

Avis n° 2009-0172
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 19 mars 2009
relatif à la demande d'avis du Conseil de la Concurrence
portant sur une saisine du Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi sur les
relations d'exclusivités entre activités d'opérateurs de communications électroniques et
de distribution de contenus et de services

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

Vu la décision de la Commission européenne n°COMP/M.4504 - SFR/Télé2 France en date du 18 juillet 2007, déclarant compatible une opération de concentration compatible avec le marché commun et l'accord EEE,

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

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

Vu le 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, et notamment son article 35,

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 l'avis n° 06-A-13 du Conseil de la concurrence du 13 juillet 2006 relatif à l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus,

Vu l'avis n° 2008-0723 de l'Autorité en date du 1^{er} juillet 2008 relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur une saisine d'office dans le secteur de la télévision payante,

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

Vu la lettre n° C2007-181 du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 15 avril 2008, aux conseils de la Société Française du Radiotéléphone SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications,

Vu la saisine enregistrée le 8 janvier 2009 sous le numéro 09/0005A par laquelle le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a demandé l'avis du Conseil de la concurrence sur

les relations d'exclusivités entre activités d'opérateurs de communications électroniques et de distribution de contenus et de services,

Vu la demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence portant sur la saisine référencée 09/0005A par laquelle le Ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a demandé l'avis du Conseil de la concurrence, reçue le 4 février 2009, et fixant au 2 mars 2009 la date limite de transmission des observations éventuelles de l'Autorité,

Vu le courrier du Directeur général de l'Autorité en date du 10 février 2009, sollicitant l'octroi d'un délai supplémentaire,

Vu le courrier du Conseil de la concurrence en date du 18 février 2009, octroyant à l'Autorité un délai supplémentaire pour la transmission de ses observations éventuelles,

Vu l'audition de représentants du groupe Orange/France Télécom par le Collège de l'Autorité le 6 mars 2009,

Vu l'audition de représentants du groupe Canal+ par le Collège de l'Autorité le 6 mars 2009,

Vu l'audition de représentants du groupe Iliad par le Collège de l'Autorité le 10 mars 2009,

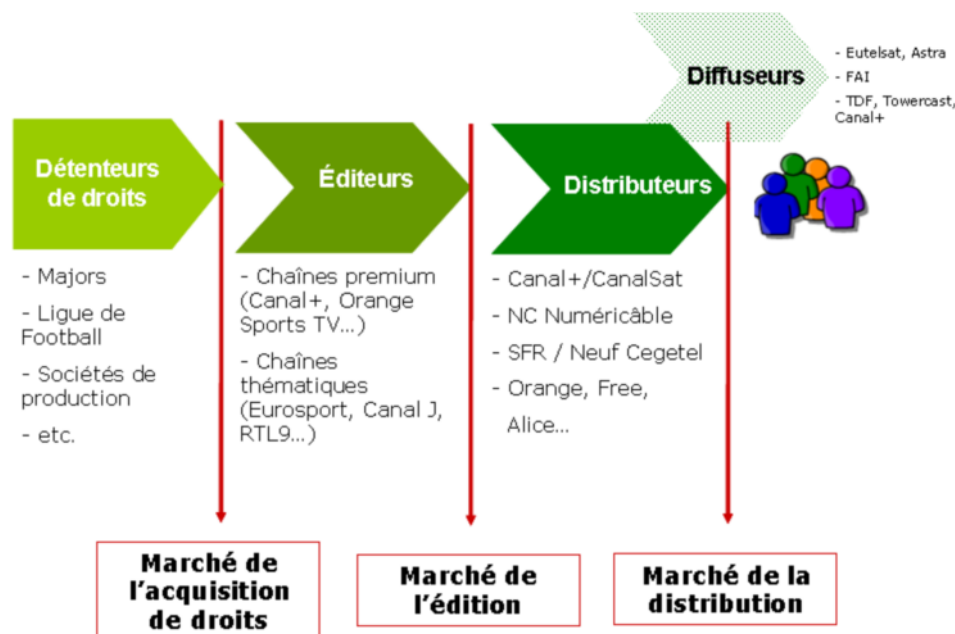
Vu l'audition de représentants de la société Numéricâble par le Collège de l'Autorité le 17 mars 2009,

Vu l'audition de représentants de la société SFR par le Collège de l'Autorité le 19 mars 2009,

Après en avoir délibéré le 19 mars 2009,

I. Contexte : les plateformes de distribution de télévision payante

La chaîne de valeur de la télévision payante peut se décomposer en trois marchés : un marché amont de l'acquisition de droits, un marché intermédiaire de l'édition et de la commercialisation de chaînes et un marché aval de la distribution, schématisés ci-dessous.



Avant d'étudier le positionnement des acteurs sur chacun de ces marchés, le présent avis donne une vue d'ensemble des différentes plateformes de distribution de la télévision payante, parmi lesquelles l'hertzien, le câble, le satellite, les réseaux mobiles, les réseaux haut débit et très haut débit.

1. *La télévision hertzienne terrestre*

D'après l'observatoire de l'équipement des foyers pour la réception de la télévision numérique, constitué sous l'égide du Conseil supérieur de l'audiovisuel, 64 % des foyers reçoivent la télévision par voie hertzienne terrestre au 31 mars 2008 et 48,3 % d'entre eux utilisent encore un accès analogique et ce, malgré l'extinction programmée au 30 novembre 2011 de ce mode de diffusion, qui constitue le vecteur historique de la télévision en clair.

D'après cet observatoire, le premier semestre 2008 a été marqué par une forte croissance de la pénétration de la TNT. Au 30 juin 2008, environ 14,6 millions de foyers (57,8 % des foyers équipés de téléviseurs) recevaient la télévision numérique sur au moins un poste, soit une augmentation de 18,1 points en un an.

La TNT représente 61,8 % de la croissance globale des accès numériques à une offre de télévision gratuite ou payante ; 42 % des foyers numérisés le sont désormais grâce à la TNT.

Cette croissance est toutefois essentiellement portée par l'offre de TNT gratuite, composée de 18 chaînes. L'offre de TNT payante, composée de 11 chaînes connaît un succès plus modéré.

Deux ensembles de chaînes composent l'offre de TNT payante :

- le premier regroupe les trois chaînes Canal+, Canal+ Cinéma et Canal+ Sport, et constitue la version TNT de Canal+ Le Bouquet ;
- le second est constitué de sept autres chaînes sélectionnées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) pour la TNT payante : Eurosport, LCI, TPS Star, Planète, Canal J, TF6 et Paris Première.

S'agissant de Canal+ Le Bouquet, il ressort de l'article 4 de la convention conclue entre la chaîne Canal+ et le CSA que la chaîne Canal+ est exclusivement distribuée, sur l'ensemble des supports de diffusion, par Canal+ Distribution, filiale à 100 % du Groupe Canal+ France.

De ce fait, pour un distributeur autre que Canal+ France, une offre de TNT payante serait au plus constituée de huit chaînes, auxquelles pourraient s'ajouter les 18 chaînes gratuites de la TNT, accessibles à tous. L'attractivité de telles offres n'étant pas avérée, il y a lieu de s'interroger sur le modèle économique des offres de TNT payante seule non couplée avec une offre ADSL.

Ces éléments apportent des pistes d'explication à la faible appétence des foyers pour la TNT payante. En effet, selon une étude NPA Conseil réalisée pour le CSA et publiée en octobre 2007, les Français couverts par la TNT, s'ils montrent un fort intérêt pour la télévision en haute définition, font part d'un intérêt faible pour la TNT payante : selon cette enquête, 30 % des personnes interrogées ne connaissent pas l'existence de la TNT payante et 15 % seulement des sondés se déclarent intéressés par un abonnement compris entre 8 et 11 euros permettant de recevoir plusieurs chaînes thématiques.

En outre, il existe des distributeurs alternatifs à Canal+ France en matière de TNT payante, tels que TNTOP ou TV Numéric, dont la part de marché reste marginale, avec moins de 10 000 abonnés à ce jour.

2. La télévision par câble

Le déploiement du câble en France résulte de l'adoption du Plan Câble au début des années 1980, sous l'égide de la Direction Générale des Télécommunications du Ministère des PTT.

Plusieurs éléments ont contribué historiquement à freiner l'essor de ce vecteur de diffusion, destiné principalement aux services de télévision : les premières années de mise en œuvre du Plan Câble ont notamment coïncidé avec la création de Canal+, première chaîne hertzienne payante, puis avec la diffusion des cinquième et sixième chaînes hertziennes, qui ont limité l'appétence du public pour une offre de télévision payante.

À partir de 1996, l'apparition des bouquets numériques Canal Satellite et TPS a progressivement fait du satellite le principal vecteur de diffusion pour les offres de télévision payante multichaînes.

Le principal câblo-opérateur, Numéricâble, est à la fois transporteur et distributeur de services de télévision. Ses réseaux couvrent environ 40 % de la population française.

La télévision par câble permet aussi d'apporter à de nombreux foyers le « service antenne » mis en place suite au Plan Câble et qui relève de la télévision gratuite. De nombreux immeubles ne disposant pas d'antennes râteaux, nécessaires pour la réception des signaux hertziens, sont ainsi uniquement raccordés au réseau câblé pour la diffusion dans tous les logements *a minima* des chaînes hertziennes historiques, moyennant le versement de frais de maintenance intégrés aux charges collectives. À ce jour, près de 1,5 million de foyers en habitat collectif est raccordé au service antenne par câble.

3. La télévision par satellite

Premier bouquet de télévision par satellite lancé en France, en analogique, en 1992, Canal Satellite proposait initialement un bouquet de moins de dix chaînes (Eurosport, Canal J, Canal Jimmy, MCM, LCI). L'essor de la télévision par satellite a véritablement commencé en 1996 avec le lancement de trois bouquets numériques, Canal Satellite, TPS et AB Sat, qui détenaient plus d'un million d'abonnés à l'ensemble de leurs offres dès 1997.

Dans un contexte de concurrence entre Canal Satellite et TPS, le satellite s'est imposé depuis 1998 comme le premier distributeur de chaînes thématiques en numérique.

Outre son faible coût de diffusion, le satellite ne comporte pas, d'un point de vue technique, de limitation significative quant au nombre de chaînes qu'il est possible de diffuser, ou encore en termes de couverture de la population.

Le satellite présente néanmoins plusieurs inconvénients qui ont longtemps constitué des obstacles à son développement. En effet, des contraintes liées à la réglementation de l'urbanisme et au fonctionnement des copropriétés rendent souvent difficile la souscription à une offre de télévision par satellite en zone urbaine. Ainsi, si la couverture potentielle de la population par le satellite est proche de 100 %, le taux de pénétration du satellite reste limité. Par ailleurs, en raison de l'absence de voie de retour permanente, la fourniture de services interactifs ou de vidéo à la demande par satellite nécessite de relier temporairement le terminal à la ligne téléphonique.

Via ses offres Canal+ Le Bouquet et CanaSat, le groupe Canal+ France, issu de l'acquisition du contrôle exclusif des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal, est actuellement le premier distributeur de télévision par satellite.

Pour sa part, Orange propose depuis l'été 2008, une offre « *triple play* » dans laquelle les flux vidéo seront acheminés par satellite, en vue de compléter la couverture de son offre de télévision par ADSL. Cette offre comptait environ 200 000 abonnés au 31 décembre 2008, d'après les déclarations publiques du groupe Orange.

Enfin, le groupe AB commercialise également un bouquet satellite, appelé BIS TV auquel ont souscrit à ce jour moins de 100 000 abonnés.

4. La télévision mobile

Depuis 2005, des services audiovisuels linéaires et non linéaires sont accessibles sur les terminaux mobiles compatibles UMTS ou EDGE.

Selon le baromètre NPA Conseil sur la numérisation des foyers audiovisuels, on dénombrait fin 2007 un million d'abonnés à des offres de télévision sur réseaux mobiles de troisième génération : le marché correspondant aurait crû de 73 % en un an. Selon NPA Conseil, la croissance de la consommation repose sur l'émergence d'offres illimitées et la progression de la connaissance de l'offre par le grand public.

Ces services de haut débit mobile sont actuellement diffusés en mode « point à point », par opposition au mode « point à multipoint » dit « broadcast », correspondant à la diffusion en masse qui sera utilisée pour la diffusion de la télévision mobile personnelle (TMP), en technologie DVB-H.

À ce jour, un abonné ne peut accéder à des services audiovisuels sur son mobile que par la réception d'un flux constant (ou « streaming ») qui lui est spécifiquement dédié. Cette méthode se révèle fortement consommatrice de bande passante et risque à terme, en raison du succès de ces offres, de saturer les réseaux mobiles.

La TMP pourrait également accélérer l'adoption par les Français de la télévision en situation de mobilité. Sur ce marché émergent, le modèle économique et le déploiement du réseau restent à définir. À cet égard, la répartition des rôles entre diffuseurs hertziens terrestres, opérateurs mobiles et fournisseurs de contenus constituera un enjeu majeur pour le développement de ces services.

5. La télévision par ADSL

Les premières offres de télévision par ADSL ont été commercialisées par Free et France Télécom en décembre 2003.

Depuis quelques années, les offres multiservices sont devenues le standard du marché. Les principaux FAI (Orange, Free / Alice, SFR / Neuf Cegetel, Darty, Numéricable, etc.) proposent ainsi un ensemble de services incluant :

- l'accès à Internet au meilleur débit disponible, notamment grâce à la généralisation de l'ADSL2+ ;
- la téléphonie en voix sur large bande, permettant au client le cas échéant de ne pas souscrire à un abonnement au service téléphonique commuté « classique » ;
- l'accès à des services audiovisuels, sous certaines conditions d'éligibilité.

Les services audiovisuels proposés par les FAI incluent généralement :

- l'accès à un bouquet dit « de base » distribué par le FAI et regroupant plusieurs dizaines de chaînes. Ce bouquet est généralement inclus dans l'abonnement mensuel payé par le client final ;
- l'accès à des options payantes de chaînes ou « packages » à la carte, distribuées directement par le FAI ;

- l'accès à un ou plusieurs bouquets de télévision payante distribués par des tiers, comme Canal+ Le Bouquet, CanalSat ou AB ;
- des offres de vidéo à la demande ou de télévision de rattrapage pour lesquelles le client final choisit le moment de la diffusion, le contenu lui étant adressé indépendamment des autres clients finaux.

Pour chacun des services listés précédemment, les FAI peuvent être amenés à proposer aux clients d'accéder à des programmes en haute définition, c'est-à-dire avec une qualité 3 à 4 fois supérieure à celle du DVD. En outre, certains FAI offrent à leurs clients la possibilité de regarder certaines chaînes sur leur écran d'ordinateur en plus de leur écran de télévision (on parle alors de service « multiposte »), ou sur plusieurs écrans de télévision différents (on parle alors de service « multi TV »).

L'accès à des services audiovisuels par le haut débit est en effet aujourd'hui possible selon deux principales modalités :

- par l'ADSL : la longueur de la paire de cuivre permet d'amener la télévision à environ deux tiers des foyers, mais l'offre reste aujourd'hui limitée aux zones dégroupées. En pratique, environ 50 % de la population française sont éligibles à ce jour à la télévision par ADSL ;
- par les réseaux câblés qui offrent cette possibilité sur l'ensemble de leur zone de couverture, soit environ 40 % de la population française.

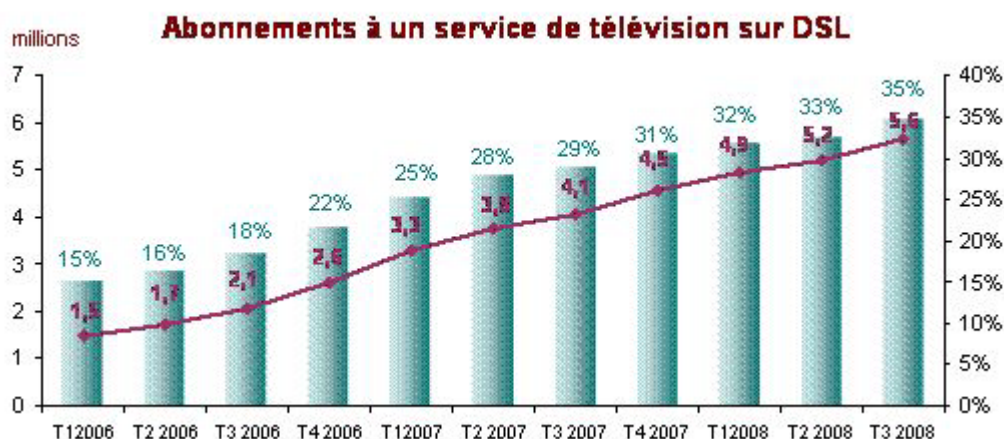
Dans le cas d'Orange, en dehors des zones couvertes par ses services de télévision par ADSL, les flux vidéo linéaires proposés sont acheminés par satellite depuis l'été 2008, comme indiqué précédemment.

Sur le plan économique, le développement d'offres multiservices par ADSL a été facilité par une économie de coûts fixes. Le fait de faire passer plusieurs services sur la même bande passante permet à l'opérateur qui l'exploite de développer de nouveaux services avec des coûts incrémentaux limités.

Par ailleurs, les barrières à la souscription d'offres de télévision par ADSL sont relativement peu élevées dès lors qu'un client dispose déjà d'un accès à Internet haut débit, voire de la téléphonie par ADSL. En effet, lorsque l'accès ADSL est construit, il est relativement aisé pour le client de souscrire à un service additionnel de télévision par ADSL ; l'installation ne nécessite pas d'intervention extérieure et un seul opérateur gère les différents services, ce qui implique un unique service après-vente et une réduction du nombre de factures.

La plupart des innovations récentes en termes de distribution audiovisuelle, comme la vidéo à la demande, la télévision de rattrapage ou encore la réception multiposte, sont apparues ou se développent principalement sur les offres de télévision par ADSL.

La télévision sur ADSL constitue désormais le principal vecteur de croissance de la télévision payante en France. Comme l'illustre le graphique ci-dessous, le nombre d'abonnements à un service de télévision par ADSL a progressé de près de 39 % en un an avec près de 5,6 millions d'abonnés au 30 septembre 2008. Ce nombre d'abonnements est estimé à environ 6 millions au 31 décembre 2008.



Source : ARCEP-Observatoire des marchés

Cette progression du nombre d'accès résulte notamment du dynamisme du marché de l'Internet haut débit par ADSL qui compte environ 16,825 millions d'abonnés au 31 décembre 2008, soit près de 2,2 millions de plus en un an, et qui profite mécaniquement, *via* le développement des offres multiservices, à la télévision par ADSL.

L'accès à des services audiovisuels par ADSL est aujourd'hui possible pour environ 50 % de la population française (la longueur de la paire de cuivre permet d'amener la télévision à environ deux tiers des foyers, mais l'offre reste aujourd'hui limitée aux zones dégroupées).

À terme, la population éligible à des offres de services audiovisuels distribuées par les opérateurs fixes de communications électroniques pourrait s'étendre grâce :

- à l'extension géographique du dégroupage (notamment grâce à l'action des collectivités et à l'offre « Liaison Fibre Optique » de France Télécom, dite offre « LFO ») qui permet d'étendre le champ des zones éligibles aux offres de services audiovisuels par ADSL ;
- à l'évolution des normes de compression qui devrait permettre d'accroître l'éligibilité des clients dans les zones dégroupées ;
- au développement, dans les zones actuellement non dégroupées, d'offres haut débit « triple play » couplant la fourniture des flux haut débit voix et Internet grâce à un modem ADSL et le transport des flux vidéo par une technologie alternative. Comme indiqué précédemment, Orange a lancé durant l'été 2008 une offre mixte ADSL-satellite.

6. La télévision via les réseaux très haut débit

Les offres haut débit actuelles – sur le câble et l'ADSL notamment – sont limitées en bande passante, notamment sur la voie remontante, ce qui peut constituer progressivement un frein au développement de nouveaux usages. Or, le développement d'une appétence importante des consommateurs pour des services toujours plus innovants, nécessite des débits de plus en plus élevés, comme en attestent l'équipement progressif des ménages en écrans de télévision haute définition ou le développement de nouveaux usages sur le *web*.

Les réseaux très haut débit, qui permettront d'atteindre des débits symétriques de l'ordre de 50 à 100 Mbit/s, devraient à cet égard offrir de nouvelles perspectives, sans commune mesure avec la diffusion hertzienne terrestre ou satellitaire : programmes en haute définition, diffusion simultanée de plusieurs canaux, téléchargement de vidéo à la demande quasi instantané, etc.

L'émergence des offres très haut débit passe par l'investissement dans de nouveaux réseaux en fibre optique jusqu'à l'abonné, dont les coûts de déploiement sont élevés. Les revenus liés à la mise à disposition de contenus peuvent jouer un rôle important dans l'accélération du déploiement de ces réseaux.

7. Les services non linéaires

La vidéo à la demande s'est significativement développée depuis 2006 grâce aux premières offres proposées par les FAI pour visualiser les programmes sur l'écran de télévision, alors que des offres existaient déjà depuis plusieurs mois sur Internet.

D'après GFK et NPA Conseil, le marché de la vidéo à la demande a augmenté de 100 % en France sur l'année 2007. Selon ces instituts, le chiffre d'affaires de la vidéo à la demande a atteint 29,2 millions d'euros en 2007, dont 23,8 millions d'euros via les offres des fournisseurs d'accès à Internet. Durant cette période, NPA Conseil et GFK estiment à 5,8 millions le nombre de programmes visionnés en vidéo à la demande, dont 67 % de films.

Contrairement à la distribution des chaînes de télévision traditionnelles, les offres de vidéo à la demande des différents distributeurs sont généralement non exclusives.

Relèvent également des services non linéaires les services de télévision de rattrapage, qui permettent 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.

Ainsi, toutes les chaînes historiques de télévision ont lancé des offres de télévision de rattrapage pour tout ou partie de leurs programmes. Ces offres sont accessibles soit via leur site Internet soit en partenariat avec les FAI pour une diffusion sur les téléviseurs. C'est le cas notamment de TF1 Vision, M6 Replay, Arte+7 ou encore Canal+ à la demande pour les abonnés à Canal+ Le Bouquet. Par ailleurs, certains programmes de France Télévisions sont accessibles en télévision de rattrapage sur téléviseur uniquement auprès des abonnés haut débit et très haut débit d'Orange. Enfin, l'offre Orange Cinéma Séries inclut la possibilité pour les abonnés Orange de revoir tout film programmé sur les chaînes correspondantes dans les 30 jours suivants sa diffusion.

II. Marchés identifiés et position des acteurs

Sont décrits ci-après les marchés de la télévision payante et du haut débit et du très haut débit, sur lesquels les sociétés Canal+ France et Orange occupent respectivement une position importante.

La société Canal+ France, créée début 2007 suite à l'acquisition de TPS par Canal+ Groupe, exerce sur les marchés de la télévision payante des activités :

- de distributeur sur l'ensemble des plateformes (hertzien analogique, câble, satellite, ADSL, TNT et fibre optique) avec 10,6 millions d'abonnés aux offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat au 31 décembre 2008 ;
- d'éditeur de Canal+ SA depuis 1984, puis de ses déclinaisons, mais aussi d'une vingtaine de chaînes thématiques dont les chaînes CinéCinéma, TPS Star, Sport+, i-Télé, Planète, etc.

La société Canal+ France présente un chiffre d'affaires de 4,5 milliards d'euros et un résultat opérationnel ajusté de 568 millions d'euros au 31 décembre 2008. Elle est détenue à 65 % par Canal+ Groupe et compte parmi ses actionnaires minoritaires Lagardère (à hauteur de 20 %), TF1 (9,9 %) et M6 (5,1 %). Canal+ Groupe est une filiale à 100 % du groupe Vivendi qui représente au 31 décembre 2008 un chiffre d'affaires de 25,4 milliards d'euros et un résultat opérationnel de 4,9 milliards d'euros.

Le groupe France Télécom est présent sur les marchés fixes, haut débit, très haut débit et mobile, en France et à l'étranger. Il 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. Il exerce donc également à ce titre une activité de distributeur de télévision payante. Aux termes du processus d'analyse des marchés mené par l'Autorité, France Télécom est désignée opérateur exerçant une influence significative sur les marchés de gros du haut débit et du très haut débit (dégrouper de la boucle locale, offres d'accès activées livrées au niveau infranational, accès aux fourreaux, etc.). Depuis 2008, Orange est également éditeur de chaînes de télévision payante.

Le groupe France Télécom dégage un chiffre d'affaires de 53,5 milliards d'euros et une marge brute opérationnelle de 19,4 milliards au 31 décembre 2008.

A) Les marchés de la télévision payante

Les trois principaux marchés composant la chaîne de valeur de la télévision payante seront successivement examinés, et particulièrement les positions occupées par les groupes Canal+ France et France Telecom.

1. Marché de l'acquisition de droits

Canal+ France :

Canal+ France a obtenu auprès de la Ligue de Football Professionnelle (LFP) neuf des douze lots constituant l'appel à candidatures lancé à la fin de l'année 2007 pour les droits de diffusion des matchs du championnat français de football de Ligue 1, pour 465 millions d'euros par an pour les saisons de 2008 à 2011. Ces droits semblent représenter plus de 50 % des droits sportifs à destination de la télévision payante.

À un moindre niveau de valorisation, les droits des championnats de football étrangers (notamment anglais, espagnol et italien), des championnats français de rugby et de basket-ball et des principaux matchs de boxe, qui constituent les principaux autres événements diffusés exclusivement en télévision payante, font aujourd'hui l'objet de droits acquis en exclusivité par Canal+ France, qui détient ainsi les principaux droits de diffusion de contenus sportifs en dehors des événements d'importance majeure.

Par ailleurs, Canal+ France, à travers la chaîne Canal+ et les chaînes cinéma qu'elle édite, cofinance aujourd'hui plus de 90 % des films français en échange des droits de diffusion en première et seconde fenêtres de télévision payante. Canal+ France apparaît donc en position prépondérante pour l'acquisition de droits de diffusion de films français.

Concernant les films des « *majors* » américaines, qui constituent un produit d'appel majeur pour les bouquets de télévision payante, Canal+ France détient à ce jour la grande majorité de leurs droits de diffusion, généralement sous forme d'accords d'exclusivités avec ces « *majors* » pour les diffusions en première et seconde fenêtre de télévision payante.

Orange :

Orange a récemment entrepris de monter dans la chaîne de valeur de la télévision payante en éditant ses propres chaînes, afin de se positionner comme un concurrent potentiel de Canal+ France.

Pour garantir l'attractivité de ses chaînes, Orange s'est attachée à acquérir des droits exclusifs sur des contenus « premium », indispensables selon elle à la constitution, par un distributeur nouvel entrant, d'offres suffisamment attractives pour concurrencer celles de Canal+ France.

À cette fin, Orange a participé à l'appel d'offre des droits de diffusion de la Ligue 1 de football et a remporté trois lots - le grand match du samedi soir, la distribution en vidéo à la demande et la diffusion vers les téléphones mobiles - pour un montant de 203 millions d'euros par an pendant quatre ans, soit un investissement de 812 millions jusqu'en 2012, auxquels s'ajoutent d'autres droits sportifs, à hauteur de quelques dizaines de millions d'euros par an à ce stade.

Orange s'est également décidée à acquérir des droits exclusifs de diffusion sur des contenus cinématographiques et audiovisuels, en signant notamment des accords avec des studios de cinéma américains (Warner, MGM) et des producteurs français (Fidélité, Gaumont) et la chaîne payante américaine HBO pour la diffusion de certaines séries, afin de proposer des

contenus attractifs sur ses propres chaînes. Ceci représente pour le moment environ 50 millions d'euros par an selon SG Equity Research.

Au surplus, Orange est active dans la production d'œuvres cinématographiques françaises, notamment par l'intermédiaire de sa filiale Studio 37, « engagée dans la coproduction et l'acquisition de films français et européens ».

En outre, le 17 décembre 2008, Orange a signé, avec des syndicats de producteurs (SPFA, SPI, USPA) et des sociétés d'auteurs (SCAM, SACD), un accord par lequel elle s'engage à reverser 6 % des revenus tirés de la distribution des chaînes de son bouquet Orange Cinéma Séries pour contribuer à la création audiovisuelle.

De manière globale, SG Equity Research estimait en janvier 2009 que les dépenses de contenus sport et cinématographiques engagées par Orange étaient comprises entre 358 et 363 millions d'euros par an.

Si à ce stade la position détenue par Orange sur le marché de l'acquisition des droits n'est pas en mesure de remettre en cause la position prépondérante de Canal+ France, son entrée sur le marché est néanmoins significative.

2. Marché de l'édition et de la commercialisation de chaînes

Canal+ France :

Canal+ France est un acteur prépondérant sur le marché de l'édition de chaînes payantes, avec les chaînes « premium » de Canal+ Le Bouquet et ses chaînes thématiques Sport+, TPS Star, Teletoon et Planète, entre autres. En outre, l'ensemble des actionnaires du groupe Canal+ France (Vivendi, TF1, M6, Lagardère) détient environ les trois quarts du chiffre d'affaires des chaînes thématiques (hors chaînes hertziennes historiques dont Canal+) d'après le « Guide 2008 des chaînes thématiques » publié par l'Association des Chaînes Conventionnées Editrices de Services.

Canal+ France est par ailleurs, avec un parc d'environ 10,6 millions d'abonnements à ses offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat, un acheteur majeur sur ce marché. Pour toute chaîne financée en partie par la publicité, il est ainsi indispensable d'être intégrée dans le bouquet CanalSat. En outre, la base d'abonnés de Canal+ France lui permet de verser à certaines chaînes des primes importantes pour leur distribution en exclusivité et de les amortir sur un grand nombre de clients. Ces primes peuvent s'avérer indispensables à la rentabilité économique de certaines chaînes.

Orange :

Nouvel acteur sur ce marché, Orange édite sept chaînes de télévision, auxquelles s'ajoutent des services interactifs, de vidéo à la demande et de télévision de rattrapage. Il s'agit :

- d'Orange Sport, qui diffuse notamment les matchs de Ligue 1 du samedi soir, mais aussi des matchs de football d'autres championnats européens et d'autres sports comme le basket ou le ski ;
- d'Orange Sport Info, chaîne d'information sportive ;
- des cinq chaînes constituant le bouquet Orange Cinéma Séries.

En association avec ces chaînes, Orange dispose d'une gamme de services interactifs, qu'elle souhaite continuer à enrichir. Il s'agit par exemple :

- de services de statistiques et d'analyse proposés en direct pendant certains matchs, et accessibles à côté ou en superposition du flux linéaire ;
- d'informations textuelles liées au contenu diffusé ;
- de vidéos à la demande (autres matchs, meilleurs buts, films précédemment diffusés, etc.) liées au contenu diffusé.

Par l'intermédiaire de ces services, Orange cherche à se différencier vis-à-vis des offres du groupe Canal+ France.

3. Marché de la distribution

Canal+ France :

Canal+ France dispose d'une base d'environ 10,6 millions d'abonnements au 1^{er} janvier 2009, dont 5,3 millions à Canal+ ou Canal+ Le Bouquet et 5,3 millions à CanalSat. En ajoutant les abonnés aux offres de télévision par ADSL du groupe SFR, estimés à au moins 800 000 clients, le groupe Vivendi détient à ce jour, directement ou indirectement, *a minima* 11,4 millions d'abonnements à la télévision payante.

Le nombre d'abonnements à une offre de télévision distribuée par un opérateur DSL est en forte croissance (comme le montre le graphique du point I.5). L'ADSL est désormais le principal vecteur de croissance de la télévision payante en France. Le chiffre de 5,6 millions d'accès à la télévision par ADSL au 30 septembre 2008 publié par l'Autorité doit toutefois être relativisé dans la mesure où sont comptabilisés tous les abonnés « *triple play* », c'est-à-dire ceux disposant d'un terminal permettant la réception de services audiovisuels. Or, certains abonnés disposant d'un tel équipement peuvent ne pas être éligibles à ces services du fait d'une ligne téléphonique trop longue, ou encore ne pas souhaiter utiliser de services audiovisuels, inclus par défaut dans certaines offres haut débit. Ceci concerne en particulier aujourd'hui de nombreux abonnés de Free qui fournit systématiquement un décodeur audiovisuel à tous ses abonnés en zones dégroupées. Le nombre des abonnés, actifs ou non, à des offres de télévision par ADSL est au moins de 5 millions fin 2008, hors abonnés du groupe SFR, filiale de Vivendi.

Le câblo-opérateur Numéricâble détiendrait quant à lui environ 1,7 million d'abonnés fin 2008 (hors service antenne).

Par conséquent, en nombre d'abonnements, la part de marché de Canal+ France sur le marché de la distribution audiovisuelle serait *a minima* de 65 %.

Cette part de marché est appréciée en nombre d'abonnements, et non en nombre d'abonnés, car il n'est pas possible de connaître avec précision le nombre d'abonnés aux offres de télévision payante du fait de nombreuses souscriptions multiples d'un même foyer à plusieurs offres de distributeur. Ainsi, un consommateur qui aurait souscrit à l'offre « *triple play* » d'un FAI puis contracté auprès de Canal+ France pour recevoir par ADSL les offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat compterait pour un seul abonné alors qu'il a souscrit en pratique à trois abonnements, qui seuls peuvent être facilement comptabilisés.

Abonnements à la télévision payante fin 2008 (estimations en millions d'abonnés)

	Canal+ / Canal+ Le Bouquet	CanalSat	Autres distributeurs
Télévision analogique	5,3		
TNT payante			< 0,01
Satellite		5,3	< 0,3
ADSL			6*
Câble			1,7

(*) Cette estimation couvre les abonnés recevant la télévision par ADSL mais pas nécessairement actifs.

En valeur, la part de marché du groupe Canal+ France serait sensiblement supérieure, sans doute de l'ordre de 80 %.

Orange :

Selon ses résultats annuels 2008 publiés début mars 2009, Orange dispose au 31 décembre 2008 d'un parc d'environ 1,9 million d'abonnés à ses offres multiservices haut débit et très haut débit fixes incluant des services audiovisuels, dont 201 000 via son offre de télévision par satellite, accessible depuis juillet 2008 aux clients éligibles à l'ADSL mais non couverts par la télévision par ADSL d'Orange.

En tant que distributeur de télévision payante, Orange propose 6 chaînes en distribution exclusive (Orange Sport d'une part et les cinq chaînes du bouquet Orange Cinéma Séries d'autre part), contre plus de 60 chaînes pour Canal+ France. Orange Sport Info est quant à elle d'ores et déjà accessibles dans l'offre satellite « BIS TV » distribuée par le groupe AB.

L'offre Orange Foot, devenue depuis Orange Sport, a ainsi été lancée le 9 août 2008, auprès des abonnés haut débit, très haut débit et mobile d'Orange, pour 6 euros par mois. L'offre Orange Cinéma Séries a été lancée ultérieurement, le 13 novembre 2008, auprès des abonnés haut débit, très haut débit et mobile d'Orange, pour 12 euros par mois.

Les chaînes d'Orange sont cependant destinées aux seuls abonnés haut débit, très haut débit et mobile d'Orange. Début mars 2009, 300 000 d'entre eux ont déjà souscrit à l'une ou l'autre de ces deux offres, comme indiqué par le Président Directeur Général du groupe Orange lors de la présentation des comptes annuels 2008 de sa société.

Les FAI alternatifs :

Les offres de services audiovisuels des autres FAI, également distributeurs de bouquets, apparaissent aujourd'hui limitées, dans la mesure où les principales chaînes thématiques n'y figurent généralement pas.

En revanche, la quasi-totalité des FAI transporte les offres auto-distribuées par Canal+ France. Cela résulte des engagements pris par Vivendi, SFR et Canal+ France dans le cadre des acquisitions de TPS, Tele2 et Neuf Cegetel. Aux termes de ces engagements, pris en 2006 et renouvelés en 2008, Canal+ France accepte d'autodistribuer ses offres CanalSat et Canal+ Le Bouquet auprès des clients des opérateurs DSL dans des conditions normales de marché, au moins aussi avantageuses que celles consenties à SFR ou à ses filiales, y compris pour les déclinaisons haute définition éventuelles de certaines de ces chaînes. Dans ce système

d'autodistribution, Canal+ France conserve donc la maîtrise de la relation commerciale avec son abonné, notamment en ce qui concerne le décodeur.

Par ailleurs, en recourant à l'offre de mise à disposition de certaines des chaînes éditées par Canal+ France, résultant des engagements pris dans le cadre des opérations précitées, les FAI sont en mesure de distribuer eux-mêmes plusieurs chaînes éditées par Canal+ France (TPS Star, Sport+, Teletoon, etc.). Les câblo-opérateurs disposent à cet égard d'une situation, héritée du passé, meilleure que les opérateurs DSL en matière d'accès aux chaînes de Canal+ France, dans la mesure où ils sont en mesure de distribuer en propre l'ensemble des chaînes de Canal+ France (hors Canal+ Le Bouquet).

B) Les marchés du haut débit et du très haut débit

1. Les marchés de gros du haut débit et du très haut débit

En France, la régulation du haut débit et du très haut débit se concentre sur les marchés de gros : le marché de détail, considéré comme suffisamment concurrentiel, n'est pas régulé. Le dynamisme du marché de détail est en effet directement lié aux effets de la régulation sur le marché de gros, et notamment à la mise en œuvre du dégroupage par l'ARCEP depuis 2002.

Le dispositif de régulation *ex ante* du haut débit est centré sur deux offres de gros que devait fournir France Télécom aux opérateurs alternatifs, le dégroupage et le bitstream, au travers de deux offres de référence.

Ce dispositif a été réaffirmé par l'Autorité dans ses décisions d'analyse de marché n° 08-0835 et n° 08-0836 du 24 juillet 2008, relatives respectivement au marché de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques, incluant notamment le dégroupage et l'accès aux infrastructures de génie civil, et au marché de gros des offres activées qui inclut notamment les offres haut débit activées sur DSL dites offres « bitstream ». Dans ces décisions, l'Autorité constate la nécessité d'imposer à France Télécom de donner l'accès à son réseau à ses concurrents, à la fois au niveau local, à travers le dégroupage, et au niveau régional ou départemental, à travers les offres haut débit activées sur DSL livrées au niveau infranational. Ces deux offres de gros sont complémentaires et permettent aux opérateurs concurrents de France Télécom de proposer des offres de détail d'accès à haut débit sur l'ensemble du territoire national.

En particulier, le dégroupage est une offre de gros de France Télécom permettant aux opérateurs alternatifs d'avoir un accès direct à la paire de cuivre. Ils doivent pour cela avoir installé au préalable leurs propres équipements au niveau des répartiteurs de France Télécom. Ils sont alors en mesure de contrôler l'accès haut débit de bout en bout et de fournir un service différencié de celui de l'opérateur historique.

Les décisions du 24 juillet 2008 détaillent, entre autres, les modalités selon lesquelles cet accès doit être fourni par France Télécom, en termes tarifaire, technique et opérationnel. Elles imposent notamment, pour chacun des deux marchés concernés, que France Télécom publie les conditions de fourniture des offres de gros correspondantes dans une offre de référence, que l'ARCEP a le pouvoir de modifier lorsque cela sera justifié.

Sur le très haut débit, les décisions adoptées mettent en place, selon des modalités proches de celles du dégroupage, une régulation du génie civil de France Télécom, qui constitue pour les opérateurs alternatifs une infrastructure essentielle au déploiement d'une boucle locale en fibre optique.

L'analyse des marchés relève d'un dispositif de régulation asymétrique, s'appliquant spécifiquement aux opérateurs puissants, en l'espèce France Télécom. Dans le cas du très haut débit, il est complété, en ce qui concerne la partie terminale des réseaux fibre, par un principe de mutualisation s'appliquant à tous les opérateurs et posé par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Ce dispositif s'applique à tous les opérateurs (régulation symétrique) et non aux seuls opérateurs puissants. Il fait actuellement l'objet de travaux entre l'Autorité et les opérateurs impliqués dans le déploiement de réseaux très haut débit. Sur la base des retours d'expérience, l'Autorité précisera progressivement les règles applicables à la mutualisation.

2. Les marchés de détail du haut débit et du très haut débit

Contrairement au(x) marché(s) de gros, les marchés de détail du haut débit et du très haut débit ne sont soumis à aucun dispositif de régulation *ex ante*.

En 2008, le marché de détail du haut débit est resté dynamique avec un parc en croissance de 14 % sur l'année (+2,175 millions d'abonnés). Au 31 décembre 2008, la France comptait environ 17,725 millions d'accès haut débit, dont 16,825 millions par DSL et près de 900 000 par câble.

Le succès du DSL s'explique par un taux de couverture du territoire important – plus de 98 % de la population fin 2008, contre environ 40 % pour le câble –, et par le fort dynamisme lié au développement de la concurrence sur le DSL, grâce au dégroupage de la boucle locale. La situation concurrentielle prévalant sur ce marché dépend en grande partie de la régulation *ex ante* mise en œuvre sur les marchés de gros amont du haut débit, en particulier sur les marchés de gros du dégroupage et des offres d'accès activées livrées au niveau infranational, dites offres « bitstream ».

Sur le marché résidentiel du haut débit en DSL, Orange détient, fin 2008, une part de marché de [Secret des affaires] alors que ses principaux concurrents servent, pour SFR / Neuf Cegetel et Iliad, [Secret des affaires] des abonnés. La part de marché d'Orange monte à [Secret des affaires] dans les zones dégroupées depuis moins d'un an et à [Secret des affaires] dans les zones non dégroupées, qui représentent environ [Secret des affaires] de la population française et sur lesquelles Orange bénéficie d'un avantage structurel du fait de l'absence d'opérateurs alternatifs présents en dégroupage sur ces zones.

En acquisitions, la part de marché d'Orange s'élève à [Secret des affaires].

[Secret des affaires]

Par ailleurs, Orange est intégrée au groupe France Télécom, opérateur historique de communications électroniques et verticalement présent sur l'ensemble de la chaîne de valeur de la téléphonie fixe, du haut débit et du très haut débit. Il convient de rappeler que les opérateurs alternatifs sont dépendants, pour la fourniture de ces services sur le marché de

détail, de l'accès au réseau de France Télécom, au vu des infrastructures qu'elle contrôle, notamment la boucle locale cuivre, sur laquelle elle bénéficie d'un quasi-monopole, et ses infrastructures de génie civil.

La production d'accès haut débit et très haut débit étant en grande partie régie par une économie de coûts fixes, le volume global d'accès produits par France Télécom et destinés soit aux marchés de gros soit au marché de détail, est une source d'économies d'échelle substantielles.

Orange bénéficie donc des infrastructures et du savoir-faire, ainsi que des économies d'échelle de France Telecom. Ces éléments contribuent à offrir à Orange une capacité financière supérieure à celle des opérateurs alternatifs.

En outre, sur le marché de détail, Orange bénéficie d'un réseau de distribution directe et de vente très développé ainsi que d'un effet de réputation et d'image lié à la fourniture du service universel.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît qu'Orange occupe à tout le moins une position prépondérante sur le marché de détail.

En ce qui concerne les concurrents d'Orange, la typologie des acteurs présents sur le 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 de ces dernières années.

Parallèlement à ce mouvement de consolidation, deux nouveaux types d'acteurs ont récemment fait leur entrée dans le marché du haut débit :

- des « revendeurs », sur la base de partenariats avec des opérateurs. Darty s'est ainsi associé à Completel (désormais Numéricable) pour fournir des offres résidentielles multiservices, commercialisées depuis le 31 octobre 2006 ;
- l'opérateur mobile Bouygues Télécom, susceptible comme Orange et SFR de fournir des offres de convergence fixe-mobile.

Par ailleurs, depuis 2003, comme indiqué dans la partie I.5 du présent avis, 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 l'accès à des services audiovisuels (chaînes de télévision, services de vidéo à la demande ou de télévision de rattrapage), sous certaines conditions d'éligibilité (zone géographique, longueur de ligne...).

Dans le cas d'Orange, la fourniture de services audiovisuels par satellite, dans les zones non éligibles à la télévision par ADSL, permet de s'affranchir en grande partie de ces contraintes d'éligibilité.

Les fournisseurs d'accès à Internet ne distribuent les services audiovisuels aujourd'hui que dans certaines zones. En particulier, les opérateurs DSL alternatifs 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, de vidéo à la demande ou de télévision de rattrapage, 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.

III. Analyse de l'Autorité

Dans un contexte de numérisation des contenus, la convergence numérique modifie les relations entre les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications. La place des réseaux de communications électroniques dans la diffusion de la télévision, et notamment de la télévision payante, ne cesse en effet de s'accroître.

En particulier, les secteurs de la télévision payante d'une part, et du haut débit et du très haut débit fixe d'autre part, sont de plus en plus interdépendants, ce qui est susceptible de créer une dynamique de croissance profitable à l'ensemble des acteurs.

Ce phénomène ne se limite pas à la France : plusieurs acteurs européens se sont ainsi positionnés ces dernières années à la fois sur les marchés de la télévision payante et du haut débit. Ainsi, Belgacom détient depuis 2005 les droits de diffusion de la première division de football belge, tandis qu'Arena, filiale du câblo-opérateur allemand Unity Media, a obtenu en 2006 les droits de diffusion de la Bundesliga, le championnat allemand de football. Réciproquement, le principal distributeur de télévision payante au Royaume-Uni, BSkyB, se positionne désormais sur le marché du haut débit, suite notamment à son rachat en 2005 du FAI EasyNet.

De manière générale, la possibilité pour les FAI de fournir des contenus riches et variés à leurs abonnés est de nature à accroître la valeur des réseaux fixes déployés. En outre, un accès de ces réseaux à une plus grande part de la valeur liée aux services audiovisuels pourrait avoir pour effet de favoriser les investissements des opérateurs dans le très haut débit et l'émergence de nouveaux services audiovisuels, bénéficiant aux distributeurs, aux ayants droit et au financement de la création.

Réciproquement, le développement des réseaux, notamment via l'ADSL et la fibre optique, permet aux distributeurs et éditeurs de diffuser plus largement leurs contenus, de favoriser l'émergence d'offres différenciées et innovantes, enrichissant l'expérience offerte aux consommateurs, et de renforcer *in fine* la valeur des contenus diffusés. C'est notamment le cas des services interactifs proposés par Orange sur son offre de télévision payante.

Il y a donc lieu de rechercher les conditions d'un dynamisme conjoint pour ces deux secteurs, en particulier dans la perspective du déploiement des réseaux très haut débit, pour lesquels les services audiovisuels constituent un relais de croissance important, via notamment la diffusion de contenus haute définition ou la diffusion simultanée vers un même foyer de plusieurs chaînes de télévision.

Dans ce contexte, Canal+ France et Orange, initialement présentes respectivement sur les marchés de la télévision payante et du haut débit et du très haut débit, se positionnent désormais sur l'ensemble de ces marchés. Le groupe Vivendi, qui contrôle 65 % de Canal+ France a ainsi acquis en avril 2008, par l'intermédiaire de sa filiale SFR, le contrôle du FAI Neuf Cegetel, tandis qu'Orange est devenue éditeur de chaînes thématiques et acquéreur de droits exclusifs de diffusion de certains programmes depuis l'été 2008.

Au vu des positions prépondérantes de ces deux acteurs sur leurs marchés respectifs, leur comportement sur l'un ou l'autre de ces marchés est susceptible d'induire des risques

concurrentiels et finalement de réduire la complémentarité de deux marchés et la valeur collective qui en découle.

Ainsi, lors du rachat de Neuf Cegetel par SFR, le groupe Vivendi a été amené à prendre des engagements spécifiques, afin d'éviter des risques de distorsion de concurrence. En particulier, Vivendi doit distribuer ses offres CanalSat et Canal+ Le Bouquet auprès des clients des opérateurs DSL dans des conditions normales de marché, au moins aussi avantageuses que celles consenties à SFR ou à ses filiales, y compris pour les déclinaisons haute définition éventuelles de certaines de ces chaînes.

Par ailleurs, l'entrée d'Orange sur le marché de la télévision payante, qui résulte de sa volonté de monter dans la chaîne de valeur et de contester la position de Canal+, est susceptible de dynamiser le marché de la télévision payante. Toutefois, comme indiqué dans l'avis n° 2008-0723 de l'Autorité en date du 1^{er} juillet 2008 relatif à la demande d'avis du Conseil de la Concurrence portant sur une saisine d'office dans le secteur de la télévision payante, la réservation exclusive par Orange des chaînes de télévision qu'elle édite à ses seuls abonnés haut débit, très haut débit et mobile, suscite un certain nombre de questions.

1. Enjeux pour le secteur des communications électroniques : une concurrence soutenue et équitable entre opérateurs de communications électroniques pour des offres enrichies

i. Le maintien de la dynamique concurrentielle sur les marchés du haut débit et du très haut débit

Il est essentiel que la distribution de contenus exclusifs ne vienne pas fragiliser le développement de la concurrence sur le marché de détail du haut débit. Cette concurrence résulte notamment de la mise en œuvre depuis près de dix ans de la régulation des marchés de gros du haut débit, en particulier par le dégroupage de la boucle locale cuivre.

Concernant les offres très haut débit, l'Autorité mène actuellement des travaux visant à préciser le cadre réglementaire applicables à ces services, afin de permettre *a minima* le maintien du niveau de concurrence obtenu sur le haut débit. Compte tenu du développement récent de ces offres, il apparaît d'autant plus nécessaire d'être vigilant à ce que des pratiques liées à la distribution de contenus ne remettent pas en cause le développement de la concurrence sur le très haut débit, qui permettra aux consommateurs d'accéder à des services audiovisuels enrichis, notamment en haute définition.

ii. L'accès équitable aux contenus par les consommateurs

Il est souhaitable que les consommateurs puissent avoir accès, sur le plus grand nombre de plateformes de diffusion et d'opérateurs, aux offres de contenus les plus riches, à des tarifs abordables.

Cela passe par une concurrence entre distributeurs de télévision payante en général et entre FAI en particulier. Si une certaine capacité de différenciation doit être laissée aux acteurs, la concurrence doit être facilitée par un accès équitable des opérateurs/distributeurs aux contenus.

En effet, un distributeur de télévision payante qui ne proposerait pas dans son bouquet de chaîne un ensemble de chaînes suffisamment attractif et complet ne serait pas compétitif auprès des consommateurs. Un accès non équitable des distributeurs aux contenus peut donc induire une distorsion de concurrence, non seulement sur le marché de la distribution de télévision payante, mais aussi sur les marchés de détail du haut débit et du très haut débit.

En outre, l'Autorité note que malgré une relative homogénéité des services proposés par les FAI, il existe des coûts de changement d'opérateur significatifs sur le marché de détail (ex : frais de résiliation, durées d'engagement). Si un unique FAI permettait à ses abonnés d'accéder à certaines chaînes, ceci pourrait accroître l'hétérogénéité entre les offres sur le marché de détail considéré et augmenter, de fait, ces coûts de changement, au détriment de la concurrence et des consommateurs.

Ceci est particulièrement le cas pour les chaînes à plus forte valeur ajoutée génératrices d'abonnements, typiquement les chaînes proposant du contenu de type « premium » (sport, cinéma, séries notamment), et dans l'hypothèse où l'acteur concerné occuperait une position prépondérante soit sur les marchés du haut débit et du très haut débit, soit sur le marché de la télévision payante, lui permettant de faire jouer sa position d'un marché sur l'autre. En particulier, une exclusivité de distribution d'une offre de télévision payante auprès d'une partie restreinte des abonnés aux offres de communications électroniques est susceptible de renforcer artificiellement la position d'un acteur sur les marchés du haut débit et du très haut débit, sans que ce renforcement ne résulte de ses mérites propres sur ces marchés.

L'accessibilité la plus large possible des chaînes à l'ensemble des abonnés des différents FAI, en particulier les chaînes les plus attractives, permet au contraire de réduire de manière significative le risque de préemption des nouveaux abonnés au haut débit et au très haut débit ou de changement massif de fournisseur d'accès en faveur d'un éventuel distributeur exclusif.

2. L'impact des exclusivités

Comme l'a déjà indiqué l'Autorité dans son avis n° 2008-0723 en date du 1^{er} juillet 2008, il existe trois principaux types d'exclusivités en matière de télévision payante :

- sur le marché de l'acquisition de droits : exclusivité d'une chaîne sur un programme donné (ex : matchs de Ligue 1 du samedi soir sur Orange Foot, autres matchs de Ligue 1 sur Canal+ ou Foot+, Julie Lescault sur TF1, Plus belle la vie sur France 3, etc.) ;
- sur le marché de l'édition de chaînes : exclusivité d'un distributeur sur une chaîne donnée (ex : Canal+ Le Bouquet distribuée exclusivement par Canal+ Distribution, Eurosport uniquement accessible via CanalSat par ADSL, fibre optique et satellite, Orange Sport disponible uniquement via les offres de télévision d'Orange, etc.) ;
- sur le marché de la distribution de télévision payante : exclusivité d'un distributeur réservée à ses seuls abonnés à une offre de type haut débit, très haut débit ou mobile (ex : chaînes d'Orange accessibles uniquement aux abonnés Internet ou mobile d'Orange).

i. Sur le marché de l'acquisition de droits : exclusivité d'une chaîne sur un programme donné

Sur le marché amont de l'acquisition de droits, il apparaît que les exclusivités de contenus accordées à une chaîne sont le standard du marché (il est très rare qu'un même programme soit diffusé simultanément sur deux chaînes distinctes) et s'avèrent généralement incontournables :

- pour les ayants-droit qui cherchent à maximiser leurs revenus ;
- pour les chaînes qui cherchent à préserver leur identité.

Les conditions d'octroi d'exclusivités de droits sur certains programmes ne sont pas en tant que telles susceptibles de créer d'effets anticoncurrentiels sur les marchés de services de communications électroniques. En effet, si une chaîne détenant des droits de diffusion exclusive sur certains programmes était présente dans des conditions équivalentes dans les offres de l'ensemble des distributeurs, sur l'ensemble des plateformes, cette exclusivité serait sans impact sur le marché de la distribution de télévision payante et par suite, sur les marchés de services de communications électroniques.

C'est pourquoi l'analyse ci-après est concentrée sur les exclusivités de distribution accordées par une chaîne à un distributeur donné.

ii. Sur le marché de l'édition de chaînes : exclusivité d'un distributeur sur une chaîne donnée

Les exclusivités de distribution de chaînes par des distributeurs constituent également une pratique courante du secteur, permettant une différenciation des offres proposées aux consommateurs, et sur laquelle s'est appuyée historiquement la concurrence entre Canal+ et TPS.

La distribution exclusive d'une chaîne par un unique distributeur sur tout ou partie des plateformes de diffusion concerne actuellement un grand nombre des chaînes payantes, en particulier celles disposant de la plus forte audience et celles éditées par les distributeurs verticalement intégrés :

- l'offre « premium » Canal+ Le Bouquet bénéficie historiquement, *via* sa convention signée avec le CSA, d'une autodistribution exclusive par Canal+ Distribution ;
- CanalSat distribue plus de 60 chaînes thématiques en exclusivité, en particulier les principales chaînes payantes éditées par TF1, Lagardère et le groupe Canal+ France lui-même, ainsi que de nombreuses chaînes éditées par des tiers parmi les plus regardées (chaînes éditées par Disney ou Fox notamment). ;
- Orange distribue en exclusivité Orange Sport d'une part, et les cinq chaînes du bouquet Orange Cinéma Séries d'autre part.

La généralisation de ces exclusivités pour les principales chaînes premium et thématiques repose sur une logique économique, du point de vue des chaînes thématiques comme de celui des distributeurs.

Du point de vue d'un distributeur, la multiplication d'accords d'exclusivité augmente la qualité de son offre et son attractivité pour les téléspectateurs. Un distributeur est ainsi incité à

payer des primes d'exclusivité élevées à la fois pour les chaînes constituant une forte motivation d'abonnement pour les nouveaux clients (chaînes sport ou cinéma notamment) et pour les chaînes favorisant la fidélisation des abonnés existants (chaînes jeunesse ou d'information notamment).

Selon la théorie économique, un distributeur donné est généralement prêt à payer davantage une prime d'exclusivité à une chaîne pour exclure des distributeurs rivaux, que ces distributeurs rivaux ne sont prêts à payer dans leur ensemble à cette même chaîne pour ne pas être exclus de sa distribution.

En outre, si le distributeur est en position prépondérante sur le marché de la distribution de la télévision payante, il est davantage à même d'amortir des primes d'exclusivité élevées sur un grand nombre d'abonnés. Par effet de parc, cette prime peut être significativement plus élevée que les primes d'exclusivité proposées par ses concurrents, dans la mesure où les exclusivités peuvent lui permettre de renforcer cette position et d'évincer la concurrence.

Ce distributeur est donc susceptible à terme d'augmenter ses revenus soit par une hausse de ses tarifs soit par l'augmentation de son parc d'abonnés. Ceci peut également bénéficier aux chaînes thématiques selon le mode de rémunération de ces chaînes par le distributeur.

Pour un distributeur nouvel entrant qui chercherait à augmenter sa part de marché, la conclusion d'accords d'exclusivités lui est également indispensable pour se différencier. TPS a notamment réussi dans les années qui ont suivi son lancement à atteindre une part de marché de plus de 33 % face à CanalSat grâce à la distribution exclusive par satellite de chaînes comme TF1, M6 et France Télévisions dans un premier temps puis, *via* TPS Star, de certains matchs de la Ligue 1 en exclusivité. Orange s'inscrit dans une démarche analogue avec Orange Sport et Orange Cinéma Séries.

Du point de vue des chaînes thématiques également, l'octroi d'une exclusivité à un distributeur donné répond généralement à une nécessité économique.

Dans un contexte où la plupart des chaînes thématiques sont déficitaires ou à la limite de la rentabilité, la maximisation des recettes passe de manière prioritaire par la maximisation des versements de leurs distributeurs, c'est-à-dire le plus souvent par une prime d'exclusivité de distribution. Pour ne pas fragiliser l'économie des chaînes thématiques, il convient donc d'être vigilant sur toute remise en cause des exclusivités, notamment vis-à-vis des chaînes thématiques tierces de petite taille.

En pratique, on constate un net déséquilibre entre distributeurs en termes de nombre de chaînes proposées en exclusivité : outre Canal+ Le Bouquet, Canal+ France distribue via CanalSat plus de 60 chaînes en exclusivité, contre 6 pour Orange, et pratiquement aucune pour les autres FAI.

En outre, seules 7 des chaînes thématiques éditées par Canal+ France (TPS Star, Sport +, Teletoon, etc.) sont aujourd'hui accessibles par les FAI en tant que distributeurs dans le cadre de leurs offres de TV sur ADSL. Cela résulte d'un engagement pris par Vivendi devant les autorités de concurrence en contrepartie de l'acquisition de TPS par le Groupe Canal+ à l'été 2006.

Ainsi, les fournisseurs d'accès Internet ne sont pas en mesure de constituer des bouquets attractifs, principalement du fait des exclusivités de distribution dont dispose Canal+ France, et sont souvent cantonnés à un rôle de simple transporteur en permettant à leurs clients de souscrire directement aux offres de Canal+ France sur l'ADSL.

iii. Sur le marché de la distribution de télévision payante : exclusivité d'un distributeur sur une plateforme donnée

Un distributeur qui a conclu un accord de distribution exclusive avec une chaîne thématique peut proposer ses offres sur le marché de détail selon plusieurs modalités :

- soit en acceptant qu'elles soient « transportées » sur l'ensemble des plateformes qui le souhaitent, dans des conditions comparables, de manière équitable inter- et intra-plateformes. C'est globalement le cas à ce jour des offres de Canal+ France, en application des engagements pris lors de la fusion avec TPS ;
- soit en ne les distribuant que sur une unique plateforme de diffusion, ou à destination de ses seuls abonnés sur un marché autre que celui de la télévision payante.

Ce second cas concerne notamment les chaînes éditées par Orange qui sont uniquement proposées, en option payante, à ses seuls abonnés haut débit et très haut débit. En pratique, les consommateurs sont aujourd'hui contraints de souscrire aux offres triple play d'Orange, incluant l'accès à Internet haut débit voire la téléphonie sur large bande, s'ils souhaitent accéder à certains programmes, typiquement pour regarder un match de Ligue 1 le samedi soir sur Orange Sport.

De manière générale, si certaines chaînes ne sont proposées par leurs distributeurs que sur certaines plateformes, en particulier auprès de ses seuls abonnés haut débit ou très haut débit quand le distributeur est aussi fournisseur d'accès à Internet, ceci peut priver un grand nombre de consommateurs des contenus correspondants et induire une distorsion de concurrence entre plateformes et entre opérateurs.

Ce risque est particulièrement élevé pour les chaînes à forte valeur ajoutée lorsqu'elles sont distribuées par un opérateur prépondérant sur le marché de détail. Il s'agit notamment des chaînes proposant du contenu de type « premium », sport, cinéma et séries, qui déclenchent l'abonnement chez le consommateur. À titre d'exemple, Canal+ Le Bouquet et Orange Sports paraissent entrer dans cette catégorie. Le caractère « à forte valeur ajoutée » d'une chaîne peut notamment s'apprécier au regard du montant des droits exclusifs acquis sur les programmes diffusés sur cette chaîne, qui en constituent généralement le principal poste de coûts, ou de l'accent mis par le distributeur sur la chaîne dans sa communication commerciale.

Il apparaît souhaitable que ces chaînes à forte valeur ajoutée puissent être transportées sur l'ensemble des plateformes et réseaux. Ceci n'implique pas forcément une mise à disposition de ces chaînes auprès des autres distributeurs sur le marché de gros : un distributeur unique peut proposer ses offres (incluant le cas échéant des chaînes à forte valeur ajoutée distribuées de manière exclusive par ce distributeur) sur toutes les plateformes de diffusion de la télévision payante, et en particulier auprès de tous les abonnés haut débit et très haut débit, quel que soit leur fournisseur d'accès à Internet. C'est aujourd'hui globalement le cas de Canal+ France.

En ce qui concerne la distribution exclusive, par un FAI, à ses seuls abonnés haut débit et très haut débit, de chaînes thématiques de moindre importance ou de services additionnels, de type interactivité ou télévision de rattrapage, le risque de distorsion de concurrence n'est pas avéré. D'une part, le développement en propre de ces services n'est pas limité par des barrières à l'entrée (notamment financières) aussi élevées que l'édition de chaînes intégrant des contenus « premium ». D'autre part, la fourniture exclusive de ces services par un distributeur / FAI à ses seuls abonnés haut débit et très haut débit peut permettre une différenciation entre acteurs, favorable à la dynamique du marché et, *in fine*, à la concurrence.

3. L'avis n° 2008-0723 de l'Autorité relatif à la demande d'avis du Conseil de la Concurrence portant sur une saisine d'office dans le secteur de la télévision payante

L'Autorité a déjà été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur les enjeux concurrentiels des exclusivités sur la télévision payante. En particulier, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office début 2008 sur les pratiques relatives au secteur de la télévision payante, saisine dans le cadre de laquelle l'ARCEP a rendu un avis le 1^{er} juillet 2008. Dans cet avis, l'Autorité a notamment constaté la position prépondérante occupée par Canal+ France sur l'ensemble de la chaîne de valeur de la télévision payante, et invité à ce titre le Conseil à veiller à ce que :

- l'autodistribution par Canal+ France de ses bouquets sur les réseaux des FAI soit proposée dans des conditions équitables et équivalentes (y compris pour les chaînes en haute définition) et fasse l'objet d'une rémunération équitable des FAI pour leur transport ;
- l'offre de mise à disposition de chaînes éditées par Canal+ aux distributeurs tiers soit maintenue et élargie et que les exclusivités de distribution accordées à Canal+ France par des chaînes éditées par des tiers soient encadrées.

Dans le cadre de l'avis susmentionné, l'Autorité s'est également préoccupée des pratiques d'exclusivités mises en œuvre par Orange, estimant qu'elles étaient susceptibles de conduire, à une distorsion de concurrence sur les marchés du haut débit et du très haut débit sur lesquels Orange dispose d'une part de marché de près de 50 %. L'Autorité a donc invité le Conseil à veiller à ce qu'Orange rende accessibles les chaînes à forte valeur ajoutée qu'elle édite, dans un délai raisonnable, à l'ensemble des abonnés des autres FAI. L'Autorité identifiait *a minima* Orange Sport comme entrant dans cette catégorie.

La présente saisine vise de façon générique les relations d'exclusivités entre activités d'opérateurs de communications électroniques et de distribution de contenus et de services, en particulier dans le cadre des offres multiservices des fournisseurs d'accès à Internet.

Dans la suite du présent avis, l'Autorité s'attachera donc à examiner, pour les principales sociétés concernées, les enjeux des exclusivités de distribution, lorsqu'elles tendent à réserver un contenu aux seuls abonnés haut débit ou très haut débit d'un fournisseur d'accès à Internet.

4. Les enjeux liés aux positionnements et stratégies des acteurs occupant une position prépondérante sur les marchés de la télévision payante ou du haut et du très haut débit

i. Les engagements pris par Vivendi pour limiter les distorsions de concurrence entre acteurs et entre plateformes

La position prépondérante de Canal+ France sur l'ensemble des marchés de la télévision payante induit un risque de distorsion de concurrence sur les marchés de détail du haut débit, du très haut débit et de la téléphonie mobile, pouvant notamment résulter, en l'absence de contraintes spécifiques, de l'existence de liens structurels entre Canal+ France d'une part et Neuf Cegetel, Tele2 et SFR d'autre part, aujourd'hui tous directement ou indirectement rattachés au groupe Vivendi.

En théorie, Canal+ France pourrait utiliser sa puissance sur les marchés de la télévision payante pour faire levier et distordre en sa faveur les conditions de concurrence sur les marchés du haut débit et du très haut débit et sur le marché de la téléphonie mobile.

En effet, Canal+ Le Bouquet et CanalSat constituent des offres incontournables sur le marché de la distribution de télévision payante. La première concentre notamment la quasi-totalité des contenus « *premium* » avec plus de 5,3 millions d'abonnés et la seconde distribue de manière exclusive plus de 60 chaînes parmi les principales chaînes thématiques payantes.

En termes de discrimination inter-plateformes, Canal+ France pourrait notamment privilégier la distribution par satellite ou par TNT, qui présentent pour lui le double avantage de ne pas être conditionnées à un abonnement haut débit ou très haut débit chez un FAI et de lui donner le plein contrôle du décodeur, source importante de revenus pour Canal+ France.

En termes de discrimination intra-plateformes, Canal+ France pourrait également privilégier la filiale fixe et mobile du groupe Vivendi, SFR, en ne proposant tout ou partie de ses offres qu'auprès des abonnés de cette filiale.

Les engagements pris par Canal+ France, via Vivendi, lors des opérations de concentration TPS/Canal+, SFR/Tele2 et SFR/Neuf, sont néanmoins de nature à limiter ces risques. En particulier, Vivendi doit distribuer ses offres CanalSat et Canal+ Le Bouquet auprès des clients des opérateurs DSL et fibre optique dans des conditions normales de marché, au moins aussi avantageuses que celles consenties à SFR ou à ses filiales, y compris pour les déclinaisons haute définition éventuelles de certaines de ces chaînes. Ces engagements ont été pris soit début 2007, pour une durée de 6 ans, à compter de l'acquisition par Vivendi et Groupe Canal+ de TPS, soit en avril 2008, pour 4 ans, à compter de l'acquisition par SFR de Neuf Cegetel.

Plus généralement, il est souhaitable qu'un acteur en position dominante sur le marché de la télévision payante distribue ses offres de manière non-discriminatoire sur l'ensemble des plateformes et des réseaux, en vertu du principe de neutralité technologique.

En outre, le fait que la croissance du parc d'abonnés aux offres de Canal+ France repose en grande partie sur les réseaux fixes contribue à réduire le risque de voir Canal+ France privilégier le satellite. À titre d'exemple, sans que cela ne lui ait été imposé par les engagements pris lors de l'acquisition de TPS, Canal+ France a distribué dès début 2007 la

version haute définition de sa chaîne Canal+ sur les réseaux de certains FAI, alors qu'elle la réservait initialement au satellite.

Néanmoins, l'Autorité note que certains FAI ne transportent pas encore cette offre à ce jour. En particulier, l'offre Canal+ Le Bouquet n'est pas distribuée à ce jour par Canal+ France auprès des abonnés très haut débit de DartyBox. Il apparaît donc que, malgré les engagements existants, Canal+ Le Bouquet, qui constitue la principale chaîne française disposant de contenus « premium », n'est pas aujourd'hui disponible auprès de la totalité des abonnés des FAI, ce qui est susceptible de créer une distorsion de concurrence aux dépens des FAI dont les abonnés en sont privés. Des discussions semblent toutefois engagées entre Canal+ France et DartyBox.

Il convient néanmoins de rester attentif à ce que l'ensemble des abonnés à des offres haut débit, très haut débit puisse souscrire dans des conditions équivalentes aux offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat, y compris pour les versions haute définition éventuelles des chaînes concernées.

Il convient donc de s'assurer du traitement équitable, par Canal+ France, de l'ensemble des plateformes et réseaux de diffusion sur lesquels il distribue ses offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat. Ce traitement pourrait notamment résulter de la réaffirmation des principes des engagements existants, du contrôle de leur mise en œuvre effective, et de leur extension explicite aux conditions de rémunération, dans des conditions équitables et équivalentes, des opérateurs pour le transport de ces offres.

ii. Sur le marché de la télévision payante, Orange peut animer le marché

Comme rappelé en partie II.A, le groupe Canal+ France occupe une position prépondérante sur l'ensemble de la chaîne de valeur de la télévision payante.

Dans ce contexte, sur les seuls marchés de la télévision payante, la décision d'Orange de monter dans la chaîne de valeur, en acquérant des droits exclusifs sur certains programmes et sur la distribution de certaines chaînes et en éditant ses propres chaînes thématiques, est susceptible d'être favorable à une dynamique concurrentielle sur ces marchés.

Sur le marché de l'acquisition de droits, Orange a d'ores et déjà notamment obtenus de nombreux contenus de type « premium », notamment de type sportifs et cinématographiques (trois lots de la Ligue 1, films Warner, séries HBO, etc.) et se positionne désormais de plus en plus comme une alternative à Canal+ France sur ce marché

Pour les ayants-droits, le positionnement d'Orange permet de limiter leur dépendance vis-à-vis de Canal+ France. En 2006, lors de l'acquisition de TPS, le groupe Canal+ avait en effet indiqué que l'un des objectifs de cette opération de concentration était réduire significativement les montants des droits de diffusion acquis par le groupe, en créant une situation de quasi-monopsonne. La montée d'Orange dans la chaîne de valeur réduit de fait ce risque de monopsonne : Orange est ainsi susceptible de constituer une seconde source de financement significative pour la production cinématographique et audiovisuelle française, auxquelles elle contribue déjà, et le maintien des revenus globaux de la Ligue 1 n'a pu être assuré que par la participation d'Orange à l'appel d'offres organisé par la Ligue de Football Professionnelle.

Par ailleurs, si l'on occulte les effets sur les marchés du haut débit et du très haut débit sur lesquels le présent avis revient par la suite, la distribution exclusive de chaînes par Orange, en tant que distributeur de télévision payante, ne semble pas en soi poser de difficultés concurrentielles à ce stade. Orange n'est pas en position prépondérante sur le marché de la distribution de télévision payante en France. Orange ne distribue en effet que 6 chaînes en exclusivité, contre plus de 60 chaînes pour Canal+ France (dont Canal+ Le Bouquet et les chaînes thématiques à plus forte audience).

La distribution exclusive de chaînes thématiques par Orange est même susceptible d'animer le marché de la télévision payante, sur un modèle proche de la concurrence historique entre CanalSat et TPS. Pour les chaînes thématiques éditées par des tiers, l'émergence d'un distributeur alternatif en concurrence frontale avec Canal+ France, susceptible de leur verser une prime d'exclusivités élevée, est de nature à limiter leur dépendance et à augmenter leur capacité de négociation vis-à-vis de Canal+ France.

En outre, le développement par Orange de nouveaux services interactifs, associés aux flux linéaires et permis notamment par les caractéristiques des réseaux fixes (ADSL, fibre optique), est de nature à favoriser, par l'innovation et la différenciation, la dynamique concurrentielle sur le marché de la distribution de contenus.

iii. Sur les marchés du haut débit et du très haut débit, il est souhaitable de permettre l'accès de tous les abonnés aux chaînes à forte valeur ajoutée d'Orange

a) La stratégie d'Orange

En premier lieu, Orange justifie sa montée dans la chaîne de valeur comme une nécessité du fait de la position prépondérante sur les marchés de la télévision payante du groupe Canal+ France. En effet, ce dernier distribue de manière exclusive les principales chaînes thématiques et premium françaises et ne permet pas aux FAI, en tant que simples distributeurs, de proposer des offres audiovisuelles suffisamment attractives. Cette montée dans la chaîne de valeur pourrait ainsi permettre à Orange de contester la position de Canal+ France sur le marché de la télévision payante et de conquérir une part plus importante de la valeur sur un marché où Canal+ France a vu son résultat opérationnel ajusté augmenter de 42 % en un an.

En second lieu, Orange estime que les contenus permettent d'accroître la valeur ajoutée sur son parc de clients et de fidéliser son parc d'abonnés haut débit et très haut débit dans un contexte de stabilisation des revenus de l'accès.

En outre, pour se différencier de Canal+ France, Orange s'efforce de développer des services interactifs innovants associés aux chaînes qu'elle édite, en s'appuyant notamment sur son expérience d'opérateur de réseaux ADSL et fibre optique.

Pour constituer une alternative crédible aux offres distribuées par Canal+ France, Orange vise donc à installer ses offres premium en acquérant des contenus à forte valeur ajoutée en exclusivités, à les adapter aux nouveaux usages observés et à établir Orange comme une marque forte, avec son identité propre, dans les contenus.

Compte tenu de la restriction par Orange de la diffusion des chaînes qu'elle édite à ses seuls abonnés haut débit, très haut débit et mobile, et de l'effet possible de cette pratique sur la concurrence, il est nécessaire d'examiner cette stratégie.

À cet égard, il semble que pour s'implanter sur le marché de la télévision payante, un distributeur / éditeur de contenus a intérêt à faire diffuser ses offres sur l'ensemble des plateformes et réseaux existants, afin de desservir le maximum de consommateurs et de disposer, par suite, de la plus large base d'abonnés possible. Dès lors, du strict point de vue du marché de la télévision payante, il apparaîtrait plus intéressant pour Orange de proposer ses chaînes sur l'ensemble des réseaux existants, y compris ceux des autres FAI (Iliad, SFR, Numéricable, etc.), le cas échéant en autodistribution afin de renforcer son identité et la visibilité de sa marque sur ce marché.

Ceci paraît d'autant plus vrai pour Orange Sport qui est proposé aux abonnés d'Orange à un tarif relativement bas (option payante à 6 euros par mois et par abonné) au vu des montants d'acquisition des droits des programmes diffusés par la chaîne (notamment les 203 millions d'euros par an versés pendant 4 ans à la Ligue de Football Professionnelle pour trois lots de la Ligue 1) et par rapport aux autres offres premium existantes (notamment Canal+ Le Bouquet). Dès lors, afin de rentabiliser les achats de droits élevés nécessaires à l'élaboration de la grille de la chaîne Orange Sport, la logique économique voudrait qu'Orange diffuse cette chaîne au plus grand nombre possible d'abonnés, via l'ensemble des plateformes et réseaux disponibles. Ceci semble d'ailleurs cohérent avec les choix d'Orange de proposer ses chaînes par satellite auprès de ses abonnés non éligibles à la télévision par ADSL, et de conclure un contrat avec le groupe AB pour la distribution de la chaîne Orange Sport Info sur le bouquet Bis TV.

Concernant les services interactifs, s'ils constituent un élément différenciant susceptible de participer significativement à terme à l'identité et au développement de la marque Orange dans les contenus, la réservation par Orange de ces services à ses seuls abonnés haut débit et très haut débit ne paraît pas davantage de nature à favoriser le développement d'Orange sur le marché de la télévision payante. Il convient à cet égard de signaler que la distribution de ces services par les FAI est techniquement possible même si elle peut appeler des discussions et des développements.

En conséquence, la réservation par Orange de contenus à forte valeur ajoutée, au seul bénéfice des abonnés à ses services de communications électroniques, ne paraît pas pouvoir s'expliquer uniquement par une stratégie de conquête du marché de la télévision payante, qui semble donc porter également sur les marchés du haut débit et du très haut débit. Ceci est corroboré par la plupart des analyses financières de ces derniers mois (Société Générale, Exane BNP Paribas, etc.) relatives à la stratégie d'Orange, qui soulignent que l'exclusivité réservée par Orange à ses clients pour certains contenus vise principalement à sécuriser son chiffre d'affaires haut débit.

b) Les effets sur les marchés du haut débit et du très haut débit

De manière générale, il apparaît nécessaire de fixer des règles pour l'intervention des opérateurs de communications électroniques dans la chaîne de valeur de la télévision payante, afin que ne soit pas remise en cause la dynamique concurrentielle sur les marchés du haut débit et du très haut débit.

On constate aujourd'hui que les offres haut débit et très haut débit proposées par les FAI sont relativement homogènes et organisées autour d'offres multiservices incluant l'accès à Internet avec des débits allant jusqu'à environ 20 Mbit/s, des services de voix sur large bande, un bouquet de base de télévision d'attractivité limitée et des services de vidéo à la demande. En cas de différence notable dans les contenus proposés, notamment de type « premium », la nature et la qualité des services audiovisuels proposés par les FAI est donc susceptible de constituer, pour les abonnés, un critère de choix important de leur fournisseur d'accès.

La stratégie d'Orange repose sur : une position prépondérante sur les marchés de gros et de détail du haut débit et du très haut débit ; l'acquisition, à des prix élevés, de droits exclusifs sur des programmes sportifs, cinématographiques et audiovisuels, qui présentent une attractivité forte pour les téléspectateurs ; la limitation à sa seule base d'abonnés haut débit ou très haut débit de la distribution des principales chaînes qu'elle édite, ainsi que des services interactifs et non linéaires associés. Cette stratégie pourrait avoir un double effet.

En premier lieu, elle pourrait permettre à Orange de verrouiller artificiellement sa base d'abonnés en renforçant les coûts de changement d'opérateur, à son bénéfice et au détriment de la fluidité du marché.

En second lieu, il existe un risque élevé de voir un nombre croissant de consommateurs souscrire aux offres *triple play* d'Orange principalement pour accéder à certains programmes, typiquement regarder un match de Ligue 1 le samedi soir sur Orange Sport. Ceci pourrait donc se traduire, sur le marché de détail, par un regain de la part de marché d'Orange sur le haut débit, ou conduire à une préemption des abonnés très haut débit en faveur d'Orange.

Il est vrai que les acquisitions et résiliations d'abonnés des différents acteurs sur le marché de détail du haut débit et du très haut débit fixe ne permettent pas d'observer pour le moment d'effet lié aux pratiques d'Orange susmentionnées, compte des chiffres présentés en II.B.2 du présent avis. Cependant, les chaînes de télévision éditées par Orange ayant été lancées à l'été ou à l'automne 2008, le temps d'observation apparaît insuffisant pour conclure à l'absence d'effet potentiel. En outre, Orange Sport ou Orange Cinéma Séries comptaient 300 000 abonnés en février 2009. Ces abonnés constituent un échantillon encore insuffisant pour constater dès à présent un éventuel regain de part de marché d'Orange sur le marché de détail.

Néanmoins, le fait que les risques concurrentiels exposés précédemment ne soient pas avérés à ce jour n'est pas de nature à remettre en cause l'analyse structurelle menée par l'Autorité, ni la nécessité de prévenir les risques de distorsion de concurrence identifiés.

c) Prévenir les risques

Afin que l'entrée d'Orange dans le marché de la télévision payante ne vienne pas remettre en cause le développement de la concurrence, obtenue au cours des dernières années, par la régulation des marchés de gros du haut débit, il apparaît nécessaire que certaines chaînes éditées par Orange soient accessibles à l'ensemble des abonnés des autres FAI. La diffusion la plus large des contenus édités par Orange paraîtrait en outre cohérente avec la volonté affichée par le groupe Orange d'entrer sur le marché de la télévision payante et d'y acquérir une part plus importante de la valeur.

Le principe d'accessibilité par les abonnés des autres FAI à des contenus édités par Orange irait dans le sens de la neutralité des réseaux, tout en laissant à ces acteurs la possibilité de monter dans la chaîne de valeur de la télévision payante.

1. Le périmètre des chaînes concernées

Il semblerait légitime que l'accès des abonnés des autres FAI aux contenus édités par Orange concerne *a minima* les chaînes à plus forte valeur ajoutée, susceptibles d'être déterminantes pour de nombreux consommateurs dans le choix de leur fournisseur et dans leur volonté d'en changer le cas échéant. Il pourrait s'agir notamment des chaînes diffusant des contenus « premium ».

La notion de contenus « premium » n'est pas clairement définie et demeure donc discutable. De manière générale, l'usage définit ainsi les contenus qui apparaissent comme les plus attractifs pour les consommateurs, en particulier pour le sport, le cinéma et, depuis quelques années, les séries.

En pratique, le caractère « premium » d'une chaîne ou d'un contenu paraît en effet devoir s'apprécier au vu d'une pluralité d'indices parmi lesquels le montant des droits exclusifs acquis sur les programmes correspondants, leur audience ou leur place au sein des campagnes commerciales menées par les distributeurs ou éditeurs.

L'Autorité de la concurrence pourrait donc être amenée à apprécier au cas par cas le caractère « premium » de chaînes ou contenus édités par Orange, notamment à l'appui de l'avis rendu par Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le cadre de la présente procédure.

Il semble *a minima* qu'Orange Sport, qui diffuse tous les samedis soirs un match phare de la Ligue 1 de football, entre dans la catégorie des chaînes à forte valeur ajoutée, dont il est souhaitable qu'elles soient accessibles à l'ensemble des abonnés des FAI, sans préjuger de l'analyse qui pourrait être conduite concernant les services non linéaires associés aux contenus « premium » correspondants.

2. Les modalités d'accès des abonnés de l'ensemble des FAI aux services concernés

Concernant l'accessibilité aux contenus édités par Orange par les abonnés des autres FAI, deux modalités sont envisageables :

- L'autodistribution par Orange, sous sa marque, de ses offres, directement auprès des abonnés des FAI tiers, à l'image de ce qui est mis en œuvre par Canal+ France pour ses offres Canal+ Le Bouquet et CanalSat ;
- Une mise à disposition des chaînes concernées sur le marché de gros, ce qui est mis en œuvre pour sept chaînes de Canal+ France (TPS Star, Sport+, etc.) suite aux engagements pris par Vivendi lors de l'acquisition de TPS.

À ce stade, l'autodistribution paraît suffisante pour pallier les risques concurrentiels sur les marchés du haut et très haut débit, tout en permettant à Orange de contester la position prépondérante de Canal+ France sur la télévision payante. En effet, l'autodistribution permettrait à Orange d'assurer directement la commercialisation effective de ses offres auprès de l'ensemble des consommateurs, tout en affirmant sa marque et son identité sur le marché de la télévision payante auprès des consommateurs finals.

En outre, il ne paraîtrait pas proportionné qu'Orange soit contrainte de mettre à disposition ses chaînes à forte valeur ajoutée sur le marché de gros, alors même que Canal+ France n'y est pas contrainte pour Canal+ Le Bouquet, malgré sa position prépondérante sur le marché de la télévision payante.

3. La valorisation des services interactifs

Il ne semble pas indispensable que les abonnés de l'ensemble des FAI aient la possibilité d'accéder aux services interactifs d'Orange. En effet, les concurrents d'Orange paraissent à même de constituer facilement des services alternatifs de ce type tout aussi attractifs. De surcroît, il convient de noter qu'une diffusion simultanée du flux linéaire et des services interactifs ne constitue pas un impératif technique : la simple mise à disposition de flux vidéo linéaires auprès des autres FAI est possible techniquement.

Toutefois, en cas d'autodistribution de ses chaînes auprès des abonnés des autres FAI, Orange pourrait souhaiter leur proposer les services interactifs qu'elle a développé pour son propre compte, et qui constituent un élément de différenciation important et innovant par rapport aux offres de Canal+ France. Dans ce cas, il serait raisonnable qu'Orange soit en mesure de proposer aux abonnés des autres FAI ces services interactifs dans des conditions équitables et avec une qualité de service satisfaisante.

De manière générale, la distribution aux abonnés des autres FAI des chaînes d'Orange diffusant des contenus premium nécessiterait des discussions préalables, notamment techniques, entre Orange et les fournisseurs d'accès à Internet alternatifs, tant pour sécuriser la diffusion des contenus au bénéfice des ayants-droits, que pour permettre l'acheminement des services interactifs jusqu'aux abonnés.

iv. Suivi des effets des offres de télévision payante sur les marchés concernés

Pour s'assurer de l'absence de distorsion de concurrence, notamment sur les marchés du haut débit et du très haut débit, il apparaît souhaitable que soit mis en place un dispositif de suivi des effets des offres de télévision payante d'Orange et de Canal+ France sur ces marchés, avec fixation d'une clause de rendez-vous en 2011 pour Orange, soit trois ans après son lancement dans l'édition de chaînes de télévision payante, pour en dresser un bilan. Les acquisitions et résiliations constatées sur l'ensemble des marchés concernés par les principaux acteurs pourraient notamment être suivies.

IV. Conclusion

L'accès dans des conditions équivalentes et équitables de l'ensemble des opérateurs de communications électroniques aux contenus audiovisuels est une garantie indispensable au bon fonctionnement des marchés. L'ARCEP attire l'attention de l'Autorité de concurrence sur les risques concurrentiels qui peuvent être induits par le comportement, sur les marchés de la télévision payante ou des communications électroniques, d'un acteur qui serait prépondérant sur l'un de ces marchés. Elle propose plusieurs mesures pour limiter ces risques.

Il importe tout d'abord de pérenniser et, le cas échéant, de préciser les engagements pris par le groupe Vivendi dans le cadre de la fusion entre TPS et Canal+, de façon à garantir que les offres de télévision payantes les plus attractives, à savoir Canal+ Le Bouquet et CanalSat, puissent être présentes sur l'ensemble des plateformes des opérateurs, et ce dans des conditions économiques équitables pour l'ensemble des acteurs.

L'entrée d'Orange sur le marché de l'édition de chaînes payantes peut dynamiser ce marché. Il importe d'éviter qu'elle ne vienne remettre en cause, ni même simplement freiner le développement de la concurrence sur les marchés du haut débit et du très haut débit, compte tenu de la position d'Orange sur ces marchés.

À cet égard, il est souhaitable qu'Orange permette aux abonnés des autres fournisseurs d'accès à Internet d'accéder aux chaînes ou contenus à forte valeur ajoutée qu'elle édite, *a priori* en autodistribution. Ceci pourrait *a minima* concerner le flux linéaire de la chaîne Orange Sport. Dans ce cadre, il serait légitime qu'Orange demande des garanties raisonnables tendant à préserver son identité sur le marché de l'édition de chaînes.

L'ARCEP estime souhaitable la mise en place d'un dispositif de suivi des effets des offres de télévision payante d'Orange et de Canal+ France, sur les marchés du haut débit et du très haut débit, avec fixation d'une clause de rendez-vous en 2011 pour Orange, soit trois ans après son lancement dans l'édition de chaînes de télévision payante, pour en dresser un bilan.

Fait à Paris, le 19 mars 2009

Le Président

Jean-Claude Mallet