

Accès non-discriminatoire aux services numériques d'accès conditionnel

IRIS plus accompagnera désormais chaque deuxième parution de **IRIS-Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel**, poursuivant ainsi sous un nouveau nom et sous une nouvelle forme la série IRIS FOCUS, lancée en 2000, qui abordait des sujets de portée internationale. **IRIS plus** se veut être un complément à thème, souvent comparatif, de notre lettre d'information sur l'actualité juridique IRIS.

La première édition de **IRIS plus** traite des systèmes électroniques d'accès conditionnel et de leur fonction comme portail vers des services numériques. Elle décrit lesquels de ces systèmes peuvent se révéler être des obstacles potentiels d'accès à la télévision numérique, notamment, et en explique les raisons. Elle précise également les moyens de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe en vue d'éviter les restrictions d'accès. Cependant, afin de ne pas empêcher le développement de nouveaux marchés par une réglementation nationale, le domaine est étroitement réglementé, la finalité étant l'auto-contrôle par la libre concurrence. C'est pourquoi l'article se penche aussi sur le droit de la concurrence communautaire, qui entre en jeu lorsque l'accès au marché, et par là même la concurrence, sont mis en danger par une situation monopolistique. **IRIS plus** traite, enfin, des évolutions futures qui seront déterminées, entre autres, par la convergence des différents domaines concernés par les systèmes d'accès conditionnel et par la nécessité d'un cadre de réglementation unique.

Je vous souhaite une bonne lecture.

Strasbourg, février 2001

Susanne Nikoltchev
Coordinatrice IRIS

Conseiller juridique de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS plus est un supplément à **IRIS**, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2001-2

Directeur de la publication : Wolfgang Closs - Impression : Nomos Verlagsgesellschaft, mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, D-76350 Baden-Baden
Editeur : Charles-Henry Dubail, Victoires-Éditions, Sàrl au capital de 600 000 FRF, RCS Paris B 342 731 247, siège social 4 ter rue du Bouloi F-75001 Paris
N° ISSN 1023-8557 - N° CPPAP 77549



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int/oea/en/pub/index.htm>
e-mail: obs@obs.coe.int

VICTOIRES
VE
ÉDITIONS

38 RUE CROIX-DES-PETITS-CHAMPS • F-75001 PARIS
TEL. +33 (0)1 53 45 89 15 • FAX +33 (0)1 53 45 91 85
e-mail: c.vier@victoires-editions.fr

Accès non-discriminatoire aux services numériques d'accès conditionnel

1. Introduction

Le véritable Sésame d'un marché de l'audiovisuel ouvert est l' "accès" – accès aux moyens de transmission, aux contenus, aux nouveaux marchés et aux informations. Sans "accès", point de participation. D'où l'importance économique et juridique décisive des questions d'accès sur le marché européen de l'audiovisuel. Dans ce document, nous nous intéressons à un aspect spécifique de l'accès : celui des diffuseurs de chaînes numériques aux systèmes d'accès conditionnel. L'accès à ces systèmes numériques est la cheville ouvrière du processus de fourniture de services numériques en télédiffusion (contenu – commercialisation de contenus/ groupeage – infrastructures de transmission – récepteurs – contrôles d'accès), car de ses conditions d'aménagement dépendra au final l'accès à la clientèle et donc au marché.

La Commission européenne définit l'accès conditionnel électronique comme étant une "mesure et/ou tout dispositif technique subordonnant l'accès au service protégé sous une forme intelligible à une autorisation individuelle préalable"¹. En télévision numérique, il s'agit au premier chef du codage/décodage des signaux à l'aide de décodeurs. Les autres éléments des systèmes électroniques d'accès conditionnel sont le *Subscriber Management System* (SMS)² et le *Subscriber Authorisation System* (SAS)³. L'accès conditionnel est censé, entre autres, garantir que la diffusion sera autorisée uniquement à l'adresse des téléspectateurs régulièrement abonnés (Pay-TV).

Le système a son revers : tout opérateur qui contrôle un système d'accès conditionnel a le pouvoir de sélectionner les diffuseurs de services de télévision payante qui auront accès au public. L'expérience a d'ores et déjà montré que l'opérateur d'un tel système a les moyens d'exercer une influence considérable sur la structure du marché et la concurrence. Dès lors qu'un opérateur réussit à imposer une norme dominante, il est pratiquement en mesure de dominer le marché de la télévision à péage et de mettre des bâtons dans les roues de certains diffuseurs, de ses concurrents qui proposent un accès conditionnel différent du sien et des fabricants de récepteurs, voire, dans le pire des cas, de leur interdire *de facto* l'accès au marché télévisuel. Les accès conditionnels se retrouvent alors dans les rangs des principaux *bottleneck facilities*⁴ en télévision numérique payante. Les scénarios possibles sont évidents.

Dans ce dossier, nous nous proposons de passer en revue l'arsenal juridique européen mis en place pour parer aux éventuelles distorsions de concurrence qui pourraient résulter d'un usage abusif des *bottlenecks* associés à l'accès électronique et permettre à tous les acteurs du marché d'avoir accès aux systèmes d'accès conditionnel. Nous nous concentrons volontairement sur la question de l'accès aux systèmes d'accès électroniques ainsi que sur les initiatives et décisions prises par les autorités réglementaires.

Dans une première partie, le dossier est consacré aux mesures d'harmonisation prises à l'échelon européen telles que celles proposées dans la Directive 95/47/CE⁵, et la Recommandation R(99)1 du Conseil de l'Europe. Dans une seconde partie, nous évoquerons les décisions appliquées par la Commission européenne dans sa fonction d'autorité réglementaire de la concurrence sur le marché de la télévision payante⁶.

2. Directive 95/47/CE

2.1 Généralités

Les retombées possibles d'un usage abusif de l'accès conditionnel sur le marché européen n'ont pas échappé à la Commission européenne et l'ont incitée à arrêter une directive qui protège la concurrence sur le marché audiovisuel numérique. Il s'agit de la Directive 95/47/CE relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision. Par marché des services de télévision numérique, la Commission entend en premier lieu le marché des services liés à la télévision numérique.

La Directive 95/47/CE passe en revue les différents aspects de l'accès à la télévision numérique et de l'accès conditionnel au sens large, tels que l'interopérabilité des systèmes d'accès conditionnel et des matériels utilisateurs (par ex. récepteurs), la transmissibilité des signaux codés via le câble et enfin l'accès des télédiffuseurs aux systèmes d'accès conditionnel. Ces dispositions réunies doivent aider les acteurs du marché audiovisuel à participer au marché de la télévision numérique.

2.2 Droit des diffuseurs d'accéder aux systèmes d'accès conditionnel

Le paragraphe c de l'article 4 de la Directive 95/47/CE est en substance un résumé du droit des diffuseurs d'accéder aux systèmes d'accès conditionnel. Les Etats membres s'engagent à prendre toutes mesures pour que les opérateurs de systèmes d'accès conditionnel, indépendamment des

moyens de transmission, qui produisent et commercialisent des systèmes d'accès aux services de télévision numérique, proposent à tous les diffuseurs, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, des services techniques permettant que leurs services de télévision numérique soient captés par les téléspectateurs autorisés par l'intermédiaire de codeurs gérés par les opérateurs de services⁷. Il peut s'agir d'opérateurs de services de contrôle d'accès indépendants et d'opérateurs de services liés à la télévision payante qui gèrent et commercialisent leur propre système. En revanche, la directive ne régit pas le droit éventuel de producteurs concurrents d'exiger qu'un système soit interopérable avec les leurs, pas plus qu'elle ne demande que l'opérateur d'un service d'accès conditionnel s'engage à garantir l'interopérabilité de son système avec ceux d'autres opérateurs (cf. plus loin)⁸.

En d'autres termes, la directive demande que des services soient proposés qui permettent à d'autres services de télévision payante de diffuser leurs programmes grâce à des décodeurs tiers. Ce droit existe indépendamment du fait que l'opérateur occupe ou non une position dominante sur le marché. Les fournisseurs de décodeurs, qui ont développé leur propre système, ne doivent en aucun cas exclure arbitrairement certains diffuseurs de l'accès à leur système – et par là les empêcher de toucher une clientèle – il leur est interdit d'exercer une quelconque discrimination (au profit par exemple de leur propre programme) ou de leur imposer des tarifs prohibitifs.

Il revient aux Etats membres de définir le droit à l'accès de manière à préserver équitablement les intérêts économiques des opérateurs de systèmes d'accès, contraints de garantir l'accès à leur système.

La directive renonce à prescrire une norme pour les accès conditionnels ou à arrêter des dispositions contraignantes visant la compatibilité des systèmes⁹. Concernant l'élaboration de normes et de solutions destinées à garantir l'interopérabilité des systèmes, la directive mise sur l'autorégulation, que ce soit par les personnes concernées ou les acteurs du marché, et sur la demande des consommateurs. L'établissement de normes relève en premier lieu d'organisations agréées au niveau international (ETSI, CEN/CENELEC, ITU, ISO ou IEC). De son côté, le groupe DVB a élaboré des propositions visant l'interopérabilité des systèmes (solutions Simulcrypt¹⁰ et Multicrypt¹¹).

Le droit d'accès, tel qu'il est formulé dans la directive, est explicitement limité. La réglementation s'applique uniquement aux services de télévision numérique alors que l'accès à des services en ligne et à d'autres services interactifs, qui ne sont pas pris en compte dans la directive, sont proposés aux consommateurs en même temps que des services de télévision (cryptés) sur les plates-formes numériques.

Le fait que la directive ne prenne en compte ni les services de radio ni les services liés à la télévision analogique peut s'expliquer par l'importance économique particulière de la télévision numérique. Par ailleurs, la directive fait l'impasse sur d'autres points, qui pourraient s'avérer des *bottlenecks* sérieux en télévision numérique, comme l'accès aux *Electronic Programme Guides*¹² et à l'*Application Programme Interface*¹³. Ces deux composantes d'un décodeur placent l'opérateur en situation de contrôler si la télévision numérique atteint le téléspectateur et de quelle manière¹⁴. Certains Etats membres comme l'Italie, l'Allemagne et l'Irlande, ont pris des dispositions supplémentaires concernant les EPG et les API, et accordent une attention spéciale à la protection des consommateurs.

La stricte séparation entre infrastructure et contenu opérée par la directive est une autre de ses caractéristiques ; elle se concentre exclusivement sur les aspects techniques et laisse de côté les aspects de contenus, pourtant essentiels, notamment dans le cadre du groupeage de canaux de diffusion numériques. Les diffuseurs de bouquets numériques intégrés verticalement qui commercialisent leurs programmes via un dispositif d'accès conditionnel propriétaire, ne sont pas contraints, d'après la directive, d'autoriser l'accès à leur bouquet numérique à des diffuseurs de contenus concurrents (codés ou *free-to-air*). Cela peut être problématique pour les téléspectateurs qui choisissent de s'abonner à tel bouquet numérique dans l'espoir de couvrir l'ensemble de leurs besoins télévisuels. Etant donné que le marché audiovisuel n'échappe pas à la tendance d'une intégration verticale des opérateurs des contenus et des infrastructures, on se demande si la distinction opérée par la directive entre contenu et technique de transmission tient compte des réalités d'un marché ouvert à la concurrence.

Concernant les points laissés en suspens par la directive, on ne peut que se référer au droit commun de la concurrence, en particulier le droit européen sur les cartels et l'interdiction d'abus de position dominante. L'article 4c de la directive engage d'ailleurs expressément les Etats membres à prendre toutes les mesures adaptées pour que les opérateurs de systèmes

d'accès conditionnel se conformant au droit communautaire de la concurrence, en particulier dans le cas où une position dominante apparaît. (cf. point 5).

2.3 Application de la Directive 95/47/CE par les Etats membres

Comme nous l'avons déjà souligné, notre propos n'est pas d'exposer comment les Etats membres appliquent la directive. On peut supposer que les réglementations nationales sont peu ou prou identiques sur le fond et reprennent les principales dispositions de la directive. Une remarque s'impose néanmoins : le texte laisse une marge de manœuvre considérable aux Etats membres, tant au niveau de l'appréciation que de la réglementation. Cela étant, nul ne s'étonnera que les mesures d'application, si elles ont été mises en œuvre, révèlent des disparités importantes sur des points précis, notamment en ce qui concerne le renvoi aux dispositions nationales sur les EPG et les API. On constate ainsi des différences dans la manière dont les Etats membres choisissent de concrétiser et d'appliquer les dispositions de la directive, et dans l'importance qu'ils lui accordent. Citons, à titre d'exemple, le Royaume-Uni, avec les réflexions pointues et approfondies et les initiatives de l'OFTEL et du DTI sur la réglementation relative à l'utilisation de l'accès conditionnel électronique. Dans un premier temps, d'autres Etats membres, notamment l'Espagne, avaient souhaité imposer la compatibilité des systèmes, mais ils se sont heurtés à une opposition de la Commission européenne et ont dû renoncer.

3. Initiatives futures

3.1 Généralités

La Directive 95/47/CE va être supprimée. La Commission européenne prépare actuellement cinq directives, qui créeront un nouveau cadre juridique pour la réglementation des réseaux et des services de communication électronique. De l'avis de la Commission, le cadre existant visait principalement à répondre à la nécessité d'ouverture à la concurrence d'un monopole historique. Aujourd'hui, la situation a changé, puisque la concurrence est bien réelle sur le marché de l'audiovisuel. L'objectif principal de la nouvelle réglementation doit désormais viser une convergence de la diffusion, des télécommunications et de la technologie de l'information (IT), ainsi qu'une dérégulation progressive des dispositions spécifiques à chaque secteur au profit du droit commun de la concurrence¹⁵. Pour cela, il faut réglementer le secteur de la communication, qui inclut la question de l'accès, et l'inscrire dans un cadre communautaire.

3.2 Proposition d'une directive d'accès

Quels seront les changements induits par les nouvelles directives ? Pour ce qui concerne l'accès aux accès conditionnels, le changement le plus notable sera d'abord que l'accès sera réglementé dans le cadre des questions d'accès aux réseaux de communication électronique et aux ressources associées¹⁶. La directive proposée régleme l'accès¹⁷ aux systèmes d'accès conditionnel en relation avec l'accès aux moyens de transmission et aux ressources associées, y compris pour les télécommunications.

Les dispositions correspondantes de la Directive 95/47/CE devraient être reprises presque mot pour mot. Cela signifie aussi que la Commission juge prématuré de laisser au marché le soin de réglementer certaines questions d'accès dans le domaine des services de télévision numérique.

Les dispositions concernant les systèmes d'accès conditionnel se rapportent uniquement à la télévision numérique. Une concession évidente aux évolutions techniques dans ce domaine est fournie à l'article 6, qui prévoit que, en cas de nécessité, des dispositions spécifiques peuvent être prises selon une procédure d'analyse définie pour l'accès aux EPG et aux API.

Outre les dispositions spécifiques connues, la proposition de directive semble prévoir qu'à l'avenir, les autorités réglementaires nationales, dans le cadre de leur fonction de surveillance des marchés électroniques, contrôleront aussi l'accès aux systèmes d'accès conditionnel et leur interopérabilité. La directive prévoit un arsenal de possibilités d'intervention auxquelles les autorités réglementaires nationales pourront recourir en cas de comportement contraire au régime de la concurrence. La directive établit également une série de critères contraignants pour les autorités réglementaires nationales, lesquels sont probablement aussi destinés à protéger les intérêts économiques des opérateurs de systèmes de contrôle d'accès¹⁸.

Le nouveau cadre de réglementation respecte l'esprit de la Directive 95/47/CE : l'accès aux systèmes d'accès conditionnel doit être ouvert et l'interopérabilité des systèmes favorisée, dans l'intérêt du consommateur final. Les directives proposées poursuivent globalement l'idée d'une (auto)régulation par le marché de demain et l'abolition des dispositions spécifiques à chaque secteur pendant la phase de transition. En conséquence, le principe de la liberté de contracter et l'autorégulation seront favorisés aussi pour

l'accès : accès et conditions d'accès doivent si possible être négociés entre les parties, et compte tenu des intérêts économiques. Il revient au droit commun de la concurrence de veiller à ce que le résultat soit conforme à une concurrence loyale et qu'aucune des parties n'abuse de sa puissance sur le marché pour nuire à l'autre. Dans cet esprit, la directive redéfinit la notion d'entreprise puissante sur le marché de la communication électronique¹⁹.

Pour l'accès aux systèmes d'accès conditionnel, ces modifications structurelles signifient que dans l'idéal, les réglementations spécifiques à chaque secteur seront supplantées par les règles du droit commun de la concurrence. On peut légitimement supposer que le droit commun de la concurrence est appelé à jouer un rôle de plus en plus important dans le domaine de l'accès.

4. Recommandation N° R(99)1 du Conseil de l'Europe

La volonté d'un accès non discriminatoire, loyal et transparent aux ressources et services, y compris l'accès conditionnel électronique, fait aussi l'objet d'une initiative du Conseil de l'Europe, énoncée dans la Recommandation N° R(99)1 relative à des mesures de promotion du pluralisme dans les médias²⁰.

Dans sa recommandation, le Conseil de l'Europe invite les Etats membres à prendre des dispositions spécifiques. Le Conseil insiste sur l'importance d'un accès loyal et d'une offre politique et culturelle diversifiée propre à garantir le pluralisme dans les médias et en particulier en télévision, en raison de son rôle majeur dans le pluralisme politique et culturel et la formation de l'opinion. Les systèmes d'accès conditionnel électroniques sont considérés comme des "goulets" en télévision numérique. Le Conseil de l'Europe souligne par ailleurs l'importance de l'accès individuel à l'information et met ainsi en avant le fait de protéger le droit de l'individu à l'information.

Au contraire de la Directive 95/47/CE, le Conseil de l'Europe recommande expressément aux Etats membres d'étudier l'introduction de normes techniques communes, ainsi que des mesures garantissant l'interopérabilité des systèmes d'accès conditionnel.

La recommandation évoque également, entre autres, l'apparition de concentrations préjudiciables au pluralisme en audiovisuel et recommande des mesures, au titre desquelles on peut citer la création d'organes de surveillance des médias ayant pouvoir d'agir pour parer aux distorsions de la concurrence. Des initiatives spécifiques contre les concentrations verticales, susceptibles de contrecarrer les objectifs en matière de politique audiovisuelle, sont proposées.

5. Approche fondée sur le droit de la concurrence

Outre les premières démarches autorisées par la Directive 95/47/CE déjà mentionnée, une autre approche²¹, de plus en plus importante, qui va, elle aussi, dans le sens d'une action commune visant à garantir un accès non discriminatoire aux services numériques d'accès conditionnel, se fait jour dans l'application du droit de la concurrence.

La vocation première du droit communautaire de la concurrence est de concrétiser les objectifs du Marché commun, et non de permettre la réalisation de projets relevant de la politique des médias. L'on peut toutefois partir du principe qu'il existe une corrélation entre le bon fonctionnement de la concurrence et la réalisation d'objectifs de politique des médias, notamment en matière de garantie du pluralisme, qui est la résultante immédiate de l'interdiction des cartels et de l'usage abusif d'une position dominante sur le marché, ainsi que du contrôle des opérations de fusion²².

C'est pourquoi la Commission, tout comme la jurisprudence, a déjà fait appel au droit de la concurrence pour répondre aux problèmes qui se faisaient jour dans le domaine du droit des médias²³.

Le droit de la concurrence peut donc avoir une importance déterminante dans la question de l'accès, dans la mesure où il est, ou peut être, économiquement enviable, pour certaines entreprises, de contrôler l'ensemble du processus de fabrication de services numériques comme la télévision, depuis l'offre et la fabrication de contenus jusqu'aux modes de transmission et de décryptage chez les abonnés en passant par le contrôle de l'accès aux moyens de transmission et de cryptage (concentration verticale). Une situation qui permettrait alors à ces entreprises d'exercer une discrimination, voire d'exclure des moyens de transmission et des marchés de services, d'autres fournisseurs de contenus (programmes de télévision) également désireux de diffuser leurs programmes par voie numérique ainsi que d'autres prestataires de services nécessaires dans le cadre de la transmission numérique. Les règles du droit de la concurrence sont dirigées, fondamentalement, contre ce type de structures ou d'évolutions préjudiciables ou comportant un risque pour la concurrence.

5.1 Normes juridiques

Les principes fondamentaux du droit de la concurrence relèvent, pour le droit primaire, des articles 81 et suivants du Traité CE (interdiction des cartels, interdiction d'abus de position dominante, entreprises publiques et situation de monopole) et, pour le droit dérivé, du Règlement n° 17/62 relatif aux cartels²⁴ et du Règlement 4064/89/CEE²⁵ ("Règlement relatif au contrôle des fusions").

Dans la problématique qui nous intéresse ici, cela signifie par exemple qu'une interdiction d'abus de position dominante peut être prononcée en vertu de l'article 82 du Traité CE dans le cas d'un refus d'accès opposé à certains fournisseurs de contenus (programmes) par le propriétaire de l'infrastructure et de la technologie d'accès.

Le contrôle des fusions, quant à lui, vise à empêcher, au préalable, l'apparition de positions dominantes dans le cadre d'opérations de concentration entre entreprises.

Dans ce contexte, il convient aussi de citer la doctrine des ressources essentielles²⁶, dérivée de l'interdiction d'abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE, qui dispose qu'une telle position existe également lorsque des entreprises disposent ou contrôlent les conditions et installations nécessaires à la prestation d'un service et dont leurs concurrents sont obligatoirement dépendants pour la prestation de leurs propres services.

Dans la pratique, c'est à la Commission européenne qu'il revient d'interpréter et de faire appliquer ces normes juridiques. Dans la suite de cet exposé, nous verrons, à la lumière d'un certain nombre de décisions touchant au droit de la concurrence, comment sont traités ces goulets d'étranglement dans le domaine de la télévision payante. Nous chercherons à déterminer si les décisions de la Commission dénotent déjà une pratique spécifique pour ce qui est de l'application du droit de la concurrence à la problématique de l'accès aux systèmes d'accès conditionnel, et si c'est le cas, dans quelle mesure ce point a joué un rôle dans les affaires concernées, et enfin, les conclusions que l'on peut en tirer.

5.2 Décisions de la Commission

Jusqu'ici, aucune décision n'est apparue qui mette véritablement l'accent sur des aspects de la domination des systèmes d'accès conditionnel relevant du droit de la concurrence. Les décisions de la Commission qui s'y rapportent sont à ranger, plus généralement, dans le domaine de l'accès non discriminatoire à la télévision numérique.

Dans ces décisions, la Commission semble avant tout veiller à ce que les marchés qu'elle définit demeurent ouverts. Il s'agit pour elle de prévenir l'apparition de situations constituant une menace pour la concurrence et pouvant aboutir à un usage abusif du contrôle des modalités d'accès.

5.2.1 Décision MSG²⁷

Cette décision est importante dans la mesure où la Commission y définit le marché des services liés à la télévision payante (tels que l'exercice des contrôles d'accès) comme un marché qu'il convient d'apprécier séparément (à côté de celui de la télévision payante) au regard du droit de la concurrence²⁸.

L'objet de cette procédure était le projet de la société Bertelsmann AG ("Bertelsmann"), de Deutsche Bundespost Telekom ("Telekom") et de Taurus, holding en participation du groupe Kirch ("Kirch"), de créer la *joint-venture* "MSG Media Service Gesellschaft zur Abwicklung von Pay-TV und damit verbundenen Diensten mbH" ("MSG"), consacrée au développement de la télévision payante et des services afférents. L'entreprise devait se charger du développement (technique, exploitation, administration) de services de télévision payante et d'autres services de communication incluant l'accès conditionnel et la gestion des abonnés, tout en mettant à disposition l'infrastructure nécessaire à la prestation de services de télévision numérique, et des services annexes. L'entreprise, qui devait de fait embrasser toute la chaîne de fabrication de la télévision numérique à péage dans le sens d'une concentration verticale – fournisseurs de contenus, accès conditionnel et moyens de transmission – aurait dû se mettre en rapport avec d'autres fournisseurs de programmes désirant diffuser leurs produits via cette infrastructure, pour la question de l'accès à ses services. Apparaissait alors un élément prêtant à suspecter une influence de MSG sur les choix des fournisseurs désirant également diffuser leurs programmes en numérique. Du fait des intérêts propres des entreprises réunies au sein de MSG, la Commission a estimé qu'il y avait là une menace qui mettait en péril le caractère non discriminatoire du choix, et que les entreprises constitutives de MSG auraient pu ainsi obtenir ou consolider une situation de suprématie sur le marché de la télévision payante.

En définissant les marchés pertinents, à côté de celui des réseaux de télévision câblée, la Commission a opéré, dans un premier temps, une distinction entre le marché de la télévision payante, d'une part, et le marché

– en amont – des services administratifs et technologiques (en particulier les systèmes d'accès électroniques) dans le domaine de la télévision payante, d'autre part. Pour la Commission, cette distinction est justifiée par les exigences particulières de la télévision payante en matière technique²⁹ – MSG aurait été l'unique fournisseur présent sur ce dernier marché en Allemagne.

Pour la Commission, une position isolée comme celle-ci sur un marché d'avenir en pleine évolution ne doit pas fondamentalement être considérée comme une situation dominante présentant un danger pour la concurrence, tant que ce marché d'avenir reste ouvert à de futurs concurrents, de sorte que la situation de monopole n'est que provisoire³⁰.

Dans le cas présent, la Commission a répondu à ce pronostic par la négative, alléguant qu'il y avait lieu de craindre que cette situation de monopole se prolonge, et aboutisse ainsi à un cloisonnement du marché au niveau des services proposés par MSG dans le contexte de la télévision payante dès cette phase préparatoire.

L'argument déterminant, ici, est le fait que les entreprises qui voulaient se regrouper au sein de MSG étaient déjà prédestinées, chacune pour soi, au-delà et sur la base de leur position actuelle sur des marchés partiels, à mettre en place des (nouvelles) parties de l'infrastructure de la télévision numérique, et à offrir les services correspondants. La puissance spécifique de Deutsche Telekom résidait alors dans le fait qu'elle détenait à la fois un réseau câblé à bande large, et le monopole du réseau téléphonique fixe – une situation lui permettant de contrôler les deux principaux moyens de transmission capables de fournir le canal de retour nécessaire aux services de télévision numérique interactive et au contrôle de la base d'abonnés.

Avec Première, unique fournisseur de télévision payante, Bertelsmann/Kirch disposait également – en plus de ses propres programmes, de ses droits sur d'autres programmes, et d'un accès préférentiel aux contenus d'autres fournisseurs (de programmes de télévision d'accès gratuit) – d'un noyau d'abonnés, ainsi que du système de gestion adéquat et de canaux de distribution.

Pour la Commission, l'opération de concentration excluait en soi toute concurrence potentielle entre les associés de MSG. Et les concurrents potentiels sur le marché des services techniques et administratifs en matière de télévision payante n'auraient quasiment pas pu s'y implanter, face aux avantages concurrentiels combinés et aux forces spécifiques de Telekom/Kirch/Bertelsmann, une fois que MSG se serait établie sur le marché³¹.

La Commission a ajouté que la technologie de cryptage du décodeur d-box, mise en place pour la réception de l'unique service de télévision payante Première, reposait sur l'utilisation d'un système d'accès conditionnel propriétaire et que, de ce fait, tout autre prestataire de services soumis à rétribution souhaitant atteindre le public au moyen du décodeur d-box aurait été contraint d'acquiescer une licence pour ce système³².

La Commission a considéré que, même en cas d'utilisation d'un module d'interface commune dans le d-box, qui offrirait donc la possibilité d'aménager la technologie de cryptage de façon à ce que chaque autre fournisseur de télévision payante ou de services puisse techniquement disposer de ses propres systèmes d'accès conditionnel et de gestion d'abonnés tout en utilisant le décodeur existant (MSG), il y avait là un risque d'abus au niveau de l'élaboration des conditions d'utilisation³³.

Car, pour la Commission, MSG aurait aussi eu un avantage concurrentiel sur un marché de l'accès conditionnel et de la gestion d'abonnés, du fait qu'elle offrait un *package* de services complet pour le volet technique³⁴.

L'idée, derrière cet argument, est celle de l'interdépendance des marchés. Une position dominante sur un marché partiel a des répercussions sur tous les autres marchés, en particulier dans le domaine de la télévision payante. Ceci tient à la particularité de la transmission numérique, dont tous les éléments reposent les uns sur les autres (contenu, accès, codage, décodage, EPG). Une situation de concurrence particulière au niveau de l'une de ces étapes entraînerait donc une possibilité d'influence sur toutes les autres. La démarche de la Commission est de maintenir tous les marchés ouverts. S'aidant de l'arsenal juridique du droit de la concurrence, elle tente d'atteindre cet objectif en procédant à une appréciation séparée des marchés tenant compte de l'évolution globale (concentration verticale). Comme dans un premier temps, il ne faut pas non plus que sur d'autres marchés (la télévision payante en tant que telle, les réseaux câblés), apparaissent des abus de position dominante (séparation des marchés), il convient également, sinon d'éviter, du moins d'endiguer, par le biais du droit de la concurrence, une possible ingérence des participants de ces segments dans l'accès conditionnel³⁵. Mais il convient aussi de tenir compte des interdépendances mentionnées plus haut – en particulier l'influence du système d'accès conditionnel sur le marché de la télévision payante – de sorte que l'on doit retrouver aussi cette idée de prise en compte des marchés dans leur globa-

lité pour l'appréciation du marché partiel des services de télévision payante (en particulier pour les questions d'accès aux systèmes d'accès conditionnel). L'évaluation de l'ouverture des marchés, dans le cas de l'appréciation d'une position dominante sur un marché partiel, dépend de la question de savoir si les entreprises en question occupent également une position dominante sur d'autres marchés, en amont ou en aval.

L'élément important, dans cette décision, est le fait que, pour la première fois dans le domaine de la télévision payante et de l'accès à celui-ci, la Commission a jugé un cas de concentration verticale englobant plusieurs marchés pertinents car, à l'arrière-plan, le danger d'une position de domination se répercutant de manière réflexive sur le marché de la télévision payante s'est fait jour dans le domaine de l'accès conditionnel (interdépendance des marchés).

5.2.2 Décision dans l'affaire Nordic³⁶

La décision par laquelle la *joint-venture* Nordic Satellite Distribution ("Nordic"), la Norsk Telekom AS, la TeleDanmark AS et l'Industriforening AB Kinnevik se sont vues refuser l'autorisation de mise à disposition de services de transmission par satellite et de services de distribution de programmes de télévision dans la région nord via des réseaux câblés ou par diffusion directe, renforce la pratique engagée par la Commission avec la décision rendue dans l'affaire MSG en matière de définition des marchés et d'observation des opérations de concentration verticale.

La Commission a estimé que pour cette définition il convenait, en raison des conditions techniques et des questions de financement, d'opérer une distinction approfondie entre les différents moyens de transmission en matière de radiodiffusion³⁷, ceci faisant apparaître une nouvelle division des marchés relevant du droit de la concurrence. Ainsi, l'acceptation de l'existence d'un marché de produits indépendant pour la fourniture de services d'accompagnement de la télévision payante aux téléspectateurs et aux fournisseurs de programmes de télévision désirant y avoir accès, se trouve encore renforcée³⁸. La Commission n'envisage pas de subdivision supplémentaire selon le mode de transmission (analogique ou numérique), dans la mesure où seule la technique de transmission numérique sera utilisée à l'avenir, même si aujourd'hui encore les fournisseurs de ce marché emploient les deux systèmes³⁹.

5.2.3 Décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere⁴⁰ et Deutsche Telekom/Beta Research⁴¹

La structure générale de ces deux décisions est la même que dans l'affaire MSG Media Service, étant donné que les entreprises impliquées ici – en leur qualité de fournisseurs de contenus, d'infrastructures et de technologies d'accès conditionnel – sont les mêmes que pour l'opération de fusion qui avait motivé la précédente décision.

La Commission a jugé que des positions dominantes des parties sur les marchés pertinents de la télévision à péage numérique, concernant les services afférents, ou bien (dans l'affaire Deutsche Telekom/Beta Research) le marché des réseaux câblés, à un autre niveau de la chaîne de distribution de la télévision payante, étaient apparues et s'étaient consolidées, ceci pouvant constituer un obstacle à la non-discrimination dans le domaine de l'accès aux systèmes d'accès conditionnel numériques.

La Commission a considéré qu'avec cette fusion, la technologie du d-box, le décodeur utilisé par les parties pour le décodage des signaux transmis en tant que système d'accès conditionnel propriétaire – avec toutes les difficultés que cela implique – allait devenir de fait la norme numérique dans les régions germanophones⁴². Elle a ajouté que ceci vaudrait également pour la transmission par câble, dans la mesure où les parties avaient décidé que, pour la prestation des services techniques liés à la transmission de programmes de télévision numériques dans ses réseaux à bande large, Deutsche Telekom utiliserait exclusivement la technologie d'accès Beta, sur la base du décodeur d-box. La Commission a rappelé qu'en tant qu'opérateur de réseau câblé à bande large, Deutsche Telekom contrôlait encore, via ses filiales régionales, le niveau 3 de la tête de réseau – d'une importance décisive pour la distribution de télévision par câble – où les signaux numériques sont captés, puis introduits dans les réseaux câblés, jusqu'aux limites du terrain de chaque maison. Tout fournisseur potentiel de télévision payante et tout autre fournisseur potentiel de systèmes d'accès conditionnel dans le domaine des réseaux câblés de Deutsche Telekom serait alors contraint d'utiliser aussi, via Deutsche Telekom, la technologie Beta d'accès et de décryptage, et le décodeur d-box de Kirch⁴³. Même chose dans le domaine de la télévision à péage diffusée par satellite, étant donné que Premiere devait avoir le contrôle de l'accès, et que Beta Digital, une *joint-venture* de Kirch et Bertelsmann, devait exploiter un centre de diffusion et fournir les prestations de services techniques nécessaires à la préparation et à la diffusion de programmes⁴⁴.

La Commission a jugé les promesses qui lui étaient faites par les parties concernant, notamment, les prestations de services de télévision payante⁴⁵ (participation d'autres entreprises dans Beta Research, mise à disposition du public de l'interface d-box, engagement à garantir l'accès non discriminatoire, pas d'obligation pour les autres fournisseurs de prendre le bouquet numérique de Premiere) insuffisantes pour assurer aux tiers le libre accès au marché.

La question de l'accès en soi n'était pas au centre des explications de la Commission sur ce point. Son appréciation portait essentiellement, et plus généralement, sur la question du marché de la télévision à péage. Dans l'esprit des parties, d'autres opérateurs de câble (autres que Deutsche Telekom) auraient pu acquérir des droits sur des programmes de Premiere, puis proposer ceux-ci – mélangés aux programmes d'autres fournisseurs – dans leurs propres bouquets, dans le cadre d'une coopération commerciale. Les parties ont ajouté que la situation de dépendance des concurrents en matière de prestations de services techniques préalables suscitée par la séparation des réseaux câblés aux niveaux 3 et 4 serait également surmontée. Qu'ainsi, d'autres fournisseurs pourraient être des concurrents potentiels pour le développement d'autres plates-formes de programmes et de commercialisation sur le marché de la télévision payante. Ces promesses, bien qu'allant dans le sens d'une ouverture du marché de la télévision à péage, ont été jugées négativement par la Commission, du fait qu'elles n'avaient aucune force obligatoire⁴⁶.

Cependant, les engagements pris par les parties concernant la technologie du d-box sont intéressantes dans la problématique actuelle. Les entreprises proposaient ainsi d'ouvrir l'interface API du d-box⁴⁷ et d'assortir celle-ci d'une interface standardisée – à développer – tout en respectant les futures normes DVB⁴⁸. Beta Research, l'entreprise chargée de la base technique du système d-box et contrôlée par les trois entreprises concernées, devait aussi être ouverte aux tiers, par le biais d'une société de holding intermédiaire dotée des mêmes droits que les trois autres entreprises. En ce qui concerne la question essentielle du développement technique du d-box, et surtout de son logiciel d'exploitation, les informations nécessaires auraient donc été accessibles aux tiers. De l'avis de la Commission, cette dernière promesse aurait pu, en principe, résoudre le problème d'un contrôle des technologies par des diffuseurs (Bertelsmann et Kirch) excluant tout autre fournisseur de télévision payante⁴⁹. Elle a toutefois considéré que cette promesse, en ce qu'elle se limitait au projet de création d'une holding intermédiaire au statut de quatrième associé, n'empêchait en rien que les trois associés actuels de Beta Research – les entreprises Kirch, Bertelsmann et Deutsche Telekom – se trouveraient toujours en position majoritaire en cas de vote, et que Kirch et Bertelsmann, avec leurs deux voix, pourraient toujours empêcher des décisions contraires à leurs intérêts en tant que fournisseurs de programmes. La Commission en a conclu que ces engagements ne changeaient rien au fait que la technologie du système d'accès conditionnel serait finalement contrôlée par Bertelsmann, Kirch et Deutsche Telekom⁵⁰.

La solution de principe désignée ici par la Commission est celle d'un renouveau au contrôle structurel des fondements techniques de la télévision numérique à péage (et de ses évolutions à venir), à savoir l'ouverture, en particulier, du marché des systèmes d'accès conditionnel.

Toutefois, il convient aussi de noter que, là encore, la Commission inclut les autres marchés pertinents dans son appréciation – en particulier, ici, le marché de la diffusion de programmes de télévision payante. Dans son appréciation récapitulative des promesses des parties, elle établit une relation directe, en terme de contenus, entre les marchés des services (systèmes d'accès conditionnel) et de la télévision payante, estimant que l'exercice du contrôle des technologies ne doit pas compromettre les chances de voir apparaître une plate-forme de programmation alternative sur le marché allemand de la télévision payante, ce qui n'est pas acquis, selon elle, dans la configuration à laquelle aspirent les entreprises en question⁵¹.

5.2.4 Décision British Interactive Broadcasting/Open⁵²

Dans une procédure fondée sur l'article 81 alinéa 3 du Traité CE, la Commission a autorisé la création, par British Broadcasting Group plc ("BSkyB") et British Telecom ("BT"), de la société British Interactive Broadcasting ("BiB").

Dans cette décision, une nouvelle tendance se dessine : celle de la Commission à appliquer désormais les modèles de décision développés pour le secteur de la télévision à péage et des services afférents à d'autres domaines des services électroniques, en dehors des domaines qu'elle avait abordés jusque-là.

Outre les services de télévision payante de BSkyB, BiB devait transmettre, via les câbles de BT et au moyen des boîtiers décodeurs set-top-box, des services dits de télévision numérique interactive. Il s'agit ici d'applica-

tions nouvelles s'ajoutant aux services classiques de la télévision payante ou d'accès gratuit, comme le commerce et le courrier électronique, l'éducation, la formation et les jeux en ligne. L'accent est mis en particulier sur les programmes et services consultables (les applications dites "à la demande"), comme les services de vidéo, de communication et de transactions. Ces services constituent une nouvelle forme de commercialisation et de vente directe du fournisseur au client. Et dans la mesure où les moyens de transmission utilisés sont les mêmes que pour la télévision payante, et où ces services sont contrôlés par les mêmes systèmes d'accès conditionnel, la problématique de l'accès non discriminatoire est la même pour ce goulot d'étranglement.

La Commission a jugé qu'une coopération des entreprises sur le marché des services de télévision numérique constituait une restriction sensible à la concurrence au sens de l'article 81 alinéa 1 du Traité CE⁵³. Elle a noté que la création de la *joint-venture* BiB éliminerait la concurrence potentielle dans ce secteur entre les entreprises concernées, étant entendu que toutes deux étaient en mesure d'assumer seules les risques techniques et financiers d'une initiative individuelle. Ici aussi, pour évaluer la restriction à la concurrence, la Commission accorde sa juste valeur au principe de prise en compte globale des marchés, en justifiant également la restriction à la concurrence par la position dominante des parties sur les marchés liés aux prestations de services (télécommunications, télévision payante et, en particulier, l'infrastructure d'accès pour les abonnés)⁵⁴. Elle a ajouté que le droit communautaire était de plus applicable ici, du fait de l'existence d'une atteinte au commerce entre les Etats membres de l'UE⁵⁵. Pour elle, en particulier, un accord entre les concurrents potentiels rendait plus difficile l'accès sur le marché concerné au Royaume-Uni. De plus, la possibilité existe, techniquement, d'aller également chercher les services proposés en dehors du Royaume-Uni.

Toutefois, la Commission a considéré qu'une telle restriction à la concurrence devait être tolérée, dans la mesure où les conditions d'exemption énoncées à l'article 81 alinéa 3 du Traité CE, qui prévoit des exceptions à l'interdiction des cartels, étaient réunies. La Commission a effectivement jugé qu'eu égard au nécessaire passage du réseau câblé au système de bande large, la *joint-venture* contribuerait au progrès technique, mais aussi économique, du fait de l'extension des possibilités de communication et de débouchés pour les fournisseurs de biens et de services. La Commission a également jugé que la concurrence n'était pas exclue pour une part importante des produits entrant en ligne de compte et que, sur le marché des opérateurs du câble, British Telecom était en concurrence avec toute une série d'opérateurs et fournisseurs de services numériques interactifs potentiels⁵⁶.

Les mesures définies ici par la Commission sont pertinentes pour le présent exposé, en cela qu'elles doivent permettre aux tiers d'avoir accès aux boîtiers décodeurs set-top-box détenus par BiB et utilisés à la fois par BSKyB pour le fonctionnement de la télévision à péage, et par BiB pour ses services interactifs. L'idée est que, non seulement la participation des fournisseurs aux frais d'utilisation de l'infrastructure soit transparente et non discriminatoire, mais aussi, que les services techniques (codage, etc.) soient ouverts à d'autres fournisseurs⁵⁷. La Commission a estimé que c'était là des mesures nécessaires, étant donné que les prestataires de services numériques interactifs concurrents⁵⁸ s'efforçaient, pour des raisons économiques, d'avoir accès à l'infrastructure déjà existante de BiB/BSkyB (set-top-box). Pour elle, le fait de leur refuser l'accès à ces boîtiers via les systèmes d'accès conditionnel aurait pour conséquence d'exclure largement la concurrence au niveau des services en aval⁵⁹. C'est pourquoi elle a exigé que BSKyB développe et exploite avec les entreprises intéressées, et dans des conditions équitables, des systèmes communs de codage basés sur le concept Simulcrypt⁶⁰. De plus, les parties ont le devoir de communiquer aux entreprises intéressées des informations sur les spécifications techniques du set-top-box et les éventuelles modifications⁶¹.

Sur ce point, la décision de la Commission va finalement plus loin que la Directive 95/47/CE, qui n'aborde pas la problématique de l'accès aux services numériques interactifs en marge de la télévision à péage. L'importance du droit de la concurrence apparaît clairement ici, car il permet, de par son approche générale visant à empêcher l'apparition de positions dominantes constituant un danger pour la concurrence, de s'attaquer à des cas concrets, et prendre en compte les nouvelles tendances comme les innovations techniques.

5.2.5 Décision Kirch/BSkyB⁶²

On retrouve ici l'idée déjà esquissée de "convergence" – à savoir la volonté de la Commission de garantir l'ouverture des marchés définis par elle par-delà les limites du secteur de la radiodiffusion en tant que tel – de même que l'idée d'une prise en compte des dangers de l'intégration verticale. A l'issue de la procédure, la Commission a finalement autorisé la fusion

de la société de gestion de biens *Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG* ("Kirch") et de BSKyB. La société de télévision payante Kirch Pay-TV GmbH & Co KG ("Kirch Pay-TV") se trouve désormais sous le contrôle conjoint des deux sociétés.

Outre sa participation dans BiB⁶³, BSKyB est également fournisseur de services de télévision analogique et digitale par câble et par satellite – télévision payante, systèmes d'accès et gestion d'abonnés compris. Le groupe Kirch, quant à lui, est une entreprise tout aussi structurée, qui embrasse également les domaines qui nous intéressent ici, la télévision payante et les systèmes d'accès (via sa filiale BetaResearch).

Dans ce cas-ci, la Commission ne craignait pas la formation ou le renforcement d'une position dominante sur le marché de la télévision payante. Elle a noté qu'il était improbable que BSKyB pénètre sur le marché géographiquement concerné – le marché allemand de la télévision payante – dans un futur immédiat ou assez proche. Elle a considéré de ce fait que la fusion n'accentuerait pas le problème de l'accès dans ce domaine.

Des réserves ont toutefois été émises quant à la position dominante que pourrait acquérir le groupe sur le marché nouvellement défini des services de vidéo numérique interactive, puisque BSKyB propose ce mode de distribution de biens et services au Royaume-Uni par le biais de sa participation dans BiB. La Commission a estimé que la fusion permettrait à Kirch Pay-TV de profiter de l'avance technologique de son partenaire et du cofinancement de la construction de l'infrastructure technique en Allemagne⁶⁴ par ce dernier, si bien qu'il pourrait ainsi être le premier à se positionner sur ce marché. La Commission a également souligné le rôle de la télévision payante dans ce mode de commercialisation. Elle apparaît en effet comme un support idéal pour les services de vidéo numérique interactive, du fait de la possibilité de transmettre simultanément signaux de télévision payante et signaux vidéo interactifs, et parce que cette infrastructure permet déjà de toucher un grand nombre de clients. Ce qui signifie que, plus une offre de télévision payante a de succès (en nombre de clients), plus elle présente d'attrait pour la prestation de services numériques interactifs. La Commission a ajouté que, dans la mesure où le groupe Kirch était déjà leader sur le marché de la télévision payante, justement grâce à ses services "Premium"⁶⁵, il serait le seul à pouvoir proposer, dans un avenir proche, des services de télévision payante associés à des services de vidéo numérique interactive. De plus, comme Kirch est en mesure de contrôler l'accès à la télévision payante via la technologie Beta Research, c'est de lui, aussi, que dépendra la possibilité, pour les opérateurs de services numériques interactifs, d'accéder à cette technologie, et donc au marché. La Commission a alors attiré l'attention sur le fait que, outre la suprématie du groupe sur le marché de la télévision payante – sur lequel le d-box de Kirch n'est certes pas le seul décodeur permettant de recevoir des services de télévision payante ou numérique⁶⁶, mais le seul, en revanche, à pouvoir traiter et décrypter le programme de télévision payante de Kirch – la technologie du décodeur d-box associé au logiciel Beta allait devenir de fait une norme numérique, y compris pour les services interactifs. Elle a noté, enfin, que les concurrents potentiels pour la création d'une infrastructure de services numériques interactifs utilisaient également – comme Telekom – la technologie Beta Research ou reculaient devant tout investissement du fait de l'avance de Kirch Pay-TV sur ce marché.

On retrouve ici la problématique du système d'accès fermé, à savoir qu'un autre fournisseur de services interactifs du même type qui voudrait proposer ces services en utilisant le système du d-box serait dépendant d'un fournisseur (principal) pour l'accès à la transmission de ces services.

La Commission a souligné que le problème de la gestion des données relatives aux abonnés, également assurée par Beta Research, apparaissait plus clairement encore dans cette affaire. Rappelant l'importance de l'analyse des comportements d'achat pour l'optimisation des services interactifs, elle a souligné la difficulté d'une situation dans laquelle un fournisseur (Kirch) serait en mesure d'analyser, via son entreprise, les données relatives aux abonnés de ses concurrents.

Cependant, la Commission a jugé que les engagements pris par les parties compensaient l'existence d'une position dominante sur le marché des services de télévision numérique interactifs, et a donné par conséquent son accord⁶⁷.

Kirch s'est engagé à assurer à tous les intéressés, dans des conditions non discriminatoires, la possibilité d'utiliser des services techniques par l'intermédiaire de sa plate-forme. L'accès au système de d-box de Kirch est également prévu pour les applications des tiers, puisque l'interface de programmation API implémentée dans le d-box, standardisée par le groupe Digital Video Broadcasting (DVB) sur la base de la technologie Java et donc communément accessible, permet de lire des systèmes d'exploitation différents de celui du d-box.

La négociation des accords Simulcrypt doit également être simplifiée, pour permettre aux fournisseurs proposant d'autres plates-formes techniques de cryptage d'avoir accès au d-box.

Malgré ses craintes de voir Kirch occuper également une position considérable sur le marché des services de télévision numérique interactifs à l'avenir, la Commission a autorisé cette fusion. Un argument déterminant, ici, était l'objectif annoncé des parties de faire avancer l'innovation technique en introduisant de nouvelles techniques de distribution. En contrepartie toutefois, le "marché" important ici de l'ensemble des services de télévision payante existants devra fonctionner dans un contexte de concurrence équitable et non discriminatoire, comme le montre l'interprétation, par la Commission, des promesses des parties.

6. Résumé et perspectives

Avec la Directive 95/47/CE, la Commission européenne a instauré pour les opérateurs de systèmes d'accès conditionnel une règle de conduite veillant à ouvrir aux concurrents réels ou potentiels l'accès au marché. Tous les fournisseurs de services de télévision numérique sont ainsi tenus de garantir l'accès, dans des conditions équitables et non discriminatoires, aux systèmes électroniques d'accès conditionnel – que l'opérateur concerné occupe ou non une position dominante sur ces marchés. Il ne s'agit pas seulement d'assurer ainsi l'accès au marché et un cadre juridique sûr pour les investisseurs, mais de protéger les intérêts des téléspectateurs en garantissant le pluralisme des médias et le libre accès à l'information. L'idée de départ est claire : la domination d'un système électronique d'accès conditionnel par un opérateur lui permet à la fois d'exclure ses concurrents du marché, et de priver les téléspectateurs de l'accès à ses contenus. Un tel comportement peut avoir des conséquences indésirables sur la structure du marché et sur la concurrence. C'est pourquoi la directive vise à prévenir les abus. Pour d'autres aspects importants comme la standardisation ou l'interopérabilité des systèmes, en revanche, la directive mise sur l'autorégulation par les personnes concernées.

Les dispositions qui s'appliquent alors sont celles du droit commun de la concurrence, en particulier les articles 81 et 82 du Traité CE. La Commission a établi clairement que le droit communautaire de la concurrence était et restait applicable, en plus de la Directive 95/47/CE ou de la "Directive accès" qui doit lui succéder. Le droit communautaire de la concurrence jouera de ce fait un rôle particulier dans les situations où la Directive 95/47/CE n'intervient pas, comme l'accès aux EPG et aux API ou aux services numériques interactifs ; mais aussi, plus généralement, les cas de comportement préjudiciable à la concurrence résultant spécifiquement de l'existence et de l'abus d'une position dominante, ainsi que les questions préalables à l'accès – c'est-à-dire pour éviter la formation de structures issues de concentrations présentant un danger pour la concurrence. Selon la Commission, le droit commun de la concurrence pourrait même devenir un jour, en cas de concurrence réelle et suffisante sur le marché de la radio-diffusion et les marchés associés, le cadre réglementaire exclusif.

Jusqu'ici, ni la CJCE, ni la Commission européenne n'ont eu spécifiquement à traiter, en tant qu'autorités compétentes en matière de concurrence, de cas de refus abusif d'accès aux systèmes électroniques d'accès conditionnel. Une étude des pratiques décisionnelles de la Commission ainsi que de la jurisprudence existante sur des cas similaires où l'accès à des positions clés a été entravé permettrait d'avoir quelques pistes sur la façon dont serait traitée cette problématique dans une procédure engagée suite à une plainte pour comportement abusif.

Depuis peu, toutefois, il existe toute une série de décisions rendues par la Commission dans le cadre de procédures de contrôle de fusion qui s'intéressent au marché de la télévision payante et, entre autres, à la portée juridique du contrôle d'accès. Nous avons vu, ici, que les décisions de la Commission qui s'y rapportent concernent avant tout la formation de structures présentant un danger pour le marché. Derrière tout cela, le constat selon lequel, dans certaines configurations du marché, le contrôle d'accès effectué via les systèmes d'accès conditionnel présente un risque de sérieuses distorsions, qui peuvent aller jusqu'au complet verrouillage des marchés. Sont visées ici, bien sûr, les opérations d'intégration verticale, et les situations de domination qui en découlent sur les marchés essentiels à la prestation de services de télévision payante (comme le marché des contenus, des infrastructures ou des installations d'accès conditionnel). Là, en particulier, des conflits d'intérêts contraires aux principes généraux du droit de la concurrence peuvent se faire jour. Dès lors qu'un opérateur domine des systèmes d'accès et commercialise ses propres contenus en effet, il risque d'être

tenté d'abuser de sa position dominante pour exclure des concurrents potentiels du marché en violation des règles de la concurrence.

Eu égard à ces risques, la Commission a tenté, depuis sa décision dans l'affaire MSG, d'ouvrir le marché de la télévision payante et les marchés associés à la concurrence, tout d'abord en fixant les conditions de fusion, puis en interdisant les opérations de concentration. Ceci est apparu nécessaire, en particulier, pendant la phase de mise en place du marché, pendant laquelle, souvent, des entreprises déjà en position de force sur le marché de la télévision analogique (ou d'autres marchés liés) se positionnent sur les marchés du numérique.

Les décisions de la Commission dans les affaires British Interactive Broadcasting/Open et Kirch/BSkyB méritent également d'être citées dans ce contexte, car elles montrent l'évolution des pratiques décisionnelles de la Commission en réaction au progrès technique. Pour la première fois, la Commission a évoqué l'idée que les systèmes électroniques d'accès conditionnel jouaient un rôle non seulement dans le cadre des services de télévision payante, mais aussi en matière de services de télévision numérique interactive – l'un des aspects négligés par la Directive 95/47/CE.

Il apparaît, également, que toutes les structures issues d'une intégration verticale ne sont pas nuisibles en soi. Elles peuvent résulter au contraire de la croissance interne et d'une avancée économique visant la réduction des coûts, l'optimisation de l'exécution des tâches et, en particulier, l'amortissement d'investissements de départ souvent considérables. Il est vrai, toutefois, que de sérieuses distorsions de concurrence sont à craindre lorsqu'il apparaît que les parties impliquées dans l'opération de concentration peuvent empêcher durablement l'entrée de concurrents potentiels sur le marché⁶⁸. Il est possible, en revanche, que la Commission donne son accord pour une opération de concentration lorsque les entreprises parviennent à la convaincre qu'un tel verrouillage du marché n'est pas à craindre. C'est ainsi que dans l'affaire Kirch/BSkyB, par exemple, la Commission a accepté la fusion sur la base de l'engagement pris par les parties de permettre aux opérateurs de télévision numérique payante et de services de télévision interactive tiers l'accès à leur propre système, et de veiller à son interopérabilité.

On note ainsi une tendance, dans certains cas, à donner la priorité à l'autorégulation pour les questions d'accès au marché de la télévision payante. Cette approche se retrouve aussi dans les propositions de directives de la Commission visant à établir un nouveau cadre réglementaire applicable aux services et installations de communication. Il en ressort que, sur un marché concurrentiel, les accords d'accès au réseau et aux installations associées devront en principe être établis dans le cadre d'une négociation commerciale avec les entreprises concernées. En cas de fonctionnement insuffisant de la concurrence, toutefois, des réglementations spécifiques supplémentaires, comme la Directive 95/47/CE, pourront aider à éviter les abus pendant la phase de transition. Au cours de cette phase, et par la suite, à titre subsidiaire, le droit de la concurrence servira également de correctif.

Les principes décrits se reflètent également dans les initiatives du Conseil de l'Europe. Dans sa Recommandation n° R(99)1 relative à des mesures de promotion du pluralisme dans les médias, le Conseil de l'Europe attire clairement l'attention des Etats membres sur le risque d'abus en matière de contrôle exercé via les systèmes numériques d'accès conditionnel, et leur recommande de prendre des mesures spécifiques. Les expériences de la Communauté européenne peuvent donc également profiter aux autres pays membres du Conseil, et les inciter à agir.

En outre, la recommandation du Conseil de l'Europe établit une nouvelle fois clairement la corrélation entre le libre accès et le bon fonctionnement de la concurrence d'une part, et la garantie du pluralisme, de la diversité aussi bien politique que culturelle des offres et des contenus, et du libre accès de tout individu à l'information d'autre part.

Les deux institutions suivent donc la même démarche, tenant compte de l'ouverture du marché aux évolutions technologiques et économiques pour formuler le cadre réglementaire de telle sorte que différentes options appropriées s'appliquent simultanément ou successivement⁶⁹. Par conséquent, la question de la nécessité de poursuivre – et pour quelle durée – l'objectif d'ouverture et de maintien d'une concurrence loyale au moyen de réglementations sectorielles, d'une part, et du droit de la concurrence, d'autre part, dépend des conditions technologiques et de la situation du marché. Et si, en droit de la concurrence, le contrôle des opérations d'intégration du marché par fusion se tourne également vers le principe du contrôle *ex post*, une réglementation sectorielle des marchés (partiellement libéralisés) pourrait bien être nécessaire pendant assez longtemps encore – en particulier pour les cas où, sur les marchés en formation, (un petit nombre ou) un seul fournisseur est en situation d'établir des normes *de facto*.

- 1) Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des systèmes d'accès conditionnel. Journal officiel n° L 320 du 28 novembre 1998 p. 54 - 57, article 2b.
- 2) Le SMS gère les données des abonnés qui sont requises pour le processus d'autorisation et la personnalisation de la carte à puce.
- 3) Le SAS commande le processus de brouillage et gère le code de débrouillage.
- 4) Remarque : "goulet".
- 5) Directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision. Journal officiel n° L 281 du 23 novembre 1995 p. 51 - 54.
- 6) La présentation d'autres initiatives régionales concernant le contrôle d'accès électronique, dont la Directive 98/84/CE (cf. note 1) ou la convention du Conseil de l'Europe (*European Convention on the Legal Protection of Services based on, or consisting of, Conditional Access*, Strasbourg, 24 janvier 2001), l'article 3a de la Directive "Télévision sans frontières" (Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, Journal officiel n° L 298 du 17 octobre 1989 p. 23 - 30 modifiée dans la Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, Journal officiel n° L 202 du 30 juillet 1997 p. 60 - 71) sortirait du cadre de cet article. La même chose vaut pour un exposé des autres dispositions de la Directive 95/47/CE et leur concrétisation par les Etats membres, les initiatives européennes visant la concentration des médias, la protection des consommateurs, les décisions de la Commission européenne sur les questions d'accès dans d'autres domaines ou des réflexions similaires dans le domaine des télécommunications (cf. Directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant les Directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications, Journal officiel n° L 295 du 29 octobre 1997 p. 23 - 34).
- 7) A la condition toutefois que ces services de télévision numérique soient en conformité avec la législation européenne en vigueur.
- 8) Concernant l'importance de l'accès et de l'interopérabilité comme objectifs de la Communauté, lire également la communication de la Commission sur "Le développement du marché de la télévision numérique dans l'Union européenne" - compte rendu en relation avec la Directive 95/47/CE, COM (1999) 540 du 9 novembre 1999, p. 34. Dans une résolution qui fait suite à la communication précédente, le Parlement européen déclare explicitement que le libre accès à la télévision numérique doit être reconnu comme un principe fondamental (lire IRIS 2000-7 : 4).
- 9) Par interopérabilité, on entend ici la compatibilité de systèmes concurrents. Des conflits peuvent surgir dès lors que deux diffuseurs concurrents de chaînes de télévision payante utilisent des systèmes d'accès conditionnel différents. Dans le pire des cas, si les systèmes ne sont pas interopérables, les abonnés peuvent être contraints d'acheter deux décodeurs.
- 10) Cf. *Technical Specification of DVB Simulcrypt, Part 1, Digital Video Broadcasting (DVB)*, 1er avril 1997, ainsi que <http://www.dvb.org/standards/index.html> (consultation : 5 février 2001).
- 11) Cf. *Common Interface Specification for Conditional Access and other Digital Video Broadcasting Applications*, PREN 50221, juin 1996 ; *Guidelines for Implementation and use of Common Interface for DVB Decoder Applications*, TM 1782. RV.1, draft E, 4/12/96, DVB ; ainsi que <http://www.dvb.org/standards/index.html> (consultation : 5 février 2001).
- 12) *L'Electronic Programme Guide* (guide électronique de programmes - EPG) est un logiciel de navigation en télévision numérique, l'équivalent d'un navigateur du web. Le téléspectateur est conduit à travers l'offre de programmes - qui ne cesse de grandir - et soutenu dans son choix.
- 13) Les *Applications Programme Interfaces* (interface de programmes d'application - API) contrôlent les fonctions du décodeur et coordonnent les applications logicielles dont les programmes numériques ont besoin pour être exécutables. L'API veille à l'applicabilité et à la compatibilité des différents logiciels demandés par les différentes offres de services, à l'intérieur d'un même décodeur.
- 14) Le Traité inter-lander sur la radiodiffusion dans l'Allemagne unifiée va en revanche plus loin, puisque l'article 53 par. 2 interdit aux opérateurs toute discrimination. La Commission traite en outre le problème des autres goulets éventuels, outre le décodeur, cf. la communication de la Commission COM (1999) 540, p. 34.
- 15) Lire l'article 17 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Europe relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électronique (ci-après "Directive cadre"), COM(2000)393 - C5-0428/2000 - 2000/0184.
- 16) Proposition de directive relative à l'accès aux réseaux de communication électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (ci-après "Directive accès"), COM(2000)384 - C5 - 0433/2000 - 2000/0186.
- 17) L'article 2a de la directive accès définit pour la première fois la notion d'accès comme "la mise à disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive, de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques. Cela couvre notamment : [...] l'accès aux systèmes d'accès conditionnel pour les services de télévision numériques".
- 18) Cf. article 12 par. 2 : "Lorsqu'elles imposent des obligations ... les autorités réglementaires nationales doivent notamment prendre en considération : La viabilité technique et économique de l'utilisation et de la mise en place de ressources concurrentes, compte tenu du rythme auquel le marché évolue ; Le degré de faisabilité de la fourniture d'accès proposée, compte tenu de la capacité disponible ; L'investissement initial réalisé par le propriétaire des ressources, sans négliger les risques inhérents à l'investissement ; La nécessité de préserver la concurrence à long terme ; Le cas échéant, les éventuels droits de propriété intellectuelle ou industrielle pertinents.
- 19) Cf. article 13 de la directive cadre.
- 20) *Recommendation Nr. R(99)1 of the Committee of Ministers to Member States on measures to promote pluralism*, Strasbourg, 19 janvier 1999.
- 21) Cf. art. 4 c de la Directive 95/47/CE.
- 22) A ce sujet, et concernant la suite, lire également Ukrow, Jörg "Chancengleicher Zugang zu den Übertragungswegen", in : *Schriftenreihe des Institutes für Europäisches Medienrecht (EMR) (éd.), Fernsehen und Neue Medien in Europa. Regulierung - Liberalisierung - Selbstkontrolle*, vol. 22, p. 115 et suiv., Munich/Berlin 2001.
- 23) Ainsi, par exemple, dans la décision *Kinderkanal/Phoenix* du 24 février 1999, NN 70/98 ; JCE, T-70/89, Magill, arrêt du 10 juillet 1991, rec. 1991, II - 535 ; CJCE, affaires C-241/91 et 242/91 P, RTE et ITP, arrêt du 6 avril 1995, rec. 1995 I - 743 ; CJCE, C-7/97, Bronner, arrêt du 26 novembre 1998, rec. 1998, I - 7791.
- 24) Règlement du Conseil n° 17 : premier décret d'application des articles 81 et 82 du Traité du 6 février 1962, Journal officiel 1962 p. 204.
- 25) Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, dans sa version amendée par le Règlement du Conseil (CE) n° 1310/97 du 30 juin 1997 ; Journal officiel n° L 395 du 30 décembre 1989 p. 1 et n° L 180 du 9 juillet 1997 p. 17.
- 26) Voir aussi CJCE, C-7/97, *Bronner*, op. cit., points 23 et suiv.
- 27) Affaire n° IV/M. 469 - *MSG Media Service* du 9 novembre 1994, Journal officiel n° L 364 du 31 décembre 1994 p. 1.
- 28) Pour plus d'informations concernant la définition des marchés et la politique communautaire, voir van Loon, Ad : "L'action de l'UE sur les politiques et pratiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision" in : *Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), IRIS spécial : Concentration dans le secteur de la télévision et des médias - Modèles de réglementation aux niveaux national et international*, Strasbourg 2001 ; l'idée d'adapter la définition des marchés en fonction des évolutions technologiques apparaît clairement dans la communication de la Commission COM (1999) 540, op. cit., p. 17.
- 29) Point 20 de la décision MSG.
- 30) Point 55 de la décision MSG.
- 31) Point 60 de la décision MSG.
- 32) L'utilisation d'un système fermé comme celui-ci suppose que tous les diffuseurs qui veulent mettre en place ce système de cryptage signent un contrat avec le propriétaire du système, qui prévoit en règle générale qu'un certain opérateur - contrôlé par lui - gère le système d'abonnement. La Commission a expliqué la portée d'une telle pratique dans le cadre de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (pour plus d'explications à ce sujet, voir le point 5.2.3 de cet exposé). Pour la Commission, la mise en œuvre d'un système d'accès conditionnel fermé comme celui-ci exige la garantie d'un accès non discriminatoire. Ceci suppose que la structure qui attribue les licences pour cette technologie de codage puisse prendre ses décisions sans subir l'influence de quelque diffuseur que ce soit (cf. point 111 de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere*). La Commission a conclu que cette dépendance ne serait pas garantie, étant donné que Beta Research, qui devait attribuer les licences, serait contrôlé majoritairement par des entreprises qui auraient elles-mêmes des intérêts propres en tant que diffuseurs (op. cit., points 111 et 112).
- 33) Point 97 de la décision MSG.
- 34) Points 69 et suiv. de la décision MSG.
- 35) A ce sujet, voir également les points 87 et suiv. de la décision MSG.
- 36) Affaire n° IV/M. 490 - *Nordic Satellite Distribution* du 19 juillet 1995, Journal officiel n° L 53 du 2 mars 1996 p. 20.
- 37) Point 57 de la décision Nordic.
- 38) Point 58 de la décision Nordic.
- 39) Cf. points 29 et 30 de la décision MSG.
- 40) Affaire n° IV/M. 993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere* du 27 mai 1998, Journal officiel n° L 53 du 27 février 1999 p. 1.
- 41) Affaire n° IV/M. 1027 - *Deutsche Telekom/Beta Research* du 27 mai 1998, Journal officiel n° L 53 du 27 février 1999 p. 31.
- 42) Voir explications précédentes concernant la décision MSG et note 32.
- 43) Points 106 et 109 de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.
- 44) Englobant des services comme le codage (Beta Research étant la aussi propriétaire de licences exclusives et illimitées dans le temps pour la technologie de cryptage Beta utilisant le système d-box), la compression vidéo, le multiplexage et la liaison montante terre/satellite.
- 45) Points 123 et suiv. de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.
- 46) Points 133-136, 148-153 de la décision précitée.
- 47) Point 130 de la décision précitée. Beta Research a lancé depuis l'interface de programmation API du d-box sur le marché - voir également IRIS 1999-2 : 16.
- 48) Cette API standardisée est l'interface entre le logiciel d'exploitation et les applications multimédia, et doit permettre à un décodeur (comme le d-box) de mettre les applications d'autres fournisseurs de programmes à la disposition des abonnés.
- 49) Point 154 de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.
- 50) Points 131-141 et 148-155 de la décision précitée.
- 51) Point 155 de la décision précitée.
- 52) Affaire n° IV/36.539 - *British Interactive Broadcasting/Open* du 15 septembre 1999, Journal officiel n° L 312 du 6 décembre 1999 p. 1, référence publication : K (1999) 2935.
- 53) Points 140 et suiv. de la décision précitée.
- 54) Points 141, 142 et 170 de la décision précitée.
- 55) Points 153-157 de la décision précitée.
- 56) Points 159-172 de la décision précitée.
- 57) Points 173 et suiv. de la décision précitée.
- 58) Ces considérations sont vraisemblables, étant donné les investissements nécessaires à la création d'une infrastructure propre et la réticence des consommateurs à acquérir plusieurs boîtiers. Voir également point 173 de la décision précitée.
- 59) Point 175 de la décision précitée.
- 60) Il existe actuellement deux possibilités pour la réalisation d'un système d'accès conditionnel ouvert : le procédé *Multicrypt* - chaque fournisseur ajoute à son bouquet de programmes le signal d'identification de son système d'accès conditionnel. Ensuite, en fonction du bouquet de programmes voulu par l'abonné, l'appareil de réception doit être équipé d'un module d'accès conditionnel et d'une carte à puce pour chaque fournisseur de programmes de télévision payante souhaité. Dans le cas du procédé *Simulcrypt*, les signaux d'identification de tous les systèmes d'accès conditionnel utilisés sont ajoutés au signal de programme, de sorte que tous les décodeurs disponibles sur le marché, dans lesquels n'importe lequel de ces systèmes d'accès conditionnel a été implémenté, peuvent être exploités.
- 61) Points 180 et 181 de la décision précitée.
- 62) Affaire n° IV/M. 0037 - *BSkyB/Kirch Pay TV* du 21 mars 2000, Journal officiel n° C 110 du 15 avril 2000 p. 45.
- 63) Voir décision précitée.
- 64) Ce qui nécessite de transformer le décodeur d-box pour lui permettre de traiter aussi les signaux des services numériques interactifs, et d'adapter le logiciel Beta Research. Cf. point 77 de la décision *BSkyB/Kirch Pay TV*.
- 65) Les services "Premium" sont ceux uniquement disponibles sur paiement d'une souscription additionnelle, et livrés en supplément du service de base (assuré au souscripteur payant une redevance minimum). Cf. point 134 de la décision *Bertelsmann/Kirch/Premiere*.
- 66) On trouve ainsi, sur le marché, les décodeurs universels de l'Association Free Universal Network (F.U.N.), reposant sur l'interface commune DVB et l'API de l'Américain OpenTV, ainsi que des set-top-boxes sans API et sans système d'accès conditionnel intégré qui permettent de recevoir tous les programmes numériques en format décrypté, mais pas les services ou applications multimédias annexes comme les EPG des différents fournisseurs de programmes.
- 67) Point 93 de la décision *BSkyB/Kirch Pay TV*.
- 68) Cf. décision MSG.
- 69) La Commission met elle aussi l'accent sur l'utilisation complémentaire de la réglementation sectorielle *ex ante* et du droit de la concurrence - communication COM (1999) 540, op. cit., p. 18 et 33.