

Avis n° 2008-0017
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 8 janvier 2008
relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence
portant sur la demande de mesures conservatoires présentée
par l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de
télécommunications relatives à des pratiques
mises en œuvre par les groupes France Télécom et France Télévisions

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Vu la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication,

Vu le code des postes et des communications électroniques, et notamment son article L. 36-10,

Vu l'avis n° 04-72 de l'Autorité en date du 15 janvier 2004 relatif aux demandes d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Iliad et Free d'une part, et LDCOM et 9 Télécom d'autre part, relatives à des pratiques qui concernent le secteur de la télévision sur ADSL,

Vu l'avis n° 06-0528 de l'Autorité en date du 23 mai 2006 relatif à une demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence portant sur les concentrations constituées par l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal dans le secteur de la télévision payante,

Vu la saisine du Conseil de la concurrence par l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications, enregistrée le 8 octobre 2007 et référencée 07/0069F et 07/0070M,

Vu la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur la saisine de l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications, enregistrée par l'Autorité le 19 novembre 2007,

Après en avoir délibéré le 8 janvier 2008,

I. Objet de la saisine

I - 1 Présentation des parties

L'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (ci-après dénommée « AFORS Télécom ») regroupe des opérateurs alternatifs tels que le groupe Neuf Cegetel, Telecom Italia France, SFR et Bouygues Télécom.

Le groupe France Télécom est désigné opérateur exerçant une influence significative sur les marchés de gros du haut débit (dégrouper de la boucle locale, offres d'accès large bande livrées au niveau régional). L'opérateur historique commercialise ses offres haut débit de détail sous la marque Orange qui est devenue en 2006 la marque unique du groupe France Télécom pour tous les services de téléphonie mobile, de télévision, d'Internet ainsi que les services numériques sur les principaux marchés où le groupe opère.

Le groupe France Télévisions rassemble les chaînes du service public de la télévision, à savoir notamment France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô. Diversifiées, les activités du groupe s'articulent autour de plusieurs pôles : les chaînes de service public, RFO, les chaînes thématiques (EuroNews, Planète Thalassa, Ma Planète, Mezzo, Gulli), la production cinématographique, l'édition et la distribution, la publicité et le multimédia. France Télévisions détient également des participations dans plusieurs sociétés : CFI, TV5, Arte et Médiamétrie. Le groupe a signé avec l'Etat un contrat d'objectifs et de moyens qui définit l'exigence éditoriale et fixe le cadre de développement du groupe pour la période 2006/2010.

I - 2 Pratiques dénoncées par l'AFORS Télécom

Le 8 octobre 2007, l'AFORS Télécom a saisi le Conseil de la concurrence à l'encontre des pratiques des groupes France Télécom et France Télévisions qu'elle estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce d'une part, et des articles 81 et 82 du Traité CE d'autre part. Elle considère en l'espèce que l'exclusivité conclue entre France Télévisions et France Télécom pour la fourniture d'un service de télévision de rattrapage présente un caractère manifestement anticoncurrentiel.

Sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité CE, l'AFORS Télécom reproche à France Télévisions et à France Télécom de s'être entendues de façon illicite en réservant à France Télécom la distribution du service de télévision de rattrapage pour les programmes de l'audiovisuel public. Elle reproche en outre à France Télévisions d'être à l'initiative d'une entente horizontale avec les producteurs indépendants, dont l'objet ou l'effet serait de fermer l'accès à ces marchés.

Par ailleurs, sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du Traité CE, l'AFORS Télécom dénonce le fait pour France Télévisions de subordonner la vente de son service de télévision de rattrapage à la souscription d'un abonnement aux offres multiservices d'Orange. Elle lui reproche en outre d'avoir négocié avec France Télécom dans des conditions non transparentes et discriminatoires.

De même, la requérante reproche à France Télécom de subordonner la proposition du service de télévision de rattrapage portant sur les contenus de France Télévisions à la souscription d'un abonnement à ses offres multiservices. Elle lui reproche par ailleurs d'avoir négocié avec France Télévisions dans des conditions non transparentes et discriminatoires.

I - 3 Demandes formulées par l'AFORS Télécom

Demandes au fond

L'AFORS Télécom demande au Conseil de la concurrence d'infliger à France Télévisions et à France Télécom une sanction pécuniaire pour avoir enfreint les dispositions précitées.

La requérante demande au Conseil d'enjoindre à France Télévisions de mettre un terme au caractère exclusif du partenariat conclu avec France Télécom et de lui interdire de proposer des accords d'exclusivité similaires en raison des droits spéciaux dont le groupe public bénéficie. Elle demande enfin à ce que soit prononcée une injonction de ne proposer aucun partenariat à un tiers portant sur les émissions qu'il produit ou coproduit, sans organiser de procédure transparente et objective permettant à tous les acteurs intéressés d'en bénéficier.

L'AFORS Télécom demande au Conseil de la concurrence d'enjoindre à France Télécom de renoncer au caractère exclusif du partenariat conclu avec France Télévisions et « *de ne proposer aucun service additionnel qui ne soit subordonné à la souscription d'une offre d'accès multiservices, sauf pour elle à démontrer son caractère intrinsèquement indissociable* ».

Demandes de mesures conservatoires

Considérant que les pratiques dénoncées ci-avant portent une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur et à l'intérêt des consommateurs, l'AFORS Télécom demande au Conseil de la concurrence de prononcer à l'encontre de France Télévisions et de France Télécom les mesures conservatoires suivantes sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce :

- la suspension du caractère exclusif du partenariat qui les lie dans l'attente de la décision au fond et de refuser toute proposition d'exclusivité que pourraient faire les producteurs ou coproducteurs d'émissions relevant du champ du service de télévision à la demande de France Télévisions dans la tranche 18h-24h ;
- l'interdiction d'offrir au consommateur un service de télévision à la demande tant que France Télévisions n'aura pas signé avec au moins un autre opérateur proposant des offres multiservices une convention lui permettant d'offrir un service de télévision de rattrapage identique à celui faisant l'objet du partenariat avec France Télévisions et ce, dans des conditions objectives, non discriminatoires et selon un tarif raisonnable ;
- l'obligation de rendre compte du respect de ces injonctions dans un délai d'un mois au plus tard à compter de la notification de la décision à rendre par le Conseil, dans le cadre d'une clause de rendez-vous.

La requérante demande par ailleurs au Conseil d'ordonner à France Télévisions de proposer, dans des conditions non discriminatoires et transparentes, à tout opérateur le souhaitant, la possibilité d'acquérir les mêmes droits de diffusion que ceux offerts à France Télécom dans le cadre du partenariat qui la lie à France Télévisions et d'engager des négociations avec l'ensemble des opérateurs qui le souhaitent.

II. Présentation de l'accord en discussion

Il convient d'indiquer qu'au moment de la saisine de l'ARCEP par le Conseil de la concurrence, l'accord objet du présent litige n'était pas formellement conclu.

Au vu des informations dont dispose l'Autorité, le partenariat conclu entre France Télévisions et France Télécom a pour objet d'encadrer la fourniture exclusive par France Télécom d'un service de télévision de rattrapage à ses abonnés. Le partenariat est pluriannuel mais sa durée exacte n'est pas connue. Il porterait sur les principaux programmes des cinq chaînes du groupe (France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô), vraisemblablement sur ceux diffusés entre 18 heures et minuit.

Il s'agit d'une part des programmes de flux (magazine, émission de divertissement), disponibles pendant 7 jours à compter de leur diffusion, et d'autre part, des programmes de stock (séries, fictions et documentaires) disponibles de 7 à 30 jours à compter de leur diffusion. Par ailleurs, les œuvres cinématographiques ne seront pas disponibles en télévision de rattrapage, sur aucun support, alors que l'information nationale et régionale, disponible dans l'offre de rattrapage, ne fait pas l'objet d'une distribution exclusive par France Télécom.

Ces programmes seraient disponibles sur la télévision et sur mobile pour les clients Orange, ils devraient également être disponibles sur le site internet d'Orange. Le communiqué de presse commun du 2 juillet 2007 indique que France Télévisions continuera néanmoins à proposer ses contenus sur son site internet francetvod.fr.

Au-delà de ces éléments, plusieurs précisions pourraient être demandées par Conseil de la concurrence. Tout d'abord la durée du partenariat. Si l'accord est pluriannuel, l'appréciation de la pratique mise en cause implique de connaître précisément cette information.

S'agissant par ailleurs de la disponibilité des programmes sur l'écran d'ordinateur, il paraît pertinent de vérifier dans quelle mesure les clients des plateformes de diffusion, alternatives à celle d'Orange haut débit, peuvent accéder aux contenus visés par l'accord, au cours de la période de 7 à 30 jours sur laquelle porte l'exclusivité.

En outre, si l'octroi de l'exclusivité sur l'écran de télévision vise les réseaux ADSL, rien n'indique si celle-ci s'applique également aux réseaux câblés et aux réseaux en fibre optique. S'agissant toujours des terminaux, le Conseil pourrait utilement demander aux partenaires s'il est possible que d'autres terminaux, comme des baladeurs vidéo, entrent dans le périmètre de l'exclusivité.

Enfin, il conviendrait de vérifier s'il existe, dans le cadre de ce partenariat, un avantage quelconque à être client d'Orange à la fois en ADSL et en mobile.

III. Définition du service de télévision de rattrapage

III - 1 Du point de vue technique

Le service de télévision de rattrapage consiste à permettre aux téléspectateurs de visionner un programme qu'ils auraient manqué ou qu'ils souhaiteraient revoir. D'un point technique, une telle offre fonctionne de la même manière qu'un service de vidéo à la demande, elle n'implique d'ailleurs pas d'investissements techniques spécifiques autre que l'augmentation de la capacité de stockage.

Les contenus sont stockés sur des serveurs vidéo, eux-mêmes connectés aux réseaux du ou des opérateurs partenaires, ou faisant partie intégrante de celui-ci. Le client final par l'intermédiaire de sa « box », de son terminal mobile ou de son ordinateur, commande le contenu souhaité, celui-ci est alors mis à sa disposition soit en *streaming*, éventuellement pour une période étendue (24 heures par exemple), soit après téléchargement puis stockage sur son équipement terminal. Ce téléchargement peut n'être que temporaire.

La mise en œuvre technique de telles offres implique au moins deux pré-requis. Tout d'abord, le réseau de l'opérateur doit disposer d'une voie remontante afin que la commande du client puisse être acheminée. Par ailleurs, la bande passante dont bénéficie l'abonné doit être suffisante pour transporter le flux à la qualité requise (flux télévisuels en définition standard ou haute définition, Internet haut débit etc.). A défaut, le contenu doit pouvoir être stocké, au moins de façon transitoire. Il semble qu'à ce stade ces pré-requis techniques ne permettent pas aux offres de vidéo à la demande ou de télévision de rattrapage d'être accessibles *via* des plateformes satellitaires.

S'agissant des réseaux fixes, il convient par ailleurs de distinguer les offres disponibles sur le téléviseur de celles disponibles sur ordinateur. Ainsi dans le premier cas l'opérateur dimensionnera son réseau de sorte que la qualité de l'image soit équivalente à celle produite en diffusion hertzienne terrestre par exemple, et s'assurera par ailleurs, s'agissant d'un opérateur DSL, que le flux télévisuel soit protégé entre son dernier équipement actif, c'est à dire le DSLAM, et l'équipement terminal du client. Ainsi, en cas de congestion sur ce dernier segment, le flux télévisuel aura toujours une priorité supérieure aux flux Internet.

Les contenus des offres disponibles directement sur Internet sont quant à eux transportées sur les réseaux sans qu'aucune priorité ne leur soit accordée. Aussi, dès lors qu'ils ne sont disponibles qu'en *streaming*, la continuité du flux et la qualité de l'image ne peuvent être garanties. Les contenus ayant fait l'objet d'un paiement à l'acte sont donc généralement téléchargés totalement ou partiellement dans une mémoire tampon.

Il convient enfin d'ajouter que l'équipement naturel pour visionner des contenus produits par des professionnels (films de télévision, documentaires, séries etc.) demeure la télévision. Elle procure un confort supérieur à la consommation des mêmes contenus sur un ordinateur.

III - 2 Du point de vue juridique

Le service de communication électronique est défini au 6° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Il s'entend comme toute prestation qui, au moins à titre principal, permet l'émission, la transmission ou la réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons par voie électromagnétique. Sont exclus du champ de la définition, « *les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique* ». Par suite, ne sont pas visés les éditeurs de services de radio et de télévision et les distributeurs qui agrègent ces contenus sous la forme d'une offre de services accessible par voie hertzienne, par câble ou par satellite.

Ainsi, ces services de communications électroniques relèvent de la compétence de l'Autorité et sont soumis aux dispositions du code des postes et des communications électroniques.

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a apporté de nouvelles définitions, dont celle de la communication au public par voie électronique.

Ainsi, l'article 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication issu de cette loi dispose que la communication au public par voie électronique s'entend comme « *toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* »

Au regard des définitions juridiques susmentionnées, les services de télévision de rattrapage semblent relever de la « communication au public par voie électronique » telle que définie par l'article 1er de loi du 30 septembre 1986 modifiée précitée.

En l'état actuel du droit, ces services sont exclus du périmètre des services de communications électroniques et ne peuvent être qualifiés comme tels. Ils ne relèvent donc pas de la compétence de l'Autorité. Ces services sont soumis au droit usuel quant aux règles relatives à l'ordre public ou à la concurrence.

Par ailleurs, les modifications apportées à la directive 89/552/CEE « Télévision sans frontières » par la directive 2007/65/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2007 relative aux services de médias audiovisuels (JO n° L 332 du 18 décembre 2007) devraient modifier le régime juridique applicable aux services non linéaires, tels que les services audiovisuels à la demande comme la vidéo à la demande ou la télévision de rattrapage, pour le rapprocher du régime juridique des autres services audiovisuels.

En effet, le champ d'application de cette directive vise désormais à englober l'ensemble des services de médias audiovisuels, que sont les services linéaires et les services non linéaires. Seuls sont exclus la correspondance privée et les services dont le contenu audiovisuel est secondaire (sites Internet qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire).

L'ensemble de ces services de médias audiovisuel serait alors soumis à un socle de règles communes. Les services audiovisuels linéaires seront en plus soumis à des obligations de « deuxième niveau » similaires à celles qui figurent dans la directive « Télévision sans frontière ».

L'article 3 de cette nouvelle directive prévoit que les Etats membres doivent transposer et se conformer aux dispositions de cette directive au plus tard le 19 décembre 2009.

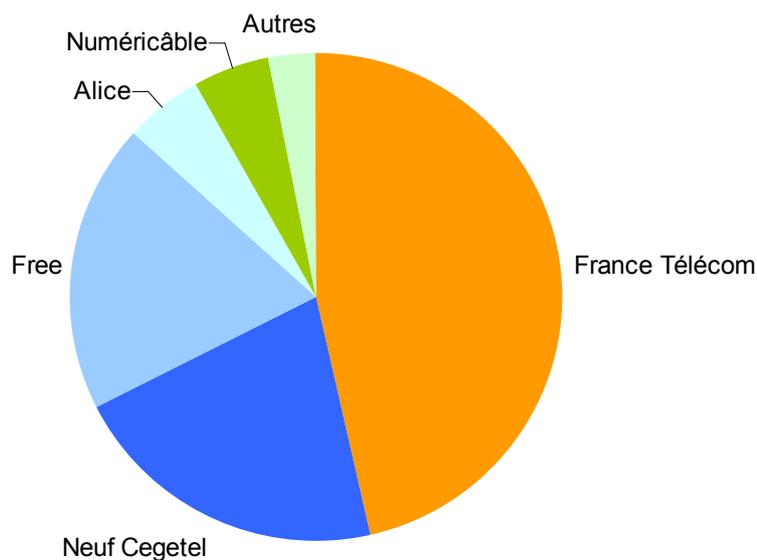
IV. Les marchés concernés

IV - 1 Le marché de la fourniture d'accès haut débit

S'agissant du marché du haut débit, les derniers chiffres de l'ECTA montrent que la France se situe avec 21,4 %, au 6ème rang européen en termes de pénétration du haut débit par habitant au premier trimestre 2007.

Sur le marché national, la typologie des acteurs présents sur la chaîne de valeur du haut débit a subi d'importants changements au cours des trois dernières années. Le marché s'est consolidé, tout particulièrement autour des opérateurs qui ont massivement raccordé les répartiteurs de France Télécom. Ceci s'est fait, dans un premier temps, aux dépens des purs fournisseurs d'accès à Internet qui ne disposaient pas de réseau et des opérateurs qui disposaient d'une faible base d'abonnés raccordés en propre. Ceci s'est notamment traduit par plusieurs opérations de concentration au cours des trois dernières années. Les dernières estimations de l'Autorité montrent que sur le marché de détail résidentiel du haut débit, au 1^{er} juillet 2007, les parts du marché des principaux acteurs sur le marché se déclinaient comme suit :

Part du marché de détail du haut débit résidentiel au 1^{er} juillet 2007



Source : ARCEP

Parallèlement à ce mouvement de concentration, la typologie des acteurs présents dans la chaîne de valeur a évolué au cours des dernières années : de nouveaux types d'acteurs ont récemment fait leur entrée dans le marché du haut débit.

Il s'agit d'abord de distributeurs, sur la base de partenariats avec des opérateurs. Darty s'est ainsi associé à Completel pour la fourniture d'offres résidentielles multiservices, commercialisées depuis le 31 octobre 2006. The Phone House a également commercialisé des offres ADSL à destination du marché résidentiel sur la base d'un partenariat avec Telecom Italia France. Il a cependant mis fin à cette activité au premier semestre 2007.

L'année 2007 marque également l'arrivée des opérateurs mobiles dans le marché du haut débit, en vue notamment de fournir des offres de convergence fixe-mobile. Ces offres combinent un accès au réseau mobile et au réseau haut débit, à la différence des offres purement mobiles de type « home zone » de SFR, qui présentent une tarification avantageuse lors d'une utilisation au domicile.

La Commission européenne a ainsi approuvé le rachat des activités de téléphonie fixe et d'accès à Internet de Tele2 France par SFR. Cet opérateur propose ainsi des offres de convergence sur la base du réseau de Tele2 et d'offres de gros commerciales souscrites auprès de Neuf Cegetel.

Bouygues Telecom a par ailleurs négocié avec Neuf Cegetel le rachat d'une partie des infrastructures de T-Online France, assorti d'une offre de gros commerciale. Bouygues Telecom souhaite proposer des offres convergentes sur le marché résidentiel à compter du premier trimestre 2008.

À noter que la société Axione, filiale du groupe Bouygues, est également présente dans le haut débit dans le cadre de réseaux d'initiative publique.

IV-2 Le marché de la fourniture d'accès haut débit aux offres multiservices

Ces trois dernières années, le marché de détail du haut débit résidentiel a été caractérisé par la généralisation des offres multiservices attractives et compétitives qui sont devenues le standard du marché. Les fournisseurs d'accès à Internet proposent quasi-systématiquement des offres dites multiservices, incluant notamment, outre l'accès à Internet, la téléphonie en voix sur large bande et sous certaines conditions d'éligibilité (zone géographique, longueur de ligne...), l'accès à des services audiovisuels (chaînes de télévision et vidéo à la demande).

Le nombre d'abonnements à un service de télévision par ADSL a plus que doublé en un an (près de 120 %) avec près de 3,8 millions d'abonnés à la fin du second trimestre 2007. La télévision par ADSL est aujourd'hui le principal vecteur de croissance de la télévision payante. En outre, la vidéo à la demande ne s'est significativement développée qu'avec les premières offres proposées par des FAI pour visualiser les programmes sur l'écran de télévision, alors que des offres existaient déjà depuis plusieurs mois sur Internet.

Les fournisseurs d'accès à Internet ne distribuent les services audiovisuels aujourd'hui que dans certaines zones. Il importe de noter que les opérateurs DSL ne peuvent à ce stade proposer ces services que là où ils ont raccordé en propre les répartiteurs de France Télécom. En effet, le dégroupage de la boucle locale est aujourd'hui la seule offre de gros qui permette techniquement à un opérateur de proposer un service de télévision par ADSL ou de vidéo à la demande, susceptibles d'être vus par le consommateur sur son poste de télévision dans une qualité standard, ou *a fortiori* en haute définition, ou en multiposte.

Si l'apparition de l'offre de gros d'ADSL nu de France Télécom (« DSL Access Only ») à l'été 2006 a contribué à l'uniformisation des offres haut débit sur l'ensemble du territoire, les services audiovisuels sur le poste de télévision ne sont quant à eux à ce stade pas accessibles pour les clients en zones non dégroupées.

Par conséquent, la mesure de la situation de concurrence que les opérateurs détiennent sur le marché de l'accès aux offres multiservices (incluant les services de télévision de rattrapage) doit nécessairement tenir compte des parts de marché des opérateurs en zones dégroupées.

La seule prise en compte des accès haut débit en zones éligibles au « triple play », qui représentent aujourd'hui environ 40 % de la population, est susceptible de modifier les parts de marché par rapport à celles constatées sur l'ensemble du marché de haut débit.

Cette situation pourrait prochainement évoluer. En effet, en premier lieu, l'extension du dégroupage, notamment grâce à l'offre LFO, va permettre d'étendre les zones éligibles aux offres de services audiovisuels par ADSL. En second lieu, dans sa consultation publique relative à l'analyse des marchés de gros du haut et du très haut débit, ouverte du 19 décembre 2007 au 1^{er} février 2008, l'Autorité envisage d'imposer à France Télécom l'obligation de négocier de bonne foi une prestation permettant aux opérateurs alternatifs d'utiliser ses offres d'accès haut débit activées livrées au niveau infranational pour construire leurs offres de services audiovisuels. Près de 70 % de la population pourrait ainsi accéder aux offres de contenus audiovisuels par ADSL.

Au vu des informations dont elle dispose, l'Autorité estime qu'Orange détiendrait à ce jour entre un tiers et la moitié des parts de marché pour les services de « triple play » au détail. Il convient de signaler que la télévision payante peut être diffusée par d'autres plateformes, qui cependant ne sont pas toutes adaptées à la télévision de rattrapage.

IV - 3 Le marché de la téléphonie mobile

À la fin du deuxième trimestre 2007, le nombre de clients à un service de téléphonie mobile a atteint 52,6 millions. La proportion de clients positionnés sur des formules forfaitaires (65,7 % à la fin du deuxième trimestre) continue de s'accroître. Par ailleurs, le nombre de clients utilisant les services multimédias des opérateurs mobiles (accès à des services de type « Internet mobiles », envoi de MMS...) était de 14,6 millions à la même période, soit 28 % des clients des opérateurs mobiles. Cette proportion, qui augmentait en 2004 et 2005, s'est stabilisée depuis le quatrième trimestre 2005.

Le revenu des services mobiles (téléphonie et transport de donnée) a atteint 4,4 milliards d'euros au premier trimestre 2007, en hausse de 6,3 % sur un an. Le revenu des services de transport de données sur réseau mobile (services de messagerie interpersonnelle, services d'accès à l'Internet mobile et services multimédias) représentait 627 millions d'euros au cours de la même période. La croissance du revenu de ces services (+18,6 % sur un an) restait nettement supérieure à celle du revenu des communications mobiles (+4,5 % sur un an). Il contribuait toutefois pour moins de 15 % à l'ensemble des revenus des services mobiles.

Au 31 décembre 2006, les parts de marché des trois opérateurs mobiles exploitant un réseau en métropole s'établissaient respectivement à 45,11 % pour Orange France, 34,59 % pour SFR et 17,51% pour Bouygues Telecom. De manière globale, les opérateurs virtuels se sont partagés au 31 décembre 2006 un parc global de près de 1 400 000 lignes représentant 2,79 % du parc national total.

V. Analyse de l'Autorité

Dans le cadre du présent avis, l'Autorité s'est attachée à examiner l'accord entre France Télévisions et France Télécom sous un angle concurrentiel. L'analyse n'aborde donc pas les questions qui pourraient être soulevées du fait du caractère de service public de la mission de France Télévisions, ces questions ne relevant pas de la compétence de l'Autorité.

V-1 La nécessaire mise en place de conditions de concurrence équitables du point de vue des contenus

Dans ses avis n° 04-72 du 15 janvier 2004 et n° 06-0528 du 23 mai 2006 susvisés, l'Autorité a eu l'occasion de souligner l'importance de l'accès équitable des opérateurs de communications électroniques aux contenus. Elle a en effet considéré qu'il était nécessaire de veiller à ce que les opérateurs alternatifs puissent proposer sur le marché résidentiel des offres compétitives en termes de contenus et que de telles offres permettraient en effet aux opérateurs du dégroupage :

- de partir sur une même ligne de départ que France Télécom sur ce service d'accès télévisuel par ADSL et de profiter des effets d'entraînement du succès de ces offres sur les marchés connexes du haut débit ;
- d'être en mesure de continuer à pouvoir migrer des clients depuis les offres de gros de France Télécom vers le dégroupage, et ce en proposant des alternatives attractives non plus seulement aux seules offres d'Internet à haut débit de France Télécom mais aussi à son offre de contenus télévisuels.

L'accent doit ainsi être mis sur le rôle significatif que jouent les offres de contenus des différents bouquets de télévision par ADSL dans le développement des offres multiservices des différents opérateurs. La richesse du contenu apparaît désormais comme un facteur déterminant du choix de l'opérateur pour le consommateur.

L'Autorité estime en effet que l'accès des opérateurs à des contenus audiovisuels est un facteur clef du maintien de la dynamique actuel du secteur des communications électroniques, où l'intensité concurrentielle, notamment dans le haut débit fixe, conduit les opérateurs à restituer aux consommateurs l'essentiel des gains de productivité sur les services traditionnels tout en développant des services innovants relayant la croissance. Elle considère en outre qu'un certain niveau de visibilité est indispensable pour que les différents acteurs puissent lier leurs investissements actuels dans les réseaux, en particulier dans le dégroupage ou la fibre, à des perspectives de croissance ultérieure liées à l'image.

V - 2 Le traitement des exclusivités

L'équité dans l'accès aux contenus peut être limitée par des exclusivités.

Il existe deux types d'exclusivité : les exclusivités accordées pour certains droits, qui n'empêchent théoriquement pas une large diffusion des contenus correspondants sur différentes plateformes, comme le satellite, l'ADSL ou le mobile ; et les exclusivités en matière de distribution qui restreignent potentiellement le champ de la diffusion des contenus concernés.

L'Autorité relève qu'en matière d'offre audiovisuelle, l'octroi de droits exclusifs relève d'une pratique courante. Plusieurs accords d'exclusivité ont ainsi pu être conclus entre des opérateurs et des fournisseurs de contenus. A titre d'exemple, on peut citer les accords conclus entre France Télévisions et Free, puis France Télécom, pour la diffusion exclusive des matches du tournoi de Roland Garros, l'accord exclusif entre Free et le groupe Canal+ pour l'accès des abonnés de Free à la plateforme VoD « Canal Play », ou encore l'accord exclusif entre le groupe Neuf Cegetel et Universal Music pour la fourniture d'une offre de location illimitée de titres, dans le cadre du forfait « 100 % Neuf Box ».

Il apparaît néanmoins que cette pratique doit être encadrée pour éviter certains dysfonctionnements. C'est notamment l'objet des dispositions relatives aux événements d'importance majeure de la directive télévision sans frontière.

En particulier, si l'octroi d'exclusivités ne permet pas par nature la diffusion concurrente d'un même contenu, la concurrence doit au moins pouvoir s'exercer en amont, à l'occasion de l'octroi de ces exclusivités, par le biais d'appels d'offres par exemple, lorsque la nature des exclusivités le justifie. Les conditions de mise en œuvre de ces appels d'offres apparaissent donc déterminantes.

Ces procédures devraient tout d'abord être mise en œuvre dans des conditions transparentes. Une certaine publicité devrait être assurée autour de la recherche du partenariat, et par ailleurs l'ensemble des règles d'attributions devraient être définies et publiées au préalable.

Ces procédures devraient également être mise en œuvre de façon non-discriminatoire, c'est à dire en n'excluant pas *a priori* certains candidats potentiels, par le simple fait de la structure de l'appel d'offre ou de l'allotissement retenu.

L'exclusivité ne devrait pas être octroyée pour une période trop longue. En tout état de cause, elle devrait être proportionnée aux investissements consentis pour la mise en œuvre du partenariat.

Enfin, il convient de souligner une spécificité propre au secteur des télécommunications liée aux effets de parc. Un opérateur disposant d'un parc de clients important peut être avantagé pour l'acquisition de contenus, ce qui peut encore renforcer l'attractivité de son offre. Ceci est particulièrement vrai pour les opérateurs présents à la fois sur les marchés fixe et mobile.

V - 3 Au cas d'espèce

L'exclusivité visée par le partenariat entre France Télévisions et France Télécom est une exclusivité de distribution, les clients des autres fournisseurs d'accès à Internet ne pouvant accéder au service de télévision de rattrapage objet de la saisine de l'AFORS Télécom.

Il convient de se demander si l'exclusivité accordée par France Télévisions à France Télécom pour la distribution d'une partie de ses programmes dans l'offre de télévision de rattrapage objet du partenariat, induit ou non un effet de levier au détriment des autres opérateurs fixes et mobiles.

Il ressort des pièces du dossier que le partenariat conclu entre France Télévisions et France Télécom ne porte pas sur l'intégralité des programmes de France Télévisions, mais sur un sous-ensemble de ceux-ci, et que, sous réserve d'une instruction complémentaire et sans préjudice de la position que retiendra le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le cadre de la présente affaire, les programmes visés par le partenariat ne comportent à ce stade pas de contenus de type « premium », tels que le cinéma.

Par conséquent, l'offre de télévision de rattrapage objet du litige n'apparaît pas aujourd'hui susceptible de modifier significativement ou rapidement l'attractivité de l'offre de détail de France Télécom. Si le service de télévision de rattrapage objet de la saisine venait à se développer significativement, il conviendrait d'en réexaminer l'impact sur le marché.

En revanche, l'Autorité note que les droits exclusifs n'ont pas été octroyés dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres et que la durée de l'exclusivité pourrait être disproportionnée.

V - 4 Conclusion

Au vu des informations dont elle dispose, l'Autorité considère que l'offre de télévision de rattrapage objet du litige n'apparaît pas aujourd'hui susceptible de modifier significativement ou rapidement l'attractivité de l'offre de détail de France Télécom.

L'Autorité considère qu'il n'y a donc pas d'atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur ou à l'intérêt des consommateurs et qu'il n'y a de ce fait pas lieu de prononcer de mesures conservatoires en l'espèce.

Toutefois, l'Autorité souhaite attirer l'attention du Conseil de la concurrence sur les conditions d'octroi des droits exclusifs au cas d'espèce, notamment la procédure et la durée retenue.

En fonction de l'évolution du marché, l'Autorité pourra exprimer ultérieurement sa position au fond, dans le cadre d'un avis complémentaire.

Fait à Paris, le 8 janvier 2008

Le Président

Paul Champsaur