffisants.

♦ Le choix des chaînes

652. Il s'agit de permettre la création et la distribution de bouquets concurrents en ouvrant l'ensemble des marchés thématiques indispensables pour assurer la variété et l'attractivité du marché de gros, à savoir les contenus premium, cinéma, sport, information et jeunesse.

653. 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 et de n'imposer à la nouvelle entité la mise à disposition sur le marché de gros que des chaînes acquises à l'occasion de la concentration dans les thématiques sensibles : premium, cinéma, sport, information et jeunesse (remède nécessaire n° 10 – Annexe I). Le privilège de la distribution exclusive devrait donc se limiter aux chaînes dont la nouvelle entité assume le risque et le coût d'édition. Cette limitation est nécessaire pour respecter le principe de proportion des remèdes imposés aux parties notifiantes, dont les intérêts patrimoniaux ne doivent être remis en cause au-delà de ce qui est nécessaire pour répondre aux problèmes de concurrence identifiés.

654. En revanche, il est nécessaire d'éviter que la nouvelle entité bénéficie d'un accès exclusif à une partie des chaînes de ses actionnaires minoritaires et à des chaînes détenues par des éditeurs tiers. En effet, les actionnaires minoritaires, c'est-à-dire les groupes TF1, M6 et Lagardère, sont des opérateurs majeurs du marché de l'édition et il ne paraît pas justifié de construire un marché de gros en se privant de leurs chaînes, dont la notoriété et l'audience sont souvent importantes. Il en va de même pour les chaînes d'éditeurs tiers, par exemple celles du groupe Disney (remède nécessaire n° 11 – Annexe I).

655. La réalisation de cet objectif est rendue difficile par le fait qu'aucun engagement ne peut être directement imposé aux actionnaires minoritaires, qui ne sont pas des parties notifiantes, et encore moins aux tiers. Toutefois, il est possible d'imposer à la nouvelle entité l'obligation de dénouer les exclusivités dont elle bénéficie ou pourrait bénéficier sur les chaînes qu'elle n'édite pas elle-même. Il pourrait également lui être demandé de faire ses meilleurs efforts pour obtenir la possibilité de sous-licencier, sur le marché de gros, les chaînes pour lesquelles elle bénéficie d'une distribution exclusive (remède nécessaire n° 11 – Annexe I).

656. Ces dispositions seraient de nature à inciter les éditeurs tiers à rechercher la plus large diffusion à leurs chaînes en les proposant sur le marché de gros. En cas d'échec, constaté dans un délai donné, des négociations avec les cocontractants tant sur l'exclusivité que sur la sous-

licence, il pourrait être imposé à la nouvelle entité de mettre à la disposition des autres distributeurs une chaîne lui appartenant pour pallier une restriction de l'offre sur le marché de gros (remèdes nécessaires n° 11 et 12 – Annexe I).

657. […].

658. Les parties ont proposé de mettre à disposition sur le marché de gros plusieurs chaînes, dont TPS Star […]. Une telle proposition pourrait répondre aux préoccupations identifiées sur la thématique « premium », sous la réserve que :
   - les déclinaisons de TPS Star soient également mises sur le marché de gros ;
   - soit intégrée à TPS Star une partie des programmes sportifs premium (la chaîne n'en détient plus actuellement) et dont les contours devront être précisément définis ;
   - la qualité premium des programmes soit maintenue.

659. Sur le marché des chaînes cinéma, les parties proposent la mise à disposition de TPS CinéStar et de TPS CinéCulte […]. Cette proposition ne pourrait répondre que partiellement aux préoccupations identifiées, sous réserve de l'encadrement de la programmation, notamment du nombre de films récents. On ne voit pas pour quel motif, cette offre devrait écarter une partie de l'ensemble de l'offre actuelle de chaînes cinéma proposée par TPS. D'autre part, dans la mesure où TPS CinéStar est une déclinaison de la chaîne TPS Star, sa mise à disposition ne pourrait répondre à l'objectif de mettre à disposition sur le marché de gros à la fois une chaîne premium avec ses déclinaisons et un ensemble complet et cohérent de chaînes cinéma nécessaires à l'offre d'un distributeur.

660. Sur le marché des chaînes de sport, aucune chaîne ne sera acquise à l'occasion de l'opération. Toutefois, la chaîne EuroSport, détenu par un actionnaire minoritaire devrait être, du fait des dispositions du protocole CERES, proposée en exclusivité dans l'offre de la nouvelle entité. Conformément au principe général exposé plus haut, cette exclusivité devrait être dénoncée ou, à tout le moins, la nouvelle entité devrait offrir à son cocontractant la possibilité de sortir sans pénalité et à tout moment de cette exclusivité qui ne devrait pas être renouvelée. En particulier, cette dernière option pourrait présenter des garanties, en termes de maintien de la qualité du contenu.

661. On ne peut, néanmoins, exclure que le groupe TF1 souhaite confirmer l'exclusivité et refuse de proposer EuroSport sur le marché de gros. Dans cette hypothèse, il conviendrait d'accepter, en solution de repli, les engagements proposés par les parties notifiantes de mettre à disposition Sport+, chaîne qui n'a pas été apportée par l'opération, mais qui pourrait fournir une alternative de nature à permettre l'accès par les distributeurs indépendants à une chaîne de sport attractive sur le marché de gros […].

662. Sur le marché des chaînes d'information, l'accès par les distributeurs indépendants à la chaîne LCI qui, par l'effet de l'opération, du fait des dispositions du protocole CERES, serait en exclusivité dans l'offre de la nouvelle entité, devrait être autorisé dans les mêmes conditions que celles décrites au point 660 ci-dessus s'agissant des chaînes de sport.

663. Sur le marché des chaînes jeunesse, il faudrait imposer à la nouvelle entité de mettre à disposition les chaînes apportées par l'opération et les chaînes détenues par les actionnaires minoritaires ou par des tiers, dans les mêmes conditions que celles décrites ci-dessus s'agissant des chaînes de sport et d'information.

664. En résumé, […]. Le Conseil juge indispensable de créer un marché de gros suffisamment riche, qui comprenne toutes les chaînes disponibles à l'exception de celles éditées en propre par GCP avant l'opération et dont les intérêts patrimoniaux doivent être préservés.

665. Au contraire, les parties proposent, de manière beaucoup plus limitative, de mettre à disposition un certain nombre de chaînes attractives, non pas pour favoriser l'émergence d'un marché de gros pérenne, mais seulement pour permettre aux nouveaux distributeurs de disposer, à titre transitoire, d'une offre immédiatement commercialisable en attendant de constituer leur propre bouquet propriétaire.

666. Cette divergence est cruciale puisque la position des parties conduit à privilégier à court terme un scénario, celui de l'intégration verticale des futurs concurrents, alors que le Conseil estime que le succès de cette option est peu probable à court ou moyen terme et considère, à tout le moins, qu'elle ne doit pas être privilégiée par rapport aux autres modes d'équilibre du marché, notamment le développement de purs distributeurs proposant des offres multiservices constituées à partir d'un marché de gros commun.

667. Par ailleurs, sur le marché des chaînes premium, les parties ont proposé de prendre un engagement de mise à disposition de la chaîne Canal + sur toutes les plates-formes sur le mode transport, la chaîne demeurant en auto-distribution […] et de ne pas imposer la distribution couplée du service Canal + avec ses bouquets multi-chaînes […].

668. De tels engagements doivent être retenus en ce qu'ils préviennent le risque de distorsion qui pourrait résulter d'une mise à disposition sélective de la chaîne Canal + et de ses déclinaisons, leaders sur le marché des chaînes premium. Mais, s'ils sont un préalable indispensable, ils ne peuvent répondre à eux seuls aux préoccupations identifiées, dès lors que la chaîne, proposée en auto-distribution, ne pourra s'intégrer directement dans l'offre agrégée des distributeurs, qui seraient en réalité co-distributeurs avec la nouvelle entité.

669. Le Conseil de la concurrence insiste sur le caractère indispensable des remèdes, relatifs au choix des chaînes, proposés ci-avant. Si ces derniers ne pouvaient être imposés ou acceptés dans leur totalité, il faudrait alors envisager la possibilité d'exiger, de la part des parties, la renonciation aux clauses d'exclusivité […] qui les lient à TF1 et M6 dans le protocole CERES.

♦ Les conditions de mise à disposition des chaînes

670. Le bon fonctionnement du marché de gros nécessite que les conditions commerciales retenues par la nouvelle entité pour l'alimenter avec certaines des chaînes qu'elle détient soient de nature à faciliter les transactions commerciales entre éditeurs et distributeurs et non à les entraver ou à les déséquilibrer au profit de la nouvelle entité.

671. Il conviendrait, à cet effet, que les parties s'engagent à :
- mettre à la disposition de tout distributeur qui en ferait la demande, s'agissant des chaînes visées par les engagements retenus pour la constitution du marché de gros, chaîne par chaîne, sous la réserve des chaînes proposées par lots indissociables, tel que proposé actuellement auprès des câblo-opérateurs, par exemple les déclinaisons de chaînes cinéma ou de TPS Star (remèdes nécessaires n° 15 et 16 – Annexe I) ;
- soumettre cette mise à disposition à des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, ces conditions portant notamment sur les tarifs et les modalités techniques, notamment, pour les systèmes de cryptage et l'accès conditionnel (remède nécessaire n° 17 – Annexe I) ;
- 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 (remède nécessaire n° 18 – Annexe I) ;

672. […].

Les conditions particulières pour les câblo-opérateurs

673. Il conviendrait que les parties s'engagent à maintenir en l'état les contrats liant la nouvelle entité avec les câblo-opérateurs en métropole jusqu'à leur expiration (remède nécessaire n° 19 – Annexe I) et, à l'expiration de ces contrats, à les renégocier de bonne foi pour une durée équivalente dans des conditions de marché usuelles et dans des conditions équivalentes d'accessibilité aux chaînes (remède nécessaire n° 20 – Annexe I).

674. […]

675. En effet, les parties proposent, à l'échéance des contrats des câblo-opérateurs, de les renégocier à « *des conditions de marché usuelles* ». Cette formulation est ambiguë car on ne sait pas si elle signifie « usuelle avec les câblo-opérateurs », c'est-à-dire avec un accès à l'intégralité des chaînes ou « usuelle avec les autres opérateurs », c'est-à-dire avec un alignement des conditions faites aux câblo-opérateurs sur celles des opérateurs ADSL, c'est à dire avec un accès limité au marché de gros.

676. Seule la première interprétation est acceptable. En effet, la concentration ne doit avoir pour effet immédiat ou à terme de dégrader les conditions commerciales des 2 millions d'abonnés à la télévision payante par câble. La force et l'intérêt de l'offre des câblo-opérateurs est d'être universelle et totalement ouverte depuis l'origine de la télévision payante. Tous les éditeurs ont accès au câble qui assure également le service public d'antenne dans certains immeubles collectifs.

677. Dès lors qu'il n'existe aucune raison objective de revenir sur ces conditions historiques et tant que les câblo-opérateurs s'en tiennent à leur activité de distributeur universel et ne s'engagent pas dans une politique d'intégration verticale destinée à se réserver certains contenus en exclusivité, la nouvelle entité doit s'engager de manière pérenne à ne pas dégrader leurs conditions d'activité et rectifier la rédaction de son engagement en ce sens.

Les conditions particulières pour la TNT

678. Il conviendrait que les parties s'engagent à renoncer à toute distribution en exclusivité sur la TNT, de chaînes thématiques éditées par les parties (Planète, TPS Star) ou par actionnaires minoritaires et les tiers (AB1, EuroSport, LCI, Paris Première, TF6, Canal J) (remède nécessaire n° 21 – Annexe I).

679. Il conviendrait que les parties s'engagent à prévoir une mise à disposition non exclusive et sur une base unitaire de toutes les chaînes de la TNT que la nouvelle entité contrôle ou contrôlera, à l'exclusion de Canal+ et ses déclinaisons, et de faire droit à toute demande raisonnable de tout distributeur déclaré auprès du CSA à des conditions équitables de marché et non discriminatoires (remède nécessaire n° 22 – Annexe I).

680. […] il conviendrait, s'agissant des chaînes des actionnaires minoritaires ou des éditeurs indépendants, que les parties s'engagent à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir de leurs co-contractants le droit de sous-licencier ces chaînes à tout distributeur déclaré auprès du CSA faisant une demande raisonnable, et à des conditions équitables de marché et non discriminatoires (remède nécessaire n° 23 – Annexe I).

Dans les DOM

681. Il conviendrait que les parties s'engagent à reconduire le contrat de Parabole Réunion expirant le 31 décembre 2009, dans des conditions au moins aussi favorables que les conditions actuelles (remède nécessaire n° 24 – Annexe I).

682. Il conviendrait que les parties s'engagent à reconduire le ou les contrats liant la nouvelle entité avec le câblo-opérateur actif aux Antilles dans des conditions au moins aussi favorables que les conditions actuelles (remède nécessaire n° 25 – Annexe I).

683. […].

b) La concurrence des chaînes indépendantes

(i) Remèdes portant sur la reprise des chaînes

684. Il conviendrait que les parties s'engagent à reprendre une proportion minimale de chaînes indépendantes conventionnées par le CSA en langue française sur le satellite, par rapport à l'ensemble des chaînes conventionnées par le CSA en langue française et distribuées par la

nouvelle entité. Cette proportion devra être calculée sur la base d'une combinaison de critères comme le chiffre d'affaires, le nombre et l'audience des chaînes indépendantes du bouquet actuel constaté au moment de l'opération. Les chaînes indépendantes prises en compte s'entendent comme celles qui ne sont pas contrôlées, directement ou indirectement, par les actionnaires de la nouvelle entité détenant au moins 5% de son capital (remède nécessaire n° 26 – Annexe I).

685. Les parties proposent de retenir un quota de […]% de chaînes indépendantes calculé en nombre de chaînes […]. Or ce critère peut présenter des inconvénients puisqu'il permettrait à la nouvelle entité de remplir ses obligations en saturant le quota de chaînes indépendantes avec des chaînes de faible attractivité et barrer ainsi l'accès à sa plate-forme à des chaînes qui seraient en concurrence directe avec ses propres programmes. Toutefois, l'utilisation des deux autres critères n'est pas non plus entièrement satisfaisante. L'audience est, en effet, difficile à mesurer et le chiffre d'affaires est un critère qui peut conduire à remplir le quota avec un faible nombre de chaînes à fort budget. Une pondération des trois critères pourrait donc neutraliser ces différents inconvénients. A toutes fins utiles, il convient de noter que le CSA estime le quota actuel de chaînes indépendantes à 15% calculé en chiffre d'affaires.

686. Dans cette optique, lorsqu'elles recevront une demande raisonnable de reprise d'une chaîne indépendante, les parties devront s'engager (remède nécessaire n° 27 – Annexe I) :
- à répondre sous bref délai à cette demande ;
- en cas d'acceptation, à conclure un accord de distribution au plus tard dans les trois mois, dans des conditions équitables de marché et non discriminatoires ;
- en cas de refus motivé, à proposer l'option suivante :
  (i) une distribution dans son offre en option ;
  (ii) un transport à la charge de l'éditeur avec les chaînes gratuites ;
  (iii) en cas de désaccord persistant, à confier le règlement du litige à un tiers indépendant, qui pourrait utilement être le CSA.

687. […].

(ii) Remèdes portant sur les conditions de reprise des chaînes

688. Il conviendrait que les parties s'engagent 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 (remède nécessaire n° 28 – Annexe I) :
- l'accès,
- les rémunérations,
- les modalités techniques (de sorte, notamment, à permettre la liberté de choix par les éditeurs de leur système de cryptage, de protection des droits, et de transport),
- l'exposition de la chaîne (campagnes publicitaires, exposition dans le guide de programme, numérotation, etc.) sous réserve des contraintes techniques inhérentes à certains dispositifs.

689. […].

690. […]il conviendrait d'obtenir des garanties sur la gestion du plan de numérotation des chaînes pour lesquels aucun remède n'a été proposé. Sans remettre en cause la possibilité des opérateurs de proposer une numérotation des chaînes qu'ils distribuent, il convient de s'assurer que le plan de numérotation ainsi fixé sera cohérent, non discriminatoire et stable, notamment pour les chaînes de la TNT qui disposent d'un classement par genre fixé par le CSA, qu'il convient de respecter.

691. La publication des principes de construction du plan de numérotation est notamment rendue nécessaire par le fait que la nouvelle entité aura probablement à mettre en cohérence les bouquets fusionnés par la suppression ou le rapprochement de certaines thématiques, ce qui pourrait l'amener à revoir son plan de numérotation.

692. Cet objectif est d'autant plus crucial que les actionnaires minoritaires de la nouvelle entité sont présents sur le marché de la télévision gratuite, sur lequel les opérateurs tirent leurs ressources du marché publicitaire. Les désavantages d'exposition que leurs concurrents non liés à la nouvelle entité auraient à subir du fait d'un plan de numérotation inadapté, instable ou discriminatoire, seraient susceptibles de fausser la concurrence sur le marché de la télévision gratuite.

693. Il convient également de prévoir une durée raisonnable des contrats (remède nécessaire n° 29 – Annexe I), […]

694. […], il pourrait être envisagé d'interdire à l'entité fusionnée de conditionner la distribution d'une chaîne à la signature d'un contrat de location de capacité satellite, et de rendre les contrats de distribution et de prestation de services additionnels effectivement dissociables et susceptibles d'être dénoncés de façon unilatérale par l'éditeur, sous bref préavis (remède nécessaire n° 30 – Annexe I).

695. Par ailleurs, l'équilibre des négociations commerciales serait mieux assuré si les parties s'engageaient à ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes indépendantes, et, en tant que de besoin, à faire leurs meilleurs efforts pour renégocier les durées des droits exclusifs existants dont la durée paraîtrait manifestement trop longue. En cas d'exclusivité demandée par la chaîne, le contrat devra néanmoins prévoir les conditions de basculement vers une distribution non-exclusive (remède nécessaire n° 31 – Annexe I).

696. S'agissant des conditions de forme, le respect des engagements serait plus aisé à contrôler si les parties pouvaient s'engager (remède nécessaire n° 32 – Annexe I) à :
- formaliser (en précisant les différents niveaux de partenariat possibles – diffusion simple, accord de distribution, accès aux chaînes, etc. – ainsi que les modalités techniques et tarifaires) la distribution de cette offre d'accès aux chaînes, au travers par exemple d'une grille ou d'un catalogue des conditions d'accès ;
- publier ses conditions générales techniques, commerciales (notamment campagnes publicitaires, exposition dans le guide de programme, numérotation, etc.) et tarifaires applicables à la distribution, à la diffusion et au transport des chaînes indépendantes.

697. Bien que non proposés par les parties, les engagements exposés aux paragraphes 695 et 696 ci-dessus sont de nature à éviter des contentieux futurs entre éditeurs indépendants et distributeur dominant et à faciliter le règlement des différends. Il semble donc nécessaire de les demander sous une forme dont la rédaction peut être discutée avec les parties.

2. SUR LES MARCHÉS AMONT

698. Il conviendrait que les parties s'engagent à garantir l'absence de discrimination entre les producteurs français dans des conditions qui devront être précisées (remède nécessaire n° 33 – Annexe I). […] les modalités exactes de cet engagement, qui touche aussi au fonctionnement de marchés connexes du cinéma qui n'ont pas été examinés dans le cadre du présent avis, devront être précisées par la décision du ministre.

3. SUR LES MARCHÉS AVAL

699. Il conviendrait que les parties s'engagent (remèdes nécessaires n° 34 et 35 – Annexe I) :
- à maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la nouvelle entité ;
- à prévoir la possibilité pour les abonnés 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. Dans cette hypothèse, la nouvelle entité informera ses abonnés de cette possibilité.

700. […].

4. SUR LA DIFFUSION TECHNIQUE PAR SATELLITE

701. En cas de migration vers une seule position satellitaire, il conviendrait que les parties s'engagent (remèdes nécessaires n° 36 et 37 – Annexe I) :
   - à rendre publique la date de cette migration au moins 6 mois avant sa mise en œuvre. En cas de migration des clients résidentiels vers une seule plate-forme, la nouvelle entité ne mettra pas à la charge de ses abonnés les coûts relatifs à la réorientation des antennes.
   - à mettre en concurrence, par un mécanisme ouvert et transparent, les différents opérateurs de satellite en cas de choix d'un opérateur unique.

702. […].

5. LES REMÈDES D'ORDRE GÉNÉRAL ET LA DURÉE

a) Mandataire indépendant et suivi des engagements

703. Le suivi des engagements devra être pris en charge par un mandataire indépendant choisi par le ministre, qui pourrait utilement être le CSA (remède nécessaire n° 38 – Annexe I). A cet égard, le Conseil insiste sur l'urgence de la publication du décret qui doit être pris en application de l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la communication (modifiée et complétée), permettant au CSA de régler des différends entre distributeurs et éditeurs de produits audiovisuels.

704. Ce mandataire devra avoir accès à toutes les informations utiles pour l'exécution de sa mission (remède nécessaire n° 39 – Annexe I).

705. Les autorités de concurrence doivent pouvoir contrôler le suivi des engagements à tout moment, à leur initiative ou sur demande d'un tiers, et sur la base de clauses de rendez-vous (remède nécessaire n° 41 – Annexe I).

706. […].

707. Afin de permettre au mandataire et aux autorités de concurrence le contrôle du respect des engagements, notamment ceux relatifs aux rémunérations des chaînes indépendantes ou des parties, les coûts de la nouvelle entité devront faire l'objet d'une comptabilité analytique respectant les principes de continuité et de stabilité des méthodes comptables (remède nécessaire n° 40 – Annexe I). Cet engagement […] est indispensable pour le contrôle futur des marchés.

b) Délai

708. Les parties proposent de prendre leurs engagements pour une durée de 3 ans à compter de la date d'autorisation par le ministre, durée initiale qui pourrait être prorogée d'une durée maximale de deux ans supplémentaires selon la situation de la concurrence. Ils proposent également d'aménager ou de supprimer les engagements n° 24 à 28 relatifs à leurs relations avec les éditeurs indépendants pour la reprise des chaînes en cas de modification du cadre réglementaire sur ce sujet […].

709. Cette proposition est insuffisante car elle suppose que les relations commerciales qui se seraient nouées pendant la période transitoire de 3 ou 5 ans pourraient être remises en cause à

leur terme, ce qui pourrait entraîner la rupture des équilibres de marché résultant des conditions fixées lors de l'acceptation de l'opération.

710. Or, les enseignements tirés du fonctionnement des marchés des télécommunications ou du parcours de TPS sur le marché de la télévision payante montrent que la durée nécessaire pour ouvrir et stabiliser un marché de services dominé par un opérateur historique puissant, disposant d'une base d'abonnés sans commune mesure avec celles de ses concurrents, peut demander un délai supérieur à 3 ou 5 ans.

711. Il paraît, en conséquence, plus prudent et plus efficace, pour garantir l'effectivité des remèdes mis en place, de ne pas spécifier la durée des engagements, tout en prévoyant les modalités de sortie des obligations qu'ils prévoient en fonction de l'évolution du marché (remède nécessaire n° 42 – Annexe I) :

- une première clause de rendez-vous au bout de 3 ans, date à laquelle les parties pourront demander la levée de tout ou partie des engagements si elles sont en mesure de justifier d'une évolution significative de la situation concurrentielle sur les marchés en cause.
- au-delà de cette date, la possibilité pour les parties de demander, à tout moment, la levée totale ou partielle des engagements dans les mêmes conditions que celles qui viennent d'être énoncées au point précédent.

Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence est d'avis :

Que sous réserve de l'application de l'ensemble des remèdes énumérés dans le présent avis, dont un grand nombre ont été acceptés par les parties notifiantes sous la forme d'engagements, la concentration résultant de l'acquisition de TPS et de CanalSatellite par Vivendi Universal / Groupe Canal Plus n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Le Breton, Mme Nouët et M. Lescop, par M. Lasserre, Président, Mme Aubert, Mme Perrot et M. Nasse, vice-Présidents, Mme Pinot, M. Piot, M. Combe et M. Honorat, membres.

Le rapporteur général,	Le président,
Thierry Dahan	Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence

Affaire n° 06/0034 A – TPS-CanalSatellite/Vivendi Universal-Groupe Canal Plus

ANNEXE I

REMÈDES NECESSAIRES

I - REMÈDES SUR LES MARCHÉS INTERMÉDIAIRES

A - Remèdes au risque d'éviction des distributeurs tiers

1° - L'accès aux droits pour créer des chaînes

a - Les droits cinématographiques

i) Films américains récents

1. Pour les contrats cadre ou « *output deals* » futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans, sans renouvellement automatique.
2. Pour les contrats cadre ou « *output deals* » en cours concernant les droits PPV ou VoD et prévoyant une exploitation exclusive, entamer des négociations de bonne foi avec les détenteurs de droits pour obtenir la possibilité d'exploiter ces droits sur une base non exclusive.

ii) Films Français récents

3. Ne pas conclure de contrats cadre ou « *output deals* » avec les producteurs français.
4. Pour les contrats en cours, faire ses meilleurs efforts pour obtenir de leur cocontractants de ne pas exploiter en exclusivité (sous licence) les droits PPV et VoD des films à venir.
5. Ne pas acquérir ni exploiter, les droits PPV et VoD en exclusivité.
6. Négocier séparément les contrats d'acquisition des différents types et formes de droits de diffusion et d'exploitation (VoD, PPV, 1ère fenêtre, etc…), sans possibilité d'achat groupé.

iii) Droits catalogues

7. Sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits d'exploitation non linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en fera la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché normales et non discriminatoires.
8. Sous réserve du respect des droits de propriété intellectuelle, à céder les droits d'exploitation linéaire (actuel ou futur) des films français et étrangers du catalogue de la nouvelle entité à toute plate-forme de distribution qui en fera la demande, sur une base non exclusive, dans des conditions de marché normales et non discriminatoires.

b - Les droits sportifs

9. Pour les contrats futurs, limiter la durée des contrats avec les détenteurs de droits à trois ans.

2° - La mise à disposition de chaînes

a - A tous les distributeurs (sauf TNT et Câblo opérateurs)

i) Les chaînes concernées

10. Mise à disposition non exclusive sur le marché de gros :
    - **a.** de la chaîne premium apportée à la nouvelle entité par la concentration.
    - **b.** des chaînes cinéma apportées à la nouvelle entité par la concentration.
    - **c.** des chaînes de sport généraliste apportées à la nouvelle entité par la concentration.
    - **d.** de la chaîne d'information apportée à la nouvelle entité par la concentration.
    - **e.** des chaînes jeunesse apportées à la nouvelle entité par la concentration.
11. Dans le cas d'une mise à disposition d'une chaîne n'appartenant pas à la nouvelle entité, qu'elle soit détenue par des actionnaires minoritaires ou par des tiers, obtenir la levée de l'exclusivité de distribution de cette chaîne et faire ses meilleurs efforts pour obtenir des cocontractants la sous-licence de cette chaîne, à tout distributeur tiers qui en ferait la demande, dans des conditions objectives, transparentes et non-discriminatoires. En cas d'échec des négociations avec les cocontractants, mise à disposition d'une chaîne appartenant à la nouvelle entité.
12. Dans le cas d'une mise à disposition d'une chaîne appartenant à la nouvelle entité, garantir le maintient de la qualité des chaînes mises à disposition des tiers, sur la base de critères objectifs facilement identifiables vérifiables.
13. Distribuer le service Canal+ Le Bouquet (en auto distribution) sur toutes les plates-formes de services audiovisuels (satellite, câble, ADSL, TNT) qui en feraient la demande dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, sans imposer de technologie d'accès conditionnel particulière, sous réserve du respect du cahier des charges de Canal + relatif aux conditions de qualité de service, de sécurité et de dispositif antipiratage par les opérateurs concernés.
14. Ne pas imposer la distribution couplée du service Canal + Le Bouquet avec la distribution des offres multi-chaînes de la nouvelle entité.

ii) Les conditions d'accès aux chaînes

Pour les chaînes concernées et plus généralement pour toutes les chaînes éditées par la nouvelle entité et proposées librement par celle-ci aux distributeurs tiers.

15. Prévoir une mise à disposition chaîne à chaîne (sous la réserve des chaînes proposées par lots indissociables, tel que proposé actuellement auprès des câblo-opérateurs, notamment, s'agissant par exemple des déclinaisons de chaînes cinéma ou de TPS Star).
16. Prévoir une mise à disposition à tout distributeur qui en ferait la demande, s'agissant des chaînes visées par les engagements proposés.
17. Prévoir une mise à disposition dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, ces conditions portant notamment sur les tarifs, les modalités techniques (notamment, pour les systèmes de cryptage, la protection des droits, et la gestion du plan de numérotation).
18. 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).

b - Aux câblo-opérateurs

19. Maintenir en l'état les contrats liant la nouvelle entité avec les câblo-opérateurs en métropole jusqu'à leur expiration.
20. A l'expiration de ces contrats, les renégocier de bonne foi pour une durée équivalente dans des conditions de marché usuelles et dans des conditions équivalentes d'accessibilité aux chaînes.

c - Aux distributeurs TNT

21. Renoncer à toute distribution exclusive, sur la TNT, des chaînes thématiques éditées par les parties (Planète, TPS Star) ou par actionnaires minoritaires et les tiers (AB1, EuroSport, LCI, Paris Première, TF6, Canal J).
22. Prévoir une mise à disposition non exclusive, et sur une base unitaire, de toutes les chaînes TNT que la nouvelle entité contrôle (ou contrôlera), à l'exclusion de Canal+ et de ses déclinaisons, répondant à toute demande raisonnable de tout distributeur déclaré auprès du CSA, dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires (conditions précisées ci-avant pour les autres opérateurs).
23. Pour les chaînes indépendantes que la nouvelle entité distribue en exclusivité, faire ses meilleurs efforts pour obtenir des cocontractants la levée de l'exclusivité de distribution de cette chaîne et la sous-licence de cette chaîne à tout distributeur tiers qui en ferait la demande, dans des conditions objectives, transparentes et non-discriminatoires.

d - Dans les DOM

24. Reconduire le contrat de Parabole Réunion expirant le 31 décembre 2009, dans des conditions au moins aussi favorables que les conditions actuelles.
25. Reconduire le contrat liant la nouvelle entité avec l'opérateur d'Antilles-Guyane, dans des conditions au moins aussi favorables que les conditions actuelles.

B - Remèdes au risque d'éviction des éditeurs indépendants

1° - La reprise des chaînes indépendantes

26. Reprendre une proportion minimale de chaînes indépendantes conventionnées par le CSA en langue française sur le satellite, par rapport à l'ensemble des chaînes conventionnées par le CSA en langue française. Cette proportion devra être calculée sur la base d'une combinaison de critères comme le chiffre d'affaires, le nombre et l'audience des chaînes indépendantes du bouquet actuel constaté au moment de l'opération. Les chaînes indépendantes prises en compte s'entendent de celles qui ne sont pas contrôlées, directement ou indirectement, par les actionnaires de la nouvelle entité détenant au moins 5% de son capital.
27. Faire droit à toute demande raisonnable de référencement d'une chaîne indépendante (dont la définition sera précisée notamment au regard des liens capitalistiques et des éventuels partenariats contractuels de long terme avec la nouvelle entité), à concurrence de 15% tel que calculé à l'engagement précédent. Pour cela prévoir :
    a. l'obligation pour la nouvelle entité de répondre sous bref délai à toute demande de reprise émanant d'une chaîne indépendante,
    b. en cas d'acceptation, lui présenter une offre à des conditions transparent, objectives et non discriminatoires ; sur la base de cette offre, un accord de distribution sera conclu au plus tard sous trois mois.
    c. en cas de refus motivé, l'option suivante est proposée aux chaînes indépendantes :

i) une distribution sous la forme d'option « à la carte » (possibilité de s'abonner individuellement à la chaîne, indépendamment des bouquets proposés par l'opérateur) ;

ii) une distribution à titre gratuit, la chaîne étant ainsi référencée dans l'offre de chaînes gratuites du bouquet de la nouvelle entité (le coût de diffusion restant à la charge de la chaîne) ;

iii) en cas de désaccord persistant, le règlement du litige sera confié à un mandataire qui pourrait utilement être le CSA.

2° - Les conditions de reprise des chaînes indépendantes

28. 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
    c. les modalités techniques (de sorte, notamment, à permettre la liberté de choix par les éditeurs de leur système de cryptage, de protection des droits, et de transport)
    d. exposition de la chaîne (campagnes publicitaires, exposition dans le guide de programme, numérotation, etc.) sous réserve des contraintes techniques inhérentes à certains dispositifs.

29. Proposer une durée raisonnable de contrats.
30. Organiser la séparation des fonctions et contrats de transporteur et de distributeur, proposées par la nouvelle entité (prestation de transport associée au contrat de distribution) dans ses relations avec l'éditeur. Il pourrait être envisagé d'interdire à l'entité fusionnée de conditionner la distribution d'une chaîne à la signature d'un contrat de location de capacité satellite, et de rendre les contrats de distribution et de prestation de services additionnels effectivement dissociables et susceptibles d'être dénoncés de façon unilatérale par l'éditeur, sous bref préavis.
31. Ne pas exiger de droits exclusifs de distribution de chaînes indépendantes, et en tant que de besoin, faire ses meilleurs efforts pour renégocier les durées des droits exclusifs existants dont la durée serait manifestement trop longue ; en cas d'exclusivité demandée par la chaîne, le contrat devra prévoir les conditions de basculement vers une distribution non-exclusive.
32. S'agissant des conditions de forme :
    a. formaliser (en précisant les différents niveaux de partenariat possibles – diffusion simple, accord de distribution, accès aux chaînes, etc. – ainsi que les modalités techniques et tarifaires) la distribution cette offre d'accès aux chaînes, au travers par exemple d'une grille ou d'un catalogue des conditions d'accès

    b. publier ses conditions générales techniques, commerciales (notamment campagnes publicitaires, exposition dans le guide de programme, numérotation, etc.) et tarifaires applicables à la distribution, à la diffusion et au transport des chaînes indépendantes.

II - REMÈDES SUR LES AUTRE MARCHÉS

A - Sur les marchés amont de la production et des droits cinématographiques sur les films français récents

33. Garantir l'absence de discrimination entre les producteurs.

B - Sur les marchés avals

34. Maintenir une tarification uniforme sur le territoire métropolitain pour chacune des offres commerciales de la nouvelle entité.
35. Prévoir la possibilité pour les abonnés 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 ; dans cette hypothèse, informera les abonnés de cette possibilité.

C - Sur la diffusion technique par satellite

En cas de migration vers une seule position satellitaire, la nouvelle entité devrait s'engager à :

36. Rendre publique la date de cette migration au moins 6 mois avant l'opération, notamment afin de permettre aux câblo-opérateurs et aux opérateurs ADSL d'adapter leur tête de réseau. En cas de migration des clients résidentiels vers une seule plate-forme il conviendra de ne pas imposer aux abonnées la prise en charge des coûts de cette migration ;
37. Prévoir un dispositif de mise en concurrence des différents opérateurs de satellite, en cas de choix d'un opérateur unique.

III - REMÈDES D'ORDRE GÉNÉRAL

1° - Mandataire indépendant

38. Le suivi des engagements devra être pris en charge par un mandataire indépendant (trustee), qui pourrait utilement être le CSA.
39. Ce mandataire devra avoir accès à toutes les informations utiles pour l'exécution de sa mission

2° - Séparation comptable

40. Afin de permettre au mandataire le contrôle du respect des engagements, notamment ceux relatifs aux rémunérations des chaînes indépendantes ou des parties, les coûts de la nouvelle entité devront être isolés dans la comptabilité.

3° - Suivi des engagements/Délai

41. Les autorités de concurrence doivent pouvoir contrôler le suivi des engagements à tout moment, à leur initiative ou sur demande d'un tiers, et sur la base de clauses de rendez-vous.
42. L'ensemble des engagements est pris pour une durée de 3 ans. Au-delà de cette date, les parties pourront demander, à tout moment, la levée totale ou partielle des engagements si elles sont en mesure de justifier une évolution significative de la situation concurrentielle sur les marchés en cause.

Annexe II [CONFIDENTIEL]

[…]